

## DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

La sottoscritta

COGNOME | Russetti |

NOME | Deborah |

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1288752 |

Titolo della tesi:

| *Le umbrella clauses* nei BITs: ambito di applicazione e responsabilità internazionale |

| degli Stati |

Dottorato di ricerca in | Diritto Internazionale dell'Economia |

Ciclo | XXIII° |

Tutor del dottorando | Prof. Giorgio Sacerdoti |

Anno di discussione | 2012 |

### DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;

- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
  - tesi di dottorato *Le umbrella clauses* nei BITS: ambito di applicazione e responsabilità internazionale degli Stati;
  - di Russetti Deborah;
  - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2012;
  - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo.

31 gennaio 2012

Deborah Russetti

**UNIVERSITA' COMMERCIALE LUIGI BOCCONI**

Dottorato di ricerca in Diritto Internazionale dell'Economia

Ciclo XXIII

S.S.D.: Ius/13

**LE UMBRELLA CLAUSES NEI BITS: AMBITO DI APPLICAZIONE  
E RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STATI**

Relatore: Ch.mo Prof. Giorgio Sacerdoti

Tesi di Dottorato: Deborah Russetti

Matricola: 1288752

*A mio padre*

## INDICE GENERALE

### CAPITOLO PRIMO

#### LA STABILITÀ DEI CONTRATTI DI INVESTIMENTO E NORME CONTRATTUALI DI SALVAGUARDIA GIURIDICA

1. I contratti di investimento	2
2. La stabilità dei contratti di investimento	14
2.1. I codici nazionali sugli investimenti	17
2.2. Clausole contrattuali di salvaguardia giuridica	21
2.2.1. Obblighi di stabilizzazione del quadro normativo	23
2.2.2. Obblighi di intangibilità dell'assetto contrattuale	25
2.2.3. Valenza delle clausole contrattuali di salvaguardia giuridica	27
2.2.4. Validità ed efficacia delle clausole contrattuali di salvaguardia giuridica	30

### CAPITOLO SECONDO

#### CONTRATTI DI INVESTIMENTO E TUTELA INTERNAZIONALE PATTIZIA: LE *UMBRELLA CLAUSES* E LO STATO QUALE SOGGETTO CONTRAENTE

Profili generali ed ambito di indagine	41
--	----

#### Sezione I

##### *Le umbrella clauses, rilievi introduttivi*

1. Le origini delle <i>umbrella clauses</i>	43
2. Paradigma di riferimento	46
3. Classificazione generale	48
3.1. Le <i>umbrella clauses</i> di tipo chiuso	49
3.2. Le <i>umbrella clauses</i> di tipo aperto	51

#### Sezione II

##### *L'ambito soggettivo di applicazione delle umbrella clauses tra Stato quale soggetto di diritto internazionale e Stato quale soggetto contraente*

1. Profili generali ed ambito d'indagine	56
2. La rilevanza del diritto internazionale generale	60
3. Le regole di attribuzione previste dal Progetto Finale	63
3.1. L'articolo 4	66
3.2. L'articolo 5	70
Segue: criterio strutturale	71
Segue: criterio funzionale	72
3.3. L'articolo 8	77

3.4. Conclusioni generali sui criteri attributivi di un illecito internazionale	79
4. L'ambito soggettivo delle <i>umbrella clauses</i> alla luce della prassi	81
4.1. Tendenza in favore delle regole di attribuzione previste dal Progetto Finale	82
4.2. Tendenza in sfavore: la rilevanza della distinta personalità giuridica del soggetto contraente	87
5. Competenza di un arbitrato <i>State-investor</i> tra <i>treaty claims</i> e <i>contract claims</i>	92
6. La prassi commerciale con riferimento all'ambito soggettivo di una clausola compromissoria	100
6.1. Contratto ed efficacia <i>inter partes</i>	102
6.2. Contratto ed efficacia <i>ultra partes</i>	106
6.2.1. Contratto e consenso implicito	106
6.2.2. <i>Group of companies doctrine</i>	110
6.3. Conclusioni: ambito soggettivo di un contratto tra consenso ed affidamento	111
7. La delimitazione dell'ambito soggettivo di un impegno <i>umbrella</i>	114
7.1. La tesi in favore dell'applicabilità dei criteri di attribuzione previsti dal Progetto Finale e Stato quale soggetto di diritto internazionale: critiche	115
7.2. Criteri di attribuzione e <i>act of State</i> : irrilevanza di tali criteri nella ricognizione della titolarità di un rapporto contrattuale	119
7.3. <i>Umbrella clauses</i> e ricezione in dote del rapporto contrattuale protetto	122
7.4. Ambito soggettivo delle <i>umbrella clauses</i> : conclusioni	125

### CAPITOLO TERZO

#### LA STABILITÀ DEI CONTRATTI DI INVESTIMENTO: AMBITO OGGETTIVO DELLE *UMBRELLA CLAUSES* E *FAIR AND EQUITABLE TREATMENT*

Ambito generale dell'indagine	129
-------------------------------	-----

#### Sezione I

##### *L'ambito oggettivo delle umbrella clauses di tipo chiuso*

1. Ambito oggettivo delle <i>umbrella clauses</i> di tipo chiuso: introduzione	131
2. <i>Umbrella clauses</i> chiuse e provvedimenti di carattere generale ed unilaterale	131
3. <i>Umbrella clauses</i> chiuse ed impegni di natura contrattuale: rinvio	133

#### Sezione II

##### *Umbrella clauses aperte e fonti obbligatorie di diritto interno*

1. <i>Umbrella clauses</i> aperte e provvedimenti di carattere generale ed unilaterale	135
2. <i>Umbrella clauses</i> aperte (e chiuse) e rapporti di natura contrattuale	145

2.1. L'orientamento restrittivo	145
2.1.1. Illecito internazionale e la <i>magnitudo</i> presupposta dal diritto internazionale	151
2.1.2. Orientamento restrittivo: conclusioni	154
2.2. Gli orientamenti estensivi emersi nella prassi	158
2.2.1. L'orientamento estensivo di internazionalizzazione	158
2.2.2. L'orientamento integrazionista	164
<i>Segue: orientamento integrazionista e foro previsto ex contractu</i>	169
<i>Segue: istanza arbitrale State-investor e foro previsto ex contractu</i>	170
<i>Segue: umbrella clauses e foro previsto ex contractu</i>	172
2.3. <i>Umbrella clauses</i> e tutela dei contratti di investimento: conclusioni	179

### Sezione III

#### *Stabilità dei contratti di investimento tra umbrella clauses e fair and equitable treatment*

1. Contratti di investimento e tutela del <i>fair and equitable treatment</i>	186
2. Stabilità dell'ambiente giuridico e aspettative degli investitori	187
2.1. Le aspettative "forti"	191
2.2. Le aspettative "deboli"	192
3. Legittime aspettative dell'investitore ed interesse pubblico dello Stato	197
4. <i>Fair and equitable treatment</i> e violazione del <i>pacta sunt servanda</i>	199
5. Stabilità dell'equilibrio contrattuale e diritto internazionale pattizio: conclusioni	202

### Sezione IV

#### *Umbrella clauses aperte e fonti obbligatorie di diritto internazionale pattizio: l'investitore agisce dinanzi ad un arbitrato State-investor invocando l'avvenuta violazione di un obbligo dell'Accordo GATS*

1. Ambito generale d'indagine	208
2. Coerenza della tesi rispetto al regime giuridico predisposto da un BIT	210
3. Effetto diretto delle norme di un BIT ed arbitrato <i>State-investor</i>	216
3.1. L'effetto diretto delle norme internazionali	216
3.2. Arbitrato ed effetto diretto delle norme internazionali	220
3.3. BIT e dimensione verticale della tutela in favore dell'investitore	223
3.4. <i>Treaty obligations</i> e legittimazione attiva in capo all'investitore	227
<i>Segue: treaty obligations</i> ed adattamento del diritto internazionale	228
<i>Segue: umbrella clauses</i> aperte e obbligo internazionale di <i>pacta sunt servanda</i>	230
3.5. Accordo GATS e norme ad effetto diretto	232
4. Coerenza della tesi rispetto al <i>Dispute Settlement Understanding</i>	236
5. Conclusioni	240
 Bibliografia	 242
Sentenze e Lodi arbitrali	257

## CAPITOLO PRIMO

### La stabilità dei contratti di investimento

#### 1. I contratti di investimento

Nel classico solco di indagine riguardante la violazione dei diritti contrattuali dello straniero, in grado di determinare in capo agli Stati una responsabilità sul piano internazionale, questo studio si propone di offrire una disamina esaustiva degli ambiti di applicazione di una norma di diritto internazionale pattizio che negli ultimi anni è stata oggetto di particolare attenzione da parte dei tribunali arbitrali internazionali in conseguenza delle linee difensive assunte dagli investitori stranieri per ottenere accesso alla protezione - sostanziale e giurisdizionale - offerta dai trattati bilaterali sulla protezione e la promozione degli investimenti esteri, ossia l'*umbrella clause*.

Le divergenze emerse nella prassi arbitrale, e i contrasti esistenti in dottrina quanto agli ambiti di rilevanza complessiva di tali clausole, costituiscono la giustificazione di uno studio specifico che ne vagli ed approfondisca ogni aspetto rilevante.

L'interesse per la materia è attuale, come anche dimostra il rapporto 2011 dell'*Institut of Interantional Law* (18<sup>ma</sup> Commissione), per una serie di ragioni. Anzitutto, in considerazione dell'odierna crisi economica internazionale e dell'attuale instabilità del quadro politico nord africano e medio orientale. In secondo luogo, occorre considerare che, in virtù di alcuni orientamenti estensivi sviluppatasi nella prassi (con riferimento alle stesse *umbrella clauses*, ma anche alla nozione di investimento o al contenuto dell'obbligo di *fair and equitable treatment*), e in ragione dell'odierna marginalizzazione del consenso all'arbitrato, alcuni Stati hanno iniziato a considerare con maggiore cautela l'assunzione di obblighi pattizi e a preferire la sottoscrizione di specifici accordi contrattuali *uti singoli*.

Dal momento che l'ambito oggettivo delle *umbrella clauses* verrà analizzato sotto il profilo della capacità di tali norme di poter garantire la stabilità dei rapporti contrattuali tra Stati ed investitori stranieri (oltre che dell'opportunità che tale scopo venga perseguito tramite tale previsione di diritto internazionale), l'indagine non può prescindere da una preliminare introduzione relativa ai contratti di investimento.

A partire del secolo scorso, infatti, la protezione degli investimenti stranieri ha relegato in una posizione del tutto marginale l'istituto della protezione diplomatica e si è concretizzata lungo due direttrici fondamentali. Se nei rapporti inter-statali si è assistito alla sottoscrizione di innumerevoli trattati bilaterali in un'ottica di reciproca assunzione di limiti internazionali, nei rapporti diretti con gli investitori, invece, sono stati predisposti specifici regolamenti



contrattuali -quali i *contrats d'État*<sup>1</sup>, ed entrambi gli strumenti pattizi sono stati predisposti al fine di stabilizzare i rapporti economici tra Stato e investitore straniero, tentando di contenere l'azione dello Stato quale ente sovrano.

Questo capitolo introduttivo è quindi diretto ai contratti di investimento, agli incentivi offerti dagli Stati allo scopo di attrarre capitali stranieri e a quelle norme contrattuali che possano impedire che lo Stato modifichi unilateralmente un contratto o le condizioni legislative interne con le quali abbia volontariamente accordato determinati diritti o posizioni di vantaggio agli investitori stranieri.

Il ricorso a strutture contrattuali in grado di assicurare accordi di sviluppo economico è stato, in realtà, uno dei fenomeni più originali delle relazioni internazionali contemporanee<sup>2</sup> e tali accordi sono stati inquadrati quale fenomeno autonomo rispetto alla più generale categoria degli *State-contract* (o *contrat d'Etat*).

Nell'accezione di accordi di sviluppo economico<sup>3</sup>, o di contratti di investimento, rientrano diverse tipologie negoziali che presentano alcune costanti, come quella di essere accordi che contribuiscono alla crescita economica dello Stato di destinazione dell'investimento mediante

---

<sup>1</sup> V. C. LEBEN, *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, in *Recueil des Cours*, 2003, p. 359. Tali direttrici, ovviamente, hanno potuto beneficiare dell'influenza protettiva dell'unico trattato multilaterale in materia che ha limitato l'esercizio della giurisdizione territoriale dello Stato di accoglimento, garantendo, con la Convenzione di Washington del 1965, che l'investitore possa far valere le proprie pretese risarcitorie tramite un accesso diretto ad istituzioni arbitrali sovranazionali senza dover necessariamente agire nell'ambito dell'ordinamento interno e delle garanzie processuali dello Stato di accoglimento. Tale facoltà è stato poi ulteriormente assicurata dalle istanze arbitrali previste dai diversi trattati bilaterali.

<sup>2</sup> Giudizio espresso da P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intengibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, in *Melanges Offerts A Charles Rousseau*, A. Pedone (ed.), 1974, p. 301. Il fenomeno costituisce anzi una delle questioni più complesse del diritto internazionale, come ha rilevato R. JENNINGS, *State contracts in International law*, in *BYIL*, 1961, p. 156. In effetti, gli studi dottrinali in merito sono stati ampi e quanto mai raffinati e, in questa sede, non ci si può che limitare ai lavori più importanti. P. WEIL, *Problèmes relatif aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours*, 1969, p. 101 ss.; P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'État*, in *Jour. Droit Int.*, 1986, p. 5 ss.; G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972; H. PAZARCI, *Responsabilité internationale des Etats in materie contractuelle*, 1973; J. P. REGLI, *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et persone privées*, Genève, 1983; P. LÉBOULANGER, *Les Contrats entre états et entreprises étranger*, 1985; D. BERLIN, *Les contrats d'Etats (state contracts) et la protection des investissements internationaux*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1987, p. 197 ss.; J. F. LALIVE, *Contrats entre Etats ou enterpris étatiques et personnes privées. Développements récents*, in *Recueil des Cours*, 1983, p. 9 ss.; L. LANKARANI EL ZEIN, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001; C. LEBEN, *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, cit., p. 197 ss..

<sup>3</sup> P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intengibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 321, ritiene che la denominazione di accordo di sviluppo economico sia una terminologia più descrittiva che giuridica. Critica condivisa anche da G. SACERDOTI, per i contratti diversi dallo sfruttamento di risorse naturali. *Ibidem.*, *I contratti tra Stati e stranieri*, cit., p. 18.

l'instaurazione di rapporti di durata che non si risolvono in un'attività meramente speculativa, ma che presuppongono una considerevole organizzazione di mezzi a lunga scadenza<sup>4</sup>.

Se lo sfruttamento delle risorse naturali degli Stati ha rappresentato l'accordo di sviluppo economico tipico<sup>5</sup>, alle concessioni e alle licenze concesse in tale ambito<sup>6</sup> si sono affiancati altri rapporti di durata finalizzati allo sviluppo economico, come quelli riguardanti la fornitura di servizi di pubblica utilità, la realizzazione di progetti infrastrutturali o lo stabilimento di impianti produttivi<sup>7</sup>.

L'ampliamento delle diverse forme negoziali, e dei sottostanti investimenti, si è poi evoluto in maniera parallela al diverso ruolo assunto dallo stesso Stato nella rispettiva economia. In tal senso, da un lato, si è iniziato a far ricorso a forme di *joint ventures* che hanno concretizzato forme di compartecipazione più strette<sup>8</sup> e, dall'altro, tali accordi hanno riguardato la cessione ed il collocamento delle partecipazioni statali (dirette ed indirette) degli enti pubblici economici statali (a seguito delle politiche di *deregulation* e privatizzazione, intraprese anche sotto la pressione della crisi della finanza pubblica).

Per quanto riguarda l'inquadramento degli accordi di sviluppo economico, parte della dottrina ha ritenuto di dover collocare tali accordi nell'ordine giuridico internazionale, sottraendoli al dominio riservato dello Stato di accoglimento dell'investimento<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Il tratto caratteristico è dunque rappresentato dal fatto che la parte privata si obbliga ad investimenti che presuppongono una considerevole e durevole organizzazione di mezzi materiali e finanziari.

<sup>5</sup> Rispetto a tali investimenti, il modello giuridico di riferimento è rappresentato dalla concessione amministrativa, ossia da un provvedimento unilaterale mediante il quale lo Stato trasferisce, in capo al concessionario, diritti e facoltà di cui lo stesso Stato è titolare.

<sup>6</sup> La dottrina ha inizialmente distinto, quali accordi di sviluppo economico, i contratti petroliferi (medio oriente), le *conventions d'établissement* (tipiche dell'Africa francese), le concessioni amministrative, gli accordi finanziari e gli accordi per la fornitura di beni e servizi. V. A. BROCHES, *Choice-of-Law Provisions*, in *Contracts with Governments*, in *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1971, Vol. I, p. 64; G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e privati*, cit., p. 42, in particolare *sub* nota 41 *bis*. Dall'elaborazione dottrinale riguardante l'internazionalizzazione degli *State contracts*, tuttavia, sono stati solitamente escluse le operazioni di prestito internazionale, stante le loro specifiche peculiarità. v. F. V. G. AMADOR, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Alien*, Leiden, 1974, p. 44; F. A. MANN, *State Contracts and International Responsibility*, in *American Journal of Int. Law*, 1960, p. 572; G. SACERDOTI, *Contratti tra uno Stato e una persona straniera*, in *Enc.giur.*, vol. 9, pp. 1-10.

<sup>7</sup> Il tratto comune di tali accordi è quindi rappresentato da un medesimo oggetto, costituito dallo sviluppo economico dello Stato di accoglimento. V. M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, Cambridge, 2010, p. 310.

<sup>8</sup> In cui lo Stato afferma il proprio effettivo controllo ed il proprio coinvolgimento nella produzione. In tal senso, sono anche affini i contratti di *production sharing agreement* e i diversi *service-contracts*.

<sup>9</sup> L'attenzione accademica si è maggiormente interessata alla *proper law* (*wirkungstatut*) applicabile a tali contratti. Cfr. R. B. LILLICH, *The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements: Reexamining the Concept of "Internationalization"*, in Lillich-C. Brower (eds), *International Arbitration in the Twenty-First Century: Towards Judicialization and Uniformity*, 1993, p. 61. La natura ed il regime dei contratti di Stato sono stati oggetto di approcci dottrinali differenti, ma comunque finalizzati ad affrancare tali rapporti - parzialmente o totalmente - dal diritto interno dello Stato controparte. Non potendo che semplificare, gli accordi di sviluppo economico sono stati ritenuti contratti autosufficienti (in questo senso, Verdross); contratti rispetto ai quali non possa valere il diritto internazionale pubblico, ma un *droit quasi international* (Pazarci); contratti retti

Secondo la teoria internazionalistica<sup>10</sup>, infatti, il centro di gravità di tali accordi non si situerebbe all'interno dell'ordinamento dello Stato contraente in considerazione, vuoi di elementi obiettivi, vuoi soggettivi.

In particolare, la prima corrente ritiene che l'ordinamento internazionale sia il luogo d'elezione di tali accordi in virtù di elementi obiettivi quali, *inter alia*, la specifica legge applicabile, la devoluzione delle controversie ad istanze arbitrali, il riconoscimento di particolari benefici in capo all'investitore privato o la presenza di impegni contrattuali di esercizio vincolato del potere di imperio. Per effetto di tali disposizioni, la natura degli accordi di sviluppo economico è tale da distinguerli tanto dai contratti di diritto interno, che dai negozi di diritto pubblico<sup>11</sup>.

L'internazionalizzazione di tali accordi, secondo una diversa corrente, invece, è l'effetto di una *lex voluntatis* poiché le parti sono libere di indicare quale legge regolatrice il diritto internazionale o di richiamare principi generali di diritto internazionale<sup>12</sup>.

da un terzo ordinamento giuridico quale quello transnazionale (Jessup); contratti retti da un ordinamento *sui generis*, ossia dalla *lex mercatoria* (Jennings); e contratti retti da un sistema giuridico particolare, derivante da norme contrattuali che occorre interpretare alla luce dei principi generali di diritto menzionati dall'articolo 38 dello Statuto dell'ICJ poiché tali accordi traggono la loro obbligatorietà da tale ordinamento (Sacerdoti).

<sup>10</sup> Tra gli autori già citati, LANKARANI è l'unica che sostiene che tali accordi si collochino nell'ordinamento interno dello Stato di accoglimento. Per l'autrice, l'internazionalizzazione sostenuta sulla base del richiamo dei principi di cui all'art. 38, par. 1, lett. c, modifica illegittimamente i confini del dominio statale, modificando le sfere di competenza del diritto interno e del internazionale. Per l'A. le uniche fonti di obbligazioni in grado di internazionalizzare un rapporto inizialmente appartenente al dominio interno sono soltanto la consuetudine ed il trattato. I principi *ex art. 38*, in altri termini, possono integrare le eventuali lacune solo nel caso in cui la consuetudine o un trattato siano intervenuti nel modificare il baricentro del rapporto, internazionalizzandolo. Altrimenti, vorrebbe dire che tali principi costituiscono una fonte primaria di creazione del diritto, mentre, al contrario, sono solo una fonte di rango inferiore. Per una critica a tale ricostruzione, v. C. LEBEN, *op. cit.*, p. 354 ss..

<sup>11</sup> Tali accordi appartengono all'ordinamento giuridico internazionale in virtù di ulteriori elementi obiettivi che disvelano un'*international character*, quali quelli rappresentati dalle specifiche modalità di firma di tali accordi (solitamente tramite la ratifica di organi che esprimono la volontà dello Stato nella medesima veste di quando lo stesso agisce nella vita delle relazioni internazionali). V., in particolare, G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e privati*, cit., p. 67, 81 e 230 ss., il quale rileva che ogni singolo regolamento pattizio presenta differenti gradi di internazionalizzazione. Nel senso di una internazionalizzazione oggettiva si pone anche Weil. In merito, cfr. anche L. LANKARANI, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit International*, cit., p. 40.

<sup>12</sup> In tal senso, v. F. A. MANN, *Theoretical approach towards the Law Governing Contracts between States and Private Persons*, in *RBDI*, 1975, p. 564 ss., (il quale ha poi rivisto in parte la sua teoria); J. P. JACQUE, *L'internationalisation doit résulter de la voloné des parties, Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit International public*, in *LGDJ*, 1972, p. 278-281 Tale ricostruzione viene criticata stante l'impossibilità di poter approcciare l'aspetto internazional-privatistico di questi contratti mutuando, *sic et simpliciter*, i sistemi di conflitto funzionali ad individuare la legge applicabile ai negozi di diritto privato o, comunque, rapporti di natura paritaria-privatistica. Per tale osservazione, v. G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 37-38 e p. 199, dove l'A. afferma che il diritto internazionale non possa essere un ordinamento individuato e richiamabile sulla base del gioco delle regole di conflitto. Secondo LANKARANI non è dimostrato che un sistema di conflitto possa autorizzare il richiamo all'ordinamento internazionale. Tale teoria sembra aver trovato riscontro nella prassi e le sentenze arbitrali sembrano aver smussato la componente soggettivistica in favore di una internazionalizzazione ancorata a parametri o connessioni oggettive. *Ibidem.*, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit International*, cit., p. 37-38.

Per effetto di queste due correnti (sebbene le due scuole si siano reciprocamente contaminate<sup>13</sup>), gli *State-contracts* sono stati comunque affrancati –totalmente o parzialmente– dal diritto interno<sup>14</sup> dello Stato di accoglimento e dal relativo potere di *eminent domain*. La dottrina internazionalista ha quindi ritenuto di poter rinvenire il sistema di riferimento, in grado di sussumere la genesi e la vita di accordi, nell’ambito dell’ordinamento internazionale, giustificando la rispettiva posizione in un’ottica evolutiva del diritto internazionale e senza per lo più disconoscere la separazione esistente tra ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni<sup>15</sup>. Le teorie di delocalizzazione, infatti, non sono state sostenute fino alle estreme conseguenze. Solo in misura minoritaria è stata avanzata la tesi che tali accordi debbano essere equiparati ai trattati internazionali<sup>16</sup> e che una loro violazione determini *tout court* la responsabilità internazionale dello Stato per *international tort*. Sulla base dell’orientamento (anche) internazionalistico che si è imposto (tanto in dottrina che in giurisprudenza), la responsabilità internazionale in capo ad uno Stato, conseguente all’avvenuta violazione di un contratto, sussiste nella misura in cui venga accompagnata da *additional factors* che riescano a concretizzare in via autonoma un illecito internazionale, la cui sussistenza “*lies beyond the contractual domain*”<sup>17</sup>. Nel prosieguo di questo lavoro, ci si

<sup>13</sup> LANKARANI, ritiene che nessuna delle teorie può dirsi pura e che si siano reciprocamente influenzate. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>14</sup> Si è quindi andati oltre il noto assunto che “[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.” Così la famosa sentenza *Serbian Loans*, in *P.C.I.J.*, ser. A, No. 20/21, 1929, p. 41; e che “every contract which is not an international agreement-i.e., a treaty between States-is subject (as matters now stand) to municipal law”, in *Report of the League of Nations Commission for Study of International Loan, Contracts*, 1939, p. 21.

<sup>15</sup> V. G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri*, cit., p. 39.

<sup>16</sup> In dottrina, anche se in misura minoritaria, alcuni autori hanno equiparato tali accordi ai trattati internazionali. “*In principle, it appears that the proposition that contracts between a State and a foreign national should be regarded in the same manner as treaties between two States, and hence governed by international law, is both logical and desirable. In both cases, promises with an international scope, or of an international flavor, are made; in both cases, reliance is placed on those promises; in both cases, the obligation to perform those promises should be the same*”. Così, L. T. KISSAM, E. K. LEACH, *Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts*, in *Fordham L. Rev.*, 1969, p. 209. In merito, cfr. anche M. SORNARAJAH, *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, *Int. Arb.*, p. 119; A. F. M. MANIRUZZAMANN, *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a prognostic view*, in *Wis. Int'l. L. J.*, 2001-2002, p. 6 e, in particolare, gli autori ivi citati *sub* nota 13. Per SACERDOTI, ad esempio, la supposta assimilazione non trova riscontro in quanto l’applicazione del diritto internazionale non comporta la trasposizione delle regole giuridiche *inter-etatique* (non essendo accordi giuridici normativi), ma la sola applicazione dei principi generali poiché l’immediato rilievo di questi accordi -nel diritto internazionale- si concretizza nell’applicazione del *pacta sunt servanda*. *Op. cit.*, p. 251-252.

<sup>17</sup> A. F. M. MANIRUZZAMANN, *ult. op. cit.*, p. 26. La reciproca autonomia tra l’ordinamento giuridico nazionale e quello internazionale viene espressamente sancita, oltre che essere principio assolutamente condiviso, dall’articolo 3 del testo adottato dalla Commissione di Diritto Internazionale del 2001 sulla *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* che, nell’indicare le circostanze in base alle quali un atto statale possa essere qualificato come illecito internazionale, dispone che “*the characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law*. La norma positivizza il principio, da sempre accolto, in base al quale la natura illecita di un atto o di una condotta statale è tale se l’atto o la condotta siano

dovrà chiedere cosa significhi che la violazione di un contratto possa far sorgere la responsabilità internazionale dello Stato<sup>18</sup> e, nell'analizzare il diritto internazionale pattizio, vedremo in che termini la violazione di un contratto possa concretizzarsi in una violazione degli obblighi assunti tramite la sottoscrizione di un BIT.

A seguito dell'adozione della Convenzione di Washington del 1965, tuttavia, l'analisi si è parallelamente diretta a delimitare gli *outer limits* di un investimento<sup>19</sup> dal momento che tale strumento pattizio non aveva volutamente adottato alcuna definizione di investimento o di *investment contract* per non imbrigliare i futuri sviluppi della prassi. La valenza di tale nozione, infatti, va oltre il piano meramente descrittivo essendo finalizzata a circoscrivere l'ambito di applicazione *ratione materiae* del trattato in rilievo e la conseguente competenza di un tribunale arbitrale ICSID.

Per la prassi arbitrale relativa all'articolo 25 di tale Convenzione, un investimento presuppone la presenza di un apporto, anche non finanziario, da parte dell'investitore straniero, la presenza di una sottostante attività economica di una certa durata, una partecipazione ai rischi di impresa nonché la contribuzione allo sviluppo del paese che riceve l'investimento<sup>20</sup>.

---

contrarii all'ordinamento internazionale. Se la medesima condotta possa risultare illecita anche ai sensi del diritto interno dello Stato è del tutto irrilevante per ordine giuridico internazionale. Le due qualificazioni pertanto, si collocano su piani distinti di reciproca autonomia in considerazione della separazione tra i due sistemi giuridici. Su tale principio torneremo più volte.

<sup>18</sup> O. SCHACHTER si domanda, infatti, "*we are still left to ask what is meant by invoking contractual rights in the field of international law*". In *International Law in Theory and Practice*, 1991, Boston-London, p. 307.

<sup>19</sup> "*Définir l'investissement est une tâche qui n'est pas facile. Les différents auteurs ayant appréhendé la notion aussi bien en droit qu'en économie l'avouent avec résignation. Chez les jurists, c'est une définition: "introuvable", "inexistante", qui "n'a pas réussi à se dégager de sa nébulosité originelle"*. Così, W. B. HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Parigi, 2003, p. 296. V. anche D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1090 ss..

<sup>20</sup> Questi quattro criteri costituiscono il noto *Salini test* (elaborato nel lodo *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* ICSID Case No. ARB/00, *Decision on Jurisdiction*, 23 luglio 2001, per decidere se un contratto per l'esecuzione di lavori pubblici fosse o meno un investimento protetto). Tale test si fonda sui criteri abbozzati, prima ancora, nella controversia *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID case ARB/96/3, *Decision on Jurisdiction*, 11 luglio 1997 (dove si è ritenuto che, stante l'interesse pubblico sotteso all'emissione di *promissory notes*, queste costituissero un investimento protetto). In merito a tale pronuncia (e ai criteri poi ripresi nel successivo *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS v. Slovak Republic*, ICSID, ARB/97/4, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 24 maggio 1999) v. C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGLER, *International Investment Arbitration*, Oxford, 2007, p. 165-168. Tra gli autori che più hanno contribuito all'elaborazione della prassi, v. C. SCHREURER, (il quale individuava i seguenti 5 criteri: *a certain duration of the enterprise; a certain regularity of profit and return; an assumption of risk; a substantial commitment by the investor; e some significance for the host State's development*). *Ib.*, In *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, p. 122. Per una decisione che ha vagliato l'esistenza di un investimento sulla base di tali 5 criteri, v. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, *Award*, 24 luglio 2008, par. 310 ss.. Se non diversamente indicato, si consideri che tutti i lodi arbitrali citati nel presente lavoro sono consultabili al sito internet <http://italaw.com/>.

Tramite il ricorso a questi criteri descrittivi<sup>21</sup> viene accertata la presenza di un investimento protetto e, di conseguenza, la *potestas decidendi* dei tribunali arbitrali istituiti in seno a tale Convenzione.

I trattati bilaterali sugli investimenti, tuttavia, hanno esteso la propria tutela ad operazioni economiche e a contratti situati al di fuori dell'originario perimetro tracciato dalla competenza delle istanze arbitrali affidate all'ICSID. Per effetto di tali strumenti, la nozione di investimento si è quindi ampliata, subendo un'evoluzione tutt'altro che lineare<sup>22</sup>.

La tendenza della maggior parte di tali strumenti internazionale è quella di includere, nella definizione pattizia di investimento, ampie categorie – generalmente non esaustive- di “*assets*”, tra cui beni materiali ed immateriali, estendendo i rispettivi ambiti di applicazione a “*every kind of assets*” oppure a “*every monetary claims*”<sup>23</sup>. L'utilizzo di definizioni così ampie non ha quindi contribuito a determinare in maniera inequivoca cosa debba intendersi per “investimento”.

Infatti, a parte alcuni trattati che limitano espressamente la tipologia di contratti (e di investimenti) rispetto ai quali viene garantita la protezione internazionale<sup>24</sup>, nell'ambito dei

---

<sup>21</sup> L'analisi elaborata nel *Salini test* rappresenta l'architrave dell'impostazione seguita in prevalenza dalla prassi. Cfr., J. FOURET, D. KHAYAT, *Centre International pour le règlement de droit International (Le CIRDI)*, in *Revue québécoise de droit International*, 2006, p. 297. Tuttavia, tali elementi di tipo descrittivo sono stati utilizzati come fattori prescrittivi e pur in assenza di una loro valutazione complessiva. Lo stesso SCHREUER critica la rigidità con cui tali criteri sono stati applicati, ritenendo che “[t]he development in practice from a descriptive list of typical features towards a set of mandatory legal requirements is unfortunate. The First Edition of the Commentary cannot serve as authority for this development”, poichè “these features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention”. Così, in *The ICSID Commentary*, Cambridge, 2009, p. 171-74. Per GAILLARD, è già nel test elaborato dalla decisione *Salini* che si ritrovano tutte le ambiguità presenti nella casistica e nelle successive elaborazioni. Per questa considerazione, *Ib.*, *Identify or Define?, Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in *International Investment Law for the 21 st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer* (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009, p. 404. Per J. D. MORTENSON, *The Meaning of “Investment”: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *Harv. Int'l L.J.*, 2010, p. 310, la prassi tende, in effetti, non solo a valutare tali fattori come indici prescrittivi di un investimento, ma ad analizzarli singolarmente senza procedere ad una valutazione di tipo complessivo.

<sup>22</sup> In merito, v. A. BENCHENEB, *Sur l'évolution de la notion d'investissement*, in *Souveraineté étatique et marches internationales à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, 2000, pp. 177-196.

<sup>23</sup> La definizione accolta dai trattati è andata oltre gli investimenti diretti, ricomprendendo, come noto, anche quelli *portfolio*. Per una ricostruzione delle diverse categorie di beni, di diritti e degli elenchi di *assets*, solitamente non esaustivi, rinvenibili nei diversi strumenti pattizi, bilaterali e multilaterali, v. G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des cours*, 1997, p. 251 ss.; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, p. 34 ss..

<sup>24</sup> Alcuni Stati hanno sostituito la generica ed ampia locuzione solitamente rinvenibile nei BITs, circoscrivendo le fonti negoziali in grado di dar vita a diritti contrattuali rientranti nella nozione di investimento protetto. Ad esempio, nel *Model BIT* degli Stati Uniti del 2004, nella definizione di *investment agreement* si ricomprendono accordi: (a) *with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale*; (b) *to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or*

BITs, la volontà degli Stati è generalmente quella di estendere la competenza dei tribunali arbitrali a ogni “*claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment*”. Pertanto, il concetto di investimento, che già sconta una propria ambiguità di fondo<sup>25</sup>, ha subito un processo di relativizzazione perché ogni BIT identifica proprie tipologie di *assets*.

In risposta a questa diluizione<sup>26</sup> (e alla conseguente estensione della competenza delle giurisdizioni arbitrali *treaty based*), una parte della prassi ha cercato di delimitare la protezione pattizia a quei beni e ai quei contratti in grado di corrispondere ad una “*inherent definition*” di investimento ancorata, in particolar modo, allo sviluppo economico, così come previsto dal preambolo della Convenzione di Washington<sup>27</sup>. Una volta che il contratto in questione non soddisfa tale requisito, non si può quindi procedere oltre e fondare la competenza di un tribunale arbitrale ICSID sulla base della sola definizione di investimento voluta dagli Stati contraenti e contenuta nel trattato bilaterale in rilievo<sup>28</sup> dal momento che la Convenzione di Washington “*stands alone*”.<sup>29</sup>

In altri termini, quando sia prevista la competenza giurisdizione di un arbitrato ICSID, la volontà degli Stati contraenti di un BIT deve corrispondere all’ambito *ratione materiae* imposto – se non altro<sup>30</sup> - a livello multilaterale<sup>31</sup>.

*telecommunications; or (c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government”.*

<sup>25</sup> La nozione di investimento, oltre ad avere una componente di natura economica, appartiene, contemporaneamente, tanto al diritto interno che al diritto internazionale. I beni, i diritti e gli interessi degli stranieri, inoltre, sono nozioni suscettibili di diversi significati a seconda dei diversi sistemi giuridici di riferimento. Per queste osservazioni, v. M. R. MAURO, *op. cit.*, p. 33-3. V. anche E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 412 ss.; M. SORNARAJHA, *op. cit.*, p. 310.

<sup>26</sup> W. B. HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, cit., p. 327, che ne sottolinea la criticità.

<sup>27</sup> Evidenza, in tal senso, il riferimento allo sviluppo economico contenuto nel preambolo della Convenzione di Washington, l’arbitro *Abi-Saab*, nella *Dissenting Opinion*, 28 ottobre 2011, par. 48, espressa con riferimento al lodo *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5. Cfr. anche G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, cit., p. 307; M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, cit., p. 313.

<sup>28</sup> Invero, alcuni autori sostengono che sia giustificata una differenza tra gli arbitrati rientranti nell’orbita ICSID e altri arbitrati *treaty based* poiché estendere la competenza degli arbitrati previsti dalla Convenzione di Washington “*to any kind of economic operation, even those without any connection to ‘authentic’ investment [...] ICSID may well become just another arbitration institution, competing with a range of others (ICC, LCIA, AISCC, etc.)*”. Così, F. YALA, *The Notion of ‘Investment’ in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some “Un-conventional” thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Jour. Int., Arb.*, 2005, p. 125.

<sup>29</sup> M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 311-312.

<sup>30</sup> La maggior parte dei BITs, tuttavia, contengono, nei rispettivi preamboli, il riferimento allo sviluppo economico. Per l’orientamento oggettivo, dunque, le liste di beni e di diritti non sono sufficienti per giungere alla conclusione che si tratti di un investimento protetto dallo stesso trattato bilaterale, poiché sulla base dell’oggetto e dello scopo di un trattato bilaterale è sempre necessario confrontare la tipologia di *assets* elencati in via esemplificativa con la *inherent definition of investment*. Pertanto, “*the fact that it falls within one of the categories listed [...] does not transform it into an “investment”*”. Così, M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 314. Cfr.

In questo senso, le divergenze tra la visione oggettiva (che si indirizza ad una nozione genuina di investimento) e quella soggettiva-volontaristica (che privilegia la volontà degli Stati), sono ben esemplificate proprio con riferimento al requisito rappresentato dalla contribuzione allo sviluppo economico di un investimento<sup>32</sup>.

La tendenza oggettiva pretende che l'attività economica debba risultare funzionale allo sviluppo economico o, in maniera ancora più restrittiva, che debba contribuire in maniera significativa all'economia interna dell'*host-State*<sup>33</sup>. Pertanto, con riguardo agli *investment*

---

anche I. ALVIN, *Contracting with sovereignty*, Oxford, 2011, p. 166. In merito, si vedano i trattati riportati da C. LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*, Relazione presentata al Convegno *Il nuovo diritto internazionale degli investimenti*, Napoli 26 maggio 2008, par. 40-41 (reperibile al sito [http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Leben-Charles-26\\_05\\_2008.pdf](http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Leben-Charles-26_05_2008.pdf)).

<sup>31</sup> Per la visione oggettiva, per quanto l'articolo 25 abbia connotazione in sé una certa flessibilità, esiste comunque una nozione "hard-core" di investimento che non può essere disattesa nemmeno dalla comune volontà delle parti. V. M. WAIBEL, *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*, in *AJIL*, 2007, p. 722. Pertanto, "BITs which are bilateral arrangements between two States parties, cannot contradict the definition of the ICSID Convention. In other words, they can confirm the ICSID notion or restrict it, but they cannot expand it in order to have access to ICSID. A definition included in a BIT being based on a text agreed between two States cannot set aside the definition of the ICSID Convention, which is a multilateral agreement". Così, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 aprile 2009, par. 86.

<sup>32</sup> GAILLARD, sottolinea come l'attuale dibattito sulla natura di un investimento, e sui criteri selezionati per verificarne l'esistenza, possa essere compreso solo alla luce della profonda divergenza presente in dottrina, quanto in giurisprudenza, tra i suddetti metodi interpretativi (oggettivo e volontaristico) che l'A. definisce, rispettivamente, come metodo intuitivo e deduttivo. *Ib.*, *Identify or Define?*, *Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, cit., p. 407 e p. 411. Esempiativo, in tal senso, anche quanto sostiene l'arbitro *Shahabuddeen* nell'opinione dissenziente rispetto alla decisione di annullamento del 15 aprile 2009 adottata dall'*Ad Hoc Committee* nella controversia *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, secondo il quale "what this case hinges on is a perception of the objectives of ICSID: Was the jurisdiction of ICSID meant to be solely dependent on the will of the parties? Or, was it meant to be dependent on the will of the parties subject to conformity with the overriding objectives of ICSID as a body concerned with the economic development of the host State? The former may be referred to as the 'subjectivist' view, the latter as the 'objectivist' view. The cleavage marks a titanic struggle between ideas, and correspondingly between capital exporting countries and capital importing ones". Così, *Dissenting Opinion Of Judge Mohamed Shahabuddeen* del 17 febbraio 2009, par. 62.

<sup>33</sup> Tra i lodi che evidenziano la necessità che l'investimento debba concretizzarsi in un significativo contributo allo sviluppo economico dello Stato, e, in un certo qual modo con ciò restringendo il *Salini test*, v. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, 6 agosto 2004, par. 53-57; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, *Decision on Jurisdiction*, 14 novembre 2005, par. 137 ss.; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 64; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, *Decision on Jurisdiction*, 28 giugno 2006, par. 91-92; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, Decision on Jurisdiction*, 17 maggio 2007, par. 116; *Decisione Annullamento del lodo Patrich-Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7; v. *Dissenting Opinion* della decisione di Annullamento del lodo Malaysia, par. 26; C. LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*, cit., par. 43. Per contro, il Comitato nella controversia *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, sebbene sottolinei l'essenzialità del contributo allo sviluppo economico, ritiene sia sufficiente che



*agreements*, non ogni contratto potrà ricevere la tutela prevista dal diritto internazionale pattizio, ma soltanto quello che contribuisca in maniera sostanziale e significativa allo sviluppo dello Stato di accogliimento o che sia in grado di soddisfare un interesse pubblico<sup>34</sup>. Questo orientamento, in tutta evidenza, si indirizza nella direzione tracciata dalla stessa elaborazione scuola internazionalistica relativa agli *State-contracts* poiché se il contratto non contribuisce allo sviluppo economico “*there is nothing [...] to be compared with the concept of “contrats de développement économique” or even contracts entailing the concession of public services*”<sup>35</sup>.

Per quanto possa esistere una nozione di investimento, la tendenza volontaristica, invece, guarda al requisito rappresentato dallo sviluppo economico con un certo scetticismo, assumendo un atteggiamento più pragmatico e ritenendo che tale requisito non possa essere valutato autonomamente. Pertanto, occorre assecondare la volontà delle parti<sup>36</sup> e presumere, inoltre, che un’attività economica caratterizzata da una certa durata e da un rischio commerciale contribuisca comunque allo sviluppo di un paese<sup>37</sup>.

---

un’operazione contribuisca *quo modo* a tale sviluppo. V. *Decision on the Application for Annulment of the Award*, 1 novembre 2006, par. 33.

<sup>34</sup> C. LEBEN, *ult. op. cit.*, par. 56.

<sup>35</sup> Così, decisione nella controversia *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, lodo cit., par. 57.

<sup>36</sup> Nella decisione di annullamento emessa dall’*Ad Hoc Committee*, nella controversia *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, viene espressamente sostenuto che, sebbene l’effetto di un investimento possa essere lo sviluppo economico del paese ricevente, questo non rappresenti un elemento imprescindibile e che sia invece di preminente importanza riconoscere la volontà delle parti. “*It follows that the Award of the Sole Arbitrator is incompatible with the intentions and specifications of the States immediately concerned, Malaysia and the United Kingdom* (par. 62); *and to accord great weight to the definition of investment agreed by the Parties in the instrument providing for recourse to ICSID*”. Così, par. 80 della *Decision on the Application for the Annulment*, cit.. Per tale indirizzo, pertanto, non si ritiene che la competenza di un *treaty based arbitration* debba essere valutata da un punto di vista teleologico e che non sia affatto necessario che un contratto debba contribuire allo sviluppo economico del paese interessato poiché, in assenza di una nozione oggettiva prevista dalla Convenzione di Washington, è sufficiente dar seguito alla volontà delle parti contraenti di volersi reciprocamente garantire la protezione di determinati investimenti.

<sup>37</sup> Il lodo *Consortium Groupement LESI-DIPENTA S.p.A. v. Algeria*, ARB/03/8, *Award*, 10 gennaio 2005, ad esempio, rivisita il *Salini test* sostenendo che, conformemente agli obiettivi della Convenzione di Washington, affinché un contratto possa essere qualificato come investimento protetto deve soddisfare tre soltanto delle condizioni ricomprese in tale test poiché non risulta necessario che il contratto debba contribuire allo sviluppo economico del paese di accogliimento. L’irrelevanza di tale fattore viene giustificata alla luce dei contorni sfuggitivi di tale fattore e dell’assorbimento di tale requisito negli altri tre. Si presume (*iure tantum*), allora, che qualsiasi attività economica contribuisca allo sviluppo di un paese. Nello stesso senso, v. *Romanek v. Uzbekistan*, par. 202; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, *Award*, 2 maggio 2008, par. 232. Allo stesso modo, v. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Award*, 9 febbraio 2004, par. 57 (lodo, come detto, poi annullato); *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, ARB/03/6, *Award*, 31 luglio 2007. In merito, v. anche J. D. MORTENSON, *The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law*, cit., p. 315-318.

In merito, si può rilevare che, sebbene la tendenza volontaristica risulti minoritaria<sup>38</sup>, per quanto sia condivisibile che la sovranità statale subisca delle limitazioni (quali quelle rappresentata dall'assunzione di impegni di trattamento internazionali) in presenza di investimenti che contribuiscano effettivamente allo sviluppo economico del paese che li accoglie<sup>39</sup>, è pur vero che, se si abbandona ogni valutazione aprioristica (o paternalistica<sup>40</sup>), dovrebbero essere gli stessi Stati a decidere - in piena autonomia - rispetto a quali tipologie di investimento voler limitare la propria sovranità.

Venendo invece alle tipologie contrattuali ammesse, alcuni BITs, come quelli conclusi dagli Stati Uniti fino all'emanazione del nuovo *Model BIT* del 2004, indicano esplicitamente determinate fattispecie, quali “*turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts*” (da cui sembrano tra l'altro esclusi contratti di servizi)<sup>41</sup>. Per contro, altri strumenti escludono espressamente alcune tipologie contrattuali tipicamente commerciali<sup>42</sup>.

Per quanto riguarda le decisioni assunte dalla prassi, troviamo contratti riguardanti la fornitura di servizi di ispezioni merci alle dogane<sup>43</sup> o per la fornitura di servizi idrici<sup>44</sup>; contratti di gestione di un terminal portuale<sup>45</sup>; contratti di ristrutturazione e di gestione di complessi turistici<sup>46</sup>; contratti di progettazione, costruzione e gestione di tratti autostradali<sup>47</sup>; contratti di

---

<sup>38</sup> V. C. LEBEN, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*, cit., par. 32.

<sup>39</sup> Dal momento che la protezione internazionale comporta una conseguente perdita di sovranità per lo Stato di accoglimento è in tutta evidenza pacifico che lo Stato accetti l'erosione di parte delle proprie prerogative sovrane per garantirsi un afflusso di capitale che contribuisca al suo sviluppo economico. L'attuale crisi e l'attuale concorrenza ad attrarre investimenti, allora, aumentano la propensione degli Stati a garantire condizioni favorevoli al capitale investito con ulteriore erosione della sovranità statale. Così, SORNARAJHA, *ult. op. cit.*, p. 313.

<sup>40</sup> Valutazione espressa da J. D. MORTENSON, *op. cit.*, p. 316-317.

<sup>41</sup> V. *retro*, sub nota, 24.

<sup>42</sup> L'Articolo 1139 dell'Accordo NAFTA, ad esempio, esclude che possano essere ritenuti investimenti protetti dall'accordo multilaterale “*claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or (j) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h)*”. L'articolo 1 dell'*Energy Charter Treaty*, le situazioni giuridiche contrattuali non vengono tutelate come investimento se non nella misura in cui siano diritti contrattuali associati ad un investimento.

<sup>43</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, *Decision on Jurisdiction*, 6 agosto 2003 (d'ora innanzi, *SGS v. Pakistan*); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, *Decision on Jurisdiction*, 29 gennaio 2004 (d'ora innanzi, *SGS v. Philippines*). Tali decisioni non contengano tuttavia una compiuta analisi in merito, così M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, cit., p. 309.

<sup>44</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, cit..

<sup>45</sup> *Lanco International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/6, *Decision on Jurisdiction*, 8 dicembre 1998.

<sup>46</sup> *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, *Award*, 3 luglio 2008; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Jurisdiction*, 29 giugno,

*build operate transfer*<sup>48</sup>; contratti per il dragaggio di un canale marino<sup>49</sup>; contratti di locazione<sup>50</sup>; contratti di cessione di quote societarie<sup>51</sup>; licenze per la distribuzione ed il trasporto di gas<sup>52</sup>; contratti di finanziamento<sup>53</sup>; investimenti *portfolio* per un controvalore pari a poco più di due milioni di dollari<sup>54</sup>; *promissory notes*<sup>55</sup> e, addirittura, un contratto per il recupero di un carico di porcellane antiche<sup>56</sup>.

Semplici contratti di vendita commerciale vengono quasi unanimemente esclusi, essendo contratti commerciali che si esauriscono in un'operazione *one-shot*<sup>57</sup>. Nella prassi, tuttavia, è

---

1999; *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1 (quest'ultimo consultabile al sito <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>).

<sup>47</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5 (v. sito <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>); *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 luglio 2009.

<sup>48</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, cit.

<sup>49</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, cit..

<sup>50</sup> *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 aprile 2002.

<sup>51</sup> *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 ottobre 2005.

<sup>52</sup> *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 luglio 2007.

<sup>53</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, cit..

<sup>54</sup> *Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, Final Award, 27 novembre 2000.

<sup>55</sup> *Fedax N.V. v. Venezuela*, cit..

<sup>56</sup> *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, Decision on the Application for the Annulment, cit.. Per le critiche a tale decisione, in aggiunta alla *Dissenting Opinion* (su cui vedi *retro*, sub nota, 32), v. M. SORNARAJAH, *ult.op. cit.*, p. 318; P. SALVATI, *Il criterio dello sviluppo economico dello Stato ospite come elemento della nozione di investimento: riflessioni a margine del caso Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, in *Dir. Com. Scambi Int.*, 2010, p. 723 ss.. Sono state escluse fattispecie come il rilascio di una garanzia bancaria (*Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, cit.), o come l'attività di uno studio legale (Annullamento del lodo *Patrick Mitchell v. Congo*, cit).

<sup>57</sup> Già nell'ambito dell'elaborazione dottrinale relativa agli accordi di sviluppo economico, venivano pacificamente esclusi semplici contratti di vendita internazionale. Come sosteneva JENNINGS, sarebbe stato assurdo assimilare, sotto la medesima categoria di *State-contracts*, la fornitura di una certo quantitativo di bottoni ed un accordo per lo sviluppo economico di un determinato territorio. *Ib.*, *Rules governing Contracts between state and foreign nationals*, New York, 1965, p. 137-138. Nello stesso senso la dottrina prevalente ritiene che semplici operazioni commerciali non corrispondano ad un *investment contract* cui gli strumenti pattizi debbano garantire protezione. Per tutti, v. CRAWFORD, secondo il quale “*not every contract entered into by an investor is an investment contract: the classic example is an ordinary contract for the supply of goods and services*”, in *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 362. Transazioni come semplice vendite si situano sicuramente al di fuori dal perimetro protettivo disegnato dai redattori della Convenzione di Washington. Per la prassi, “*investment...embod[ies] certain core meaning which distinguishes it from ‘an ordinary commercial transaction’ such as a simple, stand alone, sale of goods or services*”. Così, *SGS v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, cit., par. 133; *Phoenix Action v. Czech Republic*, Award, 15 aprile 2009, par. 96. Da ultimo, v. *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan* (procedimento arbitrale UNCITRAL) che esclude che il contratto di vendita oggetto della controversia corrisponda all’*“inherent definition of investment”* ricavabile sulla base di una lettura combinata della definizione pattizia di investimento e dello scopo e dell’oggetto del trattato. “*In summary, Romak did not own an “investment” within the meaning of [...] the BIT. Romak’s rights were embodied in and arise out of a sales contract, a one-off commercial transaction pursuant to which Romak undertook to deliver wheat against a price to be paid by the Uzbek parties*”. Così, Award, 26 novembre 2009. Inoltre, I. SHIHATA, A. R. PARRA, *The Experience of the International Centre for Settlement Investment Disputes*, *ICSID Review*, 1999, p. 308, riportano che il Centro abbia rigettato l’iscrizione di una domanda di

stato ammesso alla protezione pattizia un contratto riguardante la vendita di idrocarburi<sup>58</sup> e, in tal senso, si potrebbe concludere che vendite commerciali di beni strategici potrebbero rientrare nella nozione di investimento<sup>59</sup>.

Rilevare il solo profilo commerciale di un'operazione o di un contratto potrebbe dunque escludere dalla protezione pattizia degli accordi o delle transazioni che pure risultino obiettivamente connesse e vitali ad un'operazione di investimento<sup>60</sup>. Ciò nonostante, nell'analizzare le tipologie contrattuali per i quali i *treaty based arbitrations* hanno ritenuto di avere *potestas decidendi*, è difficile cogliere il momento in cui semplici transazioni commerciali possano spogliarsi di tale connotazione per inserirsi, invece, nel contesto ammesso di un investimento.

In conclusione, l'incertezza con riferimento a quale tipologia di contratti possa rientrare pacificamente nell'ambito protettivo garantito ad un investimento internazionale deriva dalla diversificazione che ha interessato la composizione dei flussi finanziari che si sono distaccati dalle forme tradizionali di investimento, come le concessioni petrolifere che rappresentavano l'essenza degli investimenti stranieri che necessitavano di tutela internazionale e per i quali la stessa dottrina aveva invocato la internazionalizzazione di tali accordi.

## 2. La stabilità dei contratti di investimento

---

arbitrato relativa ad un contratto di vendita commerciale. In merito alle tipologie contrattuali protette nella prassi, v. anche P. BERNARDINI, *Development Agreements with Host Governments*, in R. Pritchard (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, The Hague, 1996, p. 162; A. F. M. MANIRUZZAMANN, *The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreement, An Appraisal of some Fundamental Aspects*, in *JWIT*, 2005, p. 265-266.

<sup>58</sup> V. controversia *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Arb. No. 126/2003, Award, 29 marzo 2005, resa nell'ambito dell'*Energy Charter Treaty*.

<sup>59</sup> Espressamente in tal senso, v. F. YALA, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p. 23-24. Sottolinea che gli stessi lavori preparatori portino a ritenere che non siano affatto escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Washington operazioni commerciali che ben potrebbero riguardare un'operazione di investimento, J. D. MORTENSON, *op. cit.*, p. 303-314.

<sup>60</sup> Nel lodo *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, ad esempio, si sottolinea non soltanto il carattere commerciale del contratto ma anche la natura di "*one-off commercial transaction*", lasciando presupporre che se un contratto di vendita dovesse invece inserirsi e ricollegarsi ad un *investment* e, quindi, qualora potesse essere considerato come contratto essenzialmente connesso e funzionale alla sopravvivenza di un investimento protetto dal relativo trattato bilaterale, non potrebbe invece escludersi la protezione offerta dal livello pattizio. Cfr. in tal senso, J. B. POTTS, *Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization*, *Vir. Journ. Int'l. Law*, 2011, p. 1037. Con riguardo al lodo *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, dove si è escluso che una garanzia bancaria non potesse fondare la competenza del tribunale pur anche se tale garanzia era collaterale ad un contratto per la fornitura di macchinari per l'estrazione di minerali solforati, v. le critiche espresse da J. D. MORTENSON, *op. cit.*, p. 303-314.

La tipologia di rapporti che vanno ad inserirsi pienamente nella categoria dei contratti di investimento sono, come visto, rapporti di durata<sup>61</sup> e per tali rapporti, siano questi concessioni petrolifere o accordi per la realizzazione di progetti infrastrutturali, il fattore tempo, se giustifica la profittabilità dell'investimento<sup>62</sup>, espone lo stesso alle modifiche del quadro regolatorio di riferimento; successive modifiche del regime applicabile, tuttavia, possono mutare sensibilmente -quando non addirittura sgretolare- l'equilibrio economico-finanziario raggiunto alla stipula del contratto<sup>63</sup>. In altri termini, quanto più il rapporto è di lunga durata, quanto più l'impegno economico dedotto nel contratto e la profittabilità dell'investimento vengono esposti al rischio politico e all'alea legislativa<sup>64</sup>.

I contratti tra Stati e privati, inoltre, si fondano su di una *ineherent instability*<sup>65</sup> derivante dalla presenza dello Stato quale controparte e quale soggetto regolatore. La controparte statale è, al tempo stesso, contraente e titolare della potestà di imperio e può quindi procedere a modifiche del quadro giuridico di riferimento, assumere provvedimenti ablativi, oppure variare le condizioni economiche dell'accordo, invocando superiori interessi pubblici<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Per quanto nella prassi sia stato giudicato sufficiente anche un'operazione di investimento della sola durata di due anni. In tal senso, v. *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction*, cit., parr. 90-95. Tale connotato è insito più nella nozione di investimento sviluppata dalla prassi chiamata ad applicare l'articolo 25 della Convenzione di Washington che in quella adottata dai trattati di investimento, anche se quasi tutti i trattati bilaterali escludano dal proprio ambito di applicazione *ratione materiae* semplici transazioni *one-shot*.

<sup>62</sup> Sono infatti i flussi di cassa attesi nel lungo periodo che sanciscono la bontà economica di tali investimenti.

<sup>63</sup> Rispetto a tali contratti, inoltre, l'intervento dello Stato può anche riguardare ambiti collaterali quali quelli lavoristico, ambientale o societario. Cfr., K. P. BERGEN, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrator*, in *Vand Journ. Trans. Law*, 2004, p. 1348. Nei contratti di estrazione petrolifera, ad esempio, per l'investitore privato: "*stability of the terms underlying the decision to commit risk capital or those agreed upon [remains] the constant theme of international petroleum investment.*" T. W. WÄLDE, *International Energy Investment*, in *Energy Law Jour.*, 1996, p. 214.

<sup>64</sup> L. COTULA, *Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Towards a Rethink of Stabilization Clauses*, in *J. World Energy L. & Bus.*, 2008, p. 158. All'interesse alla stabilità degli investitori, necessaria per ammortizzare gli elevati costi iniziali dell'investimento e per perseguire legittime utilità di profitto, si contrappone la necessità di un accordo modulabile in ragione di preminenti interessi di tipo pubblico. In virtù di tale conflitto, la dottrina ha esaminato la tenuta del *pacta sunt servanda* di questi accordi. ASANTE sottolinea che "*a major source of conflict between host governments of developing countries and transnational corporations derives from the preoccupation of transnational corporations with stability and predictability in contractual relations on the one hand, and the persistent demands of host governments for a more flexible contractual regime on the other*". *Ibidem*, *Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process*, in *Int. Com. Law Quarterly*, 1979, p. 404. Per JUIILLARD, invece, che "*l'exigence de stabilité est peut-être celle qui revêt la plus grande importance, tant pour l'investisseur que pour l'Etat dont cet investisseur est le ressortissant*", in *L'évolution des sources du droit des investissements*", in *Recueil des Cours*, 1994, p. 73.

<sup>65</sup> Così, S. K. B., ASANTE, *Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process*, cit., p. 407. Che nell'ambito dei contratti di investimento il concetto di sovranità debba intendersi quale sinonimo di instabilità, v. anche M. S. PERERA, *Stable Investment Contracts in the developing world: from myth to reality*, in *Sri Lanka Int'l. L.*, 2002, p. 97.

<sup>66</sup> Secondo MAURIZZIMANN, *ult. op. cit.*, oltre alla qualità delle parti in gioco, contano i differenti interessi poiché lo Stato rappresenta gli interessi ed il benessere di una comunità di riferimento, mentre

Proprio il *governamental risk* e l'instabilità strutturale che caratterizzano tali accordi (specie per quanto riguarda i paesi del sud del mondo) ne hanno arricchito la relativa trama contrattuale in chiave di stabilità giuridica e di modulazione paritaria del rapporto<sup>67</sup>. La necessità di stabilizzare il contratto ha indotto la delocalizzazione di tali rapporti e, anzitutto, ad indicare quale *lex contractus* un sistema di norme estraneo all'ordinamento dello Stato contraente, sia eleggendo una legge regolatrice di un terzo ordinamento, sia richiamando l'applicabilità del diritto internazionale, sia integrando la legge dello Stato con principi generali di diritto internazionale. La stessa teoria internazionalistica ha inteso incardinare tali accordi nell'ordinamento giuridico internazionale poiché, se a reggere tali accordi è soltanto la legge interna dello Stato, l'ordinamento interno “*not merely sustains but because it sustains, may also modify or dissolve the contract*”<sup>68</sup>. Nella stessa ottica di delocalizzazione-protezione dell'accordo vengono sottoscritte clausole arbitrali in favore di un foro svincolato dall'ordinamento dello Stato contraente (in maniera corrispondente, ovviamente, alla stessa predisposizione della Convenzione di Washington e delle diverse istanze arbitrali internazionali).

In determinate tipologie di accordi, inoltre, gli investitori riescono ad includere norme pattizie per limitare interventi unilaterali successivi da parte dello Stato e a proteggere direttamente l'equilibrio contrattuale. Infatti, alcuni Stati accordano, a diversi livelli (legislativo, contrattuale o per accordo separato<sup>69</sup>) garanzie di salvaguardia giuridica al fine di

---

un'impresa privata è motivata da una logica di profitto. “*In entering into investment agreements, the State does not surrendere its sovereignty. And there cannot be any question of mutual surrender of sovereignty because on the parties, i.e. the foreign entity lacks such quality, while the State part's sovereignty remains predominant during the whole course of the agreement*”. *Ib.*, p. 6-7.

<sup>67</sup> Oltre ad un'instabilità connaturata, in alcuni accordi, come ad esempio i contratti di sfruttamento o di approvvigionamento energetico caratterizzati da notevoli costi iniziali, il potere negoziale non è definito staticamente poiché la struttura fisiologica ed operativa di tali investimenti assegna all'investitore privato una posizione di iniziale vantaggio che lo stesso, tuttavia, non è in grado di preservare e che andrà poi a trasferirsi in capo allo Stato. L'investitore subisce quindi un *hostage effect* che vede specularmente accrescere la capacità di incisione della controparte statale che proprio nella fase negoziale, invece, era ai minimi termini. Cfr., T. W. WÄLDE, G. NDI, *Stabilizing international Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*, in *Texas Intl' L. Journal*, 1996, p. 225; S. K. B. ASANTE, *Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process*, cit., p. 410. Pertanto, se nella fase di negoziazione l'investitore gode di una posizione privilegiata nell'assicurarsi termini favorevoli, una volta che l'investimento diviene operativo, il suo potere contrattuale disvela la natura di *osolescing bargain*. Così, R. HOWSE, *Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts, consultabile*, al sito: [www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/](http://www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/) e vedi anche P. STEVENS, *National Oil Companies and International Oil Companies in the Middle East: Under the Shadow of Government and the Resource Nationalism Cycle*, in *J. World Energy L. & Bus.* 23, 2008. In merito, v. anche il lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, *Decision on Liability*, 27 dicembre 2010, par. 122.

<sup>68</sup> Cfr. E. PAASIVIRTA, *International and Stabilization of Contract versus State sovereignty*, in *BYIL*, 1989, p. 323, e nota 44.

<sup>69</sup> Il riferimento è ai “*contratos de estabilidad jurídica*” tipici di alcuni paesi dell'America Latina. In merito, si rimanda a P. CAMERON, *International Energy Investment Law, The Pursuit of Stability*, Oxford, 2010, p. 233 ss..

minimizzare l'*aléa du souveraineté*<sup>70</sup>, intesa quale rischio derivante da mutamenti del quadro normativo vigente al momento della conclusione del contratto o da interventi statali di modifica unilaterale o di revoca di particolari situazioni di privilegio.

Le clausole di salvaguardia giuridica, quindi, più che a sottrarre il rapporto al diritto nazionale interno, mirano a neutralizzare la personalità sovrana dello Stato di accoglimento nella sua duplice qualità di parte contraente e di titolare, nel proprio ordinamento, del potere legislativo quanto di quello esecutivo, imponendo allo Stato un esercizio vincolato delle proprie prerogative<sup>71</sup>.

Dal momento che l'analisi dell'ambito oggettivo delle *umbrella clauses* (ma anche del *fair and equitable treatment*) intende verificare quale sia l'attuale protezione del diritto internazionale pattizio all'equilibrio economico e alla stabilità dei contratti di investimento, si è scelto di dedicare la restante parte di questo capitolo introduttivo all'esame di quelle previsioni normative, e contrattuali, finalizzate a garantire, e a proteggere, la stabilità di tali accordi<sup>72</sup>. Tra le clausole contrattuali, quelle di salvaguardia giuridica (e, in misura minore, quelle di salvaguardia economica) sono quelle che più rilevano ai nostri fini.

## 2.1 I codici nazionali sugli investimenti

Occorre anzitutto considerare che, per beneficiare dell'afflusso di capitali stranieri (e di conseguenti acquisizioni tecnologiche e di incrementi occupazionali), gli Stati stimolano l'ingresso di investitori mediante speciali interventi legislativi di *market function*<sup>73</sup>.

La funzione di stimolo si realizza non soltanto garantendo un quadro normativo minimo, ma esentando gli investimenti stranieri dalla disciplina fiscale e doganale o garantendo determinati margini di profitto<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'integibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 302.

<sup>71</sup> La protezione di tali rapporti tramite la scelta della legge applicabile e tramite la percorribilità di un foro arbitrale sono aspetti che in questa trattazione introduttiva non verranno analizzati. Allo stesso modo, non verranno trattati i limiti del potere sovrano che ciascuno Stato subisce in forza del diritto internazionale generale.

<sup>72</sup> La finalità è infatti quella di sottrarre gli accordi di sviluppo economico al diritto interno e, quindi, alla disponibilità dello Stato che, nella sua duplice veste di controparte e regolatore, potrebbe adottare modifiche unilaterali del rapporto lesive delle situazioni patrimoniali dell'investitore, ma legittime sul piano del diritto interno.

<sup>73</sup> La loro importanza è indubbia visti i riflessi di natura economica per il paese beneficiario che ha ogni interesse ad attrarre i capitali disponibili, specie nell'attuale fase di crisi e di concorrenza internazionale per attrarre investimenti stranieri. Lo scopo di tali leggi speciali è quella di attrarre e dare sufficienti garanzie agli investitori stranieri, specie in passato, quando molti paesi dovevano dimostrare di avere un quadro normativo minimo, stante l'assenza di idonee leggi negli ambiti più sensibili, quali quello societario, fiscale o doganale. In secondo luogo, la capacità attrattiva si indirizza con appositi incentivi. Questi codici, inoltre, consentono un controllo per l'ingresso di capitali stranieri, sia per finalità di indirizzo economico che protezionistiche. Cfr., G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati*, cit., p. 29-30.

Con riferimento alle garanzie finalizzate ad assicurare la profittabilità di un investimento, si può menzionare le normative di stimolo all'ingresso di capitali stranieri adottate, agli inizi degli anni novanta, dall'Argentina. Quest'ultima, volendo completare la privatizzazione di diverse imprese pubbliche, aveva emanato alcuni provvedimenti, sia generali, come il Piano di Convertibilità del 1991 che aveva introdotto un regime di cambio a tasso fisso tra il peso argentino e il dollaro americano (al rapporto di 1 a 1), che particolari, come la Legge *Ley del Gas* (no. 24.076 del maggio del 1992) in cui veniva offerta una garanzia di *full equilibrium*. Alle società private, che sarebbero subentrate al gestore pubblico, venivano infatti garantite modalità di tariffazione delle forniture di gas calcolate in dollari americani e poi convertite in pesos argentini in base ad un rapporto di cambio prefissato e secondo un aggiustamento vincolato all'andamento del *Producer Price Index* americano<sup>75</sup>. In merito, si vedrà (nel terzo capitolo di questo lavoro) come successivi provvedimenti di modifica di tale regime giuridico, adottati un decennio dopo per fronteggiare la ben nota crisi economica di inizio millennio, abbiano indotto gli investitori a portare in giudizio l'Argentina, invocando la violazione di obblighi di diritto internazionale pattizio quali, in particolare, le *umbrella clauses* ed il *fair and equitable treatment*.

Per i paesi ad alta instabilità politica o caratterizzati da una fase di *nation building*, tali codici svolgono l'ulteriore funzione di garantire agli investitori uno quadro normativo minimo. In tale ambito, si può ricordare che a pochi mesi dall'inizio del conflitto iracheno del 20 marzo 2003, ad esempio, la *Coalition Provisional Authority*<sup>76</sup> aveva (già) avvertito l'urgenza di tutelare i capitali stranieri, emanando l'"*Order n. 39 On Foreign Investment of September 19, 2003*" che abrogava tutta la disciplina previgente<sup>77</sup>. Sempre nell'ambito di tale ordinamento,

---

<sup>74</sup> Su queste legislazioni speciali, comunemente denominate "codici degli investimenti", v. A. PARRA, *Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes*, in *ICSID review*, vol. 7, 1992, p. 428-452; Per recenti studi specifici, O. KIRSHNER, *An impressionistic tour of international investment codes, 1948-1994*, in *The Bretton Woods-GATT system: retrospect and prospect after fifty years*, ed. by Orin, 1996; M. NIYONZIMA, *African investment codes and African economic integration*, in *Annual conference of the African society of international and comparative law*, 1994, p. 182-191; A. RUVAN, S. MARGRETE, N. Z. NASSIB, *Bibliography on recent national investment codes*, in *ICSID Review*, vol. 7, 1992, p. 512-516.

<sup>75</sup> Agli inizi degli anni novanta, diversi enti pubblici argentini venivano privatizzati. Per rimanere nell'ambito delle cause che sarebbero poi state promosse dinanzi all'ICSID (e che si analizzeranno nel terzo capitolo del presente lavoro), il gestore pubblico del gas metano, la Gas del Estado S.E., veniva privatizzato e le relative licenze per le forniture venivano assegnate a costituende società il cui capitale veniva ceduto ad investitori stranieri.

<sup>76</sup> Cfr., *Middle East Supplement*, n. 161, pag. 7 ss (legge successivamente emendata nel 2006 in favore di maggiori incentivi, vedi tra poco nel testo). Tale Autorità, presieduta dall'americano Bremer, fu istituita per effetto di una dichiarazione comune depositata al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite a firma congiunta da parte delle rappresentanze permanenti di Stati Uniti e Gran Bretagna, datata 8 maggio 2003. In base a tale dichiarazione, la *Coalition Provisional Authority* avrebbe esercitato funzioni di governo *pro-tempore*. Successivamente, la stessa Autorità, con la "*Regulation n. 1*" del 16 maggio 2003, provvedeva a fissare -nello specifico- i propri poteri.

<sup>77</sup> In merito alla concreta attività legislativa posta in essere dall'Autorità fino alla cessazione delle sue funzioni, sono state avanzate diverse critiche. In particolare, alcuni autori ritengono che l'Autorità abbia



la legge federale sugli investimenti, la n. 13 del 2006 (da ultimo emendata il 4 gennaio 2010), prevede ora che, quando un investitore abbia ricevuto idonea licenza, godrà di un'esenzione generale dall'imposizione fiscale per dieci anni, fatta salva la facoltà del Consiglio dei Ministri di poter garantire un'estensione od ulteriori benefici a seconda del tipo di investimento<sup>78</sup>.

Queste normative di stimolo possono quindi riguardare gli investimenti generali, indirizzarsi verso specifici settori economici<sup>79</sup>, determinati rapporti patrimoniali o selezionate tipologie di investimento.

Altre volte, invece, la sostanza di questi codici può limitarsi a garantire agli investitori stranieri lo stesso trattamento riconosciuto ai rispettivi cittadini e alle imprese nazionali in assenza di reciprocità, pur riservandosi di negoziare, *uti singuli*, termini più favorevoli<sup>80</sup>. Sempre a fini attrattivi, inoltre, si possono menzionare quegli interventi legislativi che mirano a rassicurare gli investitori offrendo garanzie rispetto all'esecuzione degli stessi lodi ICSID<sup>81</sup>.

---

travalicato i limiti di potestà amministrativa temporanea che il diritto internazionale riconosce all'occupante, avendo provveduto ad importanti modifiche del sistema legislativo, politico ed economico, contravvenendo all'obbligo di rispettare la legislazione interna preesistente. Così, V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali, tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, 2009, pag. 173; cfr., anche F.P. MILLER, A. VANDOME, J. MCBREWSTER, *Coalition Provisional Authority*, VDM Verlag Dr. Mueller e.K. (ed.), 2010.

<sup>78</sup> L'articolo 15 della legge 13/2006 prevede un'"*exemption from taxes and fees for a period of (10) ten years as of the date of commencing commercial operations in accordance with the areas of development defined by the Council of Ministers at the suggestion of the National Commission for Investment based on the degree of economic development and the nature of the investment project* (articolo 15, par. 1). Il secondo paragrafo della norma prevede poi che "*The National Commission for Investment has the right to increase the years of tax and fees exemption in a way directly proportional to the increase in the Iraqi Investor share in the project to reach fifteen years if the Iraqi Investor share in the project was more than 50%*". Per il testo: [www.investpromo.gov.iq/tl\\_files/6291/xhtml/Repository/Amn\\_Invest\\_Law\\_En.pdf](http://www.investpromo.gov.iq/tl_files/6291/xhtml/Repository/Amn_Invest_Law_En.pdf). Per un approfondimento generale, S. SHUBBER, *The Law of Investment in Iraq*, Netherlands, 2005; per una riconoscizione della nuova legge sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, emanata con il "*Coalitional Provisional Authority Order n. 83*" del 29 aprile 2004, v. AA. VV., *Copyright Law Handbook, Middle East Countries*, Vol.1, Washington, p. 105-120.

<sup>79</sup> Esemplificative, in tal senso, *The Foreign Investment Act and Executive Rules* emanate nel 2002 dall'Arabia Saudita in cui vengono elencate tutte le attività economiche *not open to foreign investors*, tra le quali, ad esempio, le attività di esplorazione, *drilling* e produzione petrolifera o i servizi multimediali e audiovisivi. Vedi *Middle East, Basic Oil Law & Concession Contracts, The Barrows Company, Supplement*, n. 156, p. 118.

<sup>80</sup> Come prevede l'articolo 7 della Legge n. 13 del 2000 emanata dal Qatar (*Regulating the Investment of Foreign Capital in Economic Activities*) ai sensi del quale "*The Ministry may: 1. Exempt the foreign capital invested in sectors referred to in Article 2 of this Law from income tax for a period not exceeding 10 years from the date of operating the investment project. 2. Exempt the foreign investment projects from customs with respect to the needed imported equipment and machinery for its establishment. 3. Exempt the foreign investment projects in industry from customs with respect to imported raw materials and semi-manufactured products necessary for the production, which are not available in the domestic markets. Middle East Supplement*, n. 161.

<sup>81</sup> Si consideri, al riguardo, la recente *The International Disputes Act* del 28 aprile 2011 emanato dal governo Pakistano per garantire piena esecuzione ai lodi ICSID dinanzi ai tribunali interni.

Salvo quanto poi si dirà con riferimento agli obblighi assunti dagli Stati nei trattati internazionali sulla protezione degli investimenti<sup>82</sup>, in assenza di un sovraordinato livello protettivo di diritto internazionale pattizio, la dottrina e la prassi non sembrano aver dubbi sull'efficacia limitata di tali incentivi legislativi quando questi non vengano trasposti in specifici accordi o qualora l'accordo non contenga un espresso richiamo a tali norme. Escludendo ricostruzioni suggestive che ritengono che le aspettative legittime dell'investitore possano essere salvaguardate per effetto della teoria dell'*estoppel*<sup>83</sup>, trattandosi di mere disposizioni di natura unilaterale, queste normative non sembrano in grado di dispiegare un apprezzabile effetto protettivo essendo misure legislative generali potenzialmente abrogabili in ogni momento<sup>84</sup>.

La dottrina<sup>85</sup>, che pure si è domandata se tali codici possano essere qualificati come atti unilaterali internazionali<sup>86</sup>, esclude che possano produrre effetti quali quelli che il diritto internazionale può riconoscere agli atti unilaterali. In ossequio alla sovranità statale, i trattamenti di favore promessi a livello nazionale possono semmai rappresentare una mera *invitatio ad offerendum*, ma non una offerta rivolta alla generalità degli investitori<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Occorrerà verificare, infatti, se e in che misura le *umbrella clauses* e l'obbligo di *fair and equitable treatment*, con riferimento almeno ad alcune tendenze interpretative emerse nella prassi arbitrale, siano in grado di stabilizzare l'accordo non soltanto in relazione ad un regolamento contrattuale che cui manchi una clausola di salvaguardia giuridica, ma anche in presenza di mere disposizioni legislative interne quali quelle appena descritte cui faccia difetto uno speculare obbligo in un regolamento contrattuale.

<sup>83</sup> P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'integrité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 306.

<sup>84</sup> Si veda E. I. NWOGUGU, *Legal Problems of foreign investments*, in *Recueil des Cours*, 1976, p. 61; J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2008, p. 370, secondo il quale "*in the absence of express stabilization, investors take the risk that the obligations of the host state under its own law may change [...]*".

<sup>85</sup> V., in particolare, P. JUILLARD, *op. cit.*, pp. 71-74.

<sup>86</sup> La materia, come noto, ha tratto linfa vitale dalle note sentenze della Corte Internazionale di Giustizia sugli esperimenti nucleari del 1974 (Sentenza del 20 dicembre 1974 (*Austria v. Francia*), in *C.I.J. Recueil*, 1974, 253) e nella successiva opera di codificazione iniziata dalla Commissione di Diritto Internazionale nel 1997 e conclusasi nel 2006. Sugli atti giuridici in generale, G. VENTURINI, *Atti unilaterali (diritto internazionale)*, in *EG*, III, 1988. Per quanto riguarda i primi contributi sul Progetto di Codificazione, v. J. D'ASPROMONT LYNDEN, *Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des Etats*, in *RGDIP*, 2005, p. 163-189; M. TORRES CAZORLA, *La historia jamás contada de los actos unilaterales de los Estados: de los ensayos nucleares al asunto de la República Democrática del Congo contra Ruanda*, in *REDI*, 2006, p. 257 ss..

<sup>87</sup> "*We would therefore consider the inclusion of a stabilization promise in national law as an invitation to dance, but not yet as a dance itself*". Così, T. W. WÄLDE, G. NDI, *Stabilizing international Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*, cit., p. 240 *sub nota* 94. Gli autori rilevano inoltre che "*one could argue that investors - even when not succeeding in having an explicit stabilisation clause inserted in their investment agreement - "accept" an general "offer" of investment/ tax stability made in legislation per se; however, in view of the sensitivity of this issue and the principle to interpret waivers of sovereignty restrictively, we feel that a stabilisation promise in legislation only is not sufficient to assume an explicit, formal and binding "stabilisation agreement". Investors concerned over stabilisation should negotiate for an explicit stabilisation guarantee, and a reference in a national law should make it easier to achieve such a negotiating goal*". Viene tuttavia avanzata la tesi che la normativa interna potrebbe incidere sull'ammontare di un eventuale indennizzo. "*Nevertheless, the fact that general legislation at the time of an investment guaranteed*

## 2.2. Clausole contrattuali di salvaguardia giuridica

L'esigenza di proteggere l'assetto negoziale dalle influenze esercitabili da un contraente sovrano ha comportato l'inserimento –a livello contrattuale- di apposite pattuizioni protettive nei confronti della controparte statale quale *maîtrise de son droit interne*<sup>88</sup>.

In alcuni contratti di investimento, infatti, si rinvencono impegni non riscontrabili nella prassi privata e la cui inclusione ha indotto la dottrina, quanto la giurisprudenza arbitrale, ad avanzare differenti soluzioni quanto alla loro tenuta ed efficacia; soluzioni che, tra l'altro, si sono snodate in parallelo al percorso teorico dell'internazionalizzazione degli accordi di sviluppo economico.

Le clausole di salvaguardia giuridica<sup>89</sup> rappresentano, invero, una delle questioni più complesse del diritto internazionale degli investimenti,<sup>90</sup> poiché sono clausole che, non soltanto danno vita ad una *situation contractuelle renforcée*<sup>91</sup>, ma che da sole, o in combinazione con altre pattuizioni (quali la legge applicabile ed una convenzione arbitrale), sarebbero in grado di connotare la natura stessa degli accordi che le contengono.

Da un punto di vista generale, occorre subito rimarcare che tali impegni non sono riscontrabili in paesi a capitalismo avanzato e ciò non fa che evidenziare come le stesse vengano stipulate per attrarre capitali stranieri<sup>92</sup> da parte di Stati dotati di ridotto potere negoziale<sup>93</sup>.

---

*investment/ tax stability, could well be a factor in determining when compensation is due and the quantum of compensation if the state subsequently revokes or ignores promises of stability contained in general legislation". Ibidem.*

<sup>88</sup> P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intangibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 302.

<sup>89</sup> Tale terminologia viene presa a prestito da H. CATTAN, il quale, in *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, New York, 1967, p. 15, fa riferimento alla *juridical security* negli *State contracts* anziché al termine "*stabilization clauses*" che avrà invece esclusivo utilizzo nella terminologia della dottrina e della prassi, ma che WEIL, l'autore che ha più di ogni altro condizionato il dibattito, definisce clausole di protezione (che lo stesso autore suddivide tra clausole di stabilizzazione e clausole di intangibilità). *Ibidem, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, cit., p. 301 ss. La dottrina si limita spesso ad esaminarle senza distinguere i due obblighi e facendo generico riferimento alle clausole di stabilizzazione (e senza quindi chiarire, ogni volta, se il riferimento debba intendersi a quelle *latu sensu* o alle quelle *strictu sensu*). Per fare generico riferimento ad entrambe le tipologie, pertanto, si è deciso di utilizzare il termine di clausole di salvaguardia giuridica.

<sup>90</sup> P. WEIL, *Problèmes relatif aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, cit., p. 238.

<sup>91</sup> *Ibidem, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, cit., p. 314.

<sup>92</sup> V. E. PAASIVIRTA, *International and Stabilization of Contract versus State sovereignty*, cit., p. 330.

Sugli specifici rischi che le norme contrattuali di salvaguardia giuridica tendono a coprire, v. S. K. B. ASANTE, *Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process*, cit., p. 404.

<sup>93</sup> Si fa notare che tali tipi di garanzie non vengono concesse dai paesi industrializzati e da paesi del sud del mondo, ma dotati di certo potere contrattuale e istituzionale, quali Arabia Saudita o Brasile. Cfr., T. W. WÄLDE, G. NDI, *Stabilizing international Investment Commitments*, cit., p. 222-223. Se AMADOR riferisce l'inizio del loro utilizzo intorno al 1920, Fitzmaurice (v. *Dissenting Opinion* relativa a lodo Aminoil) le colloca nel decennio successivo, riconducendole alla reazione delle imprese statunitensi contro le nazionalizzazioni in America Latina. Tale prassi si è poi consolidata in corrispondenza del processo di decolonizzazione e sono

Specularmente, gli investitori stranieri ricevono assicurazioni e vantaggi non ottenibili da parte delle imprese nazionali<sup>94</sup>.

Le clausole di salvaguardia giuridica hanno il comune scopo di deviare le prerogative statali dall'accordo al fine di minimizzare i rischi rappresentati dall'*aléa de souveranité* intesa, anzitutto, quale alea legislativa e quale alea derivante dal potere di interventi pubblici unilaterali.<sup>95</sup>

La pur estrema eterogeneità della loro formulazione, e del loro contenuto, non ha impedito alla dottrina di individuare categorie generali di riferimento. Gli impegni di protezione assunti dal soggetto statale – e che qui verranno richiamati come impegni di salvaguardia giuridica – vengono classificati in due categorie generali<sup>96</sup>, ossia le clausole di stabilizzazione *strictu sensu*, aventi ad oggetto l'obbligo di esentare l'accordo dall'applicazione della legislazione successiva, da un alto, e, dall'altro, le clausole di intangibilità in cui l'obbligo dedotto contrattualmente è quello di non esercitare poteri sovrani in determinate materie o direzioni, di astenersi da modifiche unilaterali o di non procedere ad esproprio o nazionalizzazione<sup>97</sup>.

---

tutt'oggi presenti. In merito, v. F. V. G. AMADOR, *State Responsibility in case of "stabilization" clauses*, in *Journ. Trans. Law & Policy*, 1993, p. 30.

<sup>94</sup> Sono infatti concesse ai soli investitori privati. "Indeed, they are local contracts subject to local law and the idea of stabilization clauses in such contracts between a local company and its state would be a novelty". Così, M. SORNARAJAH, che esprime tali considerazioni nell'*Opinion* del 5 marzo 2007, prodotta nella controversia *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSDI Case no. ARB/03/15, al par. 97.

<sup>95</sup> T. W. WÄLDE, G. NDI, *Stabilizing international Investment Commitments*, cit., p. 221; P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intangibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 302. Cfr. anche C. T. CURTIS, *The Legal Security of Economic Development Agreements*, in *Harv. Int'l L. J.*, 1988, p. 347. Sostiene una funzione di garanzia anche SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 210. Non manca chi individua, invece, uno scopo per così dire mediano, ovvero quello di raggiungere un compromesso "between sovereign prerogatives of the States involved and the legitimate quest of the private party for stability of status consistent with sound business judgement". Così G. R. DEALUME, *Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes, Law and Practice*, luglio 1983, p. 39.

<sup>96</sup> Nel testo, come anticipato, ci si riferisce alla distinzione, avanzata da WEIL, e unanimemente adottata dalla prassi arbitrale e da coloro che a tali clausole si sono interessati. L'A., anziché riferirsi genericamente a clausole di salvaguardia giuridica, utilizzava il termine di clausole di protezione e di stabilizzazione *latu sensu*. Per WEIL tali clausole si differenziano in ragione di una diversa restrizione o limitazione delle prerogative statali. Per cui la sovranità statale si declina in termini differenti nelle clausole di stabilizzazione e in quelle di intangibilità e, rispettivamente, "selon que l'Etat s'engage à geler le droit applicable au contrat ou qu'il renonce à ses prérogatives de puissance publique en matière contractuelle". *Ibidem*, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intangibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 320.

<sup>97</sup> Non sono obblighi di stabilizzazione quelli che presuppongono ed impongono allo Stato di attivarsi in esecuzione di quanto previsto in sede pattizia e per adempiere i quali lo Stato dovrà necessariamente adattare la sua normativa interna, attraverso la modifica o l'abrogazione di norme preesistenti incompatibili, oppure attraverso l'emanazione di nuove norme. V. G. SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 57.

### 2.2.1. Obblighi di stabilizzazione del quadro normativo

Sottoscrivendo obblighi di stabilizzazione propriamente detti, lo Stato *s'engage à geler le droit applicable au contrat*<sup>98</sup>, per cui il contratto e la legge nazionale ad esso applicabile devono ritenersi cristallizzati al momento della sua conclusione.

In particolare, sono diverse le tecniche giuridiche tramite le quali lo Stato riconosce al regolamento contrattuale un *enclave status*<sup>99</sup>.

Mediante la prima tecnica, c.d. di *freezing*, il quadro normativo di riferimento viene ritenuto fissato, per tutta la durata del contratto, a quello vigente al momento della sua stipulazione<sup>100</sup> rendendo l'accordo insensibile a futuri mutamenti del regime giuridico. Il dato essenziale dell'obbligo, quindi, si proietta nel futuro, salvaguardando l'accordo da successive modifiche<sup>101</sup>. Tali pattuizioni non presentano particolari problemi nella misura in cui siano stati emanati corrispondenti provvedimenti legislativi o qualora il contratto riceva apposita approvazione<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intengibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 320.

<sup>99</sup> Cfr. A. Z. EL CHIATI, *Protection of Investments in the context of petroleum agreements*, in *Recueil des Cours*, 1987, p. 117, sub nota 215.

<sup>100</sup> A titolo esemplificativo, si consideri la seguente norma. “*This Concession Agreement shall be governed, construed and interpreted in accordance with the laws of the public of Liberia excluding, however, any enactment passed or brought into force in the Republic of Liberia before or after the date of this Concession Agreement which is inconsistent with or contrary to the terms hereof*”. Così, articolo 21 del *Concession Agreement between the Government of the Republic of Liberia and Liberia Iron and Steel Corporation* del 2 giugno 1975, in *CICRI*, Vol. 1, 113. Sempre a titolo esemplificativo, “*Le gouvernement garantit à la deuxième partie, pour la durée de la convention, la stabilité des conditions générales, juridiques, économiques, financiers et fiscales dans lesquelles la deuxième partie exercera son activité, telles que ses conditions résultant de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de signature de la convention ainsi que des dispositions de ladite convention*”. Così, articolo 4 della *Convention of Establishment* tra la Repubblica Islamica della Mauritania, AGIP S.p.A. e Getty Oil International del 29 aprile 1977.

<sup>101</sup> In merito, v. P. WEIL, *ult. op. cit.*, p. 307-308; A. Z. EL CHIATI, *op. cit.*, p. 116. Invece, se l'impegno attiene alla non applicabilità di determinate norme già in vigore, non si è presenza di obblighi di stabilizzazione poiché il tratto saliente di quest'ultimi è quello di garantire l'investitore da futuri mutamenti normativi. Nella controversia *Aminoil v. Kuwait* del 14 luglio 1987, in 21 *I.L.M.*, 1982, la sottostante concessione petrolifera esplicita tale connotazione. Ai sensi dell'articolo 30(2) sulla legge applicabile di tale accordo, infatti, “*The provision of any current laws and regulations which may be wholly or partly inconsistent with this Agreement shall, to the extent of any such inconsistency, be of no effect in respect of the provisions of this Agreement*. Per il tribunale, una siffatta clausola non rappresentava una clausola di stabilizzazione propriamente detta poiché non conteneva alcun espressa garanzia per il futuro. Veniva infatti puntualizzato che la norma contrattuale si applicava “*only to provision of any current laws and regulations, clearly referring solely to the laws and regulations existing at the time of execution of the Khemco Agreement. Therefore it provided no guarantee for the future and it is not a stabilization clause*”. Così, par. 166 del lodo, in *I.L.M.* cit., p. 1355. In merito, si v. inoltre, A. F. M. MANIRUZZAMAN, *Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements*, in *I.E.L.T.R.*, 2005, p. 99; P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat*, cit., p. 36.

<sup>102</sup> Cfr., SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 209.

In prima analisi, l'impegno dello Stato a preservare il regime giuridico applicabile al contratto non equivale ad imporre allo Stato di astenersi dal legiferare nei diversi ambiti che potrebbero interessare un determinato assetto contrattuale. L'obbligo si limita a rendere immune l'accordo da qualsivoglia mutamento della cornice normativa nel quale –necessariamente– lo stesso si inserisce<sup>103</sup>.

Attraverso il ricorso alla tecnica dell'*inopponibilité*, invece, viene garantito che futuri interventi legislativi o regolatori – e addirittura la stessa interpretazione del dato normativo di volta in volta in rilievo<sup>104</sup> – saranno inopponibili al regime normativo applicabile al contratto. Tale forma di stabilizzazione viene ritenuta dalla dottrina<sup>105</sup>, e dalla prassi arbitrale<sup>106</sup>, connaturata ai contratti di durata (nella misura in cui, tuttavia, le norme successivamente emanate non abbiano carattere imperativo) e conforme al principio di irretroattività della legge. Nello specifico, l'inopponibilità può essere prevista nella misura in cui la nuova normativa contrasti con il regime normativo applicabile all'accordo o abbia ripercussioni negative sull'equilibrio contrattuale<sup>107</sup>; altre volte, invece, l'intangibilità viene garantita a prescindere da qualsiasi *inconstistency* con ogni normativa futura<sup>108</sup>. L'inopponibilità, inoltre, può essere tradotta in termini di prevalenza-precedenza, stabilendo che l'accordo, una volta approvato per via parlamentare, avrà priorità rispetto a qualsiasi provvedimento emanato successivamente alla stipulazione dell'accordo o alla sua entrata in vigore<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> A. Z. EL CHIATI, *Protection of Investments in the context of petroleum agreements*, cit., p. 117, per il quale “*in this way there is no question of “freezing” the legislation or limiting the State's legislative competence, the State can enact any laws it wants (e.g., increase the tax rate or abrogate an exemption from customs duties) provided that such laws are not enforced against the existing contracts*”.

<sup>104</sup> Interessante, al riguardo, la norma contrattuale riportata da W. PETER, *Stabilization clauses in State Contracts*, in RDA, 1998, p. 877, e a cui si rimanda. Si consideri, inoltre, una norma del seguente tipo. “*The Tax regime established by the Contract shall be in effect without alterations until the termination of the Contract's validity. Any amendments in the Tax Legislation made after the Contract was signed must not influence the tax obligations of the Contractor*”. Così, articolo 16 del *Model Contract* del Kazakistan del 1997, in *The Barrow Company Review, Middle East Supplement*, n. 165, p. 15.

<sup>105</sup> A. Z. EL CHIATI, *Protection of Investments in the context of petroleum agreements*, cit., p. 117.

<sup>106</sup> Nell'arbitrato LIAMCO, si sostiene che l'effetto di stabilizzazione della clausola sia ad ogni modo raggiungibile “*en vertu du principe général de l'inviolabilité des contrats reconnu également en droit interne et en droit international [...] Cette clause est également conforme au principe de la non rétroactivité des lois*”, Così, *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of Libyan Arab Republic*, lodo del 12 aprile 1977, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 136 ss. (ed anche in 20 *I.L.M.*, 1981). Nello stesso lodo, tra l'altro, si sottolinea che la non modificabilità di un accordo senza il consenso di ambo le parti rappresenta un mero corollario dello stesso principio di obbligatorietà dei contratti.

<sup>107</sup> V. B. MONTEBAULT, *La stabilisation des contrats d'état à travers l'exemple des contrats pétroliers: le retour des dieux su l'Olympe?* in RDAI, 2003, p. 610.

<sup>108</sup> W. PETER, *Stabilization clauses in State Contracts*, cit., p. 876, rileva che “*a clause can go even further and exclude any material adverse effect of subsequent legislation even when there is no inconsistency with the agreement as such*”.

<sup>109</sup> In tal senso, si consideri la seguente norma: “*Upon approval by the Parliament of the Azerbaijan Republic of this Agreement, this Agreement shall constitute a law of the Azerbaijan Republic and shall take precedence over any other current or future law, decree or administrative order (or part thereof) the Azerbaijan Republic which is inconsistent with or conflicts with this Agreement except as specifically otherwise provided in*

Un'ultima tecnica giuridica per isolare il regime legale in vigore al momento della conclusione del contratto, e preservare eventuali benefici fiscali o di altro genere comunque riconosciuti in ambito pattizio, è quella di considerare tale *corpus* normativo come incorporato all'interno dell'accordo che diviene quindi applicabile *ex contractu*, sebbene tale ricostruzione si esponga ai rilievi critici relativi al *contrat sans loi*<sup>110</sup>.

### 2.2.2. Obblighi di intangibilità dell'assetto contrattuale

La seconda tipologia di clausole di salvaguardia giuridica ricomprende impegni per mezzo dei quali lo Stato *renonce à ses prérogatives de puissance publique en matière contractuelle*<sup>111</sup>, rinunciando, quindi, al suo potere *de modification unilatérale et à son pouvoir de résiliation unilatérale du contrat*<sup>112</sup>. Queste norme pattizie risultano più incisive rispetto alla prima tipologia poiché lo Stato si impegna a non esercitare poteri di modifica e di revoca unilaterale. Pertanto, tali norme limitano incisivamente la sovranità dello Stato che le conceda<sup>113</sup> dal momento che lo Stato si assume l'obbligo contrattuale di astenersi dall'adottare provvedimenti legislativi od amministrativi che possano "intercettare" l'accordo<sup>114</sup>.

In tutta evidenza, tali impegni rassicurano gli investitori che hanno ogni interesse a non vedersi modificato il contratto, né a subire alcuna revoca o risoluzione anticipata, nemmeno in conseguenza di interventi di nazionalizzazione o di esproprio.

Tuttavia, sebbene non manchino casi in cui uno Stato si sia espressamente assunto contrattualmente l'obbligo di limitare l'esercizio delle proprie prerogative in termini di nazionalizzazione o di esproprio<sup>115</sup>, è pur vero che le clausole negoziali che esplicitamente precludono l'assunzione di tali provvedimenti ablativi sono, come facilmente intuibile, infrequenti<sup>116</sup> (anche perché la loro stessa concessione rivela una debolezza negoziale tale da

---

*this Agreement*". Così, articolo 22, par. 1, del *Production Sharing Agreement* tra *Amoco Group* ed Azerbaijan, del 14 dicembre 1996, in *The Barrow Company Review, Russian- Supplement* 24 del 2003, p. 52.

<sup>110</sup> V. A. Z. EL CHIATI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>111</sup> Così, P. WEIL, *Les Clauses de Stabilisation ou d'intangibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 320.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 321.

<sup>113</sup> C. T. CURTIS, *The Legal Security of Economic Development Agreements*, cit., p. 347.

<sup>114</sup> Cfr., G. SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 213.

<sup>115</sup> Più avanti, si riporterà il dibattito sulla conformità di tale obbligo contrattuale con riferimento ai connotati sovrani del soggetto che li sottoscrive.

<sup>116</sup> Come, ad esempio, la seguente clausola contrattuale: "*The Ministry of Mines, acting on behalf of the Indonesian Government, agrees that during the term of this Agreement it and the Indonesian Government and all its instrumentalities and subdivisions (i) will take no action which is inconsistent with the conduct of the Enterprise in accordance with the provisions of this Agreement, including without limitation, any action of condemnation or nationalization of the enterprise or any part thereof*". Così, Articolo 14 lett. c, dell'Accordo Ertsberg del 7 aprile 1967 tra Indonesia e Freeport Indonesia Inc., citato sub nota 6, p. 889 da W. PETER,

far addirittura intravedere, nel soggetto che le ha sottoscritte, un *quasi-State*<sup>117</sup>). In questa sede non interessa il potere di nazionalizzare ai sensi del diritto internazionale consuetudinario o pattizio<sup>118</sup>. Ciò che interessa è se una clausola contrattuale, in cui l'obbligo assunto dallo Stato sia solo quello di non procedere a modifiche unilaterali, includa, implicitamente, l'obbligo per lo Stato di astenersi dall'adozione di qualsiasi misura di *take over*.

La prassi arbitrale, in questo senso, non è affatto unitaria e all'iniziale interpretazione estensiva – secondo cui “*a typical stabilization clause prohibits any unilateral change in or termination [...] and a nationalization amounts to termination of the agreement*”<sup>119</sup> - sono seguite interpretazioni ossequiose del *de minus interpretatio*.

Se per un primo orientamento, un provvedimento di nazionalizzazione viola gli impegni contrattuali di stabilizzazione costituendo, quindi, a *breach of contract*<sup>120</sup>, l'orientamento più recente ritiene che la neutralizzazione di un tale potere statale richiede ben più espliciti *commitments*. Il lodo che ha inaugurato tale orientamento nell'interpretazione dell'impegno di intangibilità<sup>121</sup>, contenuto nella concessione revocata a seguito di nazionalizzazione nel caso AMINOIL, ha stabilito che “*the case of nationalization is certainly not expressly provided against*” e che una limitazione al diritto di nazionalizzare “*would be a particularly serious*

---

*Stabilization clauses in State Contracts*, cit. Sulla considerazione che tali impegni siano assolutamente minoritari nella prassi contrattuale, v. A. Z. EL CHIATI, *op. cit.*, p. 116.

<sup>117</sup> V. T. W. WÄLDE, G. NDI, *Stabilizing international Investment Commitments*, cit., p. 223.

<sup>118</sup> Non si può dare conto dell'annoso dibattito sulla legittimità delle nazionalizzazioni alla luce del diritto internazionale e alla legittimità delle limitazioni contrattuali a tali prerogative, nei trattati bilaterali quanto nelle normative interne di protezione degli investimenti stranieri. Tuttavia, gli obblighi in merito assunti riguardano le sole condizioni in base alle quali lo Stato potrà legittimamente procedere a nazionalizzazione o ad esproprio ma, a quanto consta, non si rinvengono preventive rinunce *tout court* all'assunzione di tali provvedimenti in ambito pattizio internazionale. Per un'esauriente panoramica delle posizioni espresse in merito tanto dalla dottrina che dalla prassi, ci si limita a rimandare a L. SANTOSUOSSO, *L'espropriazione di beni o diritti patrimoniali di cittadini stranieri e la determinazione dell'indennizzo secondo la giurisprudenza dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1996, p. 195 ss..

<sup>119</sup> Cfr., T. B. HANSEN, *The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements*, in *Va. J. Int'l. L.*, 1987-1988, p. 1031.

<sup>120</sup> “*The awards have relied more on grounds associated with a State's sovereignty; that is, when a State agrees to the inclusion of a stabilization clause [...], it exercises its sovereignty by placing restrictions on itself not to terminate unilaterally the agreement. Subsequent nationalization [...] constitutes a breach of stabilization clause*”. *Ibidem*, p. 1035-1036.

<sup>121</sup> La clausola di intangibilità presente nella concessione del 1948 all'origine della controversia prevedeva che “*The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement*”. *V. Award*, cit., in, 21 *I.L.M.*, 1982, par. 94, dove il tribunale ritiene che, oltre al requisito della esplicitazione, le limitazioni quanto all'esercizio di prerogative sovrane debbano essere ragionevoli e, quindi, che debbano essere valutate in termini di idoneità temporale della restrizione assunta dallo Stato. Tuttavia, l'arbitro Fitzmaurice non condivide tale conclusione e si indirizza per una *dissenting opinion*. Cfr., P. TSCHANZ, *The contributions of the Aminoil award to the law of state contracts*, in *The international lawyer*, 1984, p. 278-279.



*undertaking which would have to be expressly stipulated for*”<sup>122</sup>. Per tale orientamento è quindi necessario che lo Stato si sia espressamente vincolato a non nazionalizzare le situazioni giuridiche derivanti da un contratto, non essendo all'uopo sufficiente una tipica clausola di intangibilità che si limiti a subordinare ogni modifica contrattuale ad una comune volontà negoziale.

### 2.2.3. Valenza delle clausole contrattuali di salvaguardia giuridica

Conclusa la ricognizione degli aspetti descrittivi, e prima di esaminare come la dottrina e la prassi abbiano valutato la validità e gli effetti di tali impegni, è necessario ricordare che le clausole di salvaguardia giuridica vengono considerate come pattuizioni a valenza strutturale.

In primo luogo, si rileva che tali impegni innervano l'accordo che li contiene di tratti assolutamente peculiari dal momento che vengono assunti dallo Stato nella medesima veste sovrana con la quale lo stesso assume impegni internazionali. Nello specifico, si è sostenuto che lo Stato, assumendo *governmental commitments*<sup>123</sup> di rinuncia all'esercizio di prerogative pubbliche, si ponga quale ente sovrano nel senso del diritto internazionale, ossia come soggetto di diritto internazionale sottoposto alle sue norme<sup>124</sup>. Nel sottoscrivere tali pattuizioni, lo Stato discende, per così dire, dal proprio scranno<sup>125</sup>, intervenendo nella sua qualità sovrana -poiché “*il est clair que seul l'Etat souverain peut les souscrire*”<sup>126</sup>. La sottostante natura di atto *iure imperii* sovrano è stata di recente ribadita, tra l'altro, dalla prassi arbitrale sugli investimenti con riguardo alla natura degli obblighi sussumibili dalle *umbrella clauses*<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> Oltre al lodo *Aminoil*, vedi il lodo *Liamco*, per il quale un intervento di nazionalizzazione (quando non discriminatorio o non accompagnato da misure illecite) non rappresenta una violazione di una *stabilization clause*.

<sup>123</sup> T. W. WÄLDE, G. NDI, *Stabilizing international Investment Commitments*, cit., p. 218.

<sup>124</sup> Lo Stato si impegna quale ente sovrano per come esso si manifesta ed agisce con soggetti esterni ed autonomi e non, quindi, come Stato inteso quale ordinamento. Così, G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 232. L'A. richiama in tal senso la distinzione di Quadri tra Stato-comunità e Stato-amministrazione. *Ibidem*, p. 211-212 e *sub nota* 101.

<sup>125</sup> Così, T. W. WÄLDE, G. NDI, *ult. op. cit.*, p. 234.

<sup>126</sup> Cfr., P. MAYER, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'État*, cit., p. 36.

<sup>127</sup> Nel lodo *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, 27 aprile 2006, con riferimento ad una supposta clausola di stabilizzazione presente nella concessione in rilievo, si afferma che vi sono “*additional investment protection contractually agreed by the state as a sovereign –such as stabilization clause- inserted in an investment agreement*”. Così, par., 81. Parimenti, v. lodo *Pan American Energy L.L.P.- BP Argentina Exploration Company v. Argentina*, ICSID Case no. ARB/03/13 (d'ora innanzi, *Pan American v. Argentina*), *Decision on Preliminary Objections*, 27 luglio 2006, par. 67.

In secondo luogo, si sostiene che siano impegni in grado di sottrarre il regolamento pattizio al dominio riservato dell'ordinamento interno e al potere di modifica unilaterale statale (è questa, almeno, la tendenza maggioritaria della scuola internazionalistica).

Una parte della dottrina, quindi, sostiene che le clausole di salvaguardia giuridica siano obblighi in grado di connaturare la natura stessa del rapporto, caratterizzandolo in maniera giuridico formale<sup>128</sup>. Anzi, il carattere peculiare degli accordi di sviluppo economico consisterebbe proprio nell'obbligo assunto dallo Stato, quale controprestazione verso il privato, di compiere, o di astenersi dal compiere, atti di imperio<sup>129</sup> come quelli dedotti nelle clausole di intangibilità e stabilizzazione<sup>130</sup>.

Occorre inoltre rilevare che tali impegni sono stati declinati – seppur con esiti divergenti – in un'ottica internazionalprivatistica, ossia alla stregua di una scelta implicita sulla legge applicabile all'accordo, quale *negative choice of law*.

Per un primo indirizzo, la presenza di clausole di salvaguardia giuridica determinerebbe l'applicabilità del diritto interno, poiché se il contratto fosse regolato da una diversa legge regolatrice tali obblighi di protezione sarebbero privi di qualsivoglia rilievo<sup>131</sup>. In assenza di

---

<sup>128</sup> Tali ricostruzioni sono state elaborate in parallelo rispetto alla teoria sull'internazionalizzazione e alle indagini sulla natura degli *State contracts*, alle volte sovrapponendosi alle stesse, alle volte procedendo autonomamente, non ravvisando in tali clausole elementi oggettivi di internazionalizzazione. Cfr.. G. SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 58.

<sup>129</sup> Si veda N. DAVID, *Les clauses de stabilité dans le contrat pétroliers. Question d'un praticien*, in *Jour. droit int.*, 1986, p. 88 (in particolare, *sub* nota 43) ritiene che lo Stato che agisce *iure imperii* possa limitare le sue prerogative sovrane e ciò presuppone un problema preliminare di verifica delle competenze delle rispettive autorità statali.

<sup>130</sup> Parte della dottrina ritiene che le clausole di stabilizzazione riescano a connotare peculiarmente gli *State contracts*. Nel coglierne un effetto qualificatorio, si è affermato, ad esempio, che se così non fosse le clausole di protezione non avrebbero alcun rilievo e che, pertanto, “à tout le moins n'y aurait-il pas lieu d'établir une différence de nature entre les contrats ne comportant pas une telle clause et ceux dans lesquels elle figure”. P. WEIL, *Problèmes relatif aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, cit., p., 232. Gli impegni di salvaguardia, anziché rappresentare soltanto un dato distintivo rispetto a quegli accordi che non li contemplano, consentono, più propriamente, di distinguere questi accordi dagli atti di diritto pubblico e, al contempo, dai contratti di diritto privato in cui l'entità statale agisce come soggetto nel suo ordinamento. In merito, v. G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 58 e p. 208, dove l'A. sostiene che la natura degli obblighi è di ostacolo alla tesi che lo Stato li sottoscriva nella sua veste privata poiché ciò implicherebbe che lo Stato agisca –contemporaneamente– soggetto titolare di diritti ed obblighi derivanti da un sistema di norme e come ente che pone tali norme. Inoltre, lo Stato non si impegna nemmeno in qualità di stato amministrazione, inteso quale soggetto pubblico nell'ambito del sistema pubblicistico interno. Tali considerazioni, per l'A., consentono anche di inquadrare, e di risolvere, la validità e la tenuta delle clausole di protezione (escludendo la tesi del contratto amministrativo che pur è stata avanzata per contestare la validità delle pattuizioni in esame). V. *infra*, nota 159.

<sup>131</sup> Accolgono la tesi enunciata nel testo gli autori citati da G. SACERDOTI, *op. cit.*, *sub* nota 99, p. 210, tra i quali Kojanek e Cassoni. In merito, A. S. EL KOSCHERI, *Le régime juridique créé par les Accords de participation dans le domaine pétrolier*, in *Recueil des Cours*, 1975, aggiunge che “*autrement, comment peut-on interpréter le fait que les parties se placent, pour déterminer leurs droits et obligations réciproques, dans le contexte juridique national de l'Etat qui exerce sa souveraineté sur ses ressources pétrolières. En d'autres termes, la vocation naturelle de cet ordre juridique national à régir les rapports qui en résultent se reflète d'une façon indéniable par le souci d'insérer telles clauses d'intangibilité et de stabilisation*”, p. 311. In questo caso, quindi, il diritto nazionale verrebbe ad essere applicato *ex contractu* e non *ex lege*. *Ibidem*, p. 312, osserva che una

una *electio iuris*, pertanto, la presenza di impegni protettivi dovrebbe indirizzare l'interprete ad individuare –*prima facie*– il diritto interno quale legge applicabile all'accordo.

Per un diverso orientamento, tali clausole sono sottratte al diritto interno<sup>132</sup> e, per un altro ancora, il diritto applicabile al contratto avrebbe comunque un'incidenza limitata poiché la validità-obbligatorietà di tali clausole permarrebbe qualunque sia il diritto applicabile all'accordo<sup>133</sup>.

Nella medesima prospettiva di delocalizzazione, una tendenza ritiene che le clausole di salvaguardia giuridica, non solo siano sottratte al diritto interno, ma che siano in grado di internazionalizzare il rapporto che le contiene. Parte della dottrina<sup>134</sup> e della prassi<sup>135</sup>, infatti, hanno valutato gli impegni di salvaguardia giuridica alla stregua di un fattore di internazionalizzazione implicito, indipendentemente, quindi, da ulteriori elementi di estraneità ed anche quando il contratto venga regolato dal diritto interno. Pertanto, anche in assenza di *electio iuris* o di altri fattori di delocalizzazione, esse svolgerebbero una funzione alternativa a quella con cui le parti richiamano i principi generali di diritto quale legge regolatrice del rapporto. E, nel concretizzarsi quale richiamo implicito all'applicabilità del diritto internazionale, sarebbero in grado di internazionalizzare il contratto<sup>136</sup>. Diversamente,

---

pattuizione finalizzata a cristallizzare il regime giuridico applicabile al contratto determinerebbe un'incorporazione del diritto nazionale all'interno del contratto e che, pertanto, la questione di individuare la legge applicabile al rapporto rimarrebbe aperta.

<sup>132</sup> Si sostiene che l'intento dei contraenti di un accordo che contempa un impegno di salvaguardia giuridica sia senz'altro quello di concludere un accordo efficace e vincolante. Da un tale assunto, non si può che dedurre, allora, che le relative clausole siano sottratte al diritto interno perché, qualora fosse invece quest'ultimo a trovare applicazione, la tutela offerta dal diritto interno rispetto a modifiche successive risulterebbe *-in re ipsa-* insufficiente. Così, G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 210, *sub* nota 99. Anche se non a questo fine, anche WEIL sottolinea, con esclusivo riferimento ad una clausola di intangibilità, che “*si les parties insèrent dans leur contrat une telle clause, c'est de toute évidence qu'elles la considèrent comme valable et efficace*”. *Ult. op. cit.*, p. 326.

<sup>133</sup> G. SACERDOTI sottolinea che esse precludono l'esercizio di un potere che però sussiste per effetto della sola localizzazione spaziale di diritti e rapporti. Pertanto, risultano di fatto indipendenti dalla sottoposizione del rapporto al diritto interno. *Ult. op. cit.*, pp. 211-213.

<sup>134</sup> Secondo SCHWEBEL, uno Stato che, violando una *stabilization clause*, eccipisse la conformità della propria condotta al diritto interno, ignorerebbe, allora, the “*internationalizing effect of the clause*”. Così, in *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, 1987, p. 65-66.

<sup>135</sup> Anche nell'arbitrato *Texaco* si sostiene che il contratto venga internazionalizzato non solo in virtù della legge applicabile (per cui la volontà delle parti può relegare il contratto “*directly under the aegis of International law*”), ma anche tramite l'inserimento di una clausola di stabilizzazione, poiché le “*stabilization clauses tend to remove all or part of the agreement from the internal law and to provide for its correlative submission to sui generis rules*”. Così, in *I.L.M.*, *cit.*, par. 16-17. In merito, v. anche anche LANKARANI, *op. cit.*, p. 152.

<sup>136</sup> Come visto, parte degli autori favorevoli all'internazionalizzazione degli *State contracts* ha ipotizzato la peculiarità di tali accordi sulla base, in primo luogo, della legge ad essi applicabile (quando l'accordo contenga una scelta in favore dell'applicabilità del diritto internazionale o dei principi generali di legge) e, in secondo luogo, quando la cognizione di ogni controversia venga demandata alla cognizione di un arbitrato internazionale. Qui, tuttavia, ci si limita a dar conto di quell'orientamento che ritiene che, anche in assenza di un richiamo ai principi generali di diritto o al diritto internazionale quale legge applicabile al rapporto, o di un arbitrato internazionale, il contratto possa ritenersi internazionalizzato per effetto, appunto, delle sole clausole di protezione giuridica.

una voce autorevole –pur appartenente all’orientamento favorevole all’internazionalizzazione degli *State contracts*- ha ritenuto (non senza una qualche ambiguità di fondo) che questi impegni non possiedano alcuna valenza qualificatoria propria, né un’attitudine ad internazionalizzare gli accordi che le prevedano, dipendendo quest’ultimo effetto, invece, dalla sola legge applicabile<sup>137</sup>.

Tuttavia, ritenere che tali clausole siano norme di conflitto –nel senso di concretizzare una scelta negativa sulla legge applicabile- non risolve la questione della *sancity of contract*, snodo centrale questo, che ha monopolizzato il dibattito su tali norme e che, tra l’altro, si è sovrapposto a quello più generale riguardante l’obbligatorietà degli stessi accordi di sviluppo economico.

#### 2.2.4. Validità ed efficacia delle clausole contrattuali di salvaguardia giuridica.

Venendo ora alla validità e all’efficacia delle clausole di salvaguardia giuridica, queste sono state contestate, anzitutto, alla luce del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali<sup>138</sup> (principio, invero, invocato a vario titolo, in molte delle controversie sugli *State contracts* anche se con conseguenze sostanziali differenti<sup>139</sup>).

Tale principio, così come formulato in sede multilaterale, viene declinato nella piena capacità di ciascuno paese di poter disporre liberamente delle proprie risorse, nei limiti e nell’ambito della propria giurisdizione nazionale<sup>140</sup>. Questa capacità si connette alla più ampia libertà di

---

<sup>137</sup> Nell’ultimo periodo della sua riflessione, AMADOR, il primo Relatore ai lavori sulla Responsabilità internazionale degli Stati della Commissione di Diritto Internazionale, sembra connettere la specificità dei *modern concession agreements* a diversi fattori in grado di connotarli tipicamente. Egli ritiene, infatti, che la responsabilità internazionale dello Stato si atteggi in maniera differente rispetto agli *ordinary State contracts* “given the different character of modern concession agreements, and of the obligations contained therein” e che tale differente responsabilità internazionale “is clearly implied in the nature of the obligations contained in the new type of contractual relationship which is agreed to between the State and the foreign private person” (sottolineature aggiunte). Il riferimento a queste peculiari *obligations* potrebbe far quindi dedurre che siano diversi ed eterogenei gli impegni contrattuali in grado di internazionalizzare gli accordi. Cfr., F. V. G. AMADOR, *State Responsibility in case of “stabilization” clauses*, cit., p. 33. Tuttavia, nel prosieguo, l’Autore afferma, con riferimento alle *stabilization clauses*, che “the clauses per se do not impose international commitments on the contracting State. It is the choice of law clause of the agreement which, by “internationalizing” the contractual relationship as a whole, makes those commitments internationally valid”, *Ibidem*, p. 48. Inoltre, nel sostenere che “that is why stabilization clauses inserted in ordinary State contracts lack international validity”, egli lascia intendere, a mio avviso, che anche gli *ordinary contracts* non internazionalizzati (*i.e.* le consuete concessioni regolate dal diritto interno) possano contenere impegni di stabilizzazione e che questi, pertanto, non siano affatto determinanti per connotare intrinsecamente la natura degli accordi che pure li prevedano.

<sup>138</sup> Sul principio di sovranità permanente formulato con riferimento alla ricchezza naturale e a tutte le risorse non rinnovabili, v. G. ELIAN, *Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international*, in *Recueil des Cours*, 1976, p. 149 ss..

<sup>139</sup> V. E. PAASIVIRTA, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 185; EL KOSHERI, *op. cit.*, p. 335.

<sup>140</sup> La centralità del principio (in ambito politico e in sede internazionale pattizia) si è imposta, come noto, quale conseguenza del processo di affrancamento politico-economico e di riappropriazione, da parte degli

ogni Stato di scegliere e sviluppare, in piena autonomia, il proprio sistema economico-produttivo<sup>141</sup>. In altri termini, l'effettiva realizzazione dell'autodeterminazione economica di un paese (strumentale, a sua volta, ad un effettivo e pieno potere di autogoverno interno) non può prescindere da un diritto permanente dello Stato sulle proprie risorse, ossia da un diritto inalienabile e irrinunciabile<sup>142</sup>.

---

Stati di nuova indipendenza, dei settori chiave del tessuto economico in precedenza controllati da capitali stranieri, primo tra tutti il settore costituito dalle risorse naturali. In concomitanza con il processo di decolonizzazione e in conseguenza di quel preciso contesto, diverse risoluzioni dell'Assemblea Generale hanno espressamente riconosciuto tale diritto. Non si può qui dare conto, nel dettaglio, di tutti i documenti emanati e ci si limita a richiamare i documenti a tal fine più importanti, tra cui la Ris. 1803 (XVII) del 1962, e, successivamente, la Carta dei Diritti e Doveri Economici degli Stati, Ris. n. 3281 (XXIX) del 12 dicembre 1974. Al di là dello specifico valore degli atti in questione, l'avvenuto riconoscimento del principio della sovranità permanente in diverse risoluzioni delle Nazioni Unite non deve comunque essere letto come la dichiarazione di un nuovo diritto quanto, invece, come la mera affermazione di una norma che consolida un principio non scritto da sempre vigente nell'ordinamento internazionale (così rileva, G. TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976, p. 49). In effetti, parte del dibattito iniziato nel XIX secolo in merito ai limiti internazionalmente imposti al potere statale di ingerenza e di interferenza rispetto ai beni e alle proprietà degli stranieri non è, di per se, indice di una elaborazione progressiva del diritto internazionale quanto, alle volte, il mero riflesso di contrapposizioni di natura politico economica e del loro tentativo di affermarsi e di condizionare la stessa affermazione di regole invece già insite nella stessa struttura della comunità internazionale. Quanto detto, tuttavia, si riferisce unicamente all'esistenza del principio sulla sovranità delle risorse permanente e non costituisce affatto una conclusione che riguarda la Risoluzione 1803 e i diversi principi ivi enunciati, né la valenza della dichiarazione nel suo complesso. Quanto a quest'ultimo aspetto, infatti, la dottrina è divisa tra coloro che sostengono che la dichiarazione si limiterebbe ad riaffermare norme consuetudinarie già esistenti (B. ASAMOAH, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, 1966) e coloro che la ritengono invece portatrice di nuovi principi (W. FRIEDMANN, con riferimento, ad esempio, alla questione dell'indennizzo, in *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, p. 138).

<sup>141</sup> Il diritto di disporre della propria ricchezza naturale è strumento indispensabile per realizzare una vera ed effettiva autodeterminazione economica e politica. In particolare, già nel 1952, con la Ris. 626 (VII), veniva affermata la variante economica del diritto all'autodeterminazione e, nei *consideranda* della stessa Ris. 1803, si evidenziava il nesso tra un'effettiva indipendenza economica e la libertà di un paese di potersi autodeterminare con riferimento all'effettivo controllo delle proprie risorse ed in ragione del sistema economico prescelto. La stessa Corte internazionale di Giustizia ha evidenziato, in più occasioni, lo stretto legame esistente tra il diritto all'autodeterminazione ed il pieno esercizio sulle risorse naturali. Per le pronunce più recenti, v. *Activities Armées sur le Territoire du Congo (République Démocratique du Congo v. Ouganda)*, sentenza in *CIJ Recueil*, 2005, pag. 1 ss.; *Timor Oriental (Portugal v. Australie)* sentenza, in *CIJ Recueil*, 1995, p. 90 ss. e dove, tra l'altro, si ribadisce che il principio dell'autodeterminazione sia un principio essenziale del diritto internazionale, *ibidem*, p. 102.

<sup>142</sup> La dottrina riconduce la permanenza della sovranità alla sua inalienabilità-irrinunciabilità. Secondo De Aréchaga, "*the description of this sovereignty as permanent signifies that the territorial State can never lose its legal capacity to change the destination or the method of exploitation of those resources, whatever arrangements have been made for their exploitation and administration*". Così, E. J. DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, in *Recueil des Cours*, 1978, p. 297. Sottolinea come la natura della sovranità sulle risorse naturali sia stata indifferentemente qualificata come "*permanent*", "*inalienabile*" e "*full*", S. R. CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Substratum of the Seul Declaration*, in *International Law and Development*, P. de Waart et al. (ed.), Dordrecht 1988, pp. 62-63. Inoltre, la declinazione della "*permanent sovereignty*" in un "*inalienable right*" viene espressamente sancita in diverse Risoluzioni dell'Assemblea Generale, tra cui la Ris. n. 2158 (XXI) del 25 novembre 1966 dove si riafferma "*the inalienable right of all countries to exercise permanent sovereignty over their natural resources in the interest of*

Per quel che qui interessa, si è tentato di ricomporre la valenza della sovranità permanente, da un lato, e la possibilità che lo Stato, nell'esercizio di tale principio, possa revocare, modificare o rinegoziare unilateralmente un contratto pur contenente impegni di salvaguardia giuridica (specie se l'accordo riguarda lo sfruttamento di risorse naturali).

Per alcuni autori (invero la minoranza), la stretta connessione tra la sovranità permanente sulle risorse naturali ed il principio dell'autodeterminazione economica implicherebbe che il carattere di *jus cogens* di quest'ultimo connoti necessariamente anche il primo e la sua valenza inderogabile. Pertanto, la sovranità permanente avrebbe una natura inderogabile tale da invalidare *ab initio*, o comunque da inficiare, obblighi contrattuali di salvaguardia<sup>143</sup>.

In particolare, il carattere imperativo della sovranità permanente sulle risorse naturali non consentirebbe ad uno Stato di abdicarvi e, in ragione dell'immanenza di tale attributo, la sovranità costituirebbe il fondamento legittimo che autorizzerebbe uno Stato a determinarsi in ragione di una successiva risoluzione del rapporto, riappropriandosi del proprio diritto anche per via unilaterale e nonostante un impegno di salvaguardia giuridica<sup>144</sup>.

Inoltre, se uno Stato detiene la facoltà di poter annullare diritti patrimoniali di natura contrattuale, si ritiene che, *a fortiori*, sia legittimato a modificare un regolamento pattizio o pretenderne una revisione<sup>145</sup>. Altrimenti, la validità di tali impegni contrattuali si risolverebbe in un'inaccettabile "*attempt to fetter the public powers of the State [which] would constitute a derogation from the principle of sovereignty*"<sup>146</sup>.

Se alcuni autori hanno ritenuto di individuare nella sovranità permanente sulle risorse naturali un principio caratterizzato da una valenza di *jus cogens*, la maggior parte degli autori, che pure hanno invocato il principio di sovranità permanente, ritiene di poter supportare la

---

*their natural development, in conformity with the spirit and principles of the Charter of the United Nations and as recognized in General Assembly resolution 1803 (XVII)*".

<sup>143</sup> Sostengono la valenza cogente del principio, A. GIARDINA, *State contracts: national versus international law?* p. 164-165; S. R. CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty over Natural Resources, in Permanent Sovereignty over Natural Resources in Association Reports of the Sixtieth Conference*, Montreal, 1982, p. 197. Nella controversia Aminoil, il Kuwait aveva sostenuto la tesi che "*permanent sovereignty over natural resources has become an imperative rule of jus cogens prohibiting States from affording [...] guarantees of any kind against the exercise of the public authority in regard to all matters relating to natural riches*". Cfr., 21 *I.L.M.*, p. 1021. La stessa eccezione venne prima ancora sollevata dalla Libia nella controversia ARAMCO.

<sup>144</sup> L'argomento che si sta trattando si interseca, in tutta evidenza, con la possibilità di nazionalizzare le situazioni patrimoniali degli stranieri, ma in questa sede l'attenzione è rivolta soltanto alla validità (e subito dopo agli effetti) delle clausole di salvaguardia giuridica in generale e sulle tesi sostenute in favore o contro la loro validità ai sensi del diritto internazionale.

<sup>145</sup> Per quegli autori che hanno invocato il principio sulla sovranità permanente anche per legittimare la rinegoziazione di accordi nella misura in cui un mutamento di circostanze abbia reso assolutamente iniquo l'iniziale assetto contrattuale, v. S. K. B. ASANTE, *Reconstructing Transnational Mineral Agreements*, in *A.J.I.L.*, 1974, p. 234-262; T. W. WÄLDE, *Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development, Lawyer of the Americas*, 1978, p. 265. La stessa OPEC, quando si è trattato di rinegoziare diversi accordi petroliferi, aveva fondato la legittimità della propria richiesta invocando il fondamentale mutamento delle circostanze. Cfr., A. F. M. MANIRUZZAMANN, *State contract with aliens, the question of unilateral change by the state in the contemporary international law*, in *Jour Int. Arb.*, 1992, p. 162.

<sup>146</sup> Cfr., T. W. WÄLDE, G. NDI, *op. cit.*, p. 244.

valenza del principio -in opposizione al *pacta sunt servanda* e all'efficacia delle clausole di salvaguardia giuridica- anche in assenza di una tale superiore connotazione<sup>147</sup>. Per tale tendenza, infatti, per effetto dell'esercizio di tale diritto si debbono ritenere legittime sia la revoca che la modifica unilaterale di un accordo relativo allo sfruttamento di risorse naturali, dal momento che il potere statale di disporre delle proprie ricchezze non può essere limitato, nemmeno in conseguenza di impegni liberamente assunti nei confronti di altri Stati o di soggetti privati. La connotazione di permanenza della sovranità, in altri termini, deve essere necessariamente declinata in inalienabilità<sup>148</sup>. Questo orientamento ritiene che la violazione di un impegno di salvaguardia giuridica non possa essere connotata come illecita e che l'unica conseguenza apprezzabile si concretizzi nel *quantum* dovuto a livello risarcitorio poiché “*such damage could not be qualified as international unlawful*”<sup>149</sup>.

Pertanto, qualora lo Stato dovesse rendersi inadempiente rispetto a specifici impegni di salvaguardia giuridica non sarebbe tenuto al ripristino della situazione giuridica *quo ante* poiché un tale obbligo “*would have the effect of rendering it impossibile to exercise the right of permanent sovereignty over its own resources*”<sup>150</sup>. Tuttavia, per effetto dell'impegno di

---

<sup>147</sup> Così, A. GIARDINA, *State contracts: national versus international law?*, cit. p. 165. Per l'A., si dovrebbe pervenire alla stessa conclusione anche qualora non si riconoscesse il carattere inderogabile del principio. *Ibidem*, p. 166.

<sup>148</sup> Per tale orientamento, che pur esplicitamente non invoca un carattere cogente, l'esercizio della sovranità permanente sulle risorse naturali non potrebbe essere limitato da specifici accordi. Tale conclusione prescinde quindi da uno *status* di *jus cogens* del principio e viene sostenuta ritenendo che la libertà di revoca o di modifica rappresenti un corollario necessario della sovranità permanente (se non altro, con riferimento ad un provvedimento di nazionalizzazione) o che sia l'unica conclusione che possa essere tratta in ragione di superiori diritti acquisiti dallo Stato. Secondo De Aréchaga, “*contemporary international law recognizes the right of every State to nationalize foreign-owned property, even if a predecessor State or a previous government engaged itself, by treaty or by a contract, not to do so. This is a corollary of the principle of permanent sovereignty of a State over all its wealth, natural resources and economic activities, as proclaimed in successive General Assembly resolutions and particularly in Article 2, paragraph 1, of Chapter II of the Charter of Economic Rights and Duties of States*”. Così, E. J. DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., p. 297. Brownlie, riteneva che il contenuto normativo e il reale *status* del principio della sovranità permanente non fossero ancora stati sufficientemente chiariti e che non fosse pacifica la valenza del principio (a differenza di più consolidati principi quali quello dell'integrità territoriale o del principio di autodeterminazione). Ciò nonostante, egli concludeva che, da un punto di vista generale, la sovranità permanente si ponga quale insieme di “*acquired rights dello Stato which are not defeasible by contract or, perhaps, even by international agreements*”. Così, I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, in *Recueil des Cours*, 1979, p. 271. Per la dottrina italiana, Tesauro, che pur analizza la questione con esclusivo riferimento al potere di nazionalizzazione e senza considerare espressamente impegni limitativi assunti in sede contrattuale, ritiene che una rinuncia al potere di nazionalizzare non sia ipotizzabile, né che possa essere fatta valere pur anche in presenza di un trattato internazionale. Cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 59. La stessa conclusione, quindi, è -*a fortiori*- l'unica plausibile anche con riferimento a negozi contrattuali ed in presenza di specifici impegni di salvaguardia giuridica di natura contrattuale, i quali -per inciso e per sua erronea convinzione- non giungerebbero mai al punto di sancire l'impegno a non nazionalizzare la proprietà e i diritti contrattuali. *Ibidem*.

<sup>149</sup> A. GIARDINA, *State contracts: national versus international law?*, cit., p. 165.

<sup>150</sup> Si sostiene che se il diritto esclusivo allo sfruttamento delle risorse naturali venisse garantito per via contrattuale ad un investitore straniero senza al contempo riconoscere allo Stato la possibilità di una successiva modifica dell'accordo, in ossequio ad un'astratta e rigorosa interpretazione dell'obbligatorietà dei contratti, lo

salvaguardia, qualora lo Stato disattenda tale pattuizione, anche a seguito di un provvedimento di nazionalizzazione, il carattere internazionalmente lecito della condotta non priverebbe l'investitore del diritto di ricevere un congruo indennizzo che, anzi, per effetto dell'impegno di salvaguardia, dovrebbe essere superiore. Per tale orientamento, infatti, qualora uno Stato disattenda tali norme contrattuali, l'investitore avrebbe diritto ad uno "special right to compensation" e l'ammontare dovuto dovrebbe essere maggiore rispetto, ad esempio, alla revoca anticipata di una concessione in cui lo Stato non abbia assunto alcun impegno di salvaguardia<sup>151</sup>.

Per contro, l'orientamento prevalente, tanto nella dottrina<sup>152</sup> che nella prassi<sup>153</sup>, ritiene che gli impegni di salvaguardia giuridica siano validi, efficaci e che non esista alcuna norma di diritto

---

Stato si vedrebbe privato -di fatto- della possibilità di poter concretamente usufruire di essenziali risorse e mezzi di sviluppo economico. V. E. J. DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 307, nel commentare lo studio sulle clausole di stabilizzazione di Weil, sostiene che ritenere che tali impegni possano impedire allo Stato di revocare una concessione "runs counter to the fundamental concept and purpose of the permanent sovereignty of a State over its natural resources and wealth, proclaimed in the Charter and in other General Assembly resolutions". In tal senso, anche M. SORNARAJAH, *The Myth of International Contract Law*, in *Jour. of World Trade Law*, 1981, p. 188, ritiene che "the claim that such contracts cannot be changed unilaterally represents an instance of norms of international law created during colonial times to further the interests of European power continuing to survive and justify the perpetuation of a situation of dominance by the erstwhile colonial power". Questa valutazione offre lo spunto per ricordare che l'interpretazione e l'applicazione di un complesso di norme e di regole, come anche l'elaborazione di criteri in grado di ricomporre principi differenti, non è mai frutto di un'applicazione neutrale del diritto ma un'attività intellettuale guidata da soggettive visioni di appartenenza, come già -con riferimento al diritto internazionale- sosteneva M. MCDUGAL, *Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study*, in *Natural Law Forum*, 1956, p. 53. Proprio nell'ambito del diritto internazionale sugli investimenti e della tutela dei diritti patrimoniali dei privati, i punti di vista espressi dalla dottrina, e poi accolti dalla prassi, ben hanno evidenziato i differenti assunti ideologici di riferimento ed in virtù dei quali la materia è riuscita faticosamente a trovare, quando vi è riuscita, soluzioni di compromesso tali da concretizzarsi in condivise soluzioni di sintesi. E, in tal senso, basti pensare alle note divergenze rispetto al contenuto dell'obbligo di rispetto dei diritti acquisiti, al diritto di procedere ad esproprio o nazionalizzazione e, in misura ancora più evidente, alla misura dell'indennizzo dovuto in conseguenza di provvedimenti ablativi. Con più specifico riferimento agli *State contracts*, invece, la linea del confronto è stata rappresentata dalla tenuta, e dalla valenza, del principio *pacta sunt servanda*, sia con riferimento alle clausole di salvaguardia giuridica, che con riferimento al contratto.

<sup>151</sup> "This does not mean that such stabilization clauses have no legal effect and may be considered as unwritten. An anticipated cancellation in violation of a contractual stipulation of such a nature would give rise to a special right to compensation; the amount of the indemnity would have to be much higher than in normal cases since the existence of such a clause constitutes a most pertinent circumstance which must be taken into account in determining the appropriate compensation. For instance, there would be a duty to compensate also for the prospective gains (*lucrum cessans*) to be obtained by the private party during the period that the concession still has to run". E. J. DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, cit., p. 307.

<sup>152</sup> Per tutti, WEIL, secondo il quale "quant à prétendre que l'Etat ne peut valablement renoncer à l'exercice de son pouvoir souverain, cela est peut-être exact au regard du droit National de cet Etat, mais cette constatation est sans portée au regard du droit international; l'Etat peut limiter certaines de ses prérogatives par voie de traité, il le peut aussi par voie de contrat". *Ibidem*, *Problèmes relatif aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, cit., p. 233. Anche la *International Law Association*, ha riconosciuto il carattere inalienabile della sovranità permanente nella *Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order* del 1986, in cui si dichiara che "the permanent sovereignty which emanates from the principle of self-determination is inalienable. Viene poi



internazionale che vieti o limiti la libertà di uno Stato di assumere obblighi contrattuali di salvaguardia giuridica. Per tale orientamento, espresso in maniera particolarmente articolata nel lodo *Texaco v. Lybia*, la capacità di concludere accordi vincolanti in direzione auto-limitativa è, essa stessa, espressione di piena sovranità; ed il negare una tale libertà si concretizzerebbe, invece, in un'inaccettabile limitazione dell'autodeterminazione statale. In tale decisione si è sostenuto che, al fine di coniugare il principio di sovranità permanente e la libertà contrattuale di uno Stato, occorre distinguere tra “*exercise*” and “*enjoyment*” of *sovereignty*” e concludere che la sottoscrizione di impegni vincolanti non rappresenti un'alienazione della sovranità statale, ma una semplice limitazione che, non precludendone il generale godimento, risulta pienamente legittima<sup>154</sup>.

---

precisato che “*a State may, however, accept obligations with regard to the exercise of such sovereignty, by treaty or by contract, freely entered into*”. Cfr. S. R. CHOWDHURY, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Substratum of the Seul Declaration*, cit., pp. 62-64.

<sup>153</sup> La prevalente prassi si è orientata nella direzione di ritenere che un impegno a non modificare unilateralmente un accordo relativo allo sfruttamento di risorse naturali non sia in contrasto con la sovranità statale. Nel lodo *Aramco v. Lybia*, del 1958, si dichiara espressamente che “*by reason of its very sovereignty within its territorial domain, the State possesses the legal power to grant rights which it forbids itself to withdraw before the end of the Concession [...].“Nothing can prevent a State in the exercise of its sovereignty, from binding itself irrevocably by the provision of a concession and from granting to the concessionaire irrevocable rights*”, in 27 *I.L.R.*, 1963, p. 168). Nello stesso senso, il lodo *LIAMCO v. Lybia*, in 20 *I.L.M.*, 1981, p. 105, sezione V-5, secondo cui il diritto di concludere contratti è “*one of the primordial civil rights acknowledged since olden times*”. La medesima conclusione viene accolta dal lodo *AGIP v. Congo* del 1982 in cui si afferma che “*positive international law also recognizes that in concluding an international agreement with a private individual the State exercises sovereign power from the moment that consent is freely given*”. Anzi, “*if the sovereign power of a State cannot be fettered, the State would be deprived of the power by such contracts to meet essential needs*”. Così, *Revere Copper*, in 17 *I.L.M.*, 1978, p. 1342.

<sup>153</sup> Nel lodo *Texaco v. Lybia*, in 17 *I.L.M.*, 1978, p. 24-25, si aggiunge che “*a State cannot invoke its sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty and cannot, through measures belonging to its internal order, make null and void the rights of the contracting party which has performed its various obligations under the contract*”. Inoltre, con specifico riferimento ad una clausola di stabilizzazione (in relazione ad un provvedimento di nazionalizzazione), veniva deciso che “*the recognition by international law of the right to nationalize is not sufficient ground to empower a State to disregard its commitments, because the same law also recognizes the power of a State to commit itself internationally, especially by accepting the inclusion of stabilization clauses in a contract entered into a foreign private party*”. In merito ai contenziosi che hanno riguardato la Libia a seguito delle nazionalizzazioni a partire dagli anni sessanta, ci si limita a rimandare al recente, J. W. YACKEE, *Pacta Sunt Servanda and State Promises To Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth And Reality*, in *Fordham Int'l L. J.*, 2008, 2009, p. 1550 ss. e, spec., p. 1583 ss..

<sup>154</sup> “*The State retains, within the areas which it has reserved, authority over the operation conducted by the concession holder and the continuance of the exercise of its sovereignty is manifested, for example, by the various obligations imposed on its contracting party*”. Così, lodo *Texaco v. Lybia*, 17 *I.L.M.*, 1978, p. 26, par. 77. V. E. PAASIVIRTA, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Helsinki, 1990, p. 198. La soluzione avanzata dall'arbitro Dupuy ha ricevuto diverse critiche. La distinzione tra esercizio e godimento di sovranità non sarebbe in grado di dimostrare in che misura un contratto con un privato (a differenza di un trattato, verrebbe da aggiungere) rappresenti il mezzo appropriato per esercitare un tale inalienabile diritto e non compromettere il godimento dello stesso. Così, A. GIARDINA, *State contracts: national versus international law?*, in *Italian Yearbook Int'l L.*, 1980.81, p. 165, sub nota 62. Su tale distinzione, anche in senso critico, v. inoltre, G. R. DELAUME, *State Contracts and Transnational Arbitration*, in *AJIL*, 1981, p. 806; R.

I due orientamenti appena esaminati, pertanto, si distinguono con riferimento all'esercizio della sovranità statale; se, per il primo, tale prerogativa è immanente e può quindi legittimamente riemergere ogni qualvolta che preminenti interessi pubblici lo richiedano, per il secondo orientamento, invece, la sovranità si esaurisce con l'assunzione di un impegno auto-limitativo.

Tuttavia, affermare o ribadire che uno Stato possa concludere accordi vincolanti e che tale capacità si traduca nel libero esercizio di sovranità nulla dice con riferimento alla forza obbligatoria di tali accordi<sup>155</sup>, snodo intorno al quale si è indirizzato l'esame di tali pattuizioni. E' proprio il principio dell'obbligatorietà dei contratti, infatti, ad aver innervato e condizionato la valenza delle clausole di salvaguardia giuridica (e degli stessi *State contracts*)<sup>156</sup>.

L'applicabilità o meno del principio *pacta sunt servanda* ai contratti di investimento, a sua volta, si riconnette alla natura stessa di tali accordi. Nell'ambito del loro inquadramento, in particolare, le posizioni che sono emerse si sono divise tra un'impostazione pubblicistica incline a riconoscere una natura pubblica o comunque mista di tali accordi<sup>157</sup>, ed una

---

HIGGINS, *The Taking of Property by the State*, in *Recueil des Cours*, 1982, p. 263 ss.; B. STERN, *Trois arbitrages, un meme problem, trois solutions: les nationalizations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international*, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 3 ss.; F. RIGAUX, *Des dieux et des héros: Réflexions sur une sentence arbitrale*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1978, p. 435 ss.; L. ATSEGBUA, *International Arbitration of Oil Investment Disputes: The Severability of Doctrine and Applicable Law issues Revisited*, in *AJICL*, 1993, p. 643 ss..

<sup>155</sup> Espressamente in tal senso, v. E. PAASIVIRTA, *International and Stabilization of Contract versus State sovereignty*, cit., p. 338.

<sup>156</sup> Non è possibile dar conto, nemmeno indicativamente, di tutta la dottrina sulla materia. Tra gli studi imprescindibili, v. H. WEHBERG, *Pacta sunt servanda*, in *Am. Jour. Int. L.*, 1959, p. 786 ss.. Per un esaustivo riepilogo delle principali posizioni espresse, si rimanda a J. WESTBERG, B. MARCHAIS, *General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists*, in World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Washington, 1992, p. 161 ss.; J. W. YACKEE, *Pacta Sunt Servanda and State Promises To Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth And Reality*, cit., p. 1550 ss.. Si ritiene utile segnalare, inoltre, Fois, il quale diversifica l'analisi riguardante il contenuto del principio di *pacta sunt servanda* a seconda che questo si applichi ai trattati o ai contratti tra Stati e privati stranieri. P. FOIS, *Il principio pacta sunt servanda e i contratti tra Stati e privati stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 633 ss..

<sup>157</sup> Per una disamina degli autori che si schierano in favore dell'inclusione degli accordi di sviluppo economico nell'ambito dei contratti di diritto pubblico, v. P. TSCHANZ, *The contributions of the Aminoil Award to the law of state contract*, cit., sub nota 92. E. PAASIVIRTA, *ult. op. cit.*, p. 348-350, ritiene che l'analisi comparata condotta da TURPIN (*Public Contracts*, in *Enc. of Comp. Law*, cap. IV, p. 56 ss.), e di cui condivide le conclusioni (anche rispetto a sistemi giuridici che non conoscono la figura dei contratti amministrativi), evidenzia come ogni sistema nazionale sussista un comune principio generale in base al quale ciascuno Stato detenga certi poteri - legislativi e regolatori - che non sono negoziabili (*riserves certain non-negotiable power of legislation and regulation*). Nello stesso senso, v. analisi condotta da A. F. M. MANIRUZZAMANN, *State contract with aliens, the question of unilateral change by the state in the contemporary international law*, cit., p. 146-156. A. FATOUROS, in *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York-London, 1962, p. 140-141, ritiene che il riconoscimento la validità di una clausola di stabilizzazione, pur anche di fronte all'esercizio della sovranità statale, "*attempt to remove what traditionally have been State contracts from the domain of public law which is generally sensitive to the heterogeneity of public and private interests, and applying to them instead principles*

(paradossalmente) di tipo privatistico, rappresentata dalla teoria internazionalistica<sup>158</sup>. Infatti, se tali accordi debbano essere qualificati come contratti di diritto pubblico, anche nella sola accezione di contratti caratterizzati da sottostanti interessi pubblici (per effetto di una connaturata struttura asimmetrica), i diritti dell'investitore nascono e rimangono affievoliti, pur anche in presenza di un espresso impegno di salvaguardia giuridica<sup>159</sup>; per contro, se tali accordi debbono essere ascritti alla categoria di accordi di diritto privato, il principio di *pacta sunt servanda* opera pienamente e, *a fortiori*, se tali accordi non appartengono al dominio interno dello Stato di accoglimento ma sono invece incardinati nell'ordine giuridico internazionale.

In questo senso, occorre ricordare che gli impegni di salvaguardia giuridica sono anche stati contestati invocando la teoria del contratto amministrativo<sup>160</sup>, sostenendo che l'oggetto e gli effetti di tali accordi debbano essere ricondotti ai contratti di diritto pubblico il cui comune denominatore, anche in quegli ordinamenti privi di un sistema amministrativo, è quello per

---

*appropriate for contracts between homogeneous parties.* Secondo R. GEIGER, *The Unilateral Change of Economic Development Agreements*, in *Int. Comp. L. Quar.*, 1974, p. 84, un'analisi comparata dimostra che una modifica unilaterale o una interferenza rispetto agli accordi di sviluppo economico non possa essere limitata, impedita o essere resa illegittima dall'inserimento di una clausola di stabilizzazione. I contratti di investimento, pertanto, “*can no longer be situated in the private law sphere but are of public law character*”, p. 84. Nel lodo Aminoil, il tribunale, sebbene non riconduca tali accordi al diritto pubblico-amministrativo, in un certo qual modo accetta parte delle argomentazioni del Kuwait sostenendo che “*the general principles of law recognize the rights of the state in its capacity of supreme protector of the general interest*” (par. lodo 91) e concludendo che “*the state while remaining bound to respect the contractual equilibrium, enjoys special advantages*”, lodo, par. 98. Per il lodo Aminoil, ad ogni modo, l'interesse pubblico di cui è portatore lo Stato non fa venir meno l'obbligatorietà del contratto, sebbene l'accordo debba essere valutato alla luce delle circostanze e del loro mutamento (nel senso che l'accordo in rilievo aveva comunque subito delle modifiche durante la sua vigenza). In merito, v. P. TSCHANZ, *The contributions of the Aminoil award to the law of state contracts*, cit., p. 277; F. R. TESON, *State contracts and oil expropriations: the Aminoil-Kuwait arbitration*, in *Virg. Jour. Int'l L.*, 1984, p. 323 ss.; M. HUNTER, A. SINCLAIR, M. CAMERON, *Aminoil revisited: Reflections on a Story of Changing Circumstances*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Tod Weiler (ed.), 2005, p. 347 ss..

<sup>158</sup> Per G. SACERDOTI, le clausole di stabilizzazione valgono a distinguere tali accordi tanto dai negozi di diritto pubblico (dove lo Stato agisce pienamente del proprio diritto amministrativo), che dai contratti di diritto privato (dove lo Stato agisce come soggetto del proprio ordinamento). *Ib.*, *I contratti*, cit., p. 126 e p. 276. L'A. contesta che tali accordi (*rectius*, concessioni petrolifere) siano contratti di diritto pubblico poiché non si può applicare la teoria del contratto amministrativo in assenza di un giudice amministrativo che giudichi e valuti la sua applicazione. P. LALIVE, *Reflexion sur l'état et ses contrats internationaux*, 1976, p. 18. V. anche N. DAVID, *Les clauses de stabilité dans le contrats pétrolier*, cit., p. 84-86, che nega l'esistenza di un generale principio di contratto amministrativo. Nello stesso senso, C. LEBEN, *La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit International des investissements*, in *Recueil des Cours*, 2003, p. 240 ss.. Nel lodo LIAMCO, sebbene sia stato riconosciuto il carattere misto pubblico-privato di un *concession contract*, viene enfatizzata “*its predominant contractual nature*”. Lodo cit., par. 30.

<sup>159</sup> Rileva una mutabilità *essentielle* in base alla quale lo Stato detiene la facoltà, quale attributo di sovranità, di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale con la controparte privata, P. LALIVE, *Abrogation or alteration*, in *the Business lawyer*, 1962, p. 442.

<sup>160</sup> A tal riguardo è esemplificativa la controversia *Aminoil*, in cui il Kuwait contestava la validità e l'efficacia degli impegni di intangibilità, invocando sia il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali che la natura pubblica dell'accordo.

cui lo Stato non possa mai abdicare al proprio *eminent domain* e che, di conseguenza, i diritti in capo ai privati non possano che nascere e permanere come diritti affievoliti anche nel caso in cui lo Stato si sia impegnato ad un esercizio vincolato delle proprie prerogative. Questa corrente, nell'evidenziare il regime pubblico di tali accordi, contesta l'applicabilità del principio *pacta sunt servanda* che trova invece piena applicazione nei soli rapporti caratterizzati da una struttura paritaria-egualitaria<sup>161</sup>.

La preoccupazione sottesa a tale orientamento che ha contestato l'efficacia degli impegni di salvaguardia è quindi quella di preservare un assetto di interessi (che rimane eterogeneo a prescindere da impegni di stabilizzazione) al fine di preservare gli interessi pubblici di cui lo Stato rimane portatore e garante. Sotto una diversa angolazione, invero, le divergenze che sono maturate con riguardo alla validità e agli effetti delle norme giuridiche di salvaguardia, vengono giustificate anche in termini di teoria contrattuale ed, in particolare, per effetto di una contrapposizione tra la teoria contrattuale della volontà, da un lato, e la teoria dell'affidamento, dall'altro<sup>162</sup>.

Per concludere in merito all'efficacia delle norme pattizie di salvaguardia giuridica, sebbene gli Stati abbiano contestato la stessa validità di tali previsioni, e per quanto la prassi abbia espresso posizioni diverse rispetto alla valenza di tali clausole, nessun lodo ha mai disconosciuto i loro effetti in termini risarcitori, assegnando a tali clausole, pertanto, una incontestata *financial function* rilevante in termini di indennizzo dovuto<sup>163</sup> (sebbene la

---

<sup>161</sup> Il principio viene riconnesso ad un rapporto a struttura paritaria-omogenea. "*The application of the principle of pacta sunt servanda is found suitable to the contractual relationship between two equal partners. Thus, as a principle of international law, it applies to the treaty relationship between States. Also, in different municipal legal system, it applies to the contractual relationship between private parties*". Pertanto, il principio non dovrebbe trovare piena ed incondizionata applicazione nei confronti di un rapporto "*between unequal partners, i.e. between State as a party on one hand and a foreign private party on the other*". Così, A. F. M. MANIRUZZAMANN, *State contract with aliens, the question of unilateral change by the state in the contemporary international law*, cit., p. 141.

<sup>162</sup> "*Basically, this division of views implies that there are two different contract models involved. The subjective approach is related to classical contract thinking, usually known as the will-theory of contracts. Indeed the preoccupation with the aspect of "competence" or "power" of a sovereign to conclude contracts, at the expense of more substantive legal issues, suggests that the will theory is assumed as the self-evident starting point. A more objectivist emphasis of sovereignty, not limiting it to a power merely to conclude contracts, but considering it also as the basis for their lawful termination, force one to a somewhat different views of contractual obligations, with less emphasis on the will of the parties. This is more appropriate to what is known as the reliance-theory of contracts*". Così, E. PAASIVIRTA, *Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Sovereignty*, cit., p. 338-339. Rimarcano l'impronta liberista del modello della volontà e della obbligatorietà assoluta dei contratti, A. F. M. MANIRUZZAMANN, *State contract with aliens, the question of unilateral change by the state in the contemporary international law*, cit., p. 141-143; K. B., ASANTE, *Stability of Contractual Relations in The Transnational Investment Process*, cit., p. 401; M. HOROWITZ, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, in *Harv. Law Review*, 1974, p. 917.

<sup>163</sup> V. in merito, E. PAASIVIRTA, *Partecipazione of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 23 ss..

dottrina stia recentemente avanzando delle riserve su talune norme di salvaguardia con riferimento alla tutela dei diritti umani fondamentali<sup>164</sup>).

Per concludere questo capitolo introduttivo, tra le norme contrattuali rinvenibili nei contratti di investimento occorre menzionare – brevemente - le clausole di salvaguardia economica. Sebbene sia difficile poter tracciare chiare linee evolutive nella prassi contrattuale, specie ove si consideri che questa riflette i rapporti di forza delle relative controparti, è oramai tipicizzata la tendenza a preservare l'equilibrio finanziario con tecniche di flessibilità di natura tipicamente privatistica e commerciale rispetto alle quali non sussiste alcun particolare rilievo di diritto internazionale.

Le clausole di salvaguardia economica, sebbene non siano esenti da profili critici<sup>165</sup>, sono sicuramente meno problematiche rispetto a quelle appena esaminate perché si collocano nell'ambito di strumenti contrattuali di tipo privatistico, senza presupporre limitazioni in ordine all'esercizio di prerogative sovrane. Rispetto alle clausole di salvaguardia giuridica, tali previsioni pretendono di cristallizzare, infatti, non il contesto normativo di riferimento, ma l'equilibrio economico che le parti hanno raggiunto e fissato alla conclusione del contratto.

Per mezzo di tali norme contrattuali, lo Stato non assume l'obbligo di mantenere invariata la regolamentazione del contratto, ma di garantire l'assetto contrattuale preservando l'equilibrio economico attraverso meccanismi di adattamento o di rinegoziazione. In particolare, l'obbligo di adattare o di rinegoziare il contratto può essere subordinato alla semplice modifica di normative generali, alla modifica di specifiche regolamentazioni, oppure essere subordinato al superamento di una determinata soglia critica o al semplice verificarsi di un *material adverse effect* (quale, ad esempio, l'avvenuta *material modification* dell'accordo)<sup>166</sup>.

Infine, occorre mettere in evidenza che, a seguito degli interventi di privatizzazione o di indirizzamento di alcuni settori economici ad apposite società pubbliche o a capitale misto, la

<sup>164</sup> Si rimanda alle considerazioni espresse da A. GIARDINA, *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?*, in *Rev. Arb.*, 2003, p. 647 ss., e al recente studio *Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, 11 marzo 2008, e, in particolare, p. 7-9 (studio accessibile al sito: [www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p\\_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf)).

<sup>165</sup> Quanto ai profili di criticità di tali norme, si rimanda a *Stabilization Clauses and Human Rights*, cit., pp. 7-9.

<sup>166</sup> Per esempi di tali pattuizioni, v. *Stabilization Clauses and Human Rights*, cit. Per gli opportuni riferimenti, v. anche P. BERNARDINI, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, in *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, p. 98; *Ib. The Renegotiation of Investment Contract*, in *ICSID Review*, 1998, p. 411 ss.; W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, 1986; P. CAMERON, *International Energy Investment Law, The Pursuit of Stability*, cit., p. 80 ss.; A. AL FARUQUE, *Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contract, The Quest for Equilibrium and Stability*, in *Jour. World Inv. Trade*, 2007, p. 113 ss.; A. KOLO, T. W. WÄLDE, *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects, Applicable Legal principles and Industry Practices*, in *Jour. World Inv. Trade*, 2000, p. 5 ss..

prassi contrattuale ha adottato ulteriori meccanismi di tipo privatistico, quali quelli di allocazione del rischio.

Accanto a meccanismi di adattamento o di rinegoziazione, infatti, è diventato usuale strutturare l'accordo in maniera tale da proteggere la controparte privata adottando classici meccanismi di allocazione dei rischi in capo alla impresa pubblica che si vede imputare, a titolo di rischio, la mera esposizione al pregiudizio o alle perdite conseguente al verificarsi di eventi non imputabili<sup>167</sup>. In altri termini, l'equilibrio finanziario e i margini di profitto dell'investitore vengono garantiti mediante un semplice trasferimento dell'alea in capo alla controparte pubblica, la quale andrà a sopportare ogni pregiudizio derivante da sopravvenienze negative, quali i maggiori costi derivanti da nuove e più incisive regolamentazioni o da aumenti del prelievo fiscale<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> V. T. W. WÄLDE, G. NDI, *op. cit.*, pp. 218-219; P. CAMERON, *International Energy Investment Law*, cit., p. 80.

<sup>168</sup> La protezione dell'equilibrio contrattuale, in tal caso, viene assicurata facendo assumere all'impresa statale interessata l'obbligo di indennizzare o di compensare i maggiori oneri fiscali o i maggiori costi derivanti da interventi normativi o amministrativi tali da ripercuotersi negativamente sull'assetto economico.

## CAPITOLO SECONDO

### **Contratti di investimento e tutela internazionale pattizia: *le umbrella clauses* e lo Stato quale soggetto contraente**

#### **Profili generali ed ambito di indagine**

Terminata la ricostruzione di quali siano gli attuali tratti distintivi dei contratti conclusi tra Stati ed investitori stranieri, e concluso l'esame delle clausole contrattuali finalizzate ad attenuare la "*inherent instability*" che caratterizza i contratti di investimento, l'analisi si indirizza ad esaminare gli strumenti offerti dal diritto internazionale pattizio in grado di stabilizzare tali accordi.

I trattati di promozione e di protezione degli investimenti stranieri definiscono un'ampia cornice il cui oggetto è quello di definire un ambiente giuridico destinato a proteggere gli investimenti di ciascuno Stato contraente. Infatti, le norme contenute in tali trattati obbligano reciprocamente gli Stati, sul piano del diritto internazionale, ad offrire ai privati garanzie di stabilità e standard di trattamento. Gli stessi preamboli evidenziano l'importanza della stabilità dell'assetto normativo per gli investitori e, tra gli obblighi tipicamente rinvenibili in tali strumenti pattizi, il *fair and equitable treatment* è quello oggi maggiormente richiamato per garantire, seppur indirettamente, tale bisogno.

In questo e nel successivo capitolo, tuttavia, l'analisi avrà ad oggetto la stabilità di un contratto di investimento con riferimento quasi esclusivo a quegli impegni di diritto internazionale pattizio che sembrano essere il grado (almeno, per un certa tendenza interpretativa) di stabilizzare direttamente gli *State-contracts*, internazionalizzandoli, ossia le c.d. *umbrella clauses*.

In via introduttiva, tale denominazione richiama l'assunzione –da parte dei due Stati contraenti- dell'obbligo giuridico internazionale di adempiere gli impegni assunti in relazione ad investimenti effettuati da un investitore della propria controparte. Tali clausole si situano, indubbiamente, tra quelle norme pattizie in grado di offrire la tutela del diritto internazionale ai rapporti contrattuali tra Stato e privato straniero, affiancandosi al complesso fascio di obblighi e di *standard* di trattamento che gli Stati assumono, generalmente, con la stipulazione di un BIT. Negli ultimi anni, le *umbrella clauses* hanno attratto un considerevole dibattito e, per un certo orientamento interpretativo, la protezione garantita da tali clausole giungerebbe al punto di trasformare gli obblighi di natura contrattuale in obblighi di diritto internazionale pattizio.

L'analisi a cui ci si appresta intende verificare la portata di tali norme pattizie al fine di valutare la loro capacità di apprestare una tutela internazionale –diretta- agli accordi di

investimento tra Stati e privati, verificando, inoltre, se esse rappresentino il superamento, in chiave evolutiva, delle specifiche previsioni contrattuali di salvaguardia giuridica (analizzate nella prima parte del presente lavoro), e valutando in quali termini la loro violazione determini la responsabilità internazionale in capo ad uno Stato.

Sebbene l'oggetto del presente e del successivo capitolo riguardi le *umbrella clauses*, verranno comunque messi in rilievo i punti di contatto, o di sovrapposizione, che tali norme presentano con riferimento ad altri obblighi di diritto internazionale pattizio in grado di tutelare –indirettamente- i rapporti contrattuali e la stabilità dell'assetto normativo di riferimento quali, come detto, l'obbligo di *fair and equitable treatment* (ma tralasciando la tutela indiretta pur offerta dal divieto di espropriazione dei diritti contrattuali).

L'esame cui ci si appresta, pertanto, dovrà verificare quale sia grado di protezione che queste norme possano offrire ai contratti di investimento ed in che misura riescano ad imporsi quale strumento di protezione autonomo, sia rispetto agli impegni di stabilizzazione contrattuale già analizzati, sia rispetto alle altre garanzie offerte dal diritto internazionale pattizio agli investimenti stranieri e, di riflesso, ai rapporti contrattuali.

Questo capitolo introduce –nella prima sezione- i necessari rilievi preliminari della norma *umbrella*, analizzando in via generale le diverse formulazioni in uso nella prassi ed individuando quale sia il tratto qualificatorio comune. Si procederà, sempre in via preliminare, ad una classificazione generale delle *umbrella clauses* che sarà utile ai fini dell'esame che verrà svolto nel terzo capitolo con riguardo al loro ambito oggettivo.

La seconda sezione di questo capitolo, invece, riguarderà i profili di applicabilità soggettiva della norma *umbrella* quando questa venga invocata per la supposta violazione di un contratto di investimento. Tale ambito verrà analizzato in maniera alquanto approfondita dal momento che la dottrina quanto la prassi hanno dedicato la maggior parte della loro attenzione, invece, all'ambito oggettivo della norma pattizia. La finalità sarà quella di verificare se la delimitazione dell'ambito soggettivo di un'*umbrella clause* sia una questione la cui risoluzione spetti al diritto internazionale - se si guarda tale obbligo di osservanza come un obbligo internazionale in grado di trasformare il rapporto contrattuale sotteso -, o se occorrono altre "regole" - se si guarda all'*umbrella* come obbligo internazionale che si rapporta ad una situazione giuridica i cui confini soggettivi sono definiti sulla base del sottostante contratto - e, quindi, se occorra fare riferimento alle regole riguardanti l'ambito soggettivo del rapporto obbligatorio protetto.



## *Sezione prima*

### **Le *umbrella clauses*, rilievi introduttivi**

#### **1. Le origini delle *umbrella clauses***

In prima approssimazione, un'*umbrella clause* impone agli Stati contraenti di assumersi l'obbligo reciproco di rispettare gli impegni che gli stessi abbiano assunto in relazione agli investimenti provenienti dai rispettivi investitori<sup>1</sup>. In tale denominazione vengono ricomprese diverse pattuizioni che, solo a fini descrittivi, vengono accumulate in una medesima categoria. Non è infatti possibile indicare una singola tipologia di clausola poiché sono oltre una dozzina le formulazioni in cui si sono manifestate. La difformità testuale che caratterizza tali norme ha quindi indirizzato gli interpreti a riconoscere l'esistenza della categoria delle *umbrella clauses*<sup>2</sup>.

Nell'ambito degli studi dedicati all'analisi di tali impegni, la loro origine viene collocata negli anni immediatamente successivi alla nota sentenza *Anglo Oil Company* del 1952, e la loro comparsa è stata rintracciata nel trattato bilaterale sottoscritto tra Germania e Pakistan del 1959<sup>3</sup>. Il momento storico in cui si manifestano è, quindi, quello in cui era massima

---

<sup>1</sup> In questo senso, la norma, come anche tutte le altre norme previste da un trattato bilaterale, svolge la propria efficacia secondo una duplice direzione. Per una prima, gli Stati riescono a garantire i rispettivi cittadini che investano nell'altro Stato, ricevendo l'impegno della rispettiva controparte pattizia a rispettare degli obblighi internazionali. Per un'altra, gli stessi Stati mirano ad attirare gli investitori stranieri nel proprio paese.

<sup>2</sup> Al riguardo, v. J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 355 e p. 367.

<sup>3</sup> E, in particolare, nella bozza di accordo predisposta dal giudice Lauterpacht in favore della compagnia *Anglo Oil Company*, che si era vista espropriare la concessione petrolifera, di cui era titolare, a seguito delle nazionalizzazioni adottate dal governo iraniano e su cui si era pronunciata la Corte Internazionale di Giustizia con sentenza del 22 luglio del 1952. Si ricorda che, davanti alla Corte, la Gran Bretagna aveva espresso la tesi che l'accordo di concessione dovesse essere equiparato ad un trattato internazionale e che, nel violare tale accordo, l'Iran avesse quindi commesso un illecito internazionale. La stessa tesi veniva poi assunta dalla Grecia nel contenzioso *Ambatielos*. In merito, si rimanda a A.F. MANIRUZZAMAN, *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a prognostic view*, cit., p. 3; v. anche il meno recente S. SCHWEBEL, *International Protection of Contractual Arrangements*, in *Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, 1959, p. 266. La compagnia inglese non aveva ricevuto alcuna forma di indennizzo e, per risolvere il contenzioso, veniva redatto un nuovo accordo di concessione che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto essere incorporato in un trattato bilaterale tra Iran e Regno Unito di modo che la violazione del primo avrebbe determinato la violazione del trattato. Tale *umbrella treaty* avrebbe quindi garantito, a livello internazionale, l'adempimento del nuovo accordo da parte dell'Iran. Si veda quanto riporta in merito, A. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 411 e p. 415. Tale studio, inoltre, ha rintracciato nel trattato bilaterale stipulato tra Germania e Pakistan del 25 novembre del 1959 la comparsa di tale pattuizione. Nello stesso anno, inoltre, veniva proposta, su iniziativa di due giuristi europei e con l'ausilio dello stesso Lauterpacht, una bozza di convenzione, la c.d. *Abs-Schawcross Draft Convention of Investment Abroad*, che avrebbe dovuto offrire tutela alle situazioni giuridiche contrattuali degli stranieri ed il cui articolo 2 conteneva un'*umbrella clause* del seguente tenore: "Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it

l'incertezza con riguardo alla tutela degli *State-contracts* da parte del diritto internazionale. Compagno in un periodo precedente, infatti, alla Risoluzione 1803 del 1962 che è stato il primo strumento multilaterale che si proponeva –mediante l'esplicitazione dell'obbligo di adempiere in buona fede gli accordi di investimento tra Stati e stranieri- di ricomporre la tensione tra gli opposti interessi rappresentati dalla richiesta di stabilità da parte degli investitori, da un alto, e la necessità degli Stati di intervenire con modifiche del quadro normativo o con l'adozione di provvedimenti ablativi di riappropriazione delle proprie risorse naturali in chiave auto-deterministica<sup>4</sup>. E' lo stesso periodo, inoltre, in cui iniziava a consolidarsi, come visto, l'elaborazione dottrinale finalizzata all'internazionalizzazione degli *State-contracts*, con il chiaro intento di garantire le situazioni giuridiche contrattuali degli investitori stranieri (derivanti da accordi di sviluppo economico) dall'azione unilaterale statale, invocando l'applicabilità, a tali rapporti, del *principio pacta sunt servanda* di diritto internazionale<sup>5</sup>. In questo senso, l'introduzione della norma pattizia può essere ricollegata al dibattito che ha interessato il diritto internazionale consuetudinario e la protezione da questo garantita ai contratti di investimento o, meglio ancora, agli accordi di sviluppo economico. Parte della dottrina e della prassi, come visto, sostengono che tali contratti debbano beneficiare di una speciale protezione e che debbano essere salvaguardati di fronte ad iniziative statali di modifica unilaterale o di risoluzione anticipata del contratto. In tal modo, la norma sembra concretizzare, a livello pattizio, l'obbligatorietà degli accordi di sviluppo economico "*notwithstanding the legislative power to alter the contract under municipal law*". I paesi importatori di capitali, in genere, ritengono che tali accordi non si differenzino dagli "*ordinary municipal contracts*".

Per quanto la dottrina e la prassi abbiano espresso opinioni divergenti riguardo a quali rapporti, e per quali violazioni, la norma internazionale *umbrella* possa trovare applicazione, è indubbio che gli accordi di natura contrattuale rappresentino il nucleo degli impegni che lo Stato deve garantire con l'assunzione di un obbligo *umbrella*, come conferma l'origine stessa della norma pattizia<sup>6</sup>.

---

*may have given in relation to investments made by nationals of any other Party*". A. SINCLAIR, *op. cit.*, p. 412. Nelle intenzioni dei redattori, la norma "*was regarded as [...] an application of the principle pacta sunt servanda to agreements concluded between a State and foreigners*". Così, C. MCLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden-Boston, 2009, p. 271.

<sup>4</sup> Il cui paragrafo 8 prevede che "*Foreign investment agreements freely entered into by or between sovereign States shall be observed in good faith*". In virtù del riferimento alla buona fede espresso in tale paragrafo, Brownlie ha sostenuto che gli accordi relativi allo sfruttamento delle risorse naturali godano di un *higher status* rispetto agli *State-contracts*. In merito, v. le critiche espresse da A. F. M. MANIRUZZAMANN, *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a prognostic view*, cit., p. 10.

<sup>5</sup> Per effetto dell'incardinamento di tali accordi all'ordinamento giuridico internazionale e, in misura minore, sulla base dell'analogia riscontrabile tra questi accordi ed i trattati tra Stati.

<sup>6</sup> In particolare, "[t]his clause was designed for a very restricted scope: to legitimate diplomatic protection via BITs covering concession-type foreign direct investment contracts against politicized governmental intervention. With the modern, wide investment concept, and the immediate treaty-based right of

Gli stessi appellativi, assegnati dalla dottrina a tali norme, evidenziano quanto l'obbligo di diritto internazionale pattizio trovi la giustificazione, della sua introduzione, nel tentativo di positivizzare un obbligo di osservanza degli *State-contracts* e di rispetto dei diritti acquisiti dagli investitori per effetto di tali accordi negoziali. Queste clausole, infatti, sono state indifferentemente denominate come “*observance of undertaking clauses*”, “*abschirmungsklausel*”, “*pacta sunt servanda clauses*” e, in maniera meno neutrale ma funzionalmente orientata, come “*clauses de couverture*” o “*sanctity of contract clauses*”<sup>7</sup>.

La prassi, invece, si è maggiormente indirizzata verso la denominazione *umbrella clauses*, con il chiaro intento di trasporre, alla singola norma pattizia, la medesima valenza metaforica utilizzata per esemplificare, prima ancora, la funzione protettiva garantita agli investimenti dagli stessi trattati bilaterali<sup>8</sup>.

E' stato stimato che poco più di un terzo dei BITs ad oggi stipulati contengano tali tipologie di obblighi<sup>9</sup> e, tra gli Stati che nei propri rapporti bilaterali hanno proceduto con una certa regolarità ad includerli, troviamo la Germania, la Svizzera, la Gran Bretagna, l'Austria e, generalmente, non sono adottati dai paesi dell'est<sup>10</sup>. Fino all'emanazione del *Model BIT* del 2004, inoltre, erano regolarmente rintracciabili nei trattati bilaterali conclusi dagli Stati Uniti<sup>11</sup>.

---

*private investors to sue host States, the clause could be argued to have acquired a much wider scope than was ever intended for it by the original investors of BITs and framers of the sanctity of contract clause*”. T.W. WÄLDE, *The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration, a Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in *Jour. World Inv. Trade*, 2005, p. 195.

<sup>7</sup> E, ancora, vengono denominate “*elevator clauses*”, “*mirror effect clauses*” ed anche “*parallel effects*” oppure “*respect clauses*”. Cfr. T. W. WÄLDE, *The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration*, p. 202; *Ib.*, *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration, Controversial Issues*, in *World Inv. & Trade*, 2004, p. 392. In merito, v. anche *SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 163; *OECD Working papers*, p. 3. Nel prosieguo della trattazione si potrà fare ricorso a taluno dei sinonimi riportati nel testo.

<sup>8</sup> Già P. WEIL, nel riferirsi sia alla disposizione pattizia che al trattato bilaterale che la contenga, sosteneva che “*un “traité de couverture” (umbrella agreement) transforme l'obligation de respecter le contract en obligation internationale strictu sensu, et le problème des rapports entre l'engagement contractuel de l'Etat hôte et sa souveraineté interne cesse de se poser ou, plus exactement, se trouve ipso facto réglé en faveur de la primauté de l'engagement contractuel devenu engagement international*”, in *Problèm relatifs aux contrats passés entre Etat et un particulier*, cit., p. 315.

<sup>9</sup> Per un'analisi risalente al 2004, gli impegni *umbrella* risultano presenti in circa il 40% dei BITs esistenti. In merito, v. lo studio condotto da J. GILL, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties*, in *J. Int. Arb.*, 2004, p. 397.

<sup>10</sup> E' inoltre assente, ad esempio, nel *Model BIT* cinese e in quello adottato dallo Sri Lanka. In merito, v. C. MCLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, cit., p. 272.

<sup>11</sup> Per una puntuale ed esaustiva ricognizione, si rimanda allo studio pubblicato dall'OECD, *Working Papers on International Investment*, 2006/3, *Interpretation Of The Umbrella Clause in Investment Agreements* (d'ora in avanti, semplicemente, *OECD Working Paper*).

Tra i trattati multilaterali che contengono al loro interno una disciplina relativa agli investimenti stranieri, le *umbrella clauses* sono presenti nell'accordo ASEAN<sup>12</sup> e nell'*Energy Charter Treaty*<sup>13</sup>.

Sebbene le clausole *umbrella* siano quindi impegni pattizi presenti nel diritto internazionale degli investimenti da più di 50 anni, fino al 2003<sup>14</sup>, nessun investitore le aveva mai esplicitamente invocate a proprio favore, né alcun tribunale arbitrale si era speso in una loro interpretazione. Da allora, oltre ad essere sempre invocate da parte degli investitori che ne possono beneficiare (non essendo appunto presenti con regolarità), hanno attratto un considerevole dibattito dottrinale e giurisprudenziale, evidenziato dagli stessi lavori della 18ma Commissione dell'*Institut of Interantional Law* e dal Rapporto adottato nel 2011<sup>15</sup>.

## 2. Paradigma di riferimento

Pur stante la diversità degli obblighi di diritto internazionale pattizio ricompresi nella comune denominazione di *umbrella clause*, si può senz'altro affermare che esista un livello paradigmatico, il cui tratto qualificatorio è rappresentato dall'assunzione di un impegno di *pacta sunt servanda* espresso con riferimento agli obblighi che ciascuno Stato contraente abbia assunto con riguardo a degli investimenti<sup>16</sup>. In questo senso, una enunciazione tipica è

---

<sup>12</sup> Dove, l'articolo 3, par. 3, del trattato istitutivo della *Association of Southeast Asian Nations* del 1987, dispone che "*Each Contractin Party shall observe any obligation arising from a particular commitment it may have entered into with regard to a specific investment of nationals or company of the other Contracting Party*". Per un approfondimento sul trattamento degli investimenti per effetto di tale accordo regionale, si veda R. B. DAMES, *Provisions for Resolution of Investment Disputes within ASEAN: the First Arbitral Award and its Implications for ASEAN's Legal Framework*, in *Journ Int. Arb.*, 2005, p. 511-542.

<sup>13</sup> L'articolo 10, par. 1, dell'ECT prevede che "*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*". Con riguardo a tale norma, occorre tuttavia rilevare che, per effetto della riserva garantita dal trattato (di cui all'Allegato IA), gli Stati possono impedire agli investitori di attivare il meccanismo arbitrale per le controversie derivanti dall'*umbrella clause* (e, tra gli Stati contraenti, l'Australia, il Canada, l'Ungheria e la Norvegia si sono avvalsi di tale facoltà). Sulla norma, v. T. W. WÄLDE, *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *The Energy Charter Treaty*, cit., p. 287.

<sup>14</sup> Se è con la nota decisione *SGS v. Pakistan* che le *umbrella clauses* entrano nel dibattito, è pur vero che la norma internazionale era stata applicata, seppur con scarsa attenzione scientifica, già nel 1998 nel lodo *Fedax v. Venezuela*. Si veda T. W. WÄLDE, *The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration, a Comment on Original Intentions and Recent Cases*, cit., p. 200.

<sup>15</sup> Cfr. *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, , 18<sup>th</sup> Commission, Sessione Rodi, 2011, in *Yearbook of Institute of International Law*, 2011, p. 5 ss..

<sup>16</sup> In tal senso, v. anche C. S. MILES, secondo il quale "*although the precise wording of such clauses varies, they typically provide in fairly broad and perfunctory terms that the host State shall "observe" its "obligations" entered into with regard to investments of nationals of the other State*". In *Where's My umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate*, in *Investment Treaty Arbitration and International Law, Panel Discussion*, TJ Grierson Weiler ed., Vol. I, 2008, 2008, p. 3.

rappresentata dall'*umbrella clause* contenuta nel trattato bilaterale che per primo le ha introdotte ed in base alla quale “*either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party*”<sup>17</sup>.

Guardando agli elementi costitutivi di tale previsione pattizia, la doverosità di rispettare ogni obbligo riguardante un investimento deriva dall'utilizzo dell'ausiliare “*shall*” che sancisce il carattere precettivo dell'osservanza cui si sottopongono gli Stati contraenti<sup>18</sup>.

Per effetto dell'assunzione di tale impegno, ciascuno Stato viene quindi gravato di un nuovo obbligo giuridico che si declina nel dovere di adempiere (“*observe*” oppure “*respect*”) tutti quegli impegni che riguardano gli investimenti effettuati, nel proprio territorio, dagli investitori della rispettiva controparte pattizia. Pertanto, qualora una norma convenzionale imponga l'obbligo – in capo a ciascuno Stato contraente - di creare e mantenere, nel rispettivo territorio, un quadro giuridico tale da garantire agli investitori la continuità del trattamento legale, non si è in presenza di una *umbrella clause* propriamente intesa<sup>19</sup>.

La prima condizione di applicabilità oggettiva posta da un impegno *umbrella* è rappresentata dall'esistenza di una sottostante obbligazione giuridica assunta o stipulata da ciascuno Stato contraente in riferimento agli investimenti effettuati da investitori stranieri.

Per quanto la formulazioni di tali norme internazionali risulti alquanto scarna, le *umbrella clauses* sono state oggetto di interpretazioni divergenti rispetto, praticamente, ad ogni loro ambito di rilevanza. Sebbene il dibattito emerso nella prassi riguardi proprio la natura degli impegni che possano essere attratti all'ambito protettivo della norma pattizia, limitandoci per

<sup>17</sup> Il testo della norma viene riportato da SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause*, cit., p. 433.

<sup>18</sup> Il lodo *SGS v. Philippines, Decision on Jurisdiction*, cit., al par. 115, chiarisce la natura “*mandatory*” del termine. Se si fosse voluto connotare in maniera non perentoria l'impegno avremmo presumibilmente trovato l'ausiliare “*should*”.

<sup>19</sup> E' questa la conclusione cui è giunto il tribunale arbitrale nella controversia *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction*, 29 novembre 2004. Il trattato italo-giordano del 21 luglio del 1999 prevede, all'articolo 2, par. 4, la norma secondo cui “*Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee the investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor*”. Le imprese italiane si erano aggiudicate la realizzazione di un progetto infrastrutturale, siglando una convenzione d'appalto (in *joint venture*) con il Ministero delle Acque e con la *Water and Irrigation-Jordan Valley Authority* quali committenti. I ricorrenti sostenevano che la Giordania dovesse rispondere dei supposti inadempimenti contrattuali sulla base della norma pattizia (v. par. 59). Il collegio, nell'interpretare la supposta *umbrella clause*, ritiene che “*under Article 2(4), each contracting Party committed itself to create and maintain in its territory a “legal framework” favourable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific investor. But under Article 2(4), each Contracting Party did not commit itself to “observe” any “obligation” it had previously assumed with regard to specific investments of investors of the other contracting Party [...]. It did not even guarantee the observance of commitments it had entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Parties [...]. It only committed itself to create and maintain a legal framework apt to guarantee the compliance of all undertakings assumed with regard to each specific investor*”. Così, par. 126.

ora ad una introduzione di carattere generale, tali “*unqualified commitments*”<sup>20</sup> possono ricomprendere, al proprio interno, rapporti giuridici vincolanti di diversa natura.

In via generale, accanto al termine “*obligation*”, che risulta quello maggiormente utilizzato, troviamo sinonimi quali “*engagements*”, “*undertakings*” oppure “*commitments*”<sup>21</sup>. In altri termini, è escluso che nella garanzia pattizia, offerta dalla norma, possano rientrare impegni giuridici privi di carattere cogente<sup>22</sup>. Ciascuno Stato, pertanto, si vincola, a pena di responsabilità internazionale, ad adottare una condotta che risulti in ottemperanza di sottostanti impegni vincolanti che, per effetto di tale copertura, saranno protetti dal diritto internazionale.

Il dovere di osservanza, inoltre, si indirizza ai titolari degli investimenti protetti dallo stesso trattato bilaterale e che possono essere, tanto persone fisiche (“*nationals*”) che persone giuridiche (“*companies*”) appartenenti alla rispettiva controparte e che abbiano investito nel territorio dello Stato di accoglimento.

La norma pattizia è pertanto in grado di dischiudere un varco che garantisce tutela pattizia ad obbligazioni che possono derivare da diverse fonti. In base alla specifica *umbrella* in rilievo, si tratta quindi di emettere un giudizio di idoneità che definisca per quali obbligazioni la tutela pattizia possa essere invocata e garantita.

### 3. Classificazione generale

Messi in luce gli aspetti preliminari con riferimento alla terminologia in uso nelle formulazioni di *umbrella clauses* più utilizzate, occorre ora indicare, a grandi linee, quali possano essere i rapporti in grado di rilevare per effetto di tale obbligo pattizio, lasciando al prosieguo della trattazione la ricognizione degli specifici orientamenti emersi nella prassi con riguardo alla effettiva delimitazione dell’ambito oggettivo di applicazione di un impegno *umbrella*.

<sup>20</sup> Per prendere a prestito la locuzione utilizzata nel lodo *Toto Costruzioni S.p.A. v. Lebanon* al par. 201.

<sup>21</sup> Questi termini potrebbero forse risultare -in apparenza- meno stringenti rispetto ad “*obligation*”, ma è invece indiscusso che si tratti comunque di “*legal obligations*”. Per tale osservazione, v. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, Kluwer, 2009, p. 446.

<sup>22</sup> Si consideri, ad esempio, quanto stabilisce il lodo *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, ICSID Case No. ARB/07/9, Objections to Jurisdiction*, 29 maggio 2009 (e, d’ora innanzi *BIVAC B.V. v. Paraguay*), che, nell’interpretare l’impegno *umbrella* in rilievo, sottolinea che “*the words “any obligation” are all encompassing. They are not limited to international obligations, or non-contractual obligations, so that they appear without apparent limitation with respect to commitments that impose legal obligations*”. Così, par. 141.

In questo senso, si può procedere ad una classificazione di tali “*unqualified commitments*” in due differenti categorie generali, il cui fattore scriminante è rappresentato dall’ambito, chiuso o aperto, della loro portata precettiva<sup>23</sup>.

Tale classificazione è utile per introdurre il tema della natura degli obblighi che possono essere attratti alla sfera protettiva delle *umbrella clauses* e risulterà, poi, funzionale quando (nel terzo capitolo) si darà conto degli orientamenti emersi nella prassi e si sonderà una loro interpretazione evolutiva, anche con riferimento ad altri obblighi di diritto internazionale pattizio.

### 3.1. Le *umbrella clauses* di tipo chiuso

Per tipologia chiusa si intendono quelle *pacta sunt servanda clauses* che, in un certo qual modo, circoscrivono il proprio ambito di applicazione oggettivo.

La delimitazione del raggio protettivo può variare e tracciare un confine più o meno ampio. In particolare, alcune *umbrella clauses* indicano, chiaramente, che la loro protezione viene garantita ai soli rapporti di natura contrattuale<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> In merito ad una suddivisione con riguardo all’ambito precettivo aperto e chiuso delle norme *umbrella*, v. anche E. SAMUELSON, S. EBBERE, *Working Paper on GATS Negotiations on Domestic Regulation: Could a Foreign Investor Use GATS Disciplines in a BIT Claim? Discussion Draft of May 19, 2010* (Harrison Institute For Public Law Georgetown Law, consultabile al sito: [www.boell.org/downloads/Sweeney\\_MFT\\_Umbrella\\_MFN\\_5-18-10.pdf](http://www.boell.org/downloads/Sweeney_MFT_Umbrella_MFN_5-18-10.pdf)).

<sup>24</sup> In via esemplificativa, tra le *umbrella clauses* che circoscrivono l’ambito oggettivo alle soli fonti di natura contrattuale, si consideri la seguente previsione: “*Chaque Partie contractante s’engage à honorer les obligations qu’elle peut avoir contractées relativement aux investissements des nationaux ou sociétés de l’autre Parties contractante*”. Norma presente nel trattato tra Francia e Yemen del 1984, su cui v. *OECD Working Paper*, p. 27. E ancora, “*Each Contracting Party shall observe any contractual obligation it may have entered into towards an investor of the other Contracting Party with regard to investments approved by it in its territory* (così, l’articolo 2 del trattato concluso tra Austria e Cile del 1997). Un altro esempio di chiara delimitazione ai soli rapporti contrattuali è rappresentato dall’*umbrella clause* presente in molti trattati bilaterali conclusi dal Messico, per cui “*Each contacting Party shall observe any other obligation in writing, it has assumed with regard to investments in its territory by investors of another Contracting Party. Disputes arising from such obligations shall only be settled under the terms of the contracts underlying the obligations*”. Nella stessa direzione, anche molti BIT sottoscritti dall’Australia ed anche una delle due *respect clauses* previste dalla bozza di *Multilateral Agreement on Investment* elaborate dall’OECD, secondo cui “*Each contacting Party shall observe any other obligation in writing, it has assumed with regard to investments in its territory by investors of another Contracting Party. Disputes arising from such obligations shall only be settled under the terms of the contracts underlying the obligations*”. V. lo studio *OCED Working Paper*, cit, p. 5. Infine, si consideri il tenore di tale norma pattizia, “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to approved investment contracts of nationals or companies of the other Contracting Party*”. Così, articolo 3 del trattato bilaterale tra Cina e Danimarca del 1985. Come ultima versione di tale tipologia, “*Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by agreement with nationals or company of the other Contracting Party*”. Norma citata da A. F. M. MANIRUZZAMANN, *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a prognostic view*, cit., *sub* nota 149.

Altre norme pattizie di tipo chiuso, invece, attraggono alla loro protezione i soli obblighi assunti *uti singoli*, alle volte indicando anche la natura del sottostante rapporto, mentre, il più delle volte, senza che tale natura venga circoscritta. In quest'ultimo caso, gli obblighi, rispetto ai quali viene garantita l'osservanza, sono quelli riguardanti uno specifico accordo<sup>25</sup>, oppure uno determinato investimento (con aggettivi quali "*specific*"<sup>26</sup>, "*particolar*"<sup>27</sup>) o quelli assunti nei confronti di un singolo investitore<sup>28</sup>.

In tale tipologia, per altro, alcune norme potrebbero ricomprendere anche impegni assunti dallo Stato unilateralmente nei confronti di un singolo investitore<sup>29</sup>.

Nelle *umbrella clauses* chiuse è quindi possibile circoscrivere le tipologie di obbligazioni tutelate in funzione di rapporti che siano stati assunti nei confronti di un determinato

---

<sup>25</sup> In tal senso, l'impegno *umbrella* presente in molti dei trattati conclusi dalle Filippine, in cui "*Each Contracting Party shall observe any obligation arising from a particular commitment it may have entered into with regard to a specific investment of nationals or companies of the other Contracting Party*" (in merito, v. OECD, Working Papers, p. 27).

<sup>26</sup> Con riferimento ad *umbrella clauses* di tipo chiuso, che pongono l'accento sugli obblighi assunti con riguardo ad uno specifico investimento, si consideri: "*Each party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party*". Tale norma è presente, ad esempio, nel Model BIT austriaco (all'articolo 9). Cfr. OECD Working Paper, p. 23-24. Un'altra formulazione delimita, maggiormente, l'ambito protettivo, prevedendo che "*Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with regard to a specific investment of an investor of another Contracting Party*". Questo impegno *umbrella* si rinviene nel Model Bit della Grecia del 2001, e corrisponde, altresì, alla seconda tipologia di *umbrella* prevista dalla bozza di *Multilateral Investment Agreement* elaborata dall'OECD. V. Working Paper, cit., p. 5.

<sup>27</sup> Ad esempio, "*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard any particular investment of an investor*". Così prevede, ad esempio, il trattato bilaterale tra Danimarca e Kuwait del 2001. V. OECD Working Paper, cit., p. 10.

<sup>28</sup> Per impegni *umbrella* che si indirizzano agli obblighi assunti nei confronti di un determinato investitore, si considerino le seguenti formulazioni. "*Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with investors of the other Contracting Party with regard to their investment*". Così dispone il Model BIT svedese del 2002 (all'articolo 2). Una variante, in tal senso, è essere rappresentata dall'articolo 11 del trattato bilaterale tra Australia e Cile del 1996, che prevede che "*A Contracting Party shall, subject to its law, adhere to any written undertakings given by a competent authority to a national of the other Contracting Party with regard to an investment in accordance with its law and the provisions of this Agreement*". Oppure, "*Each Contracting Party shall, in its territory, respect in good faith all obligations concerning a particular investor of the other Contracting Party undertaken within its legal framework*". In questo senso, l'articolo 2 del trattato bilaterale tra Grecia, Serbia e Montenegro del 1997. Infine, in tale tipologia chiusa, rientra anche l'*umbrella clause* prevista, come visto, dall'ECT. Resta solo da osservare che, in questa tipologia, potrebbe astrattamente rientrare la norma prevista dal trattato italo-giordano del 21 luglio del 1999, di cui all'articolo 2, par. 4, e secondo la quale "*Each contracting Party shall maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith of all undertakings assumed with regards to each specific investor*". Tuttavia, il lodo, emesso nella controversia *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ha escluso, come detto, che tale impegno rappresenti una *pacta sunt servanda clause*.

<sup>29</sup> L'articolo 10 del trattato bilaterale tra Australia e Polonia del 1991 prevede che "*A Contracting Party shall, subject to its law, do all in its power to ensure that a written undertaking given by a competent authority to a national of the other Contracting Party with regard to an investment is respected*". Tuttavia, in questo caso, lo Stato si indirizza in un impegno di *best efforts* piuttosto che nell'assunzione di un dovere di osservanza che, come visto, rappresenta, invece, il fulcro qualificatorio di un'*umbrella clause*.



investitore o che, comunque, possano derivare da una determinata relazione tra Stato ed investitore o riguardare uno specifico investimento. Quest'ultima formulazione, tra l'altro, è quella più frequente nella categoria generale sotto esame. Ciò, in effetti, non deve sorprendere ed, anzi, disvela una coerenza di fondo con la struttura stessa dei BITs, in cui la protezione internazionale è, primariamente, una protezione *investment-oriented* e dove i contratti vengono solitamente tutelati indirettamente, come categoria di "property"<sup>30</sup> piuttosto che come fonte di obbligazione (ottica, questa, tipica del diritto civile e non del diritto internazionale). La centralità degli investimenti, inoltre, ci ricorda come lo stesso diritto internazionale (consuetudinario, prima, e pattizio, poi) abbia iniziato a proteggere indirettamente i contratti, assimilando i rapporti obbligatori ai diritti reali ed estendendo ai primi la tutela garantita ai secondi. In questo senso, lo scopo originario delle *umbrella clauses* era proprio quello di ampliare, alle situazioni giuridiche di natura contrattuale, la protezione garantita dal diritto internazionale nei confronti di un'espropriazione confiscatoria dei diritti *in rem*<sup>31</sup>.

La tipologia chiusa, pertanto, delimita la protezione pattizia ai soli obblighi assunti mediante strumenti pattizi (o ad impegni unilaterali) comunque assunti con riferimento ad uno specifico investimento oppure nei confronti di un determinato investitore, ed escludendola per gli obblighi che lo Stato possa aver assunto per effetto di atti legislativi od amministrativi di carattere generale.

### 3.2. Le *umbrella clauses* di tipo aperto

Nella tipologia aperta troviamo *umbrella clauses* che non delimitano la sfera di applicazione dell'obbligo di osservanza a rapporti di una determinata natura, o a rapporti

---

<sup>30</sup> Per la maggior parte dei trattati bilaterali (e di quelli multilaterali che offrono una qualche regolamentazione degli investimenti stranieri) la nozione di investimento è, solitamente, un'*asset based definition*, in cui vengono ricomprese diverse tipologie di beni e di pretese suscettibili di valutazione economica, non esclusi i *contractual rights* o gli *investment contracts*.

<sup>31</sup> In particolare, quando i contratti di investimento o di sviluppo economico erano oggetto di una *outright repudiation* da parte dello Stato di accogliimento. Inoltre, con riguardo alla norma internazionale pattizia, WALDE ritiene che, per quanto il significato della stessa sia ancora priva di sicuro indirizzo giurisprudenziale, è tuttavia pacifico che, con la sua introduzione, si sia voluto aggiungere un ulteriore livello di protezione ai rapporti contrattuali. "*Such clauses were meant to add something to-rather than subtract something from- the protection otherwise enjoyed by contracts of investors with governments under customary international law and the earlier investment disciplines*". Così, T. W. WÄLDE, *The umbrella clause in investment arbitration – a comment on original intentions and recent cases*, in *J. World Trade Inv.*, 2005, p. 206. Dello stesso autore, v. anche le considerazioni espresse in *Nouveaux Horizons pour le Droit International des Investissements dans le contexte de la Mondialisation de l'Economie. Etudes de questions spécifique*, Parigi, 2004, p. 144. Per un'ampia disamina riguardante la tutela internazionale, anche pattizia, nei confronti dell'*expropriation of contractual rights*, v. A. REINISCH, *Expropriation*, in *International Investment Law* (a cura di Muchlinski, Ortino, Schreuer), cit., p. 417 ss..

assunti con determinati soggetti o con riferimento ai rispettivi investimenti. In questa categoria, infatti, le norme *umbrella* si limitano a far assumere, allo Stato, il dovere di adempiere “*any obligation*” che sia stata assunta “*with regard to investments*”.

La norma, in tal senso tipica, è quella rappresentata dall’articolo 2, par. 2, lett. c, del trattato bilaterale sottoscritto da Stati Uniti ed Argentina nel 1991, oggetto di tante decisioni arbitrali (divergenti), ed in base alla quale “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*”<sup>32</sup>.

Pertanto, rientrano in tale tipologia quelle norme pattizie in cui l’impegno di osservanza, che ciascuno Stato contraente assume, non si indirizza, né viene espressamente circoscritto, ad impegni assunti con un determinato investitore o che riguardino uno specifico investimento. In questo senso, possono anche essere attratti all’ambito protettivo pattizio anche gli obblighi derivanti da provvedimenti legislativi, amministrativi o unilaterali (almeno secondo un determinato orientamento giurisprudenziale). Gli orientamenti emersi in merito verranno riportati nella sezione dedicata all’ambito oggettivo di applicazione, ma si può comunque anticipare – a conclusione di questa ricognizione generale - che diverse *umbrella clauses* presentano il participio passato “*assumed*”, anziché il più frequente “*entered into*”<sup>33</sup>. Quest’ultima forma verbale potrebbe, in effetti, restringere la portata protettiva della norma alle sole obbligazioni di natura consensuale. La forma “*assumed*”, per contro, sembra poter avere un ambito di applicazione più esteso, includendo nella propria sfera anche posizioni soggettive derivanti da provvedimenti statali unilaterali o adottati *erga omnes*. Alcune decisioni arbitrali hanno interpretato restrittivamente le *umbrella clauses* in cui il predicato si declina in “*entered into*”; altre, per contro, ritengono che non sussista alcuna apprezzabile differenza tra l’utilizzo dei due verbi e che la variante “*entered into*” non introduca alcuna limitazione con riguardo alle fonti in grado di ricevere la protezione di un impegno *umbrella*,

---

<sup>32</sup> Proprio tale norma pattizia è stata al centro di diverse controversie portate all’attenzione dell’ICSID per effetto delle politiche assunte dal governo sudamericano per fronteggiare la crisi economica del 2001. Una norma identica è contenuta nel *Model BIT* della Gran Bretagna, della Svizzera. La forma aperta è altresì tipica dei trattati conclusi dalla Germania, il cui *Model BIT* del 1991 prevede una formulazione, se vogliamo, ancora più aperta: “*Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party*” (articolo 8, par. 2). Per altre *umbrella clauses* rappresentative della tipologia aperta, si prenda, ad esempio, l’articolo 3, par. 5, del trattato bilaterale tra Olanda e Polonia del 1992, secondo cui “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contractual Party*”. Per altri trattati bilaterali che contengono le due forme di *umbrella* aperte qui indicate, si rimanda al *Working Paper* dell’OECD più volte citato.

<sup>33</sup> Per questa osservazione, v. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 448. Sebbene siano meno frequenti, alcune *umbrella clauses*, come l’articolo 2 del *Model Bit* della Finlandia, prevede invece che “*Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have with regard to a specific investment of an investor of the other Contracting Party*”.

dal momento che tale participio passato starebbe semplicemente ad indicare la necessità che il sotteso obbligo sia stato effettivamente assunto<sup>34</sup>.

Tra le due categorie generali qui proposte, allora, è ravvisabile un rapporto di *species* ad *genus*, dove la tipologia chiusa disegna un recinto protettivo più circoscritto, mentre la tipologia aperta è comunque in grado di includere, al proprio interno, anche gli impegni garantiti dalla prima categoria, come quelli derivanti da un vincolo negoziale.

In conclusione, si può senz'altro affermare che il livello paradigmatico di ogni *umbrella clause* è rappresentato dall'assunzione di un impegno di *pacta sunt servanda* espresso con riferimento ad obblighi che ciascuno Stato contraente abbia assunto *aliunde*.

Infatti, sebbene non manchino norme *umbrella* che richiamano il dovere di osservanza con riferimento agli obblighi previsti dallo stesso trattato bilaterale che le contiene, tale richiamo non è mai esclusivo e vengono comunque inclusi ulteriori obblighi<sup>35</sup>.

In questo senso, inoltre, esistono, sia nella formulazione aperte che in quella chiusa, degli impegni *umbrella* in cui il dovere di osservanza viene assunto con riferimento ad “*any other obligation*”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> L. BERGAMINI, *Il caso Noble Ventures e “the Umbrella Clause Problem”*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 133; W. BEN HAMIDA, *La clause relative au respect des engagements*, in Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la Neuve, 2006, p. 53, secondo il quale l'investitore potrebbe sostenere che, nel procedere con un investimento, abbia fatto affidamento su di un provvedimento statale e, con ciò, entrando in tacito accordo con lo Stato ospitante. Nella maggioranza dei casi, la forma “*entered into*” viene completata vuoi da un generico “*investments*”, vuoi da “*investors*” o “*specific investments*”. Pertanto, se nelle formulazioni in base alle quali lo Stato si impegna ad adempiere gli obblighi “*with regard to specific investments*” (oppure “*with regard to investors*” o “*with regard to each specific investor*”), si può ragionevolmente concludere che siano esclusi, dall'ambito protettivo, quegli obblighi assunti dallo Stato *erga omnes*, quest'ultimi, invece, potrebbero essere più agevolmente ricompresi quando “*entered into*” venga seguito da un generico “*with regard to investments*”. Allo stesso modo, con riferimento all'utilizzo del participio “*assumed*”, si noti come, nella maggior parte dei casi, il relativo complemento oggetto è rappresentato dalla locuzione “*with regard to specific investments*” oppure da “*with regard to contractual obligations*” e, solo di rado, da un generico “*with regard to investments*” (come ad esempio prevede il già citato *Model BIT* tedesco del 1991). Si noti che, come si dirà, i lodi che per ora hanno riconosciuto la possibilità che tra gli obblighi ricompresi, nell'ambito di applicazione *ratione materiae*, vi possano entrare provvedimenti legislativi o unilaterali, hanno tutti applicato *umbrella clauses* in cui è presente il participio “*entered into*”.

<sup>35</sup> Al riguardo, si consideri, ad esempio, l'articolo 5 del trattato bilaterale tra Repubblica ceca e Singapore del 1995, secondo cui “*Each Contracting Party shall observe commitments, additional to those specified in this Agreement, it has entered into with respect to investments of the investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall not interfere with any commitments, additional to those specified in this Agreement, entered into by nationals or companies with the nationals or companies of the other Contracting Party as regards their investments*”. Oppure, l'articolo 2, par. 3, del trattato tra Gran Bretagna e Repubblica Ceca, in base al quale “*Each Contracting Party shall, with regard to investments of investors of the other Contracting Party, observe the provisions of these specific agreements, as well as the provision of this Agreement*”.

<sup>36</sup> Per questa sotto-categoria di *umbrella clause*, che potremmo definire “*umbrella ponte*”, esistono delle varianti sia nella tipologia chiusa che aperta. Con riguardo alla prima, si considerino le *umbrella clauses* già citate *retro*, sub nota 20. Per un'*umbrella clause* aperta di tal tipo, invece, si consideri il *Model BIT* della Germania (n. 201), il cui Articolo 8, par. 2, prevede che “*Each Contracting State shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State*”.

Per concludere questa parte introduttiva, resta infine da rilevare come gli impegni *umbrella* vengano generalmente rubricati e quale sia la loro collocazione all'interno dei trattati che li prevedono. Entrambi questi profili, tuttavia, sono assolutamente variabili. Infatti, la stessa rubricazione è alquanto disomogenea e, nella prassi, quando la norma pattizia ha autonomo *locus standi*, le denominazioni più frequenti sono “*promotion and protection*”, “*other commitment*”, oppure “*application of other rules*”, ma anche “*respect clause*” e “*undertakings given to investors*”. Spesso, tuttavia, le *umbrella clauses* non beneficiano di una collocazione autonoma, ma vengono incapsulate in disposizioni riguardanti un diverso obbligo quale, ad esempio, l'obbligo di *full protection and security*<sup>37</sup> o l'obbligo della *most favored nation*<sup>38</sup>.

Infine, anche la loro collocazione non risulta uniforme dal momento che possono indifferentemente ritrovarsi accanto agli impegni sostanziali di trattamento o, addirittura, nella sezione finale tra le disposizioni miscellanee<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Tipico, ad esempio, l'articolo 2 dei trattati bilaterali conclusi dalla Gran Bretagna che, rubricato *Promotion and Protection of Investment*, prevede una tipica clausola di *best efforts* al primo paragrafo; mentre include, nel secondo paragrafo, l'obbligo di *fair and equitable treatment*, l'obbligo di *full protection and security*, il divieto di misure discriminatorie ed, infine, una *umbrella clause* aperta. V. anche l'articolo 4, par. 1, del già citato BIT tra Finlandia ed Estonia che, pur rubricato come trattamento e disposizioni relative alla nazione più favorita, prevede tanto l'obbligo di “*full protection and security*” quanto, appunto, una *umbrella* che si inserisce, anche in questo caso, in una disposizione dal contenuto decisamente più ampio. Come, ad esempio, “*Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party full security and protection which in any case shall not be less than that accorded to investments of investors of any third State. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*”.

<sup>38</sup> Oppure, con riferimento all'obbligo della nazione più favorita, si consideri l'articolo del trattato tra Finlandia e Filippine del 1999, secondo cui “*If the legislation of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to this Agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favorable than is provided for by this Agreement, such a regulation shall to the extent that it is more favorable prevail over this Agreement. Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.*”

<sup>39</sup> Non sono mancate decisioni arbitrali che hanno in un certo qual modo apprezzato la collocazione dell'*umbrella clause* in rilievo. Nella controversia *SGS v. Pakistan*, veniva evidenziato che la norma non era ricompresa nella sezione riguardante gli obblighi di natura sostanziale (tra cui il *fair and equitable treatment*, la libera trasferibilità di utili e profitti), ma tra la surroga e le clausole di risoluzione delle controversie. Per il collegio, la stessa ubicazione della clausola doveva far escludere che la norma garantisse un'autonoma posizione giuridica soggettiva in favore dell'investitore ricorrente. V. Lodo, par. 170. Nel successivo lodo *SGS v. Filippine*, invece, il collegio assume, come termine di paragone, una molteplicità di trattati bilaterali stipulati dalle Repubblica Filippina, osservando come la medesima *umbrella* trovava, in ciascun trattato, una diversa collocazione. Ciò non rappresentava, tuttavia, un elemento che potesse avere una qualche rilevanza per l'interpretazione della norma. V. par. 124. Da ultimo, il lodo *BIVAC B.V. v. Paraguay* cit., si limita ad evidenziare la collocazione della norma, ma senza da ciò trarre alcun tipo di conclusione. V. *Objections to Jurisdiction*, cit., par. 141. In generale, non si può escludere che la precisa collocazione di una norma, in un determinato trattato, non possa avere una qualche rilevanza, anche se, di certo, non si tratta di assegnare a tale rilievo un'autonoma funzione interpretativa, sconosciuta alla stessa Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati. Lo stesso lodo *SGS v. Pakistan*, tuttavia, trattava dell'ubicazione della norma al solo scopo di dimostrare

Fatte queste necessarie precisazioni introduttive allo studio delle norme *umbrella*, occorre porre in evidenza che l'analisi della stesse, nel loro pur semplice tenore letterale, ha posto e continua a porre interrogativi sia a livello dottrinale che giurisprudenziale. In verità, le divergenze emerse nella prassi riguardano, sostanzialmente, ogni aspetto di tali clausole (sia quelle aperte che chiuse) e questo risulta in un certo qual modo comprensibile se si considera lo scarso contenuto di una norma che appare limitarsi a ribadire l'obbligatorietà degli impegni assunti da uno Stato.

---

una certa coerenza interna del trattato nel suo complesso e per rafforzare la decisione raggiunta, per effetto dell'interpretazione del testo della norma, di escluderne una valenza di natura sostanziale (v. par. 169 e 170).

## *Sezione seconda*

### **L'ambito soggettivo di applicazione delle *umbrella clauses* tra Stato quale soggetto di diritto internazionale e Stato quale soggetto contraente**

#### **1. Profili generali ed ambito d'indagine**

Esaurite le dovute premesse introduttive delle norme *umbrella*, risulta chiaro che, per effetto di queste, gli Stati contraenti di un trattato bilaterale si obbligano a garantire, in favore dei rispettivi investitori, il rispetto dei *pacta* riguardanti i loro investimenti<sup>40</sup>.

Tra tutti gli ambiti di indagine di tali norme pattizie, quello soggettivo ha ricevuto, indubbiamente, un'attenzione minore ed è questa la ragione per la quale si è deciso di dedicarvi particolare attenzione. Non si introdurrà qui alcuna analisi con riferimento all'ambito oggettivo entro il quale una *observance of undertaking clause* possa essere produttiva di effetti, quali essi siano, e i dovuti approfondimenti in merito verranno comunque svolti nel successivo capitolo.

In questa sezione è nostro interesse soffermarci sui soli profili riguardanti la loro applicabilità soggettiva e tale ambito di indagine si pone nella misura in cui la fonte della obbligazione protetta sia rappresentata da un rapporto di natura contrattuale. Pertanto, per quanto possano essere diverse le tipologie di rapporti e le obbligazioni tutelate dal vincolo *umbrella*, l'analisi cui ci si appresta è indirizzata all'ambito soggettivo della norma pattizia in riferimento a sottostanti posizioni giuridiche derivanti da un rapporto di natura contrattuale.

E' solo rispetto ad un sottostante accordo negoziale, infatti, che si pone il problema di chiarire l'ambito soggettivo dell'impegno di diritto internazionale pattizio<sup>41</sup>. In tal senso, inoltre, è del tutto irrilevante il carattere chiuso o aperto delle *umbrella clauses* e non sussiste alcuna ragione per differenziare l'analisi a seconda della diversa tipologia di norme.

In via generale, ogni qualvolta lo Stato contraente abbia direttamente assunto un rapporto obbligatorio, con riguardo ad un investimento o nei confronti di un investitore straniero, tale impegno viene attratto nell'ambito gravitazionale di una *respect clause*. La figura degli *State-*

---

<sup>40</sup> Come visto, gli Stati contraenti si obbligano –reciprocamente- a rispettare gli impegni (*any obligation*, oppure *commitment*, *undertaking*) che abbiano assunto (*assumed*) o stipulato (*entered into*) rispetto ad un investimento.

<sup>41</sup> Quando si tratta di provvedimenti amministrativi, atti legislativi o trattati internazionali, quali fonti obbligatorie in grado di rilevare per una *umbrella clause*, è del tutto pacifico che lo Stato inteso quale legislatore-regolatore, da un lato, e lo Stato quale soggetto di diritto internazionale, tenuto al rispetto di norme internazionali, dall'altro, coincidano. Se l'impegno in esame garantisce un accordo negoziale, invece, è necessario che lo Stato sia la controparte dell'accordo di cui si pretenda l'osservanza a livello internazionale.

*contracts* propriamente detti ha tuttavia perso la sua centralità, in favore di accordi assunti da soggetti distinti (almeno formalmente) dallo Stato, ed istituiti proprio al fine di gestire direttamente determinati settori o specifici servizi pubblici. La natura e la tipologia dei soggetti incaricati di servizi di pubblica utilità o di interesse economico generale sono assolutamente variabili, ricomprendendo enti che appartengono ancora alle amministrazioni statali (per riprendere la tipologia in uso nel nostro ordinamento si pensi alle c.d. imprese-organo), enti pubblici economici, enti a partecipazione mista, società pubbliche, società di diritto privato partecipate dallo Stato ed i cui poteri di ingerenza e di direzione non sono affatto omogenei. Ed è proprio il fatto che, in molti casi, i contratti oggetto di controversia non siano stati sottoscritti direttamente dal governo statale, ma da *State-entities*, ad aver dato vita a tendenze interpretative divergenti rispetto all'ambito soggettivo delle *umbrella clauses* (e rispetto ai criteri in base ai quali circoscriverne l'efficacia).

In maniera assolutamente peculiare, gli impegni *umbrella*, a differenza di qualsiasi altra norma di diritto internazionale pattizio, necessitano di un'attività interpretativa poiché, per poter sostenere che un determinato contratto sia un *pactum* protetto da tale obbligo internazionale, occorre appurare, prima ancora, se lo Stato abbia assunto quello stesso rapporto obbligatorio di cui l'investitore invochi l'avvenuta violazione in sede internazionale. Infatti, quando venga violato un qualsiasi obbligo di diritto internazionale pattizio (divieto di condotte discriminatorie, divieto di espropriazione confiscatoria, obbligo di *fair and equitable treatment*, etc), lo Stato può essere ritenuto responsabile quando sia possibile attribuire allo stesso la condotta illecita posta in essere da enti di cui lo Stato debba rispondere a livello internazionale. Specularmente, al rispetto di una qualsiasi norma internazionale è tenuto lo Stato nella sua veste di soggetto di diritto internazionale. Indirettamente, sono "tenuti" al rispetto dell'ordinamento internazionale anche quei soggetti di cui lo Stato risulti internazionalmente responsabile ed i cui comportamenti possano essere attribuiti allo Stato sulla base dei criteri previsti dal diritto internazionale.

Nessun obbligo internazionale, tuttavia, deve relazionarsi ad un sottostante rapporto di natura contrattuale. Per quanto la violazione di un contratto possa anche concretizzare nella violazione di un obbligo di diritto internazionale pattizio, è solo la norma *umbrella* che pone un diretto vincolo di osservanza rispetto ad un accordo (quando è appunto un rapporto contrattuale quello da cui derivano le obbligazioni di cui la norma pattizia imponga il rispetto).

In questo senso, ad eccezione dell'impegno *umbrella*, gli obblighi previsti da un trattato sugli investimenti si pongono quali *free standing treaty obligations*<sup>42</sup> poiché non rinviano ad un

---

<sup>42</sup> Per prendere a prestito la terminologia adottata, ad esempio, dal lodo *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 16 giugno 2010, par. 321 (e, d'ora innanzi, *Hamester v. Ghana*); o dal lodo *BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, *Objections to Jurisdiction*, cit., par. 145.

ulteriore impegno. Il rispettivo ambito di applicazione di tali obblighi, infatti, si risolve sulla sola base del diritto internazionale.

In presenza di una norma *umbrella*, invece, è necessario individuare quale sia il soggetto “Stato” tenuto a rispettare, sul piano internazionale, il sottostante rapporto contrattuale. In termini descrittivi, sussiste una relazione tra l’ambito *ratione personae* del contratto protetto e l’ambito soggettivo di applicazione dell’impegno *umbrella* e, in virtù di tale relazione, esiste la necessità di delimitare l’ambito soggettivo di applicazione di una *norma umbrella*<sup>43</sup>.

In tal senso, la domanda che ci si pone in questa sezione è se l’obbligo *umbrella* di adempiere un contratto sia un obbligo che sussiste in capo allo Stato inteso quale soggetto contraente di quel contratto (per cui il vincolo *umbrella* non è un obbligo propriamente autonomo sul piano internazionale), o se, piuttosto, sia un obbligo che sussiste in capo allo Stato quale soggetto di diritto internazionale (per cui il vincolo *umbrella* si pone in maniera autonoma alla pari di qualsiasi *free standing treaty obligation*).

Nel primo caso, un’*umbrella clause* si relazione in maniera determinante al sotteso rapporto contrattuale, e tenuto a rispettare la norma internazionale è soltanto lo Stato nella sua veste di soggetto contraente.

Nella seconda ipotesi, invece, al rispetto del sotteso contratto sono tenuti tutti quegli enti e quei soggetti che confluiscono a costituire lo Stato-organizzazione riconosciuto quale unico centro di imputazione per il diritto internazionale. In tal senso, alla pari di una qualsiasi *free standing treaty obligation*, a dover garantire – internazionalmente - l’adempimento di un contratto, per effetto di un’*umbrella clause*, è tenuto non soltanto lo Stato-contraente, ma anche lo Stato inteso quale soggetto di diritto internazionale. Pertanto, sono tenuti a rispettare l’impegno *umbrella* anche tutti i soggetti riferibili, da un punto di vista internazionale, allo Stato perché il vincolo di osservanza si pone in maniera autonoma. In tale ipotesi, sono – specularmente - attribuibili allo Stato (ricadendo nell’obbligo *umbrella*) quei contratti assunti da soggetti i cui comportamenti siano attribuibili allo Stato sulla base del diritto internazionale<sup>44</sup>. A differenza di ogni altro obbligo di diritto internazionale pattizio, in cui

<sup>43</sup> Sostenere che sussista una relazione tra la norma internazionale e il sottostante contratto, non condiziona l’indagine poiché non si sta prendendo in considerazione l’effetto di un’*umbrella clause* rispetto al contratto protetto, né si sta con ciò prendendo rispetto alla valenza di norma *umbrella* e, quindi, se questa sia o meno un obbligo autonomo alla pari di altre *free standing treaty obligations*, questione questa che verrà affrontata nel terzo capitolo.

<sup>44</sup> N. GALLUS, *An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, in *Arb. Int.*, Vol., 24, 2008, p. 166, esplicita proprio tale differenza, trattando di un’attività di “*attribution*” che si concretizzerebbe in due momenti distinti. Altri autori identificano il problema dell’ambito di applicazione soggettivo di una *umbrella clause* indicandolo come il c.d. “*it problem*” che, per l’impegno *umbrella*, “[...] *deals with attribution for purposes of state responsibility*”. Così, K. HOBÉR, *State Responsibility and Attribution*, in *Oxford Handbook*, 2008, p. 581. L’autore si chiede allora “*how you define the “state”? does it includes governmental bodies –which may or may not be separate legal entities- and state-owned enterprises? Which principles and rules are to be applied to find answer to these questions? It is possible and/or appropriate to apply international law principles of attribution to these questions, or should other rules and/or principles be applied?*”, *Ibidem*, p. 576. Occorrerà vedere se la ricostruzione di cosa sia “*it*”, nel contesto di tale obbligo di



l'attribuzione di una condotta illecita (*"the act of breaching the obligation"*) deve poter essere attribuita allo Stato, per le *umbrella clauses* è necessario, ancor prima, che sia attribuito allo Stato *"the act of entering the obligation"* protetta dalla norma pattizia.

In ragione di tali due differenti approcci, l'ottica di riferimento muta seconda che tenuto a rispettare l'obbligo *umbrella* sia lo Stato inteso quale soggetto contraente, oppure lo Stato inteso quale soggetto di diritto internazionale. In altri termini, trattandosi di un obbligo di diritto internazionale pattizio, occorre domandarsi se l'individuazione del profilo soggettivo dell'obbligo *umbrella* debba essere guidata dal diritto internazionale in maniera autonoma, oppure se la disciplina relativa alla titolarità del rapporto obbligatorio protetto sia in grado di influenzare l'ambito soggettivo del sovraordinato obbligo internazionale. Specularmente, occorre domandarsi se il rapporto obbligatorio sotteso -pur in presenza di un obbligo internazionale- continui a trovare esclusiva disciplina nella propria legge regolatrice.

La finalità di questa sezione è dunque quella di stabilire se di fronte ad una *observance of undertaking clause*, invocata per la supposta violazione di un regolamento pattizio, occorra mantenere un punto di vista contrattuale o se l'obbligo *umbrella* trasformi il contratto protetto in un obbligo internazionale e sia quindi necessario, per effetto dell'autonomia della norma internazionale, delimitare il suo ambito soggettivo sulla sola base del diritto internazionale e delle regole sull'attribuzione ivi previste<sup>45</sup>.

Per introdurre quanto si andrà a trattare in questa sezione, la prima parte di questa indagine, dopo una breve ricognizione riguardante la rilevanza del diritto internazionale generale (paragrafo 2), offre una panoramica riguardante i criteri di attribuzione previsti dal diritto internazionale quando si tratti di attribuire allo Stato la violazione di una qualsiasi *free standing treaty obligation* posta in essere da enti appartenenti o meno alla struttura amministrativa statale, ma comunque dotati di autonoma personalità giuridica. E, stante il silenzio dei trattati bilaterali sugli investimenti, occorre fare riferimento alle regole di attribuzione previste dal diritto internazionale generale (paragrafo 3).

Chiariti i termini generali dell'attribuzione allo Stato di illeciti riguardanti il diritto internazionale degli investimenti, si tratteranno gli orientamenti emersi nella prassi con riferimento alla delimitazione dell'ambito soggettivo delle norme *umbrella* (paragrafo 4).

Al fine di prendere posizione in merito a tale ambito, sarà poi necessario trattare alcuni aspetti collaterali. Un primo aspetto riguarda la similarità tra la ricostruzione dell'ambito soggettivo di una *umbrella clause*, da un lato, e la direzione seguita dalla prassi per verificare la *potestas*

---

diritto internazionale, possa o meno prescindere dal sottostante rapporto contrattuale. A nostro avviso, la domanda da porsi è se, rispetto al sottostante rapporto contrattuale, lo Stato debba essere inteso quale soggetto di diritto internazionale oppure quale soggetto di una relazione negoziale.

<sup>45</sup> Trascurando, per il momento, se la situazione giuridica garantita possa poi essere oggetto di una valutazione autonoma da parte del diritto internazionale quale *treaty claim*, e se sia possibile dichiarare la responsabilità internazionale dello Stato indipendentemente da una responsabilità contrattuale.

*decidendi* di un arbitrato *treaty-based* chiamato a decidere semplici *contract claims* assunte da *State-entities*, dall'altro (paragrafo 5).

Sempre con riferimento alle *contract claims*, si tratteranno i principi in base ai quali la prassi del commercio internazionale ritiene di poter trasferire in capo allo Stato un contratto concluso da un ente dotato di autonoma personalità giuridica (paragrafo 6).

Nell'ultimo paragrafo, ci si avvierà a concludere l'indagine di questa sezione (paragrafo 7). Sarà quindi necessario riprendere la tesi (che non si condivide) in favore dell'applicabilità delle regole attributive poste dal diritto internazionale per delimitare l'ambito soggettivo della norma *umbrella* (paragrafo 7.1).

Sempre a fini conclusivi, si tratterà della natura e delle finalità sottese al procedimento di attribuzione previsto dal diritto internazionale, dovendo chiarire se esso sia tipico ed esclusivo della sola imputabilità della responsabilità internazionale o se, invece, sia suscettibile di trovare applicazione anche in altri ambiti (paragrafo 7.2). Una volta chiarito in base a quali condizioni sia possibile attribuire allo Stato la condotta di un organo statale o di un'*entity* dotati di propria personalità giuridica, sarà possibile verificare se, e in che misura, tali regole attributive abbiano rilevanza rispetto ad un *observance of undertaking clause* che, almeno nelle premesse, si colloca, come detto, su di un piano diverso da quello in cui si situano gli altri impegni di diritto internazionale pattizio, stante la relazione con un sottostante rapporto di natura contrattuale.

L'ultimo e conclusivo ambito di indagine attiene alla natura stessa degli impegni *umbrella*, per cui o questi sono obblighi sostanziali autonomi alla pari di ogni altra *treaty obligation*, oppure presentano la peculiarità di dipendere dal rapporto contrattuale sotteso e di dover quindi definire il proprio ambito soggettivo di applicazione in considerazione del sottostante rapporto obbligatorio e del relativo ambito soggettivo, secondo regole che non trovano nel diritto internazionale il loro luogo di elezione (paragrafo 7.3).

## 2. La rilevanza del diritto internazionale

E' indubbio che, nel diritto internazionale degli investimenti, il diritto internazionale generale rappresenti il sistema giuridico di riferimento come evidenziato, ad esempio, dalla rilevanza della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati o dalle regole di diritto internazionale consuetudinario sulla protezione degli stranieri in caso di provvedimenti ablativi.

Lo stesso regime giuridico della responsabilità internazionale degli Stati per fatti illeciti svolge un ruolo fondamentale nelle controversie relative ad un investimento straniero<sup>46</sup> come

---

<sup>46</sup> In merito, si richiama quanto puntualizza CRAWFORD, secondo cui "*the responsibility of states in the field of investment treaty arbitration is a species of state responsibility, i.e. the responsibility of a state party for*

dimostrano i continui riferimenti della prassi arbitrale ai principi internazionali sulla responsabilità degli Stati quali, da ultimo, la rilevanza dell'esimente rappresentata dallo stato di necessità nell'ambito delle controversie tra Stato ed investitore<sup>47</sup>.

Per l'analisi del regime della responsabilità internazionale degli Stati non si può ora prescindere dal "Progetto Finale di Articoli sulla responsabilità degli Stati" del 2001<sup>48</sup>, testo

---

*breach of the substantive international obligations created by investment treaty*". Così, in *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 355. In merito, v. anche K. H. BÖCKSTIEGEL, *Applicable Law to State Responsibility under the Energy Charter Treaty and Other Investment Protection Treaty, Investment Arbitration and Energy Charter Treaty*, New York, 2006, p. 259.

<sup>47</sup> L'ambiente giuridico creato da un trattato bilaterale sugli investimenti, per quanto sia "the primary source of the applicable legal rules", non è un "self contained system". Così, lodo AAP v. Sri Lanka, parr. 20-21. Nello stesso senso, v. WENA, cit., parr. 78-79. V. anche PARRA, secondo cui le regole rilevanti sono le stesse norme sostanziali poste dai BIT. *Ib.*, *Applicable Substantiv Law in ICSID Arbitration initiated under Investment Treaties*, *ICSID Review*, 2001, p. 20; G. DELAUME, *Proper law*, cit., p. 8.

<sup>48</sup> Durante i lavori della 53ma sessione, la Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite, come noto, ha adottato il *Progetto Finale di Articoli sulla Responsabilità degli Stati per gli Atti Internazionalmente Illeciti*, raccomandando tale testo all'attenzione dei Governi. Per effetto di successivi rinvii, nel 2010 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite avrebbe dovuto decidere se incorporare il Progetto Finale in una convenzione di codificazione ma, a quanto consta, nessuna decisione in merito è stata ancora adottata. Quanto alla struttura generale, il Progetto Finale si articola in tre parti: la prima tratta dell'atto internazionalmente illecito, mentre la seconda e la terza riguardano, rispettivamente, il contenuto della responsabilità internazionale quanto alle conseguenze di un fatto internazionalmente illecito e la messa in opera della responsabilità internazionale. Il testo di riferimento è il Commentario a tale Progetto Finale, pubblicato anche in J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002. In tale pubblicazione viene riprodotto fedelmente anche il *Report of the International Law Commission, Fifty-third session*, U.N. Doc. A/56/10, 2001. In merito, v. il recente A.A. V.V., *La codificazione della responsabilità internazionale degli stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione* (a cura di) M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO, Milano, 2006.

che, licenziato a conclusione dei lavori della Commissione di Diritto Internazionale<sup>49</sup>, rappresenta l'opera di codificazione del diritto internazionale consuetudinario in materia<sup>50</sup>. Stante il silenzio dei trattati bilaterali, nell'indirizzarsi all'analisi dell'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, occorre fare riferimento, in via preliminare, alle regole di attribuzione previste dal diritto internazionale generale<sup>51</sup> e alla prassi relativa al diritto internazionale degli investimenti con riferimento, però, ai soli obblighi posti in via autonoma, quali l'impegno di *fair and equitable treatment*, l'obbligo di *full protection and security* o l'obbligo di non adottare provvedimenti ablativi di natura confiscatoria o discriminatoria (che, come detto, possono essere definitivi quali *free-standing treaty obligations*, non dipendendo da un ulteriore obbligo).

---

<sup>49</sup> Il testo del 2001 giunge a conclusione di un lavoro durato quarant'anni e che ha visto succedersi i ben noti illustri relatori speciali. Prima dell'ultimo relatore speciale Crawford, a partire dal 1969, si erano succeduti Ago, per quanto riguarda la prima parte, Riphagen ed Arangio Ruiz, per la seconda parte e, per la terza, ancora una volta Arangio Ruiz. Al fine che qui interessa, occorre però ricordare che, prim'ancora, durante i lavori del primo relatore speciale Amador, tra il 1956 ed il 1960, il tema della responsabilità internazionale era stato affrontato nella sua interezza, trattando sia le norme sostanziali all'origine della responsabilità internazionale (norme c.d. primarie), che quelle secondarie, riguardanti le conseguenze derivanti dalla violazione delle norme primarie. Sulla distinzione tra norme primarie e secondarie, quali appunto quelle riguardanti l'attribuzione di responsabilità internazionale, v. E. DAVID, *Primary and Secondary Rules*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 27 ss. Dal momento che tra le prime vi era ricompresa proprio la problematica materia del trattamento degli stranieri, la Commissione, a partire dal 1969, ritenne opportuno considerare il solo tema della responsabilità internazionale in generale, stralciando la ricognizione e codificazione delle norme primarie. Cfr. D. MÜLLER, *The Work of Garcia Amador on State Responsibility for Injury caused to Aliens*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), cit., p. 69 ss. Tutti i rapporti, oltre ad essere stati pubblicati in *N.U. Annuaire*, sono consultabili sul sito della Commissione di Diritto Internazionale. Per una trattazione introduttiva si rimanda, infine, a A. PELLET, *The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), cit., p. 75 ss.

<sup>50</sup> Si veda, ad esempio, quanto si afferma nel lodo *Hamester v. Ghana*, cit., "While those Draft Articles are not binding, they are widely regarded as a codification of customary international law", (par. 61). In senso conforme, v. anche *Canada Post United Parcel Services of America Inc v. Government of Canada*, Lodo nel Merito, 24 maggio 2007, par. 78. Espressamente in tal senso, inoltre, D. BODANSKY, J.R. Crook, *Introduction and Overview to Symposium: the ILC's State Responsibility Articles*, in *AJIL*, 2002, p. 783; K. HOBER, *State Responsibility and Attribution*, in *International Investment Law* (a cura di Muchlinski, Ortino, Schreuer), Oxford, 2008, p. 553. Autorevole dottrina ritiene che tale valutazione non sia però generalizzabile per tutte le disposizioni e sottolinea come, già prima della definitiva adozione del Progetto, la giurisprudenza internazionale abbia fatto riferimento a diverse disposizioni dello stesso sostenendone la corrispondenza al diritto consuetudinario "senza per lo più addurre altra dimostrazione se non la citazione del progetto stesso". Così, T. TREVES, *Diritto Internazionale*, Milano, 2005, p. 478.

<sup>51</sup> "As States are juridical persons, one always has to raise the question whether acts committed by natural persons who are allegedly in violation of international law are attributable to a State. The BIT does not provide any answer to this question. The rules of attribution can only be found in general international law which supplements the BIT in this respect. Regarding general international law on international responsibility, reference can be made to the Draft Articles on State Responsibility as adopted on second reading 2001 by the International Law Commission". Così, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, lodo cit., par. 69.

### 3. Le regole di attribuzione previste dal Progetto Finale

La responsabilità internazionale sorge per effetto congiunto della sussistenza di un elemento obiettivo, dato dall'illiceità in sé, e di un elemento soggettivo consistente nell'imputabilità dell'illecito al soggetto Stato<sup>52</sup>.

Nell'ambito degli illeciti internazionali, la sussistenza di entrambe queste condizioni viene verificata alla luce dei criteri previsti dal diritto internazionale. Lo stesso articolo 3 del Progetto Finale codifica l'irrelevanza del diritto interno nella qualificazione di un dato comportamento come internazionalmente illecito<sup>53</sup> (principio questo che, nell'ambito della responsabilità internazionale, è la mera trasposizione dell'impossibilità per uno Stato di

---

<sup>52</sup> Questa definizione di responsabilità ricalca lo schema solitamente previsto in ambito privatistico, in cui assume rilievo il comportamento volontario dell'autore materiale dell'illecito, mentre è assolutamente dibattuto, e controverso, se la disciplina della responsabilità internazionale si risolva in un regime di natura oggettiva o se, al contrario, tale regime non possa prescindere dall'elemento della colpa. Il Progetto di Articoli accoglie, sostanzialmente, la tesi della responsabilità oggettiva "relativa" e non prende in considerazione la negligenza della condotta, o la sua deliberata omissione, come terzo elemento costitutivo dell'illecito internazionale. Viene sostanzialmente accolta la tesi inizialmente avanzata da Anzillotti per effetto della quale è sufficiente che lo Stato non abbia adempiuto ad un obbligo internazionale. V. J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, cit., p. 12. Non è possibile dar conto del complesso degli elementi adottati dalle diverse correnti dottrinali e, a tal fine, si rimanda a quanto chiarisce in F. V. G. AMADOR, *The Changing Law of International Claims*, Vol. I, New York - London-Rome, 1984, p. 114-121. Per ulteriori approfondimenti, v. R. AGO, *La colpa dell'illecito internazionale*, in *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1976, vol. I, 271-302; R. SPERDUTI, *Sulla colpa nell'illecito internazionale*, in *Com. Studi*, vol. III, 1950, 79-104; R. LUZZATTO, *Responsabilità e colpa nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1968, 53 ss; R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, in *German Y.I.L.*, 1992, p. 9 ss.; da ultimo, v. anche R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2009, p. 552 ss. e l'ulteriore bibliografia ivi citata.

<sup>53</sup> La norma sancisce l'irrelevanza del diritto interno quando l'ordinamento giuridico internazionale debba valutare l'esistenza o meno di un illecito internazionale. Al riguardo, J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 357. In generale, v. anche P.M. DUPUY, *Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), cit., p. 173 ss. Z. CRESPI RIGHIZZI, *Diritto Internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Riv. dir. Int.*, 2009, p. 5. Per limitarci all'ambito del trattamento dello straniero, si veda la sentenza *Elettronica Sicula S.p.A.* della Corte Internazionale di Giustizia, 20 luglio 1989, p. 263 (citata dallo stesso Commentario all'articolo 3) in cui secondo la Corte, l'ordinanza del sindaco di Palermo, di requisizione degli impianti di uno stabilimento controllato da una società statunitense, non aveva violato il trattato di amicizia e di navigazione in vigore tra Stati Uniti ed Italia. Per decidere se l'ordinanza fosse o meno contraria al trattato, la Corte osservò che "this question arises irrespective of the position in municipal law and compliance with the provision in municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of a treaty maybe lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty [...]. Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law [...]". in *I.C.J. Reports*, 1898, parr. 73 e 124 della sentenza. Cfr. anche L. RADICATI DI BROZOLO, *Protezione diplomatica delle società e degli azionisti e trattato di amicizia Italia-Stati Uniti: il caso Raytheon-Elsi dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Dir. com. int.*, 1990, p. 391 ss..

sottrarsi all'osservanza di obblighi internazionali sostenendo la conformità di un comportamento al proprio ordinamento<sup>54</sup>).

Nell'ambito della responsabilità internazionale, è necessario attribuire la condotta (attiva o passiva) internazionalmente illecita allo Stato, soddisfacendo l'elemento soggettivo dell'illecito<sup>55</sup>. L'operazione di *attribuzione* di responsabilità è, con ogni evidenza, una ricognizione del tutto autonoma rispetto al successivo apprezzamento di un atto come internazionalmente illecito. Tale operazione, infatti, è finalizzata all'imputazione, in capo allo Stato, delle conseguenze giuridiche derivanti da una condotta risultata contraria ad un dato obbligo internazionale<sup>56</sup> (e che, con riferimento al diritto internazionale degli investimenti, si risolve nell'obbligo di risarcire il danno cagionato, come si dirà).

Prima di analizzare i diversi orientamenti emersi nella prassi con riferimento alla delimitazione dell'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, occorre ricostruire attraverso quali criteri sia possibile attribuire ad uno Stato -quale soggetto di diritto internazionale- la

---

<sup>54</sup> Analogo principio, per effetto dell'autonomia tra ordinamento internazionale e diritto interno, si rinviene anche, come noto, nell'articolo 27 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, in base al quale uno Stato non può giustificare l'inosservanza dei propri impegni pattizi invocando le disposizioni del proprio diritto interno. Per un approfondimento, si rimanda a A. SHAUSS, *Sub Article 27*, in *Les Conventions de Vienne sur le Droit Des Traiteés*, (a cura di Corten, Klein), Vol. I, Bruxelles, 2006, in particolare, p. 1121 ss.; T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di Diritto Internazionale*, parte II, Milano, 2006, p. 263.

<sup>55</sup> In generale, si rimanda a B. STERN, *The Elements of Internationally Wrongful Acts*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), cit., p. 193 ss. La ricognizione dell'elemento soggettivo e, quindi, dell'esistenza di una *State conduct*, non procede autonomamente rispetto al corrispondente dovere imposto internazionalmente, poiché se un "*act of State*" è tale anche con riferimento ad un comportamento omissivo, non è allora possibile apprezzarlo senza fare contemporaneamente riferimento al corrispondente obbligo. In merito, e critico nei confronti della tesi che pretende invece la previa ed indipendente verifica dell'elemento soggettivo, v. G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, in *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, (a cura di Lillich), University Press of Virginia, 1983, p. 325-326. In merito, anche L. CONDORELLI, C. KRESS, *The Rules of Attribution: General Considerations*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), cit., p. 221-222.

<sup>56</sup> Inizialmente, le prime versioni del Progetto utilizzavano il termine *imputation* anziché *attribution* ma, alla fine, il secondo ha prevalso, soprattutto per evitare suggestioni che potessero in un qualche modo far ritenere che il procedimento giuridico di collegamento, tra la condotta e lo Stato interessato, potesse avvalersi di una qualche *fiction*. "*Imputability implies a fiction where there is none, and conjures up the idea of vicarious liability where it cannot apply*", così I. BROWNLIE, *State Responsibility*, Vol. I, 1983, Oxford, p. 36. In merito, v. anche V. J. CRAWFORD, *First Report on State Responsibility*, ILC Yearbook, 1998, Vol. II(1), 1, 33, par. 150. L. CONDORELLI, *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des Cours*, 1984, p. 41, riporta inoltre che, "*en effet, à l'origine le rapporteur spécial avait utilisé et proposé le terme «imputation» que d'autres membres, notamment M. Ouchakov, ont critiqué, mettant l'accent en substance sur le fait que ce mot est chargé d'un sens juridique trop précis provenant des droits internes, où il trouve son contexte habituel dans le domaine du droit pénal. Ce terme a donc paru à certains intransposable en droit international en matière de responsabilité, où il s'agit de trouver une expression indiquant simplement qu'un fait est un «fait de l'Etat», cette constatation devant précéder l'éventuelle qualification du fait comme illicite*". Quindi, non vi è coincidenza, né sovrapposizione ma autonomia nel conoscere un fatto o una condotta -quale "*act of State*"- ed il successivo apprezzamento di quell'atto quale illecito internazionale. Sulle problematiche generali relative all'attribuzione, v. inoltre, B. STERN, *Responsabilité internationale*, *Répertoire de droit international public*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1998; G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, cit.

violazione degli obblighi di protezione e di trattamento previsti dai trattati bilaterali (che è l'ambito di nostro interesse) compiuta da organi statali o da persone fisiche o giuridiche dello Stato contraente che ha accolto un investimento straniero<sup>57</sup>. In questo paragrafo i criteri e la prassi avranno ad oggetto le sole *free standing treaty obligations* e quando sia possibile attribuire allo Stato la loro violazione.

Nel Progetto Finale, la disciplina per l'attribuzione di un illecito internazionale è contenuta nel Capitolo II, prima parte e, per quel che qui interessa, agli articoli 4, 5 e 8, norme in cui sono previsti tre differenti criteri attributivi fondati sul principio di unità dello Stato quale soggetto di diritto internazionale tenuto al rispetto delle sue norme<sup>58</sup>. A fini attributivi, si è in presenza di un collegamento qualificato quando il soggetto agente faccia parte della stessa struttura organizzativa statale (articolo 4), eserciti specifiche prerogative pubbliche pur essendo un ente autonomo (articolo 5) o agisca sotto un effettivo controllo dello Stato pur essendo un soggetto privato (articolo 8).

In via introduttiva, l'attribuire una certa condotta allo Stato non è sufficiente, come detto, per concludere in favore dell'esistenza di un fatto illecito e, in quest'ottica, appurare se lo Stato possa ritenersi legittimato passivo nella controversia in cui viene chiamato in causa è un profilo che denota, anzitutto, profili attinenti alla *potestas iudicandi* del tribunale arbitrale adito. Per quanto sia assolutamente pacifico, si ritiene comunque utile ricordare che, quand'anche tale indagine richieda approfondimenti di merito e pur anche se non sia agevole scindere ed isolare i soli profili di immediata rilevanza preliminare, nella fase ricognitiva della competenza dell'istanza adita è sufficiente che l'ente chiamato in causa abbia, *prima facie*, una qualche connessione con lo Stato. Spetterà alla successiva fase di merito ogni apprezzamento conclusivo sull'effettiva consistenza di una violazione di un obbligo pattizio, sulla possibilità di attribuire allo Stato il comportamento illecito e sull'effettiva responsabilità internazionale dello Stato nel caso di specie<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> La distinzione tra organi ed individui che agiscono per conto dello Stato, riflette l'idea che lo Stato, in quanto ente organizzato, opera nella generalità dei casi attraverso gli individui che fanno parte di tale organizzazione. Per assicurare la certezza dell'ordinamento giuridico internazionale, è quindi necessario riferirsi alla nozione di Stato-organizzazione (piuttosto che all'accezione di Stato come ordine legale o come sistema di norme) ed individuare l'organo in relazione all'assetto giuridicamente formalizzato, così come l'elaborazione teorica di Ago aveva suggerito. In tal modo, il dato formale relativo all'organizzazione effettiva dello Stato rappresenta il parametro di riferimento per la certezza del diritto. V. AGO, *Third Report on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, Vol. II, t. I, par. 59. V. anche A. PELLET, *The Definition of State Responsibility in International Law*, in *The Law of International Responsibility*, cit., p. 3 ss. Inoltre, la nozione di agente è sconosciuta al diritto internazionale ai fini della responsabilità internazionale dello Stato cui l'agente appartenga. Gli unici soggetti rilevanti sono quelli di organo statale, ai sensi dell'articolo 4, e quella di ente cui siano state delegate prerogative pubblicistiche, ai sensi dell'articolo 5. V. in tal senso, anche *Sergei Paushok, Cjsc Golden East Company, Cjsc Vostokneftegaz Company, v. The Government Of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability*, 28 aprile 2011 (d'ora innanzi *Sergei Paushok v. Mongolia*), par. 585.

<sup>58</sup> Per tutti, v. Scovazzi, *op. cit.*, p. 264.

<sup>59</sup> Le indagini di competenza e di merito richiedono, come noto, un differente onere della prova, poichè rispetto alle prime è necessario che l'esistenza di determinate fatti emerga già nella fase iniziale del procedimento

### 3.1. L'articolo 4

La prima regola per attribuire un determinato comportamento illecito ad uno Stato è quella dettata dall'articolo 4 ed in base alla quale non rileva quale sia l'organo ad averlo compiuto, né la suddivisione interna dei poteri propria di ciascun Paese. Il principio di responsabilità ha valore con riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto internazionale commessa da uno Stato, qualunque sia l'organo la cui azione, od omissione, abbia dato origine alla trasgressione.

Nell'ordinamento giuridico internazionale, infatti, lo Stato è considerato nella sua unità e, a fronte della violazione di un obbligo internazionale, non rileva che il comportamento illegittimo, da cui ha avuto origine l'illecito, sia imputabile al potere legislativo, esecutivo e giudiziario, né trova rilievo la natura di organo del governo centrale, decentrato o territoriale<sup>60</sup>. Nella logica complessiva della norma si presume che lo Stato eserciti in modo pieno e permanente la direzione ed il controllo sull'attività di ogni suo organo, quale emerga dal dato costituzionale interno<sup>61</sup>.

Anche per quanto riguarda le funzioni, è del tutto irrilevante che l'organo statale svolga funzioni legislative, esecutive o giudiziarie. *“In so far as the international liability [...] under the Treaty is concerned, it also does not matter whether some actions were taken by the judiciary and others by an administrative agency, the executive or the legislative branch of*

---

arbitrale, mentre spetta al giudizio di merito la piena verifica con riguardo all'attribuzione di certe condotte allo Stato. Sempre alla fase di merito compete l'accertamento, non soltanto dell'illicità delle condotte attribuibili allo Stato, ma anche della natura illecita dei singoli comportamenti concretamente posti in essere. In tal senso, v. *Hamester v. Ghana*, lodo cit., par. 143 che, sulla base della prima ricostruzione funzionale all'accertamento della propria competenza, riteneva che fosse in un certo qual modo evidente che il Gana fosse coinvolgibile ad un qualche livello nelle *treaty-claims* invocate dal ricorrente (ovvero nelle supposte violazioni del trattato bilaterale). Una volta risolta in senso favorevole l'imputabilità in capo allo Stato delle condotte portate all'attenzione del tribunale arbitrale, si procederà poi a verificare la sussistenza o meno di un illecito internazionale. Nello stesso senso, si veda anche *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, cit., *Decision on Jurisdiction*, cit., par. 85; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, *Decision on Jurisdiction*, cit., par. 30; ed anche il lodo *Maffezzini v. Spain* che, chiamato a decidere se i comportamenti positivi ed omissivi posti in essere dalla società SODIGA fossero attribuibili alla Spagna, ritiene di dover rispondere a due differenti quesiti: “[...] first, whether or not SODIGA is a State entity for the purpose of determining the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal, and second, whether the actions and omissions complained of by the Claimant are imputable to the State. While the first issue is one that can be decided at the jurisdictional stage of these proceedings, the second issue bears on the merits of the dispute and can be finally resolved only at that stage”, par. 75.

<sup>60</sup> In tutta evidenza, non è assolutamente possibile approfondire, in questa sede, ogni aspetto rilevante o critico con riferimento ai tanti profili di attribuzione della responsabilità internazionale degli Stati per fatti illeciti. Ci si limiterà ad una generale ricognizione dei criteri rilevanti al prosieguo della trattazione e, quindi, nella sola ottica del diritto internazionale degli investimenti in funzione dell'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, tema d'analisi di questa sezione.

<sup>61</sup> E, quindi, secondo parametri precostituiti di certezza obiettiva del diritto che prescindono da un effettivo potere di controllo poiché *“as reflected in contemporary trends, State practice holds a State responsible for acts or omissions of all levels of government, including those in a federal system in which the central government may not have power to control the acts of local officials”*. Così, G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, cit., p. 321.



*the State. Article 4 of the Articles on State Responsibility adopted by the International Law Commission is abundantly clear on this point*<sup>62</sup>.

Il Progetto Finale non contiene alcuna definizione di organo statale e tale qualificazione deve essere valutata, come prevede il paragrafo 2 della norma, sulla base del diritto interno<sup>63</sup>. Tale richiamo al diritto statale non deve essere letto, tuttavia, come *renvoi* esclusivo poiché, ai fini della responsabilità internazionale, la nozione di organo può essere più ampia di quella risultante dal diritto interno ed è ciò che il termine “*includes*” vuole significare<sup>64</sup>.

Per la prassi arbitrale in materia di investimenti e con riguardo alla violazione di una *free standing treaty obligation*, sono diverse le istituzioni che, per differente livello e grado, sono state qualificate come organi ai sensi dell'articolo 4. Sono state attribuite allo Stato le violazioni di obblighi pattizi poste in essere da organi legislativi<sup>65</sup>, giudiziari<sup>66</sup>, *latu sensu* governativi, ministeriali<sup>67</sup>, provinciali<sup>68</sup> e comunali<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> Così, v. *CMS Gas Transmission v. Republic of Argentina*, ICSID, Case No. ARB/01/8, *Decision on Objections to Jurisdiction*, 17 luglio 2003, par. 108.

<sup>63</sup> Article 4. *Conduct of organs of a State* 1. *The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.* 2. *An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.*

<sup>64</sup> Così come chiarisce il Commentario, il verbo “*includes*” sta a significare che esistono altri criteri in base ai quali si può accertare la qualità di organo ed il ruolo del diritto interno non è esaustivo nell'individuazione dell'organo, ma complementare. “*Paragraph 2 explains the relevance of internal law in determining the status of a State organ. Where the law of a State characterizes an entity as an organ, no difficulty will arise. On the other hand, it is not sufficient to refer to internal law for the status of State organs. [...] Accordingly, a State cannot avoid responsibility for the conduct of a body which does in truth act as one of its organs merely by denying it that status under its own law. This result is achieved by the use of the word includes in paragraph 2*”. Così, Commentario cit., par. 11 *sub* articolo 4. Cfr., inoltre, SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 265. Per un caso in cui la valenza di tale rinvio al diritto statale è stata oggetto di opinioni divergenti in seno al collegio arbitrale, v. *Eureko v. Poland*, anche se è bene evidenziare che, nel caso di specie, non si discuteva di sole condotte illecite ai sensi del diritto internazionale, ma di violazioni contrattuali rilevabili quali *treaty claims* per effetto dell'*umbrella clause* presente nel trattato bilaterale tra Olanda e Polonia. In tale decisione, è la sola la maggioranza del collegio a sostenere che, nell'individuazione dell'organo statale ai fini della responsabilità internazionale, il ruolo del diritto interno sia di natura complementare e che la nozione di organo possa essere più ampia di quella risultante dal diritto interno. V. anche, C. Mc LACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxfrod, 2007, p. 305-306.

<sup>65</sup> V. *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Award, 16 dicembre 2003.

<sup>66</sup> Da ultimo, si veda *Mohammad Ammar Al Bahloul v. Tajikistan, Partial Award on Jurisdiction*, cit., par. 169.

<sup>67</sup> In merito, v. R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 225. Come un Ministero del Tesoro (*Eureko v. Poland*, par. 115-134); un Primo Ministro, *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Award, 6 novembre 2008, par. 175; per Ministero dell'Energia, v. *Mohammad Ammar Al Bahloul v. Tajikistan*, lodo cit., par. 169 dove si discuteva del mancato rilascio delle licenze di esplorazione ed estrazione petrolifera. Per la prassi ICC, v. casi citati da E. S. ROMERO, *State Entities in International Arbitration*, in *IAI Series on International Arbitration*, n. 4 (Gaillard, Younan ed.), Juris Publishing, 2008, *sub* nota 5, p. 33, tra cui, ICC Case No. 8646, *French corporation v. Ministry of Defense of State X*, 22 giugno 1998 lodo, in 15(2) *ICC BULL.* 109 (2004) (estratto); ed anche arbitrato ICC Case No. 6474, *Supplier [European company] v. Republic of Y*, 22 aprile 1992, lodo finale, in *YBCA*, 279, 2000. In molti dei casi

Tra le più recenti pronunce, è utile ricordare la decisione della controversia *Saipem v. Bangladesh* in cui, oltre ad ampliare la nozione di “beni” suscettibili di espropriazione, ricomprendendovi i diritti nascenti da decisioni giudiziali, si è attribuita allo Stato la condotta espropriativa adottata dagli organi giudiziari e concretizzatasi nella mancata esecuzione di un lodo arbitrale ICC in favore dell’investitore italiano<sup>70</sup>.

In quest’ambito, la questione di maggiore interesse riguarda quelle istituzioni statali dotate, sul piano interno, di autonomia giuridica. E’ solo rispetto ad esse, infatti, che può avere senso domandarsi se la distinta personalità giuridica di cui godono sia sufficiente per escluderne la natura di organo statale. In tal senso, è necessaria un’effettiva indagine quanto alla natura e allo statuto personale dell’ente al fine di verificare se, sulla base dell’ordinamento interno, esso sia “*part of the central or decentralized structure of the State*”. Se, il più delle volte, il fatto che un ente abbia distinta personalità giuridica risulta decisivo<sup>71</sup>, la prassi ha comunque messo in luce che, quand’anche un ente sia stato istitutivo per legge come ente formalmente

---

citati in questa nota, tuttavia, le decisioni non riguardano la violazione di obblighi di diritto internazionale pattizio. In merito, v. anche R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 225.

<sup>68</sup> Per un ente provinciale, v. *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, lodo del 21 novembre 2000, (c.d. *Vivendi I*).

<sup>69</sup> Si considerino gli enti pubblici territoriali per i quali la distinta personalità giuridica interna su base territoriale –pur anche se garantita per via costituzionale– non rileva. Per il diritto internazionale sono infatti “organi” a tutti gli effetti e, fintanto che siano unità territoriali sottoposte a giurisdizione effettiva, lo Stato è un soggetto internazionalmente unitario. Così, F. SALERNO, *Diritto Internazionale, Principi e norme*, Padova, 2008, p. 388. In merito alla responsabilità dello Stato per la violazione di un BIT da parte di un ente territoriale, il cui comportamento è attribuibile allo Stato, si veda, ad esempio, *SwemBalt AB v. The Republic of Latvia, Award*, 23 ottobre 2003, par. 37.

<sup>70</sup> *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, *Award*, 30 giugno 2009. In merito ad un’analisi riguardante la decisione emessa in sede di giurisdizione, v. E. SAVARESE, *In margine al caso Saipem: tra allargamento della nozione di espropriazione e coordinamento “successivo” di giurisdizioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 949 ss..

<sup>71</sup> Di rilievo, al riguardo, alcune pronunce ICSID con riferimento a specifiche autorità nazionali. La *Suez Canal Authority* (“SCA”), costituita allo scopo di gestire tutte le attività connesse al transito del canale marittimo egiziano, non viene qualificata quale organo statale non rientrando nella struttura organizzativa statale e stante la sua autonomia giuridica. Così, lodo *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Award*, cit., parr. 160-162. In questo caso, si trattava di una controversia portata all’attenzione del tribunale arbitrale istituito sulla base della clausola arbitrale prevista dal BIT in rilievo. L’Autorità per le autostrade pakistane (*National Highway Authority*, “NHA”) non viene considerata organo statale “*because of its separate legal status, the Tribunal discards the possibility of treating NHA as a State organ under Article 4 of the ILC Articles*”, così *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award*, 27 agosto, 2009, par. 119. In questo caso, tuttavia, si discuteva di una mera controversia di natura contrattuale che per il collegio non rientrava nella competenza del *treaty based arbitration*. E ancora, “*the existence of the legal personality of defendants [...] prevents them from being considered as organs of the State*”, così ICC Case No. 7472, lodo parziale emesso dall’ICC nella controversia tra *European Company v. State X, Ministry of Industry of State X, Ministry of Defence of State X and State X establishment*, 16 gennaio 1995, lodo inedito e riportato da E. S. ROMERO, *State Entities in International Arbitration*, cit., p. 33, *sub nota 3*. Si consideri che queste decisioni non fanno venir meno il rilievo in base al quale non sia da escludere la presenza di un organo statale sulla base dell’autonoma personalità giuridica dell’ente poiché, per effetto della complessiva analisi svolta dal tribunale adito, si conclude, semplicemente, nel senso di escludere che lo specifico ente in questione avesse natura di organo statale. Si veda anche la nota successiva.

separato dalla struttura amministrativa statale, e sia quindi dotato di autonomia giuridica e eserciti in maniera indipendente le proprie funzioni, ciò non rappresenta un elemento conclusivo per escludere che tale ente non possa essere qualificato come organo statale e per attribuire allo Stato, sulla base dell'articolo 4, le violazioni di un trattato bilaterale<sup>72</sup>.

Questa conclusione, inoltre, risulta del tutto coerente con quanto stabilisce lo stesso Commentario al Progetto Finale<sup>73</sup>.

Infine, la presenza di un eventuale organo "di fatto", più che essere verificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 4, norma che presuppone un collegamento all'apparato dell'amministrazione statale, trova più idonee condizioni di apprezzamento sulla base dell'eterodirezione richiesta dall'articolo 8 (e al cui commento si rimanda).

---

<sup>72</sup> In generale, v. B. STERN, *La responsabilité des Etats. Perspectives récentes, Cursos Euromediterraneos Banca de Derecho Internacional*, vol. VII-2003, p. 671. Rispetto a supposti interventi di tipo espropriativo, nel lodo *Saipem v. Bangladesh, Decision on Jurisdiction*, cit., il collegio ha ritenuto –sebbene in linea ipotetica- che l'autonoma personalità giuridica di un ente (nel caso si trattava della Petrobangla, "a statutory public authority") non rappresentasse un ostacolo per considerare l'ente in questione quale organo statale, v. parr. 144-145. Per il tribunale, tuttavia, i comportamenti posti in essere da Petrobangla non concretizzavano una violazione del trattato bilaterale in essere tra Italia e Bangladesh (v. par. 191). Sembra orientata in tal senso, se non altro perchè non ritiene comunque decisiva la personalità giuridica dell'ente in questione per escluderne la natura di organo statale, anche il lodo *Sergei Paushok, Cjsc Golden East Company Cjsc Vostokneftegaz Company, v. The Government Of Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability*, 28 aprile 2011 (arbitrato *ad hoc* sulla base del Regolamento Uncitral (d'ora in avanti "Sergei Paushok et alia v. The Government of Mongolia"). Nel qualificare lo status della banca centrale mongola (la MongolBank) ai sensi del diritto interno, sostiene infatti che "[...] the fact that the Mongolian Parliament has created it as an institution independent of the Government does not per se make it lose its status as an organ of the State" (par. 582). In merito alla verifica se l'ente in questione fosse stabilmente inquadrato nell'organizzazione statale e se esistesse, quindi, un legame organico, il collegio preferisce sottolineare, invece, la natura delle funzioni e delle prerogative pubblicistiche di cui risulta titolare la MongolBank. In merito, sia consentito un rilievo. Come noto, diversi paesi, al fine di contenere i tassi di inflazione hanno devoluto le funzioni tipiche degli istituti centrali ad istituzioni autonome ed indipendenti dal potere politico (sulla base di una evidenza empirica che dimostrerebbe come politiche espansionistiche determinano spinte inflazionistiche e sulla base della supposta correlazione negativa tra tassi di inflazione e indipendenza della banca centrale di riferimento). Non sembra, dalla lettura del lodo, che siano stati a sufficienza evidenziati i requisiti formali e sostanziali di indipendenza ed autonomia della MongolBank riconnesse alla sua autonomia giuridica. Le verifiche del collegio si sono maggiormente indirizzate alle funzioni essenzialmente pubblicistiche quando, ai sensi di quanto prescrive l'articolo 4, l'indagine avrebbe dovuto focalizzarsi, invece, sulla natura strutturale dell'ente sulla base del diritto interno e non su quella funzionale (come al contrario richiede l'articolo 5 del Testo e come, tra l'altro, nel prosieguo delle argomentazioni lo stesso collegio correttamente evidenzia con riferimento all'articolo 5).

<sup>73</sup> Nell'analizzare la nozione unitaria di Stato, ai fini della responsabilità internazionale, la Commissione di Diritto Internazionale osserva che "the State as a subject of international law is held responsible for the conduct of all the organs, instrumentalities and officials which form part of its organization and act in that capacity, whether or not they have separate legal personality under its internal law." V. Commento *sub* Capitolo II. Ai fini della responsabilità internazionale dello Stato, non è quindi sufficiente l'autonomia giuridica di un ente per escludere che si tratti di un organo statale. Tutt'altro discorso dovrà essere fatto con riferimento, invece, alla titolarità di un rapporto contrattuale rispetto al quale le regole di attribuzione internazionali possono non essere rilevanti e, quindi, la personalità giuridica distinta di un ente può risultare invece decisiva per escludere che lo Stato possa essere qualificato come controparte negoziale di un rapporto privatistico. Vedi *infra*, paragrafo 6.

Se, dunque, per quanto riguarda l'articolo 4, il legame organico *de jure* e la collocazione strutturale all'interno dell'amministrazione statale sono sufficienti per attribuire allo Stato la paternità del comportamento posto in essere dall'organo, per le condotte di quegli enti che non rivestono formalmente la veste di organo statale, invece, è necessario che l'ente abbia formalmente ricevuto il potere di esercitare prerogative pubblicistiche (ai sensi dell'articolo 5) o che si trovi in condizioni di subordinazione effettiva (per l'articolo 8).

### 3.2. L'articolo 5

Nel primo caso, rileva l'articolo 5 e sarà possibile attribuire allo Stato i comportamenti di persone o di enti che siano stati abilitati ad esercitare prerogative pubblicistiche in base al diritto interno purchè, in tal caso, la persona o l'ente abbiano agito in tale qualità<sup>74</sup>. Con il termine *entity*, indicato nella norma, devono intendersi società pubbliche, enti parastatali, società a partecipazione mista, agenzie o società pubbliche ma anche società private cui siano state delegate attività di regolazione o di governo<sup>75</sup>.

Ai fini della responsabilità internazionale, la prassi dei tribunali arbitrali è concorde nel ritenere che sia possibile individuare una *State entity* a seguito di una duplice verifica, di cui, una indirizzata alla struttura organizzativa e gestoria dell'ente, e l'altra alla funzioni che l'ente è in grado di svolgere per effetto delle specifiche prerogative che gli siano state attribuite<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Article 5. *Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.*

<sup>75</sup> Né il Progetto Finale, né il Commentario fanno mai ricorso alla locuzione *State-entity* né, tanto meno, la definiscono. “*Entity [...] may include public corporations, semi-public entities, public agencies of various kinds and even, in special cases, private companies, provided that in each case the entity is empowered by the law of the State to exercise functions of a public character normally exercised by State organs, and the conduct of the entity relates to the exercise of the governmental authority concerned*”, par. 3, sub articolo 5 del Commentario. Prima ancora (al par. 11. sub articolo 4), il Commentario chiarisce che il termine “*person or entity is used [...] to include in a broad sense any natural or legal person, including an individual office holder, a department, commission or other body exercising public authority, etc*”.

<sup>76</sup> V. lodo *Emilio Augustin Maffezin, Decision on Objections to Jurisdiction*, par. 71-89, in cui il tribunale ha deciso che una società commerciale poteva essere qualificata come *State-entity* anche se la legislazione nazionale spagnola non qualificava tale ente come un ente di diritto amministrativo. La società SODIGA era stata creata con un decreto del Ministero dell'Industria con l'intento di affidarle l'esercizio di tipiche funzioni pubbliche, tra cui quella di promuovere lo sviluppo regionale. Per un'analisi approfondita di questo lodo, che rappresenta il *leading case* rispetto a quanto si discute, v. A. COHEN SMUTNY, *State Responsibility and Attribution. When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises? Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, 2005, p. 17 ss.. Per una analisi della prassi in generale, si rimanda a S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats; Trente années d'activité du CIRDI*, Editions du Juris-Classeur, Paris 2004,

### **Segue: il criterio strutturale**

Il primo test per apprezzare una connessione qualificata con lo Stato è quindi di tipo strutturale, nel senso che occorre ricostruire la personalità giuridica dell'ente, apprezzandone il grado di controllo da parte dello Stato –diretto o indiretto per tramite di altri enti pubblici-, l'autonomia patrimoniale, la struttura interna<sup>77</sup> e ogni conseguente valutazione sull'effettiva influenza dell'apparato statale nella prerogative gestorie dell'ente<sup>78</sup>.

Un'indagine in tale senso è quanto mai necessaria stante il mutato rapporto tra Stato e società pubbliche determinatosi in conseguenza delle politiche nazionali di privatizzazione di rilevanti settori economici che, nello sfoltire la struttura amministrativa statale, hanno reso più evanescente la distinzione fra pubblico e privato.

La veste privata di un ente non è quindi sufficiente ad impedire che possano essere sanzionati, ed attribuiti allo Stato, eventuali abusi od illeciti internazionali<sup>79</sup>.

---

n. 747, p. 572. In merito, v. anche M. FEIT, *Responsibility of the State Under international Law for Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, in *Berkley Jour. Int'l Law*, 2010, p. 3.

<sup>77</sup> In questo senso, “*the test that has been developed looks to various factors, such as ownership, control, the nature, purposes and objectives of the entity whose actions are under scrutiny, and to the character of the actions taken*”. Così, *Maffezzini v. Spain*, par. 76. Da ultimo, anche il lodo *Hamester v. Ghana* ribadisce che, nel *critère structurel*, rientrano una serie di ulteriori verifiche, tra le quali se l'ente sia stato istituito per atto dello Stato, se sussista un rapporto peculiare con la struttura amministrativa statale nonostante l'esistenza di una personalità giuridica autonoma, se l'ente goda di autonomia finanziaria, quale tipologia contrattuale venga applicata ai rapporti di lavoro. V. lodo cit., parr. 186-187. Per un ulteriore approfondimento, v. anche S. MANCIAUX, *ult. op. cit.*, p. 572.

<sup>78</sup> In merito al grado di ingerenza nell'amministrazione delle società in rilievo, si veda *Hamester v. Ghana*, cit., in cui il collegio analizza l'effettiva influenza governativa sull'organo gestorio da parte del governo ghanese che, per statuto societario, si limitava a direttive di carattere generale che necessitavano di una previa consultazione con il consiglio amministrativo della società e che, in ogni caso, non potevano influenzare gli i contratti liberamente assunti dalla società. Lodo, cit., parr. 186-187.

<sup>79</sup> In via generale, il diritto internazionale riconosce la personalità giuridica di un ente. Se l'ente non è quindi inquadrato stabilmente nell'organizzazione statale, non vengono attribuiti allo Stato i suoi comportamenti. Eccezioni a tale regola furono individuate quando la costituzione, per via distinta e separata di un ente, fosse stata fatta per fini elusivi o fraudolenti, come già osservava la Corte Internazionale di Giustizia nella ben nota sentenza *Barcelona Traction*, sentenza 5 febbraio 1970, in *I.C.J. Reports*, 1970, 30, ai parr. 56-58. Nella stessa prassi arbitrale recente, si chiarisce che “[...] *in any event, a State will not necessarily escape responsibility for wrongful acts or omissions by hiding behind a private corporate veil [...]. The relevance of these standards is clearer when there is a direct State operation and control, such as by a section or division of a Ministry, but less so when the State chooses to act through a private sector mechanism, such as a corporation (sociedad anonima) or some other corporate structure*”. Così, il già citato *Maffezzini v. Spain*, par. 78. Per la dottrina, v. L. J. BOUCHEZ, *The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises*, *Journal of International Arbitration*, 1991, pp. 81-115; K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice*, *Arbitration International*, Vol.1, N° 2, 1985, p. 195-199. V. anche I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, cit., p. 132 ss.; R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 200.

### Segue: il criterio funzionale

Infatti, la natura di *State-entity* non è sufficiente per imputare la responsabilità internazionale allo Stato di appartenenza poiché, ai fini dell'attribuzione di cui all'articolo 5, deve essere infatti soddisfatto il criterio c.d. funzionale, in virtù del quale lo scopo e le funzioni assegnate all'ente devono risultare quale conseguenza di *governmental authority* di natura pubblicistica.

Il fatto che l'ente sia una persona giuridica formalmente privata, pertanto, non preclude che possa configurarsi quale *entity* ai fini dell'articolo 5 e, in tal senso, risulta appunto decisivo il *functional test*<sup>80</sup>, relativo alla natura e allo scopo del comportamento posto in essere. I comportamenti assunti da enti, pur istituzionalmente estranei all'apparato statale e dotati di autonomia giuridica, ma a cui siano state formalmente conferite "*prérogatives de puissance publique*", sono quindi equiparati ad un "*act of State*" ed eventuali illeciti potranno essere imputati allo Stato<sup>81</sup>.

D'altronde, se una *full ownership* in capo allo Stato può far presumere che l'ente detenga una *governmental authority*, è pur vero che esistono *State-entity* che svolgono in tutto o in parte semplici attività commerciali, che via siano enti che, seppur solo partecipati dallo Stato, ne subiscono un controllo di fatto; così come è vero che possano esistere semplici concessionari privati a cui siano stati delegati determinati poteri.

I suddetti criteri possono allora valere come presunzioni (*iure tantum*) dell'esistenza di una *State-entity* che andrà presunta nella misura in cui la *ownership* dell'ente appartenga (o sia riconducibile) allo Stato o se, tra le funzioni assegnate, vi siano prerogative di tipo pubblicistico<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> "*Because of the many forms that State enterprises may take and thus shape the manners of State action, the structural test by itself may not always be a conclusive determination [...]. An additional test has been developed, a functional test, which looks to the functions of or role to be performed by the entity*". Così, lodo *Maffezini v. Spain*, par. 80. Per decisioni risalenti che avevano utilizzato tale verifica funzionale sulla base del diritto internazionale consuetudinario, si vedano i casi citati al paragrafo 6 sub articolo 8 del Commentario al Progetto di Articoli.

<sup>81</sup> In generale, v. I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations. State Responsibility*, cit., p. 136 ss.

<sup>82</sup> "[...] *Here a finding that the entity is owned by the State, directly or indirectly, gives rise to a rebuttable presumption that it is a State entity. The same result will obtain if an entity is controlled by the State, directly or indirectly. A similar presumption arises if an entity's purpose or objectives is the carrying out of functions which are governmental in nature or which are otherwise normally reserved to the State, or which by their nature are not usually carried out by private businesses or individuals*". Così, *Emilio Augustin Maffezin*, cit., par. 77. In favore di tale presunzione PAASIVIRTA, secondo il quale "*only if a State exerts full control over the respective public company may it be considered to have acted on behalf of the State. Apparently, the criterion of full control is not automatically satisfied by proof of full ownership; nor is it sufficient that a Government has a supervisory authority over a company*". *Ib.*, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 14-15.

Nell'indagare la presenza di una *State-entity*, la prassi arbitrale procede oramai costantemente a tale duplice verifica<sup>83</sup>.

Tuttavia, l'aver concluso in favore di una *State-entity* cui sia stato delegato l'esercizio di determinate prerogative di *imperium* non esaurisce quanto la norma in commento richiede per far sorgere la responsabilità internazionale dello Stato. Se una conclusione in senso favorevole rispetto all'esistenza di prerogative governative assegnate all'ente è sufficiente, come visto, per qualificare quell'ente come *società d'Etat*, non risulta affatto decisivo per attribuire allo Stato ogni suo comportamento. A tal fine è necessario, infatti, che proprio la condotta concretamente in rilievo sia stata adottata nell'esercizio delle prerogative di governo assegnate. Sovviene ancora una volta, e in maniera decisiva, il *functional test*, che deve quindi risolversi in senso positivo non soltanto rispetto alla natura dell'ente in questione, ma anche nella valutazione del comportamento concretamente posto in essere e che si pretenda internazionalmente illecito<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Nella controversia *Hamester v. Ghana* già più volte citata, il tribunale ritiene che Cocobod, in quanto ente societario, sia “*a commercial corporation whose principal purpose is to trade in cocoa beans and generate a profit for the Government [...]*”, par. 184 del lodo. Nel ricostruire le funzioni della società ganese, alla luce di quanto prevede l'articolo 5, il tribunale concludeva che Cocobod, sulla base della legge istitutiva della stessa società, fosse una *State-entity* cui erano state attribuite specifiche *governmental functions*, quali quelle di regolazione delle esportazioni, di rilascio e controllo delle relative licenze e di irrogazione di sanzioni in caso di determinate violazioni. “*All these entitlements make it clear that, besides its economic and commercial objects, Cocobod was endowed with elements of “puissance publique”*”, par. 190. Pertanto, “*under applicable principles of international law, the satisfaction of the structural and functional tests demonstrate conclusively that Cocobod is a State entity. Accordingly for the purpose of the BIT, Cocobod is the Government of the Republic of Ghana [...]*”. Così, par. 149. Si noti già che il collegio giungeva poi ad escludere che il contratto in oggetto potesse essere considerato espressione di tali prerogative. Oltre a *Emilio Augustin Maffezin*, cit., si veda anche *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, *Decision on Jurisdiction*, 16 luglio 2001, che, nel richiamare le conclusioni raggiunte da *Maffezini v. Spain*, ritiene che “*L'examen de ce degré de contrôle et de participation d'un Etat à une société se fait au moyen de deux critères: l'un structurel, c'est-à-dire relatif à la structure de la société et notamment à son actionnariat, l'autre fonctionnel, c'est-à-dire relatif à la finalité de la société en question*” (lodo, par. 35). Nello stesso senso, v. *L.E.S.I. S.p.A., ASTALDI S.p.A. c. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID No. ARB/05/3, lodo del 4 novembre 2008, dove, rispetto alla possibilità di ritenere lo stato responsabile delle lamentate violazioni del BIT da parte della *Agence Nationale des Barrages (ANB)*, il tribunale afferma che “*Il découle des considérations qui précèdent qu'en application du critère structurel, l'ANB doit être considérée comme une entité dotée de prérogatives de puissance publique et que, conformément au critère fonctionnel, les actes qui lui sont reprochés sont de nature gouvernementale. Il en résulte que, dans cette mesure, les agissements litigieux de l'ANB sont propres à engager la responsabilité de l'Etat au sens de l'article 5 CDI\**”; così par. 118. V. anche, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Award, cit., par. 160; *Toto Costruzioni v. Lebanon*, cit., par. 60. Infine, per un'applicazione del *functional control* anche per verificare la nazionalità di un investitore, v. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic, Decision on Objections to Jurisdiction*, cit..

<sup>84</sup> Da ultimo, il lodo *Hamester v. Ghana* cit., per il quale “*having found that Cocobod is a public entity empowered with some “prérogatives de puissance publique,” this in itself clearly does not resolve the issue of attribution [...]. It is well established that for an act of a separate entity exercising elements of governmental authority to be attributed to the State, it must be shown that the precise act in question was an exercise of such governmental authority and not merely an act that could be performed by a commercial entity. This approach has been followed in national as well as international case law*”, par. 193. V. anche *Maffezini v. Spain*, par. 52 ed anche *L.E.S.I. S.p.A. e ASTALDI S.p.A. c/ République algérienne démocratique et populaire*, secondo il quale:

Sebbene la prassi arbitrale si sia quindi orientata verso una considerazione cumulativa di due controlli<sup>85</sup>, è pur vero che sia quello funzionale a risulta decisivo per disvelare un effettivo “*act of State*” ai sensi dell’articolo 5<sup>86</sup>.

La norma in commento, tuttavia, non fornisce alcuna definizione di una *governmental authority* e il Commentario si limita a definirla in senso negativo, sostenendo, in maniera tautologica, che non vi rientrano tutte quelle attività di tipo privato o commerciale<sup>87</sup>. La prassi ha riconosciuto la valenza di una *governmental authority*, ad esempio, nelle attività di promozione di sviluppo regionale<sup>88</sup>, nel potere di rilasciare licenze all’esportazione e di irrogare sanzioni<sup>89</sup>, nella riscossione di pedaggi per l’utilizzo della rete autostradale<sup>90</sup> o nella preservazione delle riserve monetarie<sup>91</sup>. Pertanto, un criterio idoneo ad escludere dal novero dei comportamenti in grado di essere attribuiti allo Stato ai fini della responsabilità internazionale, *ex* articolo 5, è quello di apprezzare se il comportamento rilevante possa essere adottato da un qualsiasi operatore commerciale che, per definizione, non possiede, né può esercitare, *prérogatives de puissance publique*<sup>92</sup> (anche non risulta semplice riuscire sempre a

---

“*En droit international, tous les actes exécutés par une entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique ne relèvent pas nécessairement de la responsabilité de l’Etat. Conformément au critère fonctionnel, il convient encore d’examiner si ces actes ont une nature gouvernementale puisque seuls les actes réalisés par cette entité en cette qualité peuvent être imputés à l’Etat.*” Così, par. 111.

<sup>85</sup> “*It is difficult to determine, a priori, whether these various tests and standards need necessarily be cumulative*”, così, par. 81 del lodo *Maffezzini v. Spain*, cit.

<sup>86</sup> E’ sufficiente richiamare, a tale, fine quanto chiarisce il Commentario al Progetto Finale: “*the fact that an entity can be classified as public or private according to the criteria of a given legal system, the existence of a greater or lesser State participation in its capital, or, more generally, in the ownership of its assets, the fact that it is not subject to executive control — these are not decisive criteria for the purpose of attribution of the entity’s conduct to the State. Instead, article 5 refers to the true common feature, namely that these entities are empowered, if only to a limited extent or in a specific context, to exercise specified elements of governmental authority*”. Così, paragrafo 3 *sub* commento all’articolo 5.

<sup>87</sup> Il Commentario, si limita a ribadire che, quand’anche ad un ente sia stato delegato l’esercizio di un qualche potere pubblico, occorre sempre isolare la natura del singolo comportamento posto in essere. E, per esemplificare la differenza tra la natura dei due atti, aggiunge soltanto che “[...] *the conduct of a railway company to which certain police powers have been granted will be regarded as an act of the State under international law if it concerns the exercise of those powers, but not if it concerns other activities (e.g. the sale of tickets or the purchase of rolling stock)*”. V. par. 5, *sub* articolo 5.

<sup>88</sup> V. *Maffezzini v. Spain*, cit..

<sup>89</sup> V. *Hamester v. Ghana*, cit..

<sup>90</sup> V. *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, cit..

<sup>91</sup> Nel lodo *Sergei Paushok, Cjsc Golden East Company, Cjsc Vostokneftegaz Company v. The Government Of Mongolia, Award On Jurisdiction and Liability*, “*The Tribunal therefore has no hesitation in concluding that MongolBank acted de jure imperii, if not in entering into the SCSA, at least when it exported GEM’s gold for refining and deposited it or its value in an unallocated account in England “with the purposes of increasing the country’s reserves.” Those actions were de jure imperii and went beyond a mere contractual relationship. Therefore, even if MongolBank were not to be considered an organ of the State but merely an entity exercising elements of governmental authority, Claimants would be entitled to pursue their claim against Respondent in connection with the actions mentioned above. The question which then remains is whether such actions by MongolBank constituted breaches of the Treaty. In the opinion of the Tribunal, they did so*”. Così, par. 382.

<sup>92</sup> In tal senso, vedi *Hamester v. Ghana*, lodo cit., par. 192.



distinguere tra comportamenti caratterizzati da un intento pubblico, piuttosto che da logiche puramente commerciali<sup>93</sup>).

In merito, è stato anche sottolineato come non sia sufficiente un comportamento rientrante *latu sensu* nell'esercizio di un servizio pubblico, essendo invece necessario che il comportamento sotto esame si sia effettivamente concretizzato quale "*use of prérogatives de puissance publique*"<sup>94</sup>.

In tal senso, si apprezza allora un'ulteriore differenza tra organo ed ente pubblico. Se per quanto riguarda il primo, in quanto emanazione della stessa struttura organizzativa statale, ogni comportamento è attribuibile allo Stato, indipendentemente dalla natura pubblica o privata della condotta concretamente in rilievo, per il secondo occorre che lo specifico comportamento che si vorrebbe attribuire allo Stato, quale illecito internazionale, sia stato compiuto nell'esercizio di prerogative d'autorità delegate.

Pertanto, il procedimento attributivo traccia -quale *summa divisio*- quella tra *governmental e commercial activities*<sup>95</sup>, assegnando alle sole condotte poste in essere nell'esercizio di funzioni di natura essenzialmente pubblicistica la capacità di attribuire allo Stato un dato comportamento, ed escludendo quei comportamenti che un qualsiasi operatore commerciale privato potrebbe porre in essere, anche se a porli in essere sia stata, appunto, una società totalmente controllata dallo Stato. Tale indirizzo, trova pieno riscontro nella prevalente prassi

---

<sup>93</sup> Anche un ente pubblico, pur indirizzato nella sua azione generale al perseguimento di obiettivi di utilità pubblica (che spesso si considerano in un'ottica di lungo periodo), può anche agire, nel relativo mercato, come un qualsiasi operatore privato (specie nel medio termine). In questo senso si può ad esempio richiamare la metodologia inerente al diritto comunitario relativa al "*business judgment test*", sviluppata per distinguere tra le azioni motivate da interesse pubblico e quelle dettate da logiche commerciali. In merito, si rimanda alle considerazioni espresse da T. W. WALDE, *Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions Versus Emerging Jurisprudence*, in *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, New York, 2006, p. 230-235. Sulla difficoltà di individuare, alcune volte, la natura pubblica e privata di un comportamento, v. G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, cit., p. 335-341. In questo senso, l'analisi può attingere, per analogia e con le dovute differenze, alla possibilità che un ente possa o meno invocare l'immunità statale davanti ad un tribunale nazionale. Per un approfondimento sull'*immunity test* in tale ambito, invece, v. G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, cit., p. 332-335.

<sup>94</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* che, nell'analizzare la natura del contratto, ritiene che "[...] it is true though that the Contract was awarded through a bidding process governed by the laws on public procurement. This is not a sufficient element, however, to establish that governmental authority was exercised in the SCA's relation to the Claimants and more particularly in relation to the acts and omissions complained of. What matters is not the "service public" element, but the use of "prérogatives de puissance publique" or governmental authority. In this sense, the refusal to grant an extension of time at the time of the tender does not show either that governmental authority was used, irrespective of the reasons for such refusal. Any private contract partner could have acted in a similar manner". Così, Award, cit., par. 170.

<sup>95</sup> Con riferimento alla differenza esistente tra funzioni "*essentially governmental in nature*", da un lato, e quelle "*essentially commercial in character*", dall'altro, il lodo Maffezzini sottolinea come "*this is the dividing line between those acts or omissions that can be attributed to the Spanish State and those that cannot*", *Maffezzini v. Spain*, lodo, cit., par. 57.

<sup>96</sup>, sebbene non manchino isolate voci dissonanti che ritengono di poter attribuire allo Stato, ex articolo 5, anche gli atti *iure privatorum*. Nel lodo *Noble Ventures v. Romania*, ad esempio, viene giudicata del tutto irrilevante, ai fini attributivi, la distinzione tra *governmental and commercial conduct*. Per il collegio, ai fini dell'attribuzione allo Stato, non sussisterebbe alcuna ragione per escludere gli *acta iure gestionis* poiché “*the ILC –DRAFT does not maintain or support such a distinction*”<sup>97</sup>. Tale decisione, contrariamente a quanto chiarisce lo stesso Commentario al Progetto Finale<sup>98</sup>, confonde allora l'irrelevanza della distinzione quando si tratti di un organo statale, ma non quando il comportamento da valutare sia stato assunto da un'entità, e motivando la propria conclusione, tra l'altro, sulla mancanza di consenso rispetto a cosa debba intendersi per atto pubblico o governativo<sup>99</sup>.

In conclusione, l'assenza di una nozione internazionalmente condivisa di *société de l'Etat*, giustificata dall'estrema varietà e atipicità della nozione già nei singoli ordinamenti nazionali, ha indotto la prassi arbitrale a tentare di elaborare criteri autonomi e oggettivi per verificare il carattere pubblico di questi enti.

In merito, occorre sottolineare che le nozioni a tal fine utilizzate sono, esse stesse, difficilmente conclusive sul piano qualificatorio come lo stesso concetto di *governmental authority*, a sua volta, dimostra<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Chiaro sul punto, il lodo *Hamester v. Ghana*, “*in contrast, it is well established that for an act of a separate entity exercising elements of governmental authority to be attributed to the State, it must be shown that the precise act in question was an exercise of such governmental authority and not merely an act that could be performed by a commercial entity*” par. 193. Per questo indirizzo, v. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award cit., par. 122; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* in cui il collegio ritiene che le condotte dell'Autorità del Canale di Suez, pur essendo un ente investito di prerogative pubblicistiche, assunte “*vis à vis the Claimants are not attributable to the Respondent in this arbitration on the basis of Article 5 of the ILC Articles, as they were not performed pursuant to the exercise of governmental authority*”. Così, Award, cit., par. 171. E ancora, *Canada Post: United Parcel Services of America Inc v. Government of Canada*, Award on the merits, 24 maggio 2007, par. 76-78; *Toto Costruzioni v. Libano*, par. 60 in cui il collegio ritiene che “nel contesto” dei contratti in causa, il *Conseil Executif des Grands Projets* e il *Council for the Development and Reconstruction* (sic) stessero svolgendo *governmental authority* e che i relativi comportamenti dovessero essere quindi attribuiti al Libano sulla base dell'articolo 5 del Progetto. Nello stesso senso, anche il lodo *Maffezzini v Spain*, par. 52.

<sup>97</sup> Lodo, par. 86.

<sup>98</sup> Il par. 2, sub articolo 5 del Commentario, sottolinea, infatti, che “*if it is to be regarded as an act of the State for purposes of international responsibility, the conduct of an entity must accordingly concern governmental activity and not other private or commercial activity in which the entity may engage. Thus, for example, in some countries private security firms may be contracted to act as prison guards and in that capacity may exercise public powers such as powers of detention and discipline pursuant to a judicial sentence or to prison regulations. Private or State-owned airlines may have delegated to them certain powers in relation to immigration control or quarantine*”.

<sup>99</sup> Cfr. R. DOLZER, C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 203; G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, cit., p. 338.

<sup>100</sup> A questo riguardo, il Commentario sembra riconoscere un ineluttabile relativismo di fondo quando, nel ricostruire la nozione di *governmental authority*, non definita dall'articolo 5, afferma che “*what is regarded as governmental depends on the particular society, its history and traditions*” (v. paragrafo 6 commentario sub articolo 5). In merito, v. anche R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p.

### 3.3 L'articolo 8

Quando i comportamenti non siano attribuibili allo Stato sulla base del duplice test appena esaminato, potranno esserlo per effetto dell'articolo 8, che prescinde sia dallo *status* dell'ente che dal conferimento di funzioni pubblicistiche, poiché l'unica condizione posta dalla norma è che il comportamento internazionalmente illecito sia stato posto in essere sotto il controllo dello Stato<sup>101</sup>, sulla base, quindi, di un *control test*<sup>102</sup>. Un soggetto formalmente estraneo all'organizzazione di uno Stato e privo di qualsivoglia legame istituzionale, può determinare la responsabilità internazionale dello Stato qualora si sia trovato in una condizione di subordinazione effettiva e momentanea allo Stato o, quantomeno, siano state emanate delle direttive tese ad indirizzarne l'azione<sup>103</sup>. Sarà pertanto attribuibile allo Stato il comportamento di una persona, di un gruppo, come di una società se, nel porre in essere quel

---

200, i quali ritengono sia invece preferibile elaborare un criterio obiettivo, basato su standard comunemente accettati a livello comparato su cosa possa concretizzare l'esercizio di *governamental authority*.

<sup>101</sup> Article 8, *Conduct directed or controlled by a State. The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.*

<sup>102</sup> Per tutti, si veda *EDF v. Romania*, par. 187. Cfr., in merito, anche R. DOLZER, C. SCHREUER, *ult. op. cit.*, p. 200.

<sup>103</sup> Nella controversia *Hamester v. Ghana*, cit., la società tedesca chiamava in causa lo stato africano per supposti inadempimenti relativi ad un accordo di *joint venture* con la società Cocobod e per la supposta violazione di alcuni obblighi di trattamento del trattato bilaterale tra Germania e Ghana. La società ricorrente riteneva (con una certa povertà di argomentazioni giuridiche come lo stesso tribunale non manca di rilevare, v. par. 150) che le violazioni dell'accordo di *joint venture* e le violazioni del trattato dovessero essere attribuite al Gana. La totale dipendenza della società dal governo ganese, per il ricorrente, disvelavano la sua natura di organo statale *-de jure* o *de facto*. A seguito di un'attenta disamina, sulla base di quanto previsto dal diritto ganese, il tribunale escludeva che Cocobod fosse un organo statale *de jure*. Si escludeva anche la natura organo di fatto poiché le "interferenze" sull'organo gestorio, da parte del governo, si limitavano, per statuto societario, a direttive di carattere generale che necessitavano di una previa consultazione con il consiglio amministrativo della società; in ogni caso, veniva espressamente garantito che tali direttive non potessero influenzare impegni contrattuali liberamente assunti dalla società. Cfr. parr. 186-187. "*In conclusion, having analysed all the circumstances put forward by both parties, the Tribunal concludes that Cocobod can by no means be considered an organ of the Ghanaian State, either de jure or de facto*". Così, par. 188. Inoltre, v. *Bayindir Insaat Turizim Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, cit., in cui la società pubblica austradale pakistana, nel risolvere il contratto per la progettazione e lo sviluppo del sistema autostradale con la società ricorrente, aveva posto in essere, indotta dal governo pakistano, una condotta espropriativa e aveva violato il *fair and equitable treatment*. V. *Award*, cit., par. 125. In questo caso, oltre ad una responsabilità internazionale diretta dello Stato che ha interferito ed indotto la società pubblica a non adempiere il contratto, lo Stato avrebbe anche potuto rispondere di responsabilità interna diretta, ma extra-contrattuale, sulla base dell'istituto del *tort of inducing breach of contract* (qualora conosciuto dalla legge regolatrice del contratto). V. anche *EDF v. Romania*, in cui non si esclude che le due società rumene, nel violare due contratti di *joint ventures* relativi alla gestione dei servizi aeroportuali, avessero agito sotto le direttive del Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture. I relativi comportamenti –quali l'avvenuta risoluzione del contratto- non potevano quindi essere attribuiti allo stato rumeno sulla base dell'articolo 8 (v. parr. 209 e 213).

determinato comportamento, abbiano agito su istruzione o sotto la direzione od il controllo statale<sup>104</sup>.

Con riguardo alla natura del controllo, occorre ricordare che se il diritto internazionale generale richiede un controllo qualificato<sup>105</sup>, nell'ambito del diritto internazionale penale, invece, è sufficiente un controllo generico, senza che occorra dar prova di forme di controllo diretto in relazione ai singoli comportamenti internazionalmente illeciti<sup>106</sup>. Nel diritto internazionale degli investimenti, le decisioni che si sono poste il quesito di quale sia la forma di controllo funzionale a tale ambito, si sono orientate a richiedere la prova che il comportamento effettivamente posto in essere sia stato adottato in ragione di un controllo qualificato<sup>107</sup>.

Pertanto, l'attribuibilità della responsabilità dello Stato dipende dall'accertamento dell'intensità dell'effettivo controllo che lo Stato abbia esercitato. Tramite istruzioni o forme

---

<sup>104</sup> Quanto mai chiaro sul punto, è il paragrafo 6 del commento *sub* articolo 8: “[...] *where there was evidence that the corporation was exercising public powers, or that the State was using its ownership interest in or control of a corporation specifically in order to achieve a particular result, the conduct in question has been attributed to the State*”.

<sup>105</sup> Quando si tratta di imputare allo Stato i comportamenti posti in essere da entità private, la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia richiede, infatti, un controllo di tipo qualificato che deve sostanziarsi in un potere di controllo non solo generale, ma anche specifico, con riferimento, cioè, al comportamento concretamente posto in essere. Si tratta del ben noto “*effective control test*” elaborato dalla sentenza nella controversia *Nicaragua e Stati Uniti sulle Attività Militari e Paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua* del 27 giugno 1986, in *C.J.I., Recueil*, 1986, p. 64, par. 115. La Corte, a proposito delle forze dette *contras* e dell'assistenza degli Stati Uniti loro fornita, afferma che “*all the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed*”.

<sup>106</sup> Per la giurisprudenza delle tribunali penali internazionali è sufficiente un controllo generico, senza necessità di provare forme di controllo diretto in relazione ai comportamenti internazionalmente illeciti in tale ambito. V. caso *Tadic* della Camera d'Appello del Tribunale per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadic*, in *Riv. dir. Int.*, 1999, p. 1072, par. 145. Per recenti ulteriori sviluppi in senso estensivo della responsabilità dello Stato, con particolare riguardo all'attribuzione di attacchi terroristici, v. anche SCOVAZZI, *op. cit.*, p. 279.

<sup>107</sup> Nel lodo *Bayindir Insaat Turizim Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award cit., par. 130, ad esempio, si argomenta che “*finally, the Tribunal is aware that the levels of control required for a finding of attribution under Article 8 in other factual contexts, such as foreign armed intervention or international criminal responsibility, may be different. It believes, however, that the approach developed in such areas of international law is not always adapted to the realities of international economic law and that they should not prevent a finding of attribution if the specific facts of an investment dispute so warrant*”. In merito, v. anche, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Award, cit., par. 173. Per la prassi dei tribunali arbitrali IRAN-USA relativa all'attribuzione di condotte espropriative poste in essere da società commerciali, ma sulla base del controllo esercitato dallo Stato, vedi i casi citati alle note 174-176 del paragrafo 8 del Commentario. Cfr. anche R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 201.

direttive o di controllo, il coinvolgimento dello Stato è tale per cui gli saranno attribuite quelle specifiche condotte assunte per effetto di una etero direzione qualificata.

### 3.3. Conclusioni generali sui criteri attributivi di un illecito internazionale

Per concludere l'esame dei criteri di attribuzione di un illecito internazionale, è utile trarre una conclusione di carattere generale che consente di fare un importante distinguo tra i soggetti o gli enti che permettono di chiamare in causa la responsabilità internazionale dello Stato per violazione di un *bilateral investment treaty*. Ai fini della responsabilità per un illecito internazionale, se i comportamenti internazionalmente illeciti sono stati posti in essere da uno organo statale (ai sensi dell'articolo 4) o da individui o società che hanno agito sotto il controllo dello Stato (ai sensi dell'articolo 8), sarà attribuibile allo Stato ogni loro atto, indipendentemente dal fatto che gli atti in violazione del trattato siano atti *jure imperii* o atti *jure gestionis*<sup>108</sup>.

Anzitutto, come chiarisce il Commentario, ogni qualvolta si tratti di una condotta adottata da un organo statale, ai fini dell'attribuzione di tale condotta assunta in violazione di un obbligo internazionale, la differenza tra *acta* qualificabili come *iure imperii* o *iure gestionis* non presenta alcuna rilevanza effettiva<sup>109</sup>.

Invece, per quanto riguarda i comportamenti adottati da un ente sulla base dell'articolo 5, saranno attribuibili allo Stato i soli atti *jure imperii* poiché, se l'attribuzione allo Stato presuppone il concreto esercizio di funzioni di governo in relazione allo specifico comportamento che si suppone violare un obbligo pattizio, la condotta posta in essere non potrà che essere, allora, un atto d'impero, considerato che atti privati *jure gestionis* -per

<sup>108</sup> Si veda D. MOMATZ, *State Organs and Entities Empowered to exercise Elements of Governmental Authority*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), cit., p. 237 ss.

<sup>109</sup> V. paragrafo 6 del commento *sub* articolo 4. Inoltre, "The distinction between a State organ and a separate public entity is fundamental in this context. As "organs" participate in the structural setting of the State, all their acts are attributed to the State, whether commercial or not". Così, *Hamester v. Ghana*, lodo cit., par. 193. In tal senso, anche il recente lodo *Sergei Paushok, Cjsc Golden East Company, Cjsc Vostokneftegaz Company, v. The Government Of Mongolia*, lodo cit., richiama la differenza tra organo ed ente nell'attribuire al responsabilità dello Stato. Dopo aver ricordato come, con riferimento all'articolo 4 del Progetto di Articoli, non sia affatto rilevante ricostruire un comportamento illecito come *commercial-acta jure gestionis*, il collegio rileva che, al contrario, "that situation is different from the case of other entities exercising elements of governmental authority as described in Article 5 of the ILC Articles, where the liability of the State is engaged only if they act *jure imperii* and not *jure gestionis*", par. 580. Con riguardo all'articolo 8, invece, è sufficiente riportare che "[...] attribution under Article 8 is without prejudice to the characterization of the conduct under consideration as either sovereign or commercial in nature. For the sake of attribution under this rule, it does not matter that the acts are commercial, *jure gestionis*, or contractual". V par. 129 del lodo *Bayindir Insaat Turizim Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* e i riferimenti ivi citati.

definizione- non sono atti che possano essere assunti nell'esercizio di prerogative di *puissance publique*<sup>110</sup>.

Come rilievo conclusivo di carattere generale, quando si è in presenza di atti *iure imperi*, risulta di fatto irrilevante, ai fini attributivi, qualificare l'ente in questione quale organo statale o quale ente pubblico o società privata poiché comportamenti di tal natura sono sempre attribuibili allo Stato indipendentemente dalla qualifica e dalla natura dell'ente che li abbia concretamente posti in essere<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> Questa differenziazione generale è stata di recente evidenziata nella più volte citata controversia *Hamester v. Ghana*, secondo cui “[...] *under the rules of international law: - all acts – including acts de jure gestionis – of State organs; - acts of public or private entities or persons exercising governmental authority, if executed in the exercise of such authority – which by definition cannot include acts de jure gestionis;- acts of public or private entities or persons done on the instructions of, or under the direction or control of that State – which can encompass acts de jure gestionis as well as acts de jure imperii*”. Lodo cit., par. 180.

<sup>111</sup> In tal senso, è esemplificativo il lodo *Sergei Paushok, Cjsc Golden East Company, Cjsc ostokneftegaz Company, v. The Government Of Mongolia, Award On Jurisdiction and Liability*, 28 aprile 2011, UNCITRAL Rules, per il quale “*that situation is different from the case of other entities exercising elements of governmental authority as described in Article 5 of the ILC Articles, where the liability of the State is engaged only if they act jure imperii and not jure gestionis*”, così par. 580. Nella disamina sull'accertamento di quale potesse essere lo status di Mongolbank, si osserva che “*The tribunal however does not need to decide the question whether MongolBank is or is not an organ of the State, since [...] even if it were merely an entity exercising governmental authority, at least some of the disputed actions in connection with GEM's gold were in any event actions de jure imperii*”. Così, par. 586. La controversia nasceva da contratto intercorso da una compagnia mineraria (la GEM, società controllata da un'azionista russo) e la banca centrale della Mongolia (Mongolbank) ai sensi del quale quest'ultima si impegnava a tenere in deposito e custodia una determinata quantità d'oro grezzo di proprietà di GEM e ad un successivo acquisto della stessa quantità depositata all'emissione di una lettera di vendita da parte di GME (*Safe Custody/Sale and Purchase of Precious Metal Agreement*). Sostanzialmente, contravvenendo agli accordi presi, la banca centrale aveva raffinato ed esportato in Inghilterra parte dell'oro ricevuto in deposito senza il previsto permesso di GME. Per la ricorrente, una tale violazione era rilevante ai sensi del trattato bilaterale russo-mongolo poiché contrario al *fair and equitable treatment*, da un lato, e con l'*umbrella clause*, dall'altro. Quest'ultima, pur non presente nel trattato, era stata invocata sulla base dell'obbligo della nazione più favorita. Nel caso di specie l'“importazione” dell'*umbrella* prevista in altri trattati bilaterali sottoscritti dalla Mongolia, per effetto della clausola della nazione più favorita, veniva tuttavia esclusa poiché l'obbligo della nazione più favorita previsto dal trattato poneva un obbligo di estensione del solo *fair and equitable treatment* e non anche di altri disposizioni di natura sostanziale più favorevoli, quali, agli occhi del tribunale, quella garantita dall'*observance of undertaking commitment* (parr. 570-573). Per la Mongolia, invece, il contratto *de quo* era un contratto di natura meramente commerciale e non poteva costituire la base per azionare una *treaty claim* (par. 511). Il collegio ritiene che la questione fondamentale non riguardi la natura del contratto in rilievo e che, pertanto, risulti secondario verificare se le condotte contrarie all'accordo assunte dall'istituto centrale potessero essere attribuite alla Mongolia e rilevare quindi quale *treaty claim* in contrasto con l'obbligo di *fair and equitable treatment*. Ai fini della responsabilità internazionale della Mongolia, per i comportamenti posti in essere dalla MongolBank, il collegio ritiene che alcuni degli inadempimenti imputati alla banca centrale fossero di natura *jure imperii* e, in tal senso, diventava irrilevante definire, ai fini del giudizio, se si trattasse di un organo o di un ente poiché tali *acta* sono sempre attribuibili allo Stato (par. 584-586). Era quindi irrilevante definire lo status della banca centrale quale organo o ente ai fini della responsabilità internazionale della Mongolia perché gli atti *jure imperii* le potevano essere attribuiti sia ex articolo 4 che articolo 5 (parr. 586 e 595). Se, in via generale, la stipulazione dell'accordo da parte dell'istituto centrale poteva anche non rappresentare un accordo assunto nell'ambito di prerogative pubblicistiche, per il tribunale, la successiva condotta dell'istituto, nell'esportare e depositare in Inghilterra parte dell'oro grezzo allo scopo di incrementare le riserve della banca centrale senza ottenere il previo consenso da

#### 4. L'ambito soggettivo delle *umbrella clauses* alla luce della prassi

Ogni qualvolta occorra verificare se sia stato violato un obbligo internazionale, i suddetti criteri consentono di imputare allo Stato quel comportamento che si sia concretizzato in un “*act of breaching*” poiché, come visto, anche nel diritto internazionale degli investimenti “*a State may be held responsible for the acts of local public authorities or public institutions under its authority*”<sup>112</sup>.

Ricostruite, dunque, le condizioni previste dal diritto internazionale per attribuire allo Stato un comportamento assunto in violazione di una qualsiasi *free standing treaty obligation*, si tratta ora di riprendere i termini generali della questione, accennati all’inizio dell’indagine, ed analizzare come la prassi abbia risolto il procedimento di attribuzione con riferimento agli impegni previsti dalle *umbrella clauses* in relazione ad un sottostante rapporto obbligatorio di natura contrattuale.

Come detto, quando si invoca la violazione di tale impegno pattizio per la supposta violazione di un sottostante rapporto contrattuale, occorre anzitutto verificare se lo Stato sia la controparte di quel rapporto obbligatorio, e il cui inadempimento dovrebbe valere come violazione della norma internazionale<sup>113</sup>. Infatti, se una *pacta sunt servanda clause* impone il rispetto degli obblighi assunti dallo Stato, e se l’impegno che si deve adempiere ha origine contrattuale, lo Stato potrà rispondere della violazione della norma pattizia nel solo caso in cui si possa affermare la titolarità, in capo allo Stato, del regolamento contrattuale che si pretenda disatteso.

A differenza di ogni altro obbligo pattizio, quando venga invocata la norma *umbrella*, è necessario verificare, allora, il suo ambito soggettivo e, quindi, occorre individuare quali siano i titolari della sottostante situazione giuridica negoziale.

Sostanzialmente, le due tendenze interpretative emerse nella prassi, con riferimento all’ambito soggettivo della norma *umbrella*, si sono indirizzate in favore e contro l’applicabilità delle regole sull’attribuzione poste dal diritto internazionale, in conseguenza –rispettivamente- di una lettura sostanzialmente autonoma dell’obbligo *umbrella*, da parte della prima, e di una lettura condizionata all’accordo contrattuale fatta propria, invece, dalla seconda. Di conseguenza, con riferimento alla titolarità del sotteso rapporto contrattuale, se la prima individua lo Stato quale soggetto di diritto internazionale, la seconda guarda allo Stato, invece, quale soggetto di una relazione giuridica contrattuale.

---

parte di GEM, era stata assunta nell’esercizio di speciali prerogative *jure imperii* ed era quindi imputabile allo Stato convenuto (par. 592).

<sup>112</sup> Così, ad esempio, *Impregilo v. Pakistan, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 262.

<sup>113</sup> Solo nel successivo capitolo, invece, si affronterà la questione di quali siano le violazioni per le quali lo Stato possa essere ritenuto responsabile ai sensi e per gli effetti di una *umbrella clause*.

#### 4.1. Tendenza in favore delle regole sull'attribuzione previste dal Progetto Finale

Quest'orientamento ritiene che un *observance of undertaking clause* dispieghi i suoi effetti in termini di responsabilità internazionale quando sia possibile tracciare un legame tra lo Stato contraente di un BIT ed un'entità di diritto interno secondo le regole dell'attribuzione proprie del diritto internazionale.

Lo Stato risponde della violazione di una *umbrella clause* anche nel caso in cui il contratto disatteso sia stato assunto da un diverso ente purchè gli atti di tale ente siano attribuibili allo Stato sulla base dei criteri di attribuzione previsti dal diritto internazionale. Il confine soggettivo della norma pattizia deve essere tracciato sulla base dei criteri previsti dal diritto internazionale perché al rispetto dell'obbligo è tenuto lo Stato quale centro di imputazione dell'ordinamento giuridico internazionale. La titolarità del contratto viene quindi attribuita sulla base della base dei criteri di attribuzione di un illecito internazionale dal momento che è lo Stato quale soggetto di diritto internazionale a dover rispettare il vincolo di osservanza.

Per tale orientamento, le *norme umbrella* costituiscono un obbligo internazionale autonomo, con proprio ambito di applicazione -oggettivo e soggettivo- e, per la delimitazione di questi profili, devono entrare in rilievo le regole previste dal solo ordinamento giuridico internazionale. La dottrina, che supporta tale tendenza, sostiene che la riconduzione di impegni contrattuali in capo allo Stato, in presenza di una *umbrella clause*, debba quindi seguire la stessa strada dell'attribuzione allo Stato di un comportamento internazionalmente illecito<sup>114</sup>. Questo orientamento non nega (almeno nelle premesse) che il rapporto contrattuale sottostante debba essere rimesso alla sua legge regolatrice, nè esclude che la *lex contractus* rimanga la legge regolatrice della sostanza degli obblighi contrattuali. Tuttavia, l'impegno *umbrella* costituisce un obbligo di diritto internazionale e la ricognizione del suo ambito soggettivo è allora una questione di "*treaty interpretation*"<sup>115</sup>.

Pertanto (e di fatto, allora, trasformando il rapporto negoziale protetto), occorre applicare quelle regole di diritto internazionale che consentano di apprezzare quando sia il soggetto Stato ad agire nell'ambito di tale ordinamento, ossia le regole sull'attribuzione previste dal Progetto Finale. "*To establish that a State breaches an obligation of observance clause*

<sup>114</sup> In tal senso, v. T. W. WALDE, in *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration: controversial issues*, 6, *JWIT*, 2005, 394-396. Anche R. DOLZER, C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 199, sembrano concordare su tale tendenza quando sostengono che "*matters of attribution governed by general international law include the question whether the contracts or other acts undertaken by state entities are binding for the state that has created these entities*". Seguono tale impostazione anche N. GALLUS, *An umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, cit., p. 167; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 464-465.

<sup>115</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 464-465, per i quali il domandarsi quali impegni lo Stato abbia l'obbligo di rispettare, ai sensi di una *umbrella clause*, è una questione di "*treaty interpretation*", non escluse "*the rules regarding which entities should be considered to be part of the state, or what is conduct of the state for the purpose of International law*".



*through the sub-state entity's failure to observe its obligations, a claimant will therefore need to apply the rules of ILC Articles 4, 5, and 8, to both the act of entering the obligation and the act of breach*"<sup>116</sup>.

Anche "*the act of entering the contractual obligation*", pertanto, si configura come un atto attribuibile allo Stato sulla base dei criteri di attribuzione previsti dal diritto internazionale.

In questo senso, allora, non esiste alcuna preclusione ad applicare i criteri di attribuzione previsti dal diritto internazionale per delimitare ambito soggettivo *umbrella*, pur anche se il vincolo di osservanza riguardi un sotteso rapporto contrattuale.

Per la prassi in favore dell'applicazione di tali regole in presenza di una *umbrella clause*, troviamo il lodo *Noble Ventures Inc. v. Romania*<sup>117</sup>, la cui controversia riguardava un contratto per la privatizzazione, l'acquisizione e la gestione di un'impresa siderurgica statale, stipulato tra la società ricorrente e la *Romanian State Ownership Fund* (SOF), ente pubblico rumeno creato allo scopo di procedere alla privatizzazione di diversi enti pubblici statali (e a cui successivamente subentrava l'*Authority for Privatization and Management of the State Ownership –APAS-*)<sup>118</sup>. Nella domanda di arbitrato, la ricorrente contestava l'avvenuta espropriazione (*de iure e de facto*) del proprio investimento, la violazione degli standard di trattamento garantiti dal trattato bilaterale e, per quel che qui interessa, la violazione, da parte dello Stato, dell'obbligo *umbrella* di adempiere le obbligazioni del contratto di gestione e di acquisizione dell'impresa siderurgica statale. La società americana *Noble Ventures* lamentava la violazione dell'accordo di privatizzazione e, in particolare, il mancato adempimento, da parte di SOF, dell'obbligo di negoziare con gli enti governativi creditori la ristrutturazione dei debiti della compagnia siderurgica e dell'obbligo di trasferimento, in capo alla società americana, della quota maggioritaria della stessa<sup>119</sup>. Per il tribunale arbitrale, i due enti rumeni godevano di autonoma personalità giuridica<sup>120</sup> ma erano stati investiti *–ex lege–* di procedere alla privatizzazione e al trasferimento di diversi *assets* pubblici in mani private. Pertanto, erano state loro delegate funzioni pubbliche in rappresentanza dello Stato<sup>121</sup>. Tra le funzioni pubbliche assegnate vi era quella di concludere gli stessi accordi di privatizzazione con gli investitori e di gestire "*the whole legal relationship with them, including all acts concerned*

<sup>116</sup> Così, N. GALLUS, *An umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, cit., p. 167.

<sup>117</sup> *Noble Ventures Inc. v. Romania*, lodo, cit.

<sup>118</sup> Collateralmente all'accordo di privatizzazione era stato stipulato un contratto di cessione quote con il quale SOF si impegnavano a trasferire la sua quota maggioritaria alla società americana.

<sup>119</sup> V. par. 117-159 del lodo. In merito, v. anche L. BERGAMINI, *Il caso Noble Ventures e the "Umbrella Clause Problem"*, cit., p. 119; P.M. BLYSCHAK, *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract versus Breaches of Treaty*, cit., p. 615-616.

<sup>120</sup> E rigettando la tesi avanzata dalla società ricorrente che SOF e APAS fossero organi statali.

<sup>121</sup> SOF e APAS erano stati necessariamente "*charged with representing the Respondent in the process of privatizing State-owned companies and, for that purpose, entering into privatization agreements and related contracts on behalf of the Respondent*". V. Par. 86.

*with the implementation of a specific investment*<sup>122</sup>. I rispettivi contratti, e in particolar modo l'accordo di trasferimento della partecipazione pubblica della società siderurgica, erano allora stati conclusi per conto dello Stato rumeno<sup>123</sup>. Pertanto, erano imputabili allo Stato non soltanto gli *acta iure imperi* ma anche quelli assunti *iure gestionis*, come la stipulazione degli accordi di privatizzazione e di cessione di quote sociali conclusi dai due enti con la società americana<sup>124</sup>. Dal momento che i due enti erano stati investiti di prerogative pubblicistiche, l'avvenuta violazione del contratto era quindi attribuibile allo Stato rumeno su cui gravava l'obbligo di garantire il rispetto di tali accordi ai sensi dell'*umbrella clause*<sup>125</sup>.

Altre decisioni si sono orientate nel ritenere che, per effetto dell'articolo 5, l'autonomia giuridica di un ente non sia un rilievo sufficiente per escludere che i contratti da questo conclusi possano determinare la responsabilità internazionale dello Stato ai sensi di un'*umbrella clause* e che, in particolare, l'ambito soggettivo di tale obbligo pattizio, non solo

---

<sup>122</sup> "In the judgment of the Tribunal, no relevant legal distinction is to be drawn between SOF/APAPS, on the one hand, and a government ministry, on the other hand, when the one or the other acted as the empowered public institution under the Privatization Law". Par. 79. Per il collegio, inoltre, "[...] there is no indication from the parties, and there is no reason to believe, that any act by these institutions was outside the scope of their mandate. Consequently, the Tribunal concludes that SOF and APAPS were entitled by law to represent the Respondent and did so in all of their actions as well as omissions. The acts allegedly in violation of the BIT are therefore attributable to the Respondent for the purposes of assessment under the BIT". Così, par. 80. Cfr. anche HOBÉR, pag. 579; N. GALLUS, *op. cit.*, p. 165.

<sup>123</sup> In particolare, "both SOF and APAPS were responsible, as a matter of Romanian law, for the transfer of publicly owned assets to private investors. Both entities were clearly charged with representing the Respondent in the process of privatizing State-owned companies and, for that purpose, entering into privatization agreements and related contracts on behalf of the Respondent. Therefore, this Tribunal cannot do otherwise than conclude that the respective contracts, in particular the SPA, were concluded on behalf of the Respondent and are therefore attributable to the Respondent for the purposes of Art. II(2)(c)BIT". Così, par. 86.

<sup>124</sup> Per contro, lo Stato convenuto eccepiva la autonoma personalità giuridica dei due enti e la conseguente inapplicabilità, al caso di specie, delle regole sull'attribuzione previste dal diritto internazionale. Lo Stato non poteva allora essere ritenuto responsabile della loro violazione non trattandosi di impegni contrattuali in capo alla Romania (par. 66). In via alternativa, occorre considerare che SOF, nel sottoscrivere l'accordo di cessione delle quote della società siderurgica, aveva comunque agito nella sua capacità privatistica, senza porre in essere alcuna *governmental conduct* attribuibile allo Stato ai sensi del diritto internazionale (par. 67). Secondo il collegio, proprio con riferimento a quest'ultima difesa avanzata dalla Romania, la distinzione *tra acta iure imperii e acta iure gestionis* ha valore nell'ambito dell'immunità garantita allo Stato dalla giurisdizione statale ed è priva di riscontro, invece, nell'ambito della responsabilità internazionale (par. 82). Per le critiche già espresse in merito alla supposta irrilevanza, per l'articolo 5 del Progetto, degli atti assunti *iure privatorum*, v. quanto detto *retro*.

<sup>125</sup> In verità, dal testo del lodo non risulta in maniera evidente che l'attribuzione allo Stato rumeno della titolarità del contratto *de quo* sia stata decisa sulla base dell'articolo 5 del Progetto Finale (unica norma che potrebbe risultare rilevante in tal senso, dal momento che il collegio esclude che i due enti possano essere qualificati quali organi statali). Al riguardo, A. NWEOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 462, ritengono che il tribunale arbitrale abbia concluso per la responsabilità internazionale dello Stato ai sensi dell'*umbrella clause*, applicando le regole sull'attribuzione proprie del diritto internazionale. "Applying the ILC's Articles on State Responsibility, the tribunal found that although the entities had independent legal personality under Romanian Law, they had "acted as the empowered public institution under the Privatization Law and thus their acts, including their contractual undertakings, were attributable to the Respondent for the purpose of assessment under the BIT". La stessa conclusione viene supportata nel lodo *Hamster v Ghana*, par 157.

non sia limitato agli *State-contracts*, ma che debba essere propriamente individuato sulla base delle regole di *attribution* previste dal diritto internazionale. In tal modo, vengono allora attratti, dalla norma internazionale, gli accordi negoziali conclusi da enti autonomi<sup>126</sup>.

Per effetto delle regole di attribuzione previste dal diritto internazionale, è stato ricondotto in capo allo Stato un contratto riguardante l'acquisto di quote di partecipazione sociale intercorso tra la società Eureko B.V ed il Ministero del Tesoro polacco, pur dotato di autonomia giuridica e di propria capacità sul piano civilistico. In tale controversia, oltre alle già accennate divisioni del collegio in merito alla natura o meno del Ministero del Tesoro quale organo statale (stante la personalità giuridica dell'ente sulla base del diritto polacco), il collegio non ha raggiunto l'unanimità nemmeno con riferimento alla titolarità del contratto di cessione quote, per mezzo del quale la società ricorrente Eureko avrebbe dovuto acquistare una partecipazione rilevante di una compagnia assicurativa pubblica che il governo Polacco aveva deciso di privatizzare. Secondo il collegio, il contratto vincolava lo Stato polacco poiché il Ministero del Tesoro aveva sottoscritto il contratto quale rappresentante del Consiglio dei Ministri, per effetto del necessario consenso alla vendita del capitale sociale previsto dalla stessa legge che aveva autorizzato la privatizzazione di diversi enti pubblici. Sulla base dell'articolo 4 del Progetto, "*whatever may be the status of the State Treasury in Polish law, in the perspective of international law, which this Tribunal is bound to apply, the Republic of Poland is responsible for the actions of the State Treasury*"<sup>127</sup>. Per il tribunale era del tutto irrilevante la personalità autonoma di cui godeva il Ministero del Tesoro, come anche la natura commerciale del contratto ed occorreva concludere che la Polonia fosse parte dell'accordo e che l'inadempimento del contratto avesse violato l'*umbrella clause* presente nel trattato. Secondo l'arbitro dissenziente, invece, il collegio non aveva riconosciuto che il consenso espresso dal Consiglio dei Ministri era una necessaria *legal condition* richiesta *ex lege*. Lo stesso rilevava, inoltre, come il collegio avesse analizzato superficialmente i testi negoziali, senza aver dato prova che il governo avesse esercitato una qualche forma di controllo o di indirizzo nella stipulazione dell'accordo. Se il governo si era limitato ad accettare l'avvenuta cessione e se il Ministero del Tesoro aveva concluso il contratto quale mero rappresentante legale *ex lege*, il collegio avrebbe più correttamente dovuto concludere che "*the Minister of State Treasury could not engage any responsibility of the Republic of Poland vis à vis Eureko*"<sup>128</sup>. Per l'arbitro dissenziente, dal momento che il governo polacco risultava estraneo all'accordo di cessione, lo Stato non aveva violato l'*umbrella clause*<sup>129</sup>.

Di recente, il tribunale arbitrale nella controversia *Toto Costruzioni S.p.A. v. Lebanon* ha attribuito allo Stato libanese, anche sulla base dell'articolo 5 del Progetto Finale, il contratto per la costruzione di un tratto autostradale stipulato tra la società italiana e il *Conseil Executif*

<sup>126</sup> V., ancora una volta, quanto riferisce il lodo *Hamester v. Ghana* al par. 347.

<sup>127</sup> *Eureko v. Poland*, lodo parziale cit., par. 134.

<sup>128</sup> V. *Dissenting Opinion* del Prof. Rajska, par. 9.

<sup>129</sup> *Ibidem*, par. 8.

*des Grands Projets* (CEPG), pur dotato di autonoma capacità giuridica e finanziaria. Il collegio sottolineava che l'ente era stato istituito per legge, che il governo, tramite il Ministero dei Lavori pubblici, esercitava una certa influenza e che l'infrastruttura era stata finanziata con fondi pubblici. Per il tribunale, dal momento che l'ente esercitava una *governmental authority*, il relativo contratto era attribuibile allo Stato convenuto, in maniera conforme a quanto prevedono le regole di attribuzione previste dal diritto internazionale<sup>130</sup>. Per effetto della presenza di una *umbrella clause*, e sulla base delle regole di attribuzione previste dal diritto internazionale, la prassi ha attribuito allo Stato, ad esempio, la titolarità e la violazione di rapporti negoziali quali un contratto relativo all'acquisto di energia elettrica relative al *quantum* tariffario dovuto da una società di capitali interamente controllata dal Ministero dell'Economia<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Vedi *Toto Costruzioni S.p.A. v. Lebanon, Award on Jurisdiction*, cit., par 53, secondo cui “*In brief, the CEPG, with projects funded by the State budget, and in charge of implementing the decisions of the Council of Ministers, exercised Lebanese governmental authority when it entered into the Contract with Toto. As also confirmed by Article 5 of the ILC Draft Articles, its conduct has to be considered as an act of the Lebanese state*”. Così, par. 53. Il collegio sembra quindi rafforzare la conclusione di riconoscere la titolarità del contratto in capo allo Stato convenuto, citando le regole attributive del diritto internazionale. Il tribunale declinava poi la propria giurisdizione su qualsiasi *contract claims* in virtù del foro previsto dal contratto in oggetto.

<sup>131</sup> Ci si riferisce al lodo *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Nykomb) v. The Republic of Latvia*, Award, 16 dicembre 2003, emesso sulla base dell'*Energy Charter Treaty*. La società Nikomb A.B. aveva concluso un contratto con l'ente Latvenergo per la costruzione di un impianto energetico e per la vendita dell'energia da esso prodotta. L'ente pubblico Latvenergo, istituito *ex lege* per la produzione, l'acquisto e la distribuzione di energia elettrica, veniva trasformato in una società di capitali pubblica. Sebbene il piano industriale prevedesse un successivo collocamento per completare la privatizzazione sostanziale della società, con una ulteriore legge di riordino del settore energetico, ne veniva decretata la natura pubblica, prevedendo che il capitale sarebbe rimasto interamente pubblico e la gestione affidata al Ministero dell'Economia. La controversia riguardava il prezzo dovuto per le forniture di energia che, contrattualmente, era determinato sulla base di una tariffa generale e di un fattore di moltiplicazione. Per il tribunale arbitrale, Latvenergo agiva in un mercato assolutamente regolamentato, con prezzi imposti, e per il tribunale essa “*cannot be considered to be, or to have been, an independent commercial enterprise, but clearly a constituent part of the Republic's organization of the electricity market and a vehicle to implement the Republic's decisions concerning the price setting for electric power*”. Così, Lodo, sezione 4.2. Pertanto, il rifiuto della società (priva di autonomia commerciale e senza alcuna autonomia per negoziare i prezzi di fornitura) di pagare la doppia tariffa prevista contrattualmente violava la *umbrella clause* prevista dall'articolo 10, par. 1 dell'ECT. Latvia viene ritenuta responsabile per tutte le violazioni lamentate dalla ricorrente, tra le quali la violazione dell'impegno *umbrella*. “*In consequence of the above findings the Arbitral Tribunal concludes that the Respondent is found to be liable under the Treaty for the losses or damages incurred by the Claimant*” (par. 4.3.2. del lodo). Sebbene dal testo del lodo non si evincano i precisi passaggi rilevanti, la dottrina ritiene che la titolarità del contratto sia stata attribuita allo Stato sulla base delle regole previste dal Progetto Finale. In merito, v. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 462. Non si adopera in nessun tipo di analisi, il lodo *BIVAC B.V. v. Paraguay*, cit., par. 141, in cui, ai fini dell'*umbrella clause*, viene ricondotto in capo allo Stato convenuto il contratto per l'ispezione pre-imbarco di merci stipulato dal Ministero delle Finanze. In altri termini, non è dato sapere se il Ministero avesse autonoma capacità civilistica e se avesse sottoscritto il contratto in rappresentanza del Governo. Quest'ultimo, infatti, aveva autorizzato il Ministero, con apposito decreto, a sottoscrivere l'accordo per la prestazione di servizi di ispezione delle merci in entrata. V, par. 7 *Objections to Jurisdiction*, cit..

Per trarre delle conseguenze di carattere generale con riferimento all'orientamento appena discusso, si può affermare che questo riconosca, anzitutto, una valenza ed un ambito di applicazione generale ai criteri di attribuzione di un illecito internazionale<sup>132</sup>. Inoltre, nell'attribuire allo Stato i contratti conclusi da enti pur formalmente autonomi sulla base delle regole poste dal diritto internazionale, questo orientamento amplia –di fatto– l'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*<sup>133</sup>. Infine, l'impegno previsto da un'*umbrella clause* viene ricostruito quale obbligo autonomo di natura sostanziale, alla pari di ogni altro obbligo o standard di trattamento rintracciabile in un trattato bilaterale. In tal senso, lo Stato assume l'obbligo nella sua veste di soggetto di diritto internazionale pur anche con riguardo al sottostante rapporto di natura contrattuale e per la titolarità del quale valgono gli stessi criteri attributivi previsti dal Progetto Finale. Una delle decisioni esaminate, inoltre, afferma chiaramente che l'effetto dell'impegno *umbrella* sia quello di trasformare “*municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law*”<sup>134</sup>.

#### 4.2. Tendenza in sfavore: la rilevanza della distinta personalità giuridica del soggetto contraente

La corrente dottrinale, contraria all'applicazione delle regole sull'attribuzione, ritiene che queste non possano trovare applicazione poiché la legge regolatrice del sottostante rapporto contrattuale non muta per effetto della presenza della norma internazionale. Pertanto, le pretese contrattuali, che pur vengano avanzate sulla base di una *umbrella clause*, rimangono di natura contrattuale<sup>135</sup>. Inoltre, i criteri, appositamente elaborati per attribuire la responsabilità di illeciti internazionali allo Stato, non possono estendere il loro campo di applicazione quando occorra attribuire la mera titolarità di impegni negoziali, nè quando si tratti di apprezzare la violazione di un rapporto obbligatorio e di attribuire la relativa responsabilità contrattuale<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, nell'aderire a tale orientamento, ritengono che l'approccio sotteso al Progetto di Articoli evidenzi come le relative regole debbano applicarsi per l'attribuzione di una *State conduct* in generale, in *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 462.

<sup>133</sup> In merito, si consideri che per il lodo *SGS v. Pakistan*, gli obblighi che uno Stato è tenuto ad osservare, per effetto di un'*umbrella clause*, “*without imposing excessive violence on the text itself, may be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself*” Così, Decision on Jurisdiction cit., par. 166.

<sup>134</sup> V. par. 53. Sulla capacità delle *umbrella clauses* di trasformare il sottostante rapporto contrattuale, tornerò più avanti. V., *infra*, paragrafo 7.2.

<sup>135</sup> Se quindi le *umbrella clauses* non alterano la legge applicabile al rapporto obbligatorio, come se, in un certo senso, fossero neutre, la domanda di quali siano i titolari del rapporto viene definita sulla base della stessa legge regolatrice del rapporto obbligatorio.

<sup>136</sup> Al riguardo, v. anche R. HAPP, *op. cit.*, p. 324, per il quale le regole previste in tema di attribuzione dal diritto internazionale sono state elaborate con riferimento alla sola responsabilità internazionale dello Stato

Tra i lodi che, in maniera più approfondita, si sono espressi contro l'estensione dell'ambito soggettivo delle *umbrella clauses* vi è la recente, e più volte citata, controversia *Hamester v. Ghana*, in cui oggetto riguardava i rapporti societari e contrattuali tra i partners di una *joint venture*, costituita tra la società tedesca Hamester<sup>137</sup> e la società ganese Cocobod<sup>138</sup>. La società ganese era stata istituita per legge con il compito di acquistare la produzione interna di fave di cacao, di sostenerne la produzione e di regolare il relativo mercato<sup>139</sup>. *Inter alia*<sup>140</sup>, la

---

per comportamenti illeciti e “*they cannot be applied mutatis mutandis*”. *A clear distinction exists between the responsibility of a State for a conduct of an entity that violates International law (e.g. a breach of treaty) and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breach a municipal law contract*”. In questo caso, l'A. pone l'accento sulla violazione contrattuale e ritiene che questa non possa essere attribuita allo Stato per effetto delle regole del Progetto Finale riguardanti l'attribuzione di una violazione del diritto internazionale. Più correttamente, a nostro avviso, Y. NOUVEL, *Les entités dans la jurisprudence du CIRDI*, in Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la Neuve, 2006, p. 50, sottolinea l'inapplicabilità delle regole attributive del diritto internazionale per ricostruire la titolarità di un regolamento contrattuale. “*The attribution of the will which creates obligations is governed by the rules of representation of the State in contractual matters on which international law has no specific rules and must refer to domestic law*”. L'A., tuttavia, ritiene che le regole all'uopo pertinenti siano solo quelle previste in materia di rappresentanza contrattuale. La questione, tuttavia, è più complessa, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo di questa sezione. Resta da sottolineare, infine, che è lo stesso ultimo Relatore Speciale al Progetto di Articoli a limitare l'ambito di applicazione e la valenza da assegnare alle regole di attribuzione ivi previste. Secondo il Relatore CRAWFORD, in *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., “*the mere fact that acts of separate entities may be attributable to the state in particular cases does not mean that the contracts of such entities are State contracts*”, *Ib.*, p. 356. CRAWFORD sostiene, inoltre, nell'esaminare la possibilità che un'istanza arbitrale possa decidere semplici *contract claims* per effetto di un'ampia clausola compromissoria, che “[r]he issue of attribution arises when it is sought to hold a state responsible for some breach of an international obligation. The problem here concerns jurisdiction, not merits; the formation of a secondary agreement to arbitrate, not the breach of a primary obligation concerning the protection of investments the question of the scope of a commitment to arbitrate made by the State is a matter of interpretation and has nothing to do with attribution. International law does not treat separate entities with their own legal personality as part of the State for all purposes”. *Ib.*, p. 363. Con riguardo alle *umbrella clauses*, afferma chiaramente che non sia possibile definire il loro ambito soggettivo mediante i criteri di attribuzione previsti dal Progetto Finale, poiché “*international law does not treat separate entities with their own legal personality as part of the State for all purposes*”. *Ib.*, p. 369. V. anche PERERA, *State Responsibility: Ascertainning the Liability of States in Foreign Investment Disputes*, in *JWIT*, 2005, pag. 510. Sulla stessa tendenza anche se sulla base di considerazioni analoghe rinvenibili in base all'articolo 7, che pure non si condividono, vedi anche M. FEIT, *op. cit.*, p. 8.

<sup>137</sup> La società Gustav F W Hamester GmbH & Co KG.

<sup>138</sup> La società Ghana Cocoa Board.

<sup>139</sup> Ai sensi dell'accordo di *joint venture* veniva costituita la società West African Mills Company Limited (Wamco I) cui venivano ceduti gli impianti di un'altra azienda attiva nella lavorazione di prodotti agricoli di cui Cocobod era titolare. Il partner ganese, oltre alla cessione dell'azienda, avrebbe fornito i prodotti grezzi, mentre quello tedesco avrebbe garantito l'ammodernamento della produzione al fine di massimizzare la capacità produttiva, provvedendo all'acquisto dei beni agricoli lavorati.

<sup>140</sup> In subordine, la difesa di Hamester riteneva che la società Cocobod dovesse essere considerata un ente statale ai sensi dell'articolo 5, sia da un punto di vista strutturale (quanto alla sua stessa istituzione, alla sua proprietà e al suo controllo) che funzionale (stante l'assegnazione di prerogative pubbliche) o che, in via ulteriormente subordinata, avesse agito sotto la direzione del Governo ganese. Si eccepiva, anzitutto, che la *longa manus* del Gana aveva sottratto -con effetti espropriativi- la gestione ed il controllo dell'investimento, privando la società tedesca del suo potere gestorio nella società Wamco I, costituita per effetto dell'accordo di *joint venture* e di cui la stessa ricorrente deteneva la maggioranza del capitale sociale. Si invocava l'esistenza di

società tedesca chiamava in causa la Repubblica del Gana per supposte violazioni dell'accordo di *joint venture*, invocando la violazione dell'*umbrella clause* contenuta nel relativo trattato<sup>141</sup>. Secondo la ricorrente, per effetto dell'*umbrella clause*, gli inadempimenti contrattuali dell'accordo di *joint venture* (tra cui la sospensione di alcune forniture e la mancata consegna delle quantità pattuite) da parte di Cocobod, erano stati "elevati" a violazioni del trattato bilaterale ed erano attribuibili al Gana per effetto delle regole di attribuzione previste dal Progetto<sup>142</sup>. Il tribunale, ben consapevole delle divergenze emerse nella prassi con riferimento all'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, ha ritenuto di doversi indirizzare in favore di una loro "*reasonable interpretation*". Ha quindi ritenuto di aderire all'orientamento espresso dal lodo *Impregilo v. Pakistan* (su cui vedi *infra* nel testo), concludendo che un contratto intercorso tra un straniero ed un ente nazionale dotato di autonomia giuridica non fosse una situazione giuridica tutelabile dalle *umbrella clauses*, non rientrando nel loro ambito di applicazione *ratione personae*<sup>143</sup>. In realtà, dopo questa precisazione d'intenti, il collegio, anziché arrestarsi di fronte all'autonoma personalità giuridica di Cocobod, procede ad un'analisi puntuale tanto dei testi negoziali che dell'intera vicenda, concludendo che il Gana non potesse essere considerato quale controparte contrattuale non avendo nè partecipato alle negoziazioni, nè tanto meno sottoscritto alcun accordo<sup>144</sup>. In questo senso, il collegio, si è indirizzato in un'analisi complessiva del rapporto negoziale<sup>145</sup>, limitando l'ambito soggettivo della norma *umbrella* ai soli rapporti contrattuali di cui lo Stato sia l'effettivo titolare ed escludendo, in tal modo, un ampliamento dell'ambito soggettivo dell'obbligo *ex tractatu*<sup>146</sup>.

---

un piano governativo che, tramite la Cocobod, intendeva sottrarre il controllo di Wamco I ad Hamester (v. parr. 152-169).

<sup>141</sup> Il trattato prevede un'*umbrella* aperta del seguente tenore: "*Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to its investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party*" (articolo 9, par. 2).

<sup>142</sup> Per la tesi della ricorrente, v. parr. 70-79 del lodo, mentre per la difesa del Gana, v. par. 82.

<sup>143</sup> Nel lodo stesso si sottolinea, infatti, che "*it is well known that there are divergent views, and divergent decisions, on the interpretation of the so-called "umbrella clauses", including the approach to the international law rules of attribution in this context. The Tribunal is resolutely in favour of a reasonable interpretation of such clauses, and concurs with the position taken, for example, in Impregilo v. Pakistan, in which it was held that contracts concluded between an investor and a legal entity separate from the Islamic Republic of Pakistan did not fall within the scope of an umbrella clause*". Così, par. 343. Quanto al lodo *Impregilo v. Pakistan*, vedi *infra* nel testo, la cui valenza si coglie maggiormente con riferimento alla competenza di un tribunale arbitrale sulle *contract claims* piuttosto che all'impegno *umbrella*.

<sup>144</sup> In particolare, il collegio argomenta come segue le proprie conclusioni: "*the JVA was signed by Hamester and Cocobod, with no implication of the ROG. The ROG [Republic of Ghana] was not named as a party, and did not sign the contract. There has been no suggestion that the ROG was intended to be a party thereto (and indeed there may well have been reasons why it was not a party thereto)*". Par. 347.

<sup>145</sup> Facendo in tal modo intendere, a nostro avviso, che attribuire una manifestazione di volontà e di consenso sia un'operazione interpretativa ben diversa dall'attribuire una condotta in violazione di un obbligo al soggetto responsabile dell'adempimento di quell'obbligo.

<sup>146</sup> "*Having considered carefully all relevant circumstances, the Tribunal concludes as follows: (i) Applying the actual words of [the umbrella clause] of the BIT, the contractual obligations which the Claimant*

La direzione seguita dal collegio sembra quindi risolversi in una valutazione dell'impegno di *observance of undertaking* che non trasfigura la natura negoziale del sotteso rapporto contrattuale, rispetto al quale, tra l'altro, lo Stato viene allora inteso quale semplice soggetto contraente e non quale soggetto di diritto internazionale. Il collegio sottolinea che una diversa interpretazione avrebbe l'effetto di trasformare- inopportuno- la natura stessa del rapporto obbligatorio, che richiede invece di essere sottoposto soltanto alla propria legge regolatrice<sup>147</sup> e che, attraverso l'inclusione di una *umbrella clause*, gli Stati contraenti “*did not intend to so transform domestic law contractual obligations concluded by separate entities*”<sup>148</sup>. Per il tribunale, in conclusione, “*the contractual commitments of Cocobod, being a separate entity from the State, cannot be considered as elevated – and transformed in nature – by [the umbrella clause] of the BIT, into treaty commitments of the State itself. It follows that a violation by Cocobod – if such a violation had been found – could not have constituted a violation of the BIT*”<sup>149</sup>.

Anche il precedente lodo *EDF v. Romania* si indirizza nel delimitare l'ambito soggettivo delle *umbrella clauses* ai soli contratti di cui lo Stato di accoglimento sia effettiva controparte e con esclusione di quei contratti intercorsi con soggetti diversi. L'assenza di qualsivoglia impegno contrattuale in capo allo Stato rumeno è sufficiente per non attribuire il comportamento in violazione dei contratti di *joint ventures* allo Stato quale *treaty violation* per effetto

---

*seeks to impose upon the ROG were not “assumed by it”. Given that the umbrella clause in this BIT is specifically delimited by reference to obligations that have been “assumed by the State,” the Tribunal sees no basis to ignore these words, and to extend the ambit of the provision to contractual obligations assumed by other separate entities*”. Par. 347 del lodo.

<sup>147</sup> Sempre al par. 347, “[...] *If the municipal law obligations which were negotiated between the parties to the JVA, and assumed by Cocobod in this case, are to be taken as obligations assumed by the State to Hamester, this would – in effect – completely transform their nature, extent, and governing law. The Tribunal considers that nothing in Article 9(2) of the BIT here would justify this. Put the other way, given the wording of [the umbrella clause] of this BIT, the Tribunal concludes that the Contracting States did not intend to so transform domestic law contractual obligations concluded by separate entities*”. Nello stesso lodo, tra l'altro, il collegio non si sottrae ad applicare, *ad abundantiam*, le regole previste dal diritto internazionale per l'attribuzione allo Stato di un illecito internazionale, che pure non considerano pertinenti, dimostrando che, anche sulla base degli articoli 5 e 8 del Progetto, le condotte di Cocobod non potevano essere attribuite al Gana poiché non risultava agli atti che il contratto di *joint venture* fosse stato concluso nell'esercizio di funzioni di governo, né che fosse stato concluso sotto il controllo o la direzione dello Stato convenuto.

<sup>148</sup> Si sottolinea la preoccupazione palesata dal tribunale e che l'ha guidato nella ricerca di una soluzione interpretativa *ragionevole* dell'impegno pattizio, ovvero il bisogno di arginare interpretazioni estensive il cui solo effetto sarebbe quello di ampliare – *sine ratione* verrebbe da aggiungere- la competenza dei tribunali arbitrali previsti da trattati bilaterali a qualsivoglia pretesa contrattuale ed oltre, quindi, l'ambito protettivo per il quale sono invece stati istituiti, con ciò, compromettendo la separazione tra ordinamenti nazionale ed internazionale. “*As a concluding remark, the Tribunal wishes to point out that the consequence of an automatic and wholesale elevation of any and all contract claims into treaty claims risks undermining the distinction between national legal orders and international law. In the Tribunal’s view, this is not a result that is in line with the general purpose of the ICSID/BIT mechanism for the international protection of foreign investments*”. Così, par. 349. In merito, v. anche l'orientamento restrittivo emerso con riferimento all'ambito oggettivo della norma *umbrella*, su cui, *infra*, capitolo III, sez. II, paragrafo. 2.1.

<sup>149</sup> V. par. 348.



dell'*umbrella clause*. Nell'analizzare la norma pattizia in rilievo, il collegio ha ritenuto che essa "clearly refers to obligations entered into by Romania with regard to Claimant's investments. There is no evidence of the assumption by Respondent of direct obligations toward Claimant, whether by contract or otherwise"<sup>150</sup>. Dal momento che la garanzia prevista da un impegno *umbrella* presuppone che lo Stato sia l'effettiva controparte del sottostante rapporto contrattuale, lo Stato non poteva garantire, nel caso di specie, il rispetto di contratti cui risultava estraneo poiché "attribution does not change the extent and content of the obligations arising under the [contracts] that remain contractual nor does it make Romania party to such contracts"<sup>151</sup>. Sembra allora di poter dedurre che, secondo il collegio, le regole sull'attribuzione non possano incidere e snaturare il contenuto e l'assetto di un rapporto contrattuale, che deve invece essere rapportato alla garanzia offerta da un'*umbrella clause* negli esatti termini in cui questo si presenti.

Nello stesso senso di escludere la violazione di una *umbrella clause*, in presenza di un contratto di cui lo Stato contraente non sia parte, seppur in maniera perentoria e senza alcun tipo di approfondimento, troviamo il lodo *Siemens AG v. Argentine Republic*<sup>152</sup>. Anche il lodo *Azurix Corp. v. Argentina*, si limita a concludere che non rientra nell'ambito protettivo della norma pattizia il contratto concluso dall'investitore straniero con una *sub-State-entity*, quale una società partecipata da una provincia<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Par. 316. Cfr. anche P.M. BLYSCHAK, *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract versus Breaches of Treaty*, cit., p. 617.

<sup>151</sup> Par. 319. Sempre *ad abundantiam*, il collegio rileva che non era comunque riscontrabile alcun inadempimento contrattuale dei due accordi di *joint ventures*, con ciò lasciando altresì presupporre che la valutazione della responsabilità internazionale dello Stato, conseguente alla violazione di un impegno *umbrella*, non sia una valutazione autonoma, ma che l'esclusione di responsabilità contrattuale sia sufficiente per escludere l'avvenuta violazione dell'impegno pattizio.

<sup>152</sup> Lodo 6 febbraio 2007: "the Tribunal considers that [the umbrella clause] has the meaning that its terms express, namely, that failure to meet obligations undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty [...]. The Claimant is not a party to the Contract and SITS is not a party to these proceedings". Par. 204.

<sup>153</sup> ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 luglio 2006, par. 384. Per altre decisioni ascrivibili a tale orientamento, v. il lodo *William Nagel v Czech Republic*, lodo del 10 settembre 2003, in cui si ritiene che non vi sia spazio per la violazione di una *umbrella clause* in merito ad un accordo di cooperazione intercorso tra una società straniera ed un'impresa pubblica a totale partecipazione statale, e rispetto alla quale il governo risultava estraneo. La società ceca era un soggetto giuridico indipendente e, sebbene fosse stata delegata all'amministrazione di determinati beni pubblici, era autorizzata ad agire autonomamente. Con riferimento alle attività della società pubblica di tipo commerciale, il tribunale ha ritenuto che non si potesse concludere che essa stesse agendo quale mera *instrumentality*, né che il Governo ceco avesse in qualche modo partecipato all'attività negoziale (v. parr. 162-165). In merito, v. N. GALLUS, *op. cit.*, p. 162. Tale pronuncia, sembra invero seguire la teoria dell'emanazione. Per altri lodi che hanno escluso l'applicazione delle *umbrella clauses* quando il sottostante contratto non sia stato direttamente assunto dallo Stato, v. *Limited Liability Company Amt v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, lodo, 26 marzo 2008, par. 107.

V. anche A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 464. Per altre decisioni ascrivibile a tale orientamento, v. *Impregilo v. Pakistan* (su cui *infra* nel testo).

Nella decisione sulla richiesta di annullamento del lodo emesso nella controversia *CMS Gas Transmission*, invece, viene sottolineato che un rapporto contrattuale, stipulato con un ente autonomo e giuridicamente distinto, non possa essere elevato ad una *treaty claim* poiché “*the effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the parties to the obligation (i.e. the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed because of the umbrella clause*”<sup>154</sup>.

## 5. Competenza di un arbitrato *State-investor* tra *treaty claims* e *contract claims*

Prima di trarre le dovute conclusioni con riguardo all’ambito soggettivo degli impegni *umbrella*, è utile verificare come quest’ultimo orientamento (che non si avvale delle regole previste dal Progetto Finale per la delimitazione dell’ambito soggettivo del rapporto contrattuale attratto dalla norma internazionale) corrisponda alla tendenza interpretativa emersa nella prassi con riferimento ad una diversa questione. Il parallelismo riguarda la verifica della *potesta judicandi* di un tribunale arbitrale -istituito sulla base di un trattato bilaterale- quando questo venga chiamato a decidere controversie di natura contrattuale per effetto di un’ampia *dispute settlement resolution clause*.

Ciascun tribunale arbitrale istituito *ex tractatu* è competente a decidere le controversie riguardanti la violazione di un BIT e, quindi, ogni pretesa fondata su asserite violazioni degli obblighi previsti dal trattato stesso (quali quelle riguardanti la violazione dell’obbligo di garantire *full protection and security*, dell’obbligo di *fair and equitable treatment* o del divieto di adottare misure confiscatorie o di natura arbitraria). Tali *treaty claims*, tuttavia, non esauriscono le tipologie di *claims* su cui un tribunale arbitrale possa essere chiamato a pronunciarsi. Infatti, diverse clausole arbitrali sono formulate in maniera sufficientemente ampia da ricomprendere pretese fondate su asserite violazioni di natura contrattuale<sup>155</sup>. In tal caso, l’offerta di arbitrato contenuta in un trattato bilaterale viene estesa a rapporti contrattuali. Gli arbitri aditi in forza di tali clausole potranno conoscere controversie nascenti da inadempimenti contrattuali che dovranno essere decise sulla base della *lex cause* (c.d.

<sup>154</sup> *Annulment Decision del lodo CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, 25 settembre 2005, par. 95, lettera c.

<sup>155</sup> Ad esempio, l’articolo 9, par. 1, del trattato italo pakistano del 1997, prevede che “*Any disputes arising between a Contracting Party and the investors of the other, including disputes relating to compensation for expropriation, nationalization, requisition or similar measures, and disputes relating to the amount of the relevant payments, shall be settled amicably, as far as possible*”.

In merito, v. SCHREUER, *Investment treaty Arbitration and Jurisdiction over contract claims: the Vivendi I Case Considered, in International Investment Law and Arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, in Bilateral Investment Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler ed., 2005; da ultimo v. anche P.M. BLYSCHAK, *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract versus Breaches of Treaty*, cit., p. 593-597.

*contract claims*). Pertanto, a seconda della specifica clausola di risoluzione delle controversie di un trattato sugli investimenti, il tribunale istituito *ex tractatu* potrà decidere *treaty claims* e, in aggiunta, semplici *contract claims*.

Tale estensione non rappresenta di certo alcuna peculiarità, considerato che l'istituzione stessa dei meccanismi arbitrali dell'ICSID era stata inizialmente predisposta per consentire agli investitori di proporre, dinanzi ad un foro neutrale, ricorsi per inadempimenti contrattuali da parte degli Stati<sup>156</sup> e nei confronti di determinati enti pubblici interni (sulla base di quanto specificatamente richiesto dall'articolo 25 della Convenzione di Washington<sup>157</sup>, e non per effetto delle regole attributive previste dal diritto internazionale<sup>158</sup>). L'unica differenza è che,

---

<sup>156</sup> Con l'unica differenza che, in questo caso, la clausola compromissoria era solitamente contenuta, negli anni successivi all'istituzione dell'ICSID e prima che vi fosse l'attuale rete di trattati bilaterali, nello stesso contratto di investimento.

<sup>157</sup> Come noto, in base all'articolo 25 rientrano nella competenza del Centro le controversie di natura giuridica relative ad un investimento tra un investitore straniero ed uno Stato contraente. E' tuttavia possibile che anche un ente di diritto pubblico (*constituent subdivision*) o un organismo dipendente dallo Stato (*agency*), possano eccezionalmente avere *locus standi* (attivo o passivo) dinanzi ad un tribunale arbitrale qualora vengano cumulativamente soddisfatte le due condizioni rispettivamente previste dal paragrafo 1 e 3 della norma. In generale, vedi C. SCHREUER, *The ICSID Commentary*, Oxford, 2010, p. 150 ss.; C. F. AMERASINGHE, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *The British Year Book of International Law*, 1977, p. 227-267. Cfr., inoltre, *Partecipazione of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 13. E' interessante notare che, nelle bozze preparatorie, la prima versione della norma faceva riferimento a "political subdivision" e a "instrumentality". Al primo termine venne preferito quello di "constituent subdivision", poiché occorre sottolineare la componente statale al fine di ricomprendere qualsiasi ente territoriale. Al secondo venne preferito il termine "agency", per evitare che potessero ritenersi ricomprese le sole "governmental owned companies". Come ha messo in luce la dottrina, il termine "agency" non deve essere letto in termini strutturali, ma funzionali poiché ciò che rileva, ai fini dell'articolo 25, non è né la struttura societaria, né la sua personalità giuridica quanto, piuttosto, che l'ente svolga "public functions on behalf of the contracting State or one of its constituent subdivision". Così C. SCHREUER, *ult. op. cit.*, p. 153. V. anche C. F. AMERASINGHE, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit., p. 233-234. Per quanto riguarda le condizioni poste dall'articolo 25, è necessario, anzitutto, che lo Stato indichi al Centro, con apposita notifica, che l'ente in questione è riconosciuto come qualificato ai fini dell'applicabilità della Convenzione di Washington (par. 1). In secondo luogo, occorre la previa approvazione da parte dello Stato cui deve poi seguire il consenso dello stesso ente, a meno che lo Stato non notifichi che una tale approvazione non sia necessaria (par. 3). In merito, C. SCHREUER, *ult. op. cit.*, p. 155, rileva il duplice scopo di tale designazione: per cui, da un lato, l'investitore riceve l'ulteriore rassicurazione di trattare con un ente autorizzato e, dall'altro, lo Stato si riserva un certo controllo nei confronti di enti autonomi che sono soliti intrattenere rapporti con investitori stranieri (controllo i cui effetti si apprezzano maggiormente con l'approvazione prevista dal paragrafo 3 della norma).

<sup>158</sup> La designazione di cui al primo paragrafo dell'articolo 25, che consente ad un ente pubblico di essere parte del procedimento arbitrale, non corrisponde ad un'operazione di attribuzione. In questo senso, diversi lodi arbitrali hanno messo in luce la distinzione tra la possibilità che un ente pubblico possa partecipare *-on its own-* al meccanismo arbitrale previsto dalla Convenzione di Washington, da un lato, e che una controversia possa rientrare nell'ambito della giurisdizione di un tribunale arbitrale ICSID (quando lo Stato sia chiamato a rispondere di fatti internazionalmente illeciti -quali la violazione di un BIT da parte di un ente pubblico- e ad esso attribuibili sulla base dei criteri attributivi del Progetto Finale), dall'altro. Nella controversia *Vivendi v. Argentina*, ad esempio, lo Stato sudamericano aveva invocato l'incompetenza del tribunale poiché la provincia di Tucumàn non era stata, né designata quale organismo dipendente ai sensi dell'articolo 25, par. 1, né la provincia

almeno fino alla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, il ricorso al meccanismo arbitrale di diritto internazionale era azionato, principalmente, sulla base della clausola compromissoria prevista nel contratto di investimento e non per effetto del meccanismo dell'*arbitration without privity*<sup>159</sup>.

Per effetto di una convenzione arbitrale non formulata restrittivamente, un trattato può riconoscere, in favore dell'istanza arbitrale dallo stesso prevista, il potere di decidere controversie di natura contrattuale (applicando la legge individuata dall'articolo 42, par. 1, della Convenzione di Washington, quando il trattato preveda la competenza di un tribunale ICSID, oppure dalle norme di conflitto previste della *lex arbitrii*<sup>160</sup>).

Le domande di arbitrato possono quindi fondarsi su due diverse tipologie di rapporti ma, affinché il tribunale arbitrale possa avere giurisdizione, è necessario che Stato risulti coinvolto in maniera diretta nella controversia.

Se per i rapporti di diritto internazionale garantiti all'investitore da un trattato sugli investimenti, quali quelli derivanti da *free standing treaty obligations*, lo Stato è -*ex se*- il soggetto tenuto alla loro osservanza, per i rapporti di diritto privato che il tribunale arbitrale viene chiamato a decidere sulla base di un'ampia clausola compromissoria, quali le *contract claims*, è necessario, in tutta evidenza, che lo Stato risulti l'effettivo titolare del relativo rapporto.

In questo senso, la distinzione tra *treaty* e *contract claims*<sup>161</sup>, è una ripartizione unanimemente accolta ed utilizzata, tanto dalla dottrina che dalla prassi arbitrale (a partire dal lodo *Vivendi*

---

aveva prestato il proprio consenso sulla base di quanto richiesto dal paragrafo 3. Per il collegio, invece, dal momento che l'azione era stata promossa quale *treaty claim*, la controversia era stata legittimamente instaurata nei confronti dello Stato contraente il quale era tenuto a rispondere per il comportamento assunto da una sua entità territoriale. Per un approfondimento in merito al successivo annullamento di tale lodo, e ad altri casi che hanno affrontato specificatamente tale distinzione, si rimanda a C. LARSEN, *ICSID, Jurisdiction: The Relationship of Contracting State to Sub-States Entities*, in *Arbitrating Foreign Investment Disputes* (a cura di Horn, Kröll), cit., p. 353 ss. e, in particolare modo, p. 358-384. V. anche i casi citati da C. SCHREUER, *ult. op. cit.*, p. 150, *sub nota* 333; E. PAASIVIRTA, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 14. Si noti che tra gli 11 Stati contraenti che hanno provveduto a tale designazione, ad eccezione dell'Australia e del Regno Unito che hanno indicato enti pubblici territoriali, gli altri Stati hanno indicato società pubbliche e agenzie governative. V. allegato alla Convenzione di Washington, ICSID/8-C. Da ultimo, si veda anche *Noble Energy v. Ecuador*, secondo cui la competenza del tribunale arbitrale sussisteva anche se la designazione del *Consejo Nacional de Electricidad* era avvenuta successivamente alla stipulazione del contratto oggetto di controversia.

<sup>159</sup> Sull'offerta unilaterale all'arbitrato da parte dello Stato si tornerà in seguito. V., Capitolo III, sez. IV.

<sup>160</sup> In questi casi, il trattato si limita a riconoscere al tribunale arbitrale il potere di decidere la controversia, ma la *causa petendi* dell'azione si situa altrove, ossia nel contratto e nella legge ad esso applicabile. In merito, v. CRESPI RIGHIZZI, p. 18; C. MCLACHLAN, *Lis Pendes in International Litigation*, cit., p. 270.

<sup>161</sup> Sebbene rappresenti una questione fondamentale e, allo stesso tempo, una delle più controverse del diritto internazionale degli investimenti. Giudizio, questo, espresso da CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 351.

*II*<sup>162</sup>), al fine di ripartire le competenze tra diversi fori a seconda della “*essential basis of a claim*”<sup>163</sup>.

Ma le stessa *umbrella clauses*, a loro volta, riescono a garantire la tutela processuale dell’*investor-State arbitration* a diritti di natura contrattuale (sebbene con effetti differenti –o supposti tali- di cui si dirà nel prosieguo<sup>164</sup>). La giurisdizione arbitrale nei casi di controversie che hanno origine da contratti di investimento (*contract claims*) può allora fondarsi o per effetto di una *umbrella clause* o in virtù di una ampia clausola compromissoria. In quest’ultimo caso, tuttavia, non vi è alcuna necessità di dover valutare un rapporto contrattuale alla luce di un obbligo internazionale, come nel primo, dal momento che la controversia rimane pacificamente contrattuale.

Quando un tribunale arbitrale internazionale abbia competenza per poter decidere controversie di natura contrattuale, in virtù di una *broad dispute settlement resolution clause*, queste controversie vengono limitate a contratti che vincolano lo Stato quale diretta controparte. In particolare, tralasciando per ora ogni approfondimento sui problemi derivanti dalla concorrenza tra fori<sup>165</sup>, la prassi si è unanimemente orientata in una verifica della competenza *ratione personae* della clausola arbitrale ancorata al dato contrattuale, declinando la propria giurisdizione quando la controversia non riguardi uno *State-contract* e rifiutando di applicare le regole di attribuzione previste dal diritto internazionale per verificare la titolarità del contratto in causa.

Per l’orientamento contrario alla rilevanza delle regole sull’*attribution* al fine di verificare la *potestas decidendi* con riguardo a *contract claims*, si può menzionare il lodo *Impregilo S.p.A. v. Pakistan*. Tale controversia, invero, tratta sia la questione della delimitazione soggettiva di

---

<sup>162</sup> Il lodo che costituisce il *leading case* è, infatti, *Compañia de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. Argentine Republic, Annulment (c.d. Vivendi II)*, secondo il quale: “*A treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard*”. Par. 113).

<sup>163</sup> Pertanto, la ripartizione delle competenze tra diverse istanze, foro contrattuale e foro previsto da un trattato, dipende dalla *causa petendi* e, quindi, dall’oggetto della domanda. La competenza spetta ad una delle istanze previste dal trattato ogni qualvolta l’investitore chieda che sia accertata la responsabilità internazionale dello Stato per violazioni del trattato. Se si invoca la responsabilità contrattuale dello Stato, sarà competente il foro previsto *ex contractu*. Tale distinzione, sebbene sia pacifica per quanto riguarda l’identificazione dei suoi presupposti teorici, nel senso che la ripartizione tra le diverse istanze dipende, in buona sostanza, dall’oggetto della domanda (ovverosia dalla *cause of action* o *causa petendi*), risulta alquanto problematica quanto ai suoi corollari. Per un approfondimento in merito, si rimanda a CRAWFORD, *ult. op. cit.*, p. 359. Inoltre, l’utilizzo di “*essential-fundamental basis*” viene generalmente ricondotto al lodo Vivendi II, anche se la prima differenziazione di tali categorie sembra poter risalire al risalente caso *Woodruff v. Venezuela* deciso dalla Commissione Venezuela-Stati Uniti di metà ottocento. V. anche *Siemens v. Argentina*, par. 198.

<sup>164</sup> V. capitolo III, sez. II.

<sup>165</sup> Per i quali si rimanda, *inter alia*, a C. SCHREUER, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *JWIT*, 2004, 231; A. CARLEVARIS, *La competenza dei tribunali Internazionali tra violazioni dei trattati sugli investimenti e violazione delle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 431; CRESPI RIGHIZZI, *Diritto Internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, cit., 5.

una impegno *umbrella*<sup>166</sup> che quella relativa alla competenza del tribunale arbitrale con riferimento a *contract claims* rientranti nell'ambito della tutela pattizia in virtù di una ampia clausola compromissoria. Per quel che ci interessa, Impregilo invocava la responsabilità della committente *Water and Power Development Authority* (WAPDA) per la mancata esecuzione delle direttive necessarie per il completamento di una centrale idroelettrica nei termini previsti<sup>167</sup>. In particolare, la società italiana sosteneva che i mancati pagamenti per le opere già completate, e la violazione dell'obbligo contrattuale di cooperazione e di direzione dei lavori, fossero inadempimenti contrattuali di WAPDA attribuibili al Pakistan in virtù delle regole di attribuzione previste dal diritto internazionale. La ricorrente sosteneva che tali controversie rientrassero nella competenza del tribunale arbitrale sulla base di due distinti ordini di motivi. In primo luogo, la competenza del tribunale arbitrale a conoscere le supposte violazioni dei contratti conclusi da WAPDA, sussisteva con riferimento alla clausola arbitrale del trattato, che assegnava all'arbitrato *treaty-based* ogni controversia tra Stato ed investitore e, quindi, anche quelle di natura meramente contrattuale (*ex* articolo 9)<sup>168</sup>. Per la ricorrente, la giurisdizione del tribunale sussisteva, inoltre, per effetto dell'*umbrella clause* che, seppur non effettivamente presente nel tratto italo-pakistano in rilievo, trovava ciò nondimeno applicazione per effetto dell'obbligo della clausola della nazione più favorita (di cui all'articolo 3, par. 2) che avrebbe consentito l'importazione, in favore di Impregilo, dell'*umbrella* presente nel BIT sottoscritto dal Pakistan con la Svizzera<sup>169</sup>. Nel valutare la propria competenza, il tribunale ha quindi ritenuto di dover procedere ad una duplice verifica: accertare se l'articolo 9 consentisse alle *contract claims* di ricadere nell'ambito della propria giurisdizione e, in caso negativo, se tali pretese avrebbero potuto allora essere decise per effetto dell'*umbrella clause* (importata). Poiché i contratti erano stati conclusi con WAPDA, entrambi i quesiti presupponevano un'indagine sul preciso *status* di tale ente, che veniva

---

<sup>166</sup> E che, anzi, risulta la decisione che sostiene tale orientamento nella maniera più esplicita e risoluta. Per questa osservazione, v. N. GALLUS, *An Umbrella just for Two*, cit., p. 162.

<sup>167</sup> La controversia era sorta in relazione a due contratti che la società italiana (insieme ad un consorzio con altre quattro società, denominato Ghazi-Barotha Contractors) aveva stipulato con la WAPDA per la realizzazione di una centrale idroelettrica. La capofila Impregilo attivava la procedura arbitrale chiedendo, *inter alia*, la condanna ed il risarcimento per i danni conseguenti alla violazione del *fair and equitable treatment*, del divieto di condotte discriminatorie e del dovere di procedere ad equo indennizzo.

<sup>168</sup> La clausola arbitrale del trattato così dispone: “*any disputes arising between a Contracting Party and the investors of the other, including disputes relating to compensation for expropriation, nationalization, requisition or similar measures, and disputes relating to the amount of the relevant payment shall be settled amicably, as far as possible.*”

<sup>169</sup> Ai sensi dell'articolo 11 di tale trattato bilaterale “*each Party is required to “constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party*”. Il Pakistan eccepiva che il collegio non avesse invece competenza, né sulla base dell'articolo 9, né in relazione alla supposta violazione dell'*umbrella clause* poiché i sottostanti rapporti contrattuali, essendo in capo ad un ente dotato di propria personalità giuridica distinta dallo Stato, non potevano essergli attribuiti (par. 194).

quindi analizzato sulla base del diritto pakistano<sup>170</sup>. Il collegio, pur individuando prerogative di ingerenza governativa nella sua gestione, ha ritenuto di poter concludere che essa dovesse essere “*properly characterised as an autonomous corporate body, legally and financially distinct from Pakistan*”<sup>171</sup>.

Pertanto, con riferimento alla verifica della propria *potestas decidendi*, il tribunale stabiliva di non avere competenza -*ratione personae*- con riferimento ad una controversia contrattuale azionata nei confronti di un ente autonomo, poiché l’articolo 9 consentiva al tribunale di conoscere i soli rapporti assunti direttamente dallo Stato convenuto<sup>172</sup>. Il collegio escludeva espressamente che, a tal fine, potessero venire in rilievo le norme sull’attribuzione ai sensi del diritto internazionale, come pure la difesa di Impregilo aveva sostenuto dal momento che “[...] *a clear distinction exists between the responsibility of a State for the conduct of an entity that violates international law (e.g. a breach of Treaty), and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipal law contract (i.e. Impregilo’s Contract Claims)*”<sup>173</sup>.

Nella successiva analisi, il tribunale, distinguendo tra *treaty e contract claims*, ricostruiva l’ambito soggettivo dell’*umbrella clause*, senza appurare se quest’ultima avesse effettiva rilevanza per effetto della clausola della nazione più favorita, e volendo invece supporre che il Pakistan avesse comunque l’obbligo di garantire l’osservanza dei propri impegni contrattuali. Per il collegio, la titolarità dei contratti in causa era in capo alla sola WAPDA la quale, pur essendo controllata dal governo pakistano, era un ente giuridicamente e finanziariamente autonomo. Dal momento che il Pakistan risultava estraneo al sottostante contratto, occorreva allora concludere che l’*umbrella clause* non potesse trovare applicazione. Per il tribunale, i confini soggettivi di un impegno *umbrella* non rilevano in maniera autonoma ai fini di una *treaty claim* ed ogni questione in merito sembra chiudersi per effetto della autonoma personalità giuridica dell’ente pachistano<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> L’autorità, costituita nel 1958 con l’emanazione del *Water and Power Development Authority Act*, risulta essere “*a corporate body that is: “entitled to acquire, hold property, shall have perpetual succession and a common seal and shall by the said name sue and be sued”*. Cfr. par. 199-209 del lodo.

<sup>171</sup> In tal senso, v. par 209.

<sup>172</sup> “[...] *And given that Article 9 of the BIT does not cover breaches of contracts concluded by such an entity, it must follow that this Tribunal has no jurisdiction under the BIT to entertain Impregilo’s claims based on alleged breaches of the Contracts*”, par. 219.

<sup>173</sup> V. par. 210, dove si richiama quanto deciso dall’*Ad Hoc Committee* nella decisione sull’annullamento in *Vivendi II*.

<sup>174</sup> “*In the Tribunal’s view, given that the Contracts were concluded by Impregilo with WAPDA, and not with Pakistan. Impregilo’s reliance upon Article 3 of the BIT takes the matter no further. Even assuming arguendo that Pakistan, through the MFN clause and the Swiss-Pakistan BIT, has guaranteed the observance of the contractual commitments into which it has entered together with Italian investors, such a guarantee would not cover the present Contracts – since these are agreements into which it has not entered. On the contrary, the Contracts were concluded by a separate and distinct entity*”. Par. 223. Critico, nei confronti di tale decisione, FEIT, *op. cit.*, p. 167, secondo il quale “*it is difficult to imagine how a tribunal could find that the state-owned*

Per tale indirizzo assolutamente prevalente, riguardante la ricognizione della competenza di un tribunale arbitrale pattizio con riguardo a pretese di natura contrattuale, l'offerta arbitrale da parte dello Stato, per quanto ampia, è pur sempre diretta ai rapporti che vincolano direttamente lo Stato e non ricomprende, invece, “*violations d'un contrat auquel une entité autre que l'Etat est nommé partie*”<sup>175</sup>.

La stessa decisione *Vivendi II*, nel distinguere tra *treaty e contract claims*, ritiene che “*each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán. For example, in the case of a claim based on a treaty, international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts entered into by Tucumán, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts*”<sup>176</sup>.

Per tale orientamento, allora, l'indagine in merito all'ambito di applicazione della convenzione arbitrale relativa ad un *investor-State arbitration*, è una questione di interpretazione relativa alla ricostruzione di quale debba essere l'ambito delle controversie che ricadono all'interno di una data convenzione arbitrale. Non è allora una questione di *international attribution* ed occorre escludere la competenza *ratione personae* di un arbitrato istituito sulla base di un trattato con riferimento a contratti conclusi da soggetti diversi dallo Stato<sup>177</sup>.

---

*entity acted with governmental authority in its role as a contractual partner to an investment agreement, and then deny that the contract is of governmental nature”.*

<sup>175</sup> V., a titolo esemplificativo, *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 68. Nel caso in questione si trattava del contratto concluso tra un'impresa italiana e la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (“ADM”), ovvero un “*une entité contrôlée et dirigée par l'Etat marocain, à travers le Ministre de l'Équipement et divers organismes publics*” il cui scopo sociale era “*la réalisation de tâches de nature étatique (construction, gestion et exploitation de biens relevant du service public répondant aux besoins structurels du Royaume du Maroc en matière d'infrastructures et de réseaux de communications)*.” Nello stesso senso, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, *Decision on Jurisdiction*, 23 luglio 2001, par. 61, per il quale, nonostante la società pubblica in rilievo fosse un ente controllato e diretto dallo Stato, per mezzo del Ministero delle Infrastrutture, non si poteva dedurre che lo Stato avesse esteso la propria offerta di arbitrato a controversie relative a rapporti negoziali stipulati da tali enti. Dal momento che i supposti inadempimenti contrattuali non avevano alcuna valenza in termini di *treaty claims*, il tribunale decide per la propria carenza di giurisdizione. Nello stesso senso, *Cable Television of Nevis. v. Federation of St. Kitts and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2, lodo del 13 gennaio 1997, par. 2.22.

<sup>176</sup> Par. 96, *Vivendi II*.

<sup>177</sup> Con riferimento a tale questione, è lo stesso Relatore CRAWFORD a rilevare che “*there can only be contractual jurisdiction under a BIT in respect of an investment contract with the state itself, not with a separate entity having its own legal personality, and a fortiori not with a third party*” [...] *but as we have seen, the question of the scope of a commitment to arbitrate made by the State is a matter of interpretation and has nothing to do with attribution*”. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 363. L'A. rileva, inoltre, che, sulla base di una ampia clausola compromissoria, un *investor-State arbitration* sia comunque legittimato a



Conclusa tale disamina relativa alla verifica della competenza in merito a semplici *contract claims*, è interessante notare come le argomentazioni e l'iter logico adottato da tale orientamento corrispondano con quello esaminato in precedenza che rifiuta di delimitare l'ambito soggettivo di un'*umbrella clause* facendo ricorso alle regole attributive del diritto internazionale. In entrambi i casi, l'analisi del profilo soggettivo di un rapporto contrattuale viene sottratto ad una valutazione da parte dell'ordinamento giuridico internazionale e delle sue regole<sup>178</sup>, sia che si tratti, rispettivamente, di un accordo negoziale da giudicare alla sola luce di una responsabilità contrattuale (per effetto di una *broad dispute settlement clause*), sia che questo venga invece attratto sotto l'ambito protettivo del diritto internazionale pattizio (per effetto di una *umbrella clause*). Nella stessa decisione del lodo *Impregilo v. Pakistan*, ad esempio, il rapporto contrattuale riveste la medesima rilevanza –decisiva–, sia che si tratti di delimitare la competenza del tribunale con riguardo a *contract claims*, sia che occorra definire l'ambito soggettivo di applicazione della (supposta) *umbrella clause*<sup>179</sup>. Sebbene altre decisioni sembrino indirizzarsi verso tale parallelismo<sup>180</sup>, non mancano tuttavia voci critiche, secondo le quali le regole sulla rappresentanza proprie del diritto interno sono

---

conoscere controversie contrattuali relative ad un *investment contract* ma che non abbia quindi alcuna *potestas judicandi* rispetto ad un “ordinary contract for the supply of goods and service”. *Ibidem*, p. 362.

<sup>178</sup> Autorevole dottrina, nel criticare questa decisione, osserva che per effetto dell'*umbrella clause*, invece, lo Stato dovesse essere ritenuto responsabile poiché, ai sensi del diritto internazionale, è lo Stato il soggetto chiamato a rispondere di illeciti internazionali. Così, T. W. WALDE, *Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions Versus Emerging Jurisprudence*, cit., p. 226. Per effetto di tale clausola, quindi, lo Stato si assumerebbe l'obbligo di far rispettare i contratti che enti autonomi nazionali concludono con privati stranieri. In questo caso, tuttavia, si consideri che l'inadempimento fatto valere in giudizio era un semplice inadempimento contrattuale non dettato o posto in essere per effetto dell'esercizio di *governamental authority*.

<sup>179</sup> Tale conclusione sembra pacifica alla luce di un successiva argomentazione del lodo, in particolare il par. 262, ai sensi del quale “this approach to the issue of overlapping Treaty and Contract Claims – i.e. to recognise that even if the two coincide, they remain analytically distinct - is all the more apposite because of the different rules of attribution that govern responsibility for the performance of BIT obligations, as opposed to responsibility for breaches of municipal law contracts. [...] “The legal personality of WAPDA is distinct from that of the State of Pakistan, and that the Contracts were concluded by that authority rather than the State itself. As a consequence, the Tribunal has declined to exercise jurisdiction over the Contract Claims presented by Impregilo. In contrast, under public international law (i.e. as will apply to an alleged breach of treaty), a State may be held responsible for the acts of local public authorities or public institutions under its authority. The different rules evidence the fact that the overlap or coincidence of treaty and contract claims does not mean that the exercise of determining each will also be the same”. Cfr. anche il lodo *v. Ghana*, secondo il quale “[...] in *Impregilo v. Pakistan*, [...] it was held that contracts concluded between an investor and a legal entity separate from the Islamic Republic of Pakistan did not fall within the scope of an umbrella clause”, lodo, par. 342.

<sup>180</sup> Così, almeno, sembra far intendere il lodo del 27 gennaio 2007, *Siemens AG. v. Republic of Argentina*, ICSID CASE No. ARB/02/8 che, nel discutere della clausola compromissoria prevista dal trattato bilaterale (all'articolo 10, par. 1) e della rilevanza dell'*umbrella clause* (di cui all'articolo 7, par. 2), con riferimento ad un contratto stipulato dall'investitore da una società con personalità giuridica autonoma, afferma che “in regards to the scope of Article 10(1), the Tribunal concurs with the submission that reference to disputes related to investments would cover contractual disputes for purposes of the consent of the parties to arbitration given the wide meaning of the term “investments” and the terms of Article 7(2). However, to the extent that the

assolutamente calzanti quando si tratta di delimitare la competenza dell'istanza arbitrale internazionale con riferimento a controversie di natura contrattuale e riguardanti la sola responsabilità contrattuale dello Stato inadempiente, ma risultano del tutto inappropriate, invece, quando occorre considerare l'ambito di applicazione *ratione personae* di un obbligo di diritto internazionale pattizio, quale quello *umbrella*<sup>181</sup>.

## 6. La prassi commerciale con riferimento all'ambito soggettivo di una clausola compromissoria

Fin'ora, si è analizzato il legame tra Stato ed enti dotati di autonoma personalità giuridica con riferimento sia alla responsabilità internazionale dello Stato, conseguente alla violazione di una *treaty obligation*, che alla titolarità di posizioni giuridiche contrattuali portate all'attenzione di un *treaty based arbitration*<sup>182</sup>.

Prima di trarre le dovute conclusioni con riferimento all'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, occorre focalizzarsi sulle *contract claims*, e sui limiti soggettivi di queste, secondo un'ottica estranea al diritto internazionale degli investimenti; indirizzando l'analisi sui limiti soggettivi di un rapporto obbligatorio alla luce della prassi del commercio internazionale in cui sono assenti profili di responsabilità internazionale. D'altronde, il diritto internazionale sugli investimenti è oramai caratterizzato “*by the co-existence of the classic international law model, with commercial arbitration style*”.<sup>183</sup>

In tal senso, gli indirizzi da richiamare sono quelli riguardanti l'ambito soggettivo di una convenzione arbitrale. Questa, infatti, se privata degli indubbi riflessi di natura giurisdizionale, non è altro che un atto negoziale per effetto del quale il dovere di devolvere una controversia ad arbitrato sussiste nella misura in cui sia stato espresso un consenso a tale metodo di risoluzione delle controversie.

In particolare, il richiamo sarà indirizzato ai principi che sono stati elaborati per delimitare l'effettiva estensione *ratione personae* di una convenzione arbitrale<sup>184</sup>. Quel che qui interessa

---

*obligations assumed by the State party are of a contractual nature, such obligations must originate in a contract between the State party to the Treaty and the foreign investor [...]*. Così, par. 205.

<sup>181</sup> Negli esatti termini riportati, v. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 465.

<sup>182</sup> E la questione affrontata alla luce del diritto internazionale si pone, in tutta evidenza, nella misura in cui l'investitore abbia concluso un contratto con una *State-entity* o comunque con un ente dotato, nell'ordinamento di appartenenza, di propria distinta personalità giuridica.

<sup>183</sup> Così, T. W. WÄLDE, *Interpreting Investment Treaties: experiences and examples*, in *International Investment Law for the 21st Century*, cit., p. 729.

<sup>184</sup> E' in parte diverso, infatti, il problema dell'ambito soggettivo di una convenzione arbitrale nel caso di contratti tra loro separati, ma rientranti in un'unica operazione economica, o di contratti tra loro collegati, ossia c.d. *string contracts* (appalti, subappalti o *engineering*) o i contratti con patti accessori – e, quindi, accordi *ancillary*. In merito, v. P. LÉBOULANGER, *Multi-contract Arbitration*, in *J. Int. Arb.*, 1996, p. 43 ss. In tal caso, le

è sulla base di quali analisi e di quali parametri la prassi commerciale riesca a concludere che lo Stato risulti obbligato dalla convenzione arbitrale contenuta in un contratto sottoscritto da una *State-entity* autonoma e cui lo stesso risulti formalmente estraneo. Tale richiamo non deve tuttavia essere frainteso poiché non si sta confondendo la questione relativa all'individuazione delle parti del contratto, in cui sia presente una convenzione arbitrale, con il più generale problema dell'estensione di un patto compromissorio. Nel più generale ambito delle questioni riguardanti l'effettiva estensione di una clausola arbitrale, pertanto, esulano dall'indagine quelle attinenti alla ricognizione del consenso arbitrale nelle ipotesi di collegamento negoziale o nei casi di ingresso di nuovi soggetti nel patto o nel procedimento arbitrale<sup>185</sup>.

Il richiamo alla prassi commerciale internazionale verrà quindi limitato agli istituti e agli indirizzi che, nel diritto sostanziale, si siano risolti in modifiche della compagine soggettiva di un contratto, consentendo il trasferimento della clausola compromissoria e del contratto cui la stessa sia adietta (e, in tal senso, si tralascia ogni ulteriore profilo connesso all'autonomia della clausola compromissoria<sup>186</sup>).

---

criticità sono le in un certo qual modo assimilabili, derivando dalla natura consensuale dell'arbitrato e dal necessario corollario rappresentato dall'ambito soggettivo di una clausola compromissoria che, a sua volta, determina chi siano i soggetti legittimati a prendere parte al procedimento ed escludendo coloro che siano rimasti estranei alla convenzione arbitrale e che non intendano sottoscriverla. Cfr. A. FRIGNANI, *L'Arbitrato Commerciale Internazionale*, Padova, 2004, p. 194-195. In questi casi, tuttavia, l'estensione del vincolo compromissorio (vincolo contrattuale) si fonda su altre ragioni e non è quindi possibile attingere a tale ambito per i nostri fini. Infatti, si assiste ad una ricostruzione -in via interpretativa- di un consenso presunto delle parti dei contratti collegati in ordine alla clausola arbitrale contenuta nel contratto principale. Per una disamina esaustiva si rimanda a L. SALVANESCHI, *L'Arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999. Criticano, tra gli altri, la ricostruzione della volontà implicita in questo ambito, J. F. POUURET, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, *J.D.I.* 95, 893; B. HANOTIAU, *Complex-Multicontract-Multiparty Arbitrations*, *Arb. Int.* 98, pag. 32 ss.

<sup>185</sup> Secondo la definizione comunemente accolta, una convenzione arbitrale è l'accordo con il quale due o più parti deferiscono la soluzione di una controversia, attuale o futura, ad uno o più soggetti privati. La natura consensuale dell'accordo è oltretutto pacifica ed impone, in ogni ordinamento, che le parti abbiano validamente acconsentito all'arbitrato. "*Arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to submit*" (espressione quest'ultima derivante da precedenti giudiziari e riferita da A. SCOTT RAU, *Arbitral Jurisdiction and the dimensions of consent*, in *Arb. Int.*, 2008, p. 199). Sulla quanto mai vasta bibliografia in materia, ci si limita ad alcuni scritti della dottrina italiana, tra cui CONSOLO, *L'arbitrato*, *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 447; E. FAZZALARI, *L'Arbitrato*, Torino, 1997. Come noto, tuttavia, il rilievo contrattuale di una convenzione arbitrale (sia essa un compromesso o una clausola compromissoria) non esaurisce la sua natura, essendo, nella sua essenza, un negozio giuridico a natura mista, in cui alla componente contrattuale si affianca quella giurisdizionale che ne disvela la capacità di produrre effetti processuali finalizzati all'emanazione di un atto avente natura decisoria. Il consenso risulta essenziale non solo in ragione del fatto che è la stessa convenzione arbitrale a segnare l'ambito soggettivo di coloro che sono legittimati a partecipare ad un procedimento arbitrale, ma anche perché gli arbitri sono privi di poteri coercitivi in particolare nei confronti di un terzo che sia rimasto estraneo alla convenzione arbitrale e che non intenda sottoscriverla. Per altri autori italiani, v. C. CAVALLINI, *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, *Riv. arb.* 1994, p. 1136; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La Convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, 738 ss.

<sup>186</sup> Si tralascia quindi la questione se, per effetto dell'autonomia della clausola compromissoria, sia o meno possibile trasferire automaticamente la clausola assieme al contratto. In merito, v. L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., p. 85-86.

### 6.1. Contratto ed efficacia *inter partes*

Per ogni contratto, come noto, vige il principio -espressione del dogma della volontà- secondo cui un accordo ha forza di legge tra le parti e solo eccezionalmente può esplicare efficacia nei confronti dei terzi. Il principio della relatività degli effetti obbligatori di un contratto, per cui il contratto è inefficace nei confronti dei terzi, risulta, a nostro avviso, un punto di partenza fondamentale per avviarsi a trarre le dovute conclusioni in merito al problema oggetto di questa sezione. E' proprio sulla base di tale principio, riconosciuto da ogni ordinamento (non escluso quello internazionale<sup>187</sup>), che la questione deve essere affrontata, nei termini in cui tale regola trova applicazione e possa soffrire delle eccezioni. Anzitutto, il significato di "parte del contratto", nel senso formale della locuzione, è quello di un soggetto che ha posto in essere un regolamento contrattuale. Il piano formale, che prevale sul quello sostanziale (almeno in prima battuta), si risolve nel considerare "parte di un contratto" il soggetto che ha partecipato alla manifestazione della volontà negoziale; e "parte del contratto", ovviamente, è anche il soggetto che abbia assunto una soltanto delle obbligazioni ivi contenute. Nei confronti di tutti coloro che non siano contraenti, non può valere la regola della vincolatività dell'accordo e degli effetti obbligatori che a tale accordo si ricollegano<sup>188</sup>. Per il terzo, il contratto è quindi *res inter alios acta*, e la *res*, secondo il noto brocardo, *neque nocet neque prodest*<sup>189</sup>.

"Parte" è il soggetto che ha espresso la volontà negoziale e nella nozione viene anche ricompreso il rappresentato che, in quanto titolare dell'interesse di cui si dispone nel contratto, partecipa a tutti gli effetti alla manifestazione contrattuale in virtù della spendita del nome, pur non essendo l'autore materiale del documento negoziale<sup>190</sup>. Per effetto di poteri

---

<sup>187</sup> L'economia di questo lavoro non consente di trattare, neanche in maniera sommaria, la relatività della forza vincolante di un accordo. Sia consentito limitarsi a citare il pieno riconoscimento nell'ambito del diritto dei trattati (all'articolo 34 della Convenzione di Vienna del 1969) e a ricordare che, nel diritto internazionale, tale principio viene ritenuto quale corollario del principio di sovranità e di uguaglianza tra gli Stati. Cfr. *ILC Report*, 1966, in *YBILC*, 1966, II, par. 1.

<sup>188</sup> Per quanto riguarda il "terzo", questo viene giocoforza definito negativamente. Per gli effetti *ultra partes* si distinguono diversi piani di efficacia, quello automatico (basti pensare alla fattispecie di contratto a favore del terzo) e quei casi in cui il terzo sia coinvolto in virtù di una più ampia fattispecie. Per uno sguardo comparato, v. B. KORTMANN, D. FABBER, *Contract and third parties*, in *Towards a European civil code*, 1994, p. 237-265. Per menzionare almeno la dottrina italiana, si richiama M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *AV. Vv., I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. GABRIELLI, II, Torino, 1999, 1075 ss..

<sup>189</sup> Ciò, se non altro, in termini di efficacia diretta poiché altra questione è quella dell'efficacia riflessa di un accordo.

<sup>190</sup> Proprio nell'ambito della rappresentanza viene delineata la tradizionale distinzione tra parte in senso formale e parte in senso sostanziale. Qualora ci si discosti da una concezione oggettiva dei soggetti rilevanti, si può infatti differenziare la parte contraente, ovvero la parte che pone in essere un regolamento contrattuale, da un lato, e la parte sostanziale, ovvero quella che ne subisce gli effetti.

espressamente attribuiti, quindi, il rappresentato è “parte” a tutti gli effetti del contratto poiché manifesta la propria volontà contrattuale<sup>191</sup>.

Sempre in via generale, per quanto riguarda la sottoscrizione di un contratto, non è detto che l’essere “*signatory*” equivalga necessariamente ad assumere la qualità di parte contrattuale. Diversi lodi hanno evidenziato come non sia affatto conclusivo che lo Stato abbia sottoscritto un accordo per ritenere che lo stesso ne sia divenuto parte, poiché è sempre necessario verificare a quale titolo il governo od un organo statale abbiano sottoscritto quell’accordo. Nelle decisioni assunte nel caso *Amoco* e nel caso *Kahara Bodas*, ad esempio, i rispettivi tribunali arbitrali avevano concluso che il Governo iraniano ed il Ministro delle Miniere e delle Energie indonesiano, pur avendo sottoscritto i contratti in causa, non erano divenuti parti contrattuali dal momento che le loro sottoscrizioni erano intervenute, rispettivamente, quale semplice ratifica-approvazione, nel primo caso,<sup>192</sup> e quale semplice approvazione necessaria *ex lege*, nel secondo<sup>193</sup>.

Nello stesso senso, la Corte d’Appello di Parigi, capovolgendo le conclusioni cui era invece giunto il tribunale arbitrale ICC nel caso *Pyramid Oasis*<sup>194</sup>, aveva concluso che il Ministero

---

<sup>191</sup> In tal senso, si assiste ad una semplice sostituzione del consenso negoziale per effetto di un caso di mandato -con o senza rappresentanza- risolta sulla base della legge regolatrice dell’agire rappresentativo che consente di ritenere obbligato, se del caso, il solo mandante. Nell’ambito di nostro interesse, pertanto, lo Stato, formalmente estraneo al rapporto contrattuale, può essere stato rappresentato dall’ente, pur dotato di autonomia giuridica, nell’assunzione di un dato regolamento contrattuale.

<sup>192</sup> Tribunale Iran-USA del 1987, *Amoco International Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran*, in cui la sottostante controversia riguardava un contratto intercorso tra una società americana e l’ente pubblico *National Petrochemical Company*, che era stata autorizzata alla stipula dell’Accordo per la costituzione di una *joint venture* (la società *Khemco*) che, successivamente, veniva espropriata dal governo iraniano. Il contratto era poi stato ratificato dal Comitato Congiunto Economico e Finanziario e dal parlamento iraniano. Lodo del 14 luglio 1987. In merito, v. E. PAASIVIRTA, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 10.

<sup>193</sup> V. lodo *Karaha Bodas v. Indonesia et alia*. Secondo il testo di entrambi i contratti questi non potevano divenire efficaci senza l’approvazione del Ministro che costituiva il punto di partenza in base al quale calcolare la durata del contratto. Di conseguenza, lo scopo dell’approvazione del Ministro era chiaramente definito quale condizione sospensiva di efficacia. Per il tribunale, inoltre, risultava chiaro, dall’intera vicenda negoziale, che le parti non consideravano il Governo indonesiano quale parte contraente. In altre parole, secondo il Tribunale, nell’autorizzare l’attuazione dei contratti concordati tra le parti, il Ministro delle Miniere e dell’Energia della Repubblica dell’Indonesia agiva nell’ambito del suo dovere di controllare le compagnie di Stato e gli accordi riguardanti le risorse energetiche del paese. Tale autorizzazione non attestava la volontà del Governo di divenire parte di quei contratti. In questo caso, il tribunale arbitrale ha stabilito che la competenza dell’organo arbitrale non poteva essere esercitata nei confronti del Governo dell’Indonesia pur trattandosi di contratti di interesse nazionale. V. in merito, quanto riportato da KOSHERI, *Arbitration*, cit., p. 16. Nello stesso senso, v. anche lodo *Joint Venture Yashalar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, su cui *infra* nel testo.

<sup>194</sup> Capovolgendo la sentenza arbitrale emessa nel lodo ICC, *Pyramid Oasis* (ICC case, n. 3493 del 1983, in *I.L.M.*, 1983, p. 752), la corte d’appello francese ha ritenuto che il contratto fosse stato sottoscritto dal Ministero del Turismo per semplice supervisione senza con ciò far divenire il Governo controparte di quell’accordo. Corte d’appello di Parigi, *Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties Ltd et al.*, 12 luglio 1984, in 23, *I.L.M.*, 1984, p. 1048. Tale sentenza veniva poi confermata dalla Cassazione francese, con sentenza del 6 gennaio 1987, in *I.L.M.*, 1987, p. 1004.

del Turismo avesse sottoscritto il contratto per semplice approvazione e senza con ciò impegnare il Governo egiziano. In merito a tale sentenza, è stato autorevolmente evidenziato che “*a private party to an international contract with a State controller corporation or entity should not easily assume that indications of approval or ratification by the State authorities (or either involvement in negotiations) are equal to a direct commitment and suffice to make the State a party to a contract*”<sup>195</sup>.

La nozione di “parte del contratto” viene generalmente accolta in termini rigorosi, facendo prevalere il significato di “parte” come quel soggetto che ha partecipato alla manifestazione della volontà negoziale facendo proprio il documento contrattuale (anche, come detto, tramite rappresentante). Alla rigorosa applicazione del principio della relatività di un contratto, si aggiunge il rispetto per la personalità giuridica e la distinta soggettività dell’ente che ha sottoscritto un regolamento contrattuale.

Diverse decisioni si indirizzano ad un rigoroso rispetto del dato contrattuale e della distinta personalità giuridica del soggetto firmatario, ritenendo di non dover estendere la compagine soggettiva di un contratto (e del relativo patto arbitrale) neppure in presenza di enti controllati dallo Stato.

In questo senso, si pensi al noto caso deciso dal tribunale federale svizzero, *Arab Organization for Industrialization c. Westland Helicopters*, dove si è negata l’estensione della convenzione arbitrale (e del sottostante contratto) sottoscritta da un’organizzazione internazionale ai quattro Stati che l’avevano istituita, motivando tale preclusione in considerazione del fatto che il solo criterio del controllo, esercitato da un’entità su di un’altra, non fosse idoneo a consentire l’estensione del consenso negoziale e a superare la distinta personalità giuridica dell’organizzazione<sup>196</sup>. In tal caso, quindi, una clausola compromissoria vincola i soli soggetti che l’abbiano esplicitamente sottoscritta.

---

<sup>195</sup> Così, P. LALIVE, *Arbitration with Foreign States or State-Controlled Entities*, in *Private Investors Abroad*, New York, 1989, p. 9. Si noti allora la differenza tra i tre casi appena citati nel testo e quanto invece deciso nel lodo *Eureka v. Poland*, in cui l’arbitro dissenziente, a differenza di quanto deciso dal collegio, sottolineava, invece, che la sottoscrizione da parte del Ministero del Tesoro era una mera condizione di efficacia prevista *ex lege*.

<sup>196</sup> Con sentenza del 19 luglio 1988, in *Rev Arb.*, 1989, p. 514 con nota di P. LÉBOULANGER. Vedi anche FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, per i quali il tribunale federale svizzero aveva chiaramente concluso che “*the strict control of a legal entity by the state, or the close relationship between the entity and the state is not sufficiently pertinent to overcome the presumption that, when the state has not signed the arbitration clause, the entity which signed it should be regarded as the sole party to arbitration*” *op. cit.*, p. 295. L’organizzazione internazionale, inoltre, aveva una personalità giuridica propria e una sua indipendenza legale, finanziaria e procedurale che dimostravano chiaramente ed inequivocabilmente la totale indipendenza giuridica di tale organizzazione. In senso conforme, anche se inverso, si veda *Petrogab v. Gabon*, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 309 in cui la Corte d’appello di Parigi avvallava il rifiuto di estendere alla società nazionalizzata Petrogab la clausola arbitrale esistente nei confronti del Gabon poiché, sebbene la società avesse partecipato alle negoziazioni, non si era sostituita allo Stato da cui dipendeva. Oppure, il caso deciso dalla cassazione francese, riportato in *JDI*, 1988, p. 108, in cui si è deciso che il controllo esercitato dallo Stato sulla società *Congo Commercial Bank*, non fosse sufficiente per concludere che i beni della stessa potessero garantire i debiti dello Stato. Per altri casi, v. quelli citati da FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *op. cit.*, p. 297, *sub note* 546-547.

Nella stessa direzione di rigorosa aderenza al testo negoziale, si colloca il lodo *Yashlar Government of Turkmenistan*<sup>197</sup>. In questa pronuncia, è stato escluso che lo Stato turkmeno potesse essere considerato parte di un accordo di *joint venture* pur anche se quest'accordo era stato sottoscritto da un ente interno totalmente controllato dal Governo ed era poi stato ceduto al Ministero del Gas e del Petrolio. In tale decisione il tribunale ritiene di dover risolvere un solo quesito, ossia se il Governo potesse essere considerato quale contraente dell'accordo di *joint venture* (e, in tal senso, spettava al ricorrente l'onere di provare tale coinvolgimento). Si è ritenuto che tale indagine non potesse essere risolta sulla base di considerazioni che, seppur pertinenti in altri ambiti, si rivelavano ininfluenti per l'analisi cui il collegio doveva procedere per verificare la propria competenza e per andare oltre gli effetti obbligatori del contratto di *joint venture*. In particolare, il collegio ha ritenuto che, per quanto l'ente e il Ministero potessero essere considerati quale "emanazione" dello Stato, ciò non fosse affatto conclusivo per estendere al Governo la qualità di parte essendo lo stesso rimasto estraneo.

Per il tribunale, il fatto che gli enti contraenti potessero pacificamente essere considerati quali "*an arm or organ of the Government*", e ciò potesse assumere una rilevanza decisiva in ambiti quali l'immunità dello Stato dalla giurisdizione o dall'esecuzione, non rappresentava un elemento risolutivo, invece, per andare oltre la relatività degli effetti obbligatori di un contratto ed estendere la clausola arbitrale, come il contratto, allo Stato rimasto volutamente estraneo a tale accordo<sup>198</sup>.

Tale conclusione era inoltre coerente con la natura dell'accordo poiché le attività di cui la controparte turkmena era stata investita nel contratto erano di natura essenzialmente commerciale<sup>199</sup>. Dall'intera vicenda negoziale, il collegio ha ritenuto di poter quindi concludere che il Governo avesse espressamente deciso di non ritenersi vincolato al contratto e, in tal senso, le autorizzazioni e le approvazioni pur rilasciate da parte del governo turkmeno non costituivano un elemento sufficiente per concludere che lo Stato fosse divenuto parte contrattuale. In questo caso, se il tribunale arbitrale avesse adottato il criterio di attribuzione

---

<sup>197</sup> La controversia *Joint Venture Yashalar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, ICC Case 9151, lodo, 8 giugno 1999.

<sup>198</sup> E' utile richiamare l'intera argomentazione svolta dal collegio (che ha fondato la sua conclusione citando un precedente inglese), "*whether Turkmengeologia and its assignee acted in the JV Yashalar as an arm or organ of the government is a different question from whether for the purposes of this arbitration the Government itself is a party to the JV agreement. There may be some contexts, such as claims to state immunity, whether the decision that a body is an arm or organ of the government will be decisive of the issue before the Court. In other contexts this is not necessarily so*". Così, par. 565. Per ulteriori approfondimenti, v. anche W. J. ROSENBERG, *State as Party to Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 400-403. In merito, v. anche M. BLESSING, *op. cit.*, p. 431. Al riguardo, si consideri anche la recente decisione di una Corte d'Appello inglese, *City of London v. Sancheti, EWCA Civ*, 2008, p. 35, secondo cui "*in the present case the Corporation of London is not a party to the arbitration agreement. The relevant party is the United Kingdom Government. The fact that in certain circumstances a State may be responsible under international law for the acts of one of its local authorities, or may have to take steps to redress wrongs committed by one of its local authorities, does not make that local authority a party to the arbitration agreement*".

<sup>199</sup> Questa controversia, si basa sugli stessi presupposti del caso *Bidas* (di cui si dirà a breve).

previsto dall'articolo 4 del Progetto Finale, sarebbe giunto ad una conclusione diametralmente opposta.

## 6.2. Contratto ed efficacia *ultra partes*

A fronte di tali pronunce, vi sono indirizzi che, a certe condizioni, si risolvono nell'oltrepassare l'autonomia delle persone giuridiche ed il principio di relatività delle convenzioni arbitrali e dei sottostanti accordi, trasferendo il consenso arbitrale ed il relativo contratto. Se per un evidente bisogno di certezza giuridica gli ordinamenti si basano sulla personalità giuridica del soggetto contraente e sul dato formale della partecipazione all'atto, è comunque possibile verificare, ipotesi per ipotesi, quale sia la posizione dei soggetti che non hanno partecipato alla formazione di quell'accordo ma che, rispetto ad esso, si pongano in relazione di efficacia *ultra partes*. La sfera di imputazione formale dell'atto non preclude, quindi, che il requisito del consenso non possa eccezionalmente essere soddisfatto in altro modo (né, specularmente, che la sottoscrizione di un contratto debba necessariamente implicare, come detto, l'assunzione della qualità di "parte").

In particolare, l'estensione dell'ambito soggettivo di una clausola compromissoria, sottoscritta da una *State-entity* indipendente, si è indirizzata lungo due direttrici<sup>200</sup>. Per un verso, si è affrontata la questione dell'effettivo ambito di efficacia del consenso negoziale (arbitrale) e, per un altro, si è tentato di estendere il consenso mediante il superamento dello schermo rappresentato da una personalità giuridica autonoma, in determinate e circoscritte ipotesi.

### 6.2.1. Contratto e consenso implicito

Quanto all'effettivo ambito di efficacia del consenso, l'indirizzo è quello di procedere ad un accertamento teso alla ricostruzione della comune volontà delle parti di essere vincolate da un dato regolamento contrattuale (e, quindi, dal patto compromissorio ivi contenuto)<sup>201</sup>.

Si va oltre il significato rigoroso di parte del contratto facendo ricorso a forme di consenso definito "implicito"<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Tralasciando, quindi, altre ipotesi relative alla mera vicenda contrattuale come quando, ad esempio, lo Stato succeda nella titolarità del rapporto.

<sup>201</sup> In generale, v. J. F. POUURET, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, *J.D.I.*, 1995, p. 893; B. HANOTIAU, *Complex-Multicontract-Multiparty Arbitrations*, *Arb. Int.* 1998, p. 32 ss.

<sup>202</sup> Nel ricostruire la volontà negoziale, la dottrina e la prassi hanno messo in evidenza il volto multiforme del consenso. E proprio con riguardo ad un compromesso arbitrale, sono state sviluppate teorie finalizzate alla ricognizione di consenso implicito (ma anche presunto), sia che si sia trattato di considerare un soggetto come terzo a tutti gli effetti, sia che si sia trattato di estendere il consenso arbitrale a soggetti ad esso estranei. In merito, si rimanda a E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 206.



Nella ricognizione di tale consenso, la volontà negoziale viene estesa per mezzo di elementi qualificanti in grado di disvelare la partecipazione di un soggetto alla fase delle trattative, o al momento della stipula o durante la fase esecutiva di un accordo.

In questo modo, alcuni lodi, tra cui i casi *Bridas SAPIC v. Turmekistan*<sup>203</sup>, *The Road Rehabilitation in the State of Utopia*<sup>204</sup>, *WestLand Helicopters Ltd*<sup>205</sup>, hanno giustificato l'estensione del vincolo compromissorio e dello stesso vincolo contrattuale allo Stato, ricostruendo la nozione di parte del contratto sul criterio della volontà comune. Nella ricognizione di tale volontà, vengono considerati gli esatti termini contrattuali e il comportamento complessivo delle parti e dei soggetti coinvolti, sia nella fase negoziale dell'accordo che in quella esecutiva<sup>206</sup>. D'altronde, gli stessi *Principi Unidroit* richiamano, tra

<sup>203</sup> Il lodo parziale *Bridas SAPIC, Bridas Energy International Ltd and International Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turmekistan and Concern Balkanbebitgazsenagat*, ICC case 9059, lodo parziale, 25 giugno 1999. Il collegio sottolinea che “*the legitimate expectation of a bidder for the project would be that they are effective. They can be so only if the Government were bound to them. [...] The rational good faith conclusion is that the government intended the Claimant to rely on these commitments and to be bound*”. Viene quindi protetta la posizione del contraente che in buona fede abbia confidato sulla presenza dello Stato poiché, dal complesso quadro negoziale ed esecutivo, emergeva una *reasonable expectation* ingenerata dalla presenza di pattuizioni, quali alcuni impegni di salvaguardia giuridica, che solo lo Stato avrebbe potuto onorare. Pertanto, “*the government is bound by the contractual commitments that only it could perform*”, lodo, par. 18-19. Con riguardo alle sorti del lodo *Bridas*, si deve tuttavia rilevare che la *US Fifth Circuit Court* ha poi deciso, con sentenza del 9 settembre 2003 (345, 3d, 347), che il Governo turkmeno non poteva essere considerato quale parte contrattuale poiché non aveva sottoscritto l'accordo di *joint venture* che conteneva la clausola compromissoria. In merito, v. W. J. ROSENBERG, *State as Party to Arbitration*, cit., p. 405-409. Nel 2006, però, sempre davanti alla *US Fifth Circuit Court* (447, 3d, 418), il lodo veniva successivamente dichiarato eseguibile nei confronti del Turkmenistan, consentendo il disvelamento del velo societario. Lo Stato aveva, *inter alia*, volutamente sottocapitalizzato la società ed era quindi possibile sollevare il velo societario in considerazione dei comportamenti abusivi messi in atto. Sull'intera vicenda processuale, si rimanda a T. G. NELSON, in *ASA Bull.*, 2006, in particolare, p. 591 ss.

<sup>204</sup> Tribunale arbitrale *The Road Rehabilitation in the State of Utopia*, ICC case n. 9954, lodo finale del 21 dicembre 2001, inedito ma citato da M. BLESSING, in *State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions*, in *Journ. Int., Arb.*, 2005, (il quale sedeva nello stesso collegio arbitrale) e che ha dichiarato la responsabilità dello Stato, pur formalmente estraneo all'accordo controverso, sulla base della reale intenzione delle parti attraverso una lettura complessiva dei termini contrattuali, così come del loro comportamento in fase esecutiva. V. *ib.*, p. 473. Per il tribunale, l'ente firmatario, un'autorità nazionale, aveva il compito di eseguire un progetto autostradale che, secondo il collegio, salvaguardava un interesse strategico statale. Per tale ragione, il tribunale ha ritenuto che l'operazione non dovesse essere qualificata come una mera transazione commerciale (come, a detta del collegio, potrebbe essere una vendita di petrolio o la fornitura di macchinari). In tal senso, il collegio evidenziava le specifiche esenzioni doganali garantite contrattualmente, le licenze concesse per l'utilizzazione di esplosivi, la possibilità di requisire terreni. Lo Stato, per il collegio, risultava quindi il vero *employer*. Nella ricerca della volontà comune delle parti, v. anche Caso *Dow Chemicals*, lodo ICC 23 settembre 1982, deciso dalla Corte d'Appello di Parigi, in *Rev. Arb.*, 1984, p. 98. Tale decisione, invero, si affida anche alla *group of companies doctrine*.

<sup>205</sup> Lodo ICC n. 3879 del 5 marzo 1984, in *YBCA*, 1986, p. 127 ss. Nella sentenza arbitrale, poi riformata dalle corti svizzere, il collegio pone al centro dell'estensione della vincolatività della clausola compromissoria, l'idea dell'apparenza legittima e dell'affidamento che questa crea in soggetti terzi. In merito a tale decisione, v. L. SALAVANESCHI, *op. cit.*, p. 156-159.

<sup>206</sup> In questo tipo di analisi, gli arbitri, specie se di estrazione di *civil law*, tendono a ricostruire e prendere in considerazione l'intera vicenda contrattuale e la posizione dello Stato formalmente estraneo in un

le circostanze rilevanti per stabilire la comune intenzione dei contraenti, le trattative intercorse e i comportamenti delle parti successivi alla conclusione del contratto<sup>207</sup>. In questo senso, la presenza di determinati fattori può valere come accettazione tacita di un contratto<sup>208</sup>. Il grado e l'intensità del supporto o dell'intervento statale nella vicenda contrattuale debbono essere tali che lo Stato sia stato percepito quale effettiva controparte poiché, solo in tal caso, il legittimo affidamento ingenerato nell'investitore risulta meritevole di protezione. Nell'ambito dei contratti di investimento, ad esempio, la presenza di specifici impegni di salvaguardia giuridica, nell'ottica di una valutazione complessiva, possono rappresentare un elemento obiettivo che abbia indotto l'investitore a considerare lo Stato quale *partner* contrattuale poiché la natura di tali obblighi è tale che solo lo Stato potrebbe ottemperarli<sup>209</sup>.

---

arco temporale che inizia nella stessa genesi dell'accordo fino alla fase esecutiva dello stesso e che si indirizza alla verifica di un'accettazione tacita o di una qualche comportamento a tal fine rilevante. In tal senso, v. M. BLESSING, *State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions*, cit., p. 451 e p. 458 in cui, in via generale, l'A. evidenzia come i giuristi di tradizione continentale guardino alla vicenda negoziale nella sua interezza, non escluso l'utilizzo delle *previus drafts* a fini interpretativi, mentre quelli di *common law* tendono invece a disinteressarsi della storia contrattuale.

<sup>207</sup> Rispettivamente, lett. *a* e *b* dell'articolo 4.3, *Principi Undroit*, versione 2004.

<sup>208</sup> Vedi J. F. POUURET, *Comparative law of international arbitration*, Jean-François Poudret et Sébastien Besson, London, 2007, p. 449.

<sup>209</sup> Quest'ultimo aspetto, inoltre, è stato al centro dell'analisi condotta nel lodo *The Road Rehabilitation in the State of Utopia*, in cui, come detto, il collegio ha evidenziato le specifiche esenzioni doganali garantite contrattualmente, le licenze concesse per l'utilizzazione di esplosivi, la possibilità di requisire terreni. Per il tribunale, in conseguenza di tali impegni, lo Stato risultava il vero *principal*. Anche nel lodo *Bridas SAPIC, Bridas Energy International Ltd and International Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turmekistan and Concern Balkanbebitgazsenagat*, come visto, per il collegio, dal complesso quadro negoziale ed esecutivo, emergeva una *reasonable expectation* ingenerata dalla presenza di pattuizioni, quali alcuni impegni di salvaguardia giuridica, che solo lo Stato avrebbe potuto onorare. Pertanto, "*the government is bound by the contractual commitments that only it could perform*", lodo, par. 18-19. *Contra*, con riferimento alla valenza degli impegni di stabilizzazione giuridica, il lodo del 14 luglio 1987, nella disputa *Amoco International Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran*, lodo emesso in seno al Tribunale arbitrale Iran-USA, in 27 *I.L.M.*, 1988. La sottostante controversia riguardava il Khemco Agreement, concluso nel 1966 tra una società americana ed un ente pubblico statale, la *National Petrochemical Company* ("NPC) che era stata autorizzata alla stipula dell'Accordo (lo riferisce E. PAASIVIRTA, *Partecipation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit, p. 10), per la costituzione di una *joint venture* (la società Khemco) successivamente espropriata dal governo iraniano. L'accordo in questione (c.d. *Khemco Agreement*) conteneva anche un obbligo di intangibilità ai sensi del quale nessuna misura avrebbe potuto annullare, emendare o modificare l'accordo se non per mutuo consenso di Amoco e NPC. Secondo il tribunale, non si era in presenza di una vera e propria clausola di intangibilità poiché quest'ultima presupponeva che i relativi impegni fossero stati espressamente assunti dallo Stato, mentre la norma dell'accordo si limitava a stabilire che "*(m)asures of any nature to annul, amend or modify the provisions of this Agreement shall only be made possible by the mutual consent of NPC and AMOCO*". Cfr., M. PELLONPÄÄ, M. FITZMAURICE, *Taking of property in the practice of the Iran-United States Claims Tribunal, NYIL*, 1988, p. 68. Nelle sue difese, la società americana aveva sostenuto che il riferimento contrattuale a "*masures*", in quel contesto, non potesse che riferirsi a misure legislative o amministrative e che, quindi, la clausola non era altro che un impegno di intangibilità vincolante in capo al governo iraniano. Secondo il tribunale, invece, le misure di cui alla clausola riguardavano tutte quelle che misure che potevano essere adottate solo per mezzo della volontà comune di AMOCO e di NPC e nessuno dei due contraenti aveva invece alcun potere di adottare misure amministrative né, tanto meno, legislative. Il fatto che ogni modifica dovesse essere concordata tra AMOCO e NPC non presupponeva affatto che il governo iraniano avesse assunto un

La rilevanza delle clausole di stabilizzazione porta a richiamare anche la natura stessa del contratto e, in effetti, più un contratto ha natura commerciale e minori probabilità potrebbero esserci per attendersi un qualche coinvolgimento –effettivo– da parte dello Stato. Per contro, se la natura e l’oggetto del contratto si indirizzano a soddisfare interessi o beni pubblici potrebbe essere più qualificata l’individuazione dello Stato quale presenza dietro le quinte di un accordo.

Ad ogni modo, tali elementi non sono fattori decisivi per concludere che lo Stato sia coinvolto contrattualmente<sup>210</sup> dal momento che una tale conclusione può essere raggiunta dopo un’attenta lettura di ogni elemento utile a ricomporre il mosaico che si sia obiettivamente materializzato<sup>211</sup> e per come questo si sia concretamente risolto nell’ingenerare un consenso implicito su cui il contraente privato abbia fatto legittimo affidamento.

In concreto, sono diversi i principi di diritto comune in tal senso invocati, quali l’abuso del diritto, la frode alla legge oppure, sulla base della legge applicabile allo statuto personale dell’ente e all’agire rappresentativo, possono venire in rilievo istituti quale quella di

---

obbligo di intangibilità, visto e considerato che quest’ultimo non era nemmeno parte dell’accordo Khemco. Pertanto, il contratto non conteneva alcuna clausola di intangibilità propriamente detta<sup>209</sup>. In merito, sono interessanti le argomentazioni espresse dall’arbitro dissenziente<sup>209</sup>. Per l’arbitro BROWER, sebbene l’Iran non avesse formalmente preso parte all’accordo, tale rilievo non risultava decisivo per escludere che non avesse assunto degli obblighi di salvaguardia nei confronti della società americana. Analizzando l’intero accordo egli rilevava, anzitutto, che una volta che il contratto fosse stato ratificato dal Comitato Congiunto Economico e Finanziario del parlamento iraniano, *such ratification shall be considered acceptance by the Government of all obligations of the Government* (art. 2, par. 2 dell’Accordo Khemco). Era quindi necessario che il contratto venisse approvato dal Consiglio dei Ministri e che ricevesse ratifica da parte del parlamento iraniano. La ratifica si sarebbe quindi risolta nell’accettazione delle obbligazioni governative da parte del governo (come anche ogni agevolazione e beneficio per l’investitore sulla base della legge sugli investimenti stranieri. Pur assente ogni altro riferimento al governo iraniano in altre disposizioni dell’accordo, per l’arbitro dissenziente non si poteva non ritenere dissenziente, che la clausola di intangibilità non dispiegasse i suoi effetti vincolanti nei confronti del governo. Infatti, il riferimento a “*(m) easures of any kind to annul*” implicava –necessariamente– una *sovereign action*” e, risolvendosi in una tipica *obligation of the government*, vincolava lo Stato iraniano dal momento che “*the adjudicative task is to determine on the basis of the entire record whether the sovereign undertook a binding legal obligation*”. V. *Concurring Opinion of Judge Brower*, parr. 1-32, in 27 *I.L.M.*, 1988, p. 1391 ss..

<sup>210</sup> Parte della dottrina ritiene che se la sottoscrizione di un accordo rientra in un progetto che si riverbera a beneficio della collettività, o se uno Stato conferisca ad un ente il potere di esercitare una funzione di cui lo stato sia il titolare, è ragionevole supporre che la controparte straniera identifichi quell’ente con lo Stato. In tal senso, V. M. BLESSING, *op. cit.*, p. 472. L’affidamento viene tuttavia protetto nella misura in cui sia incolpevole ed indotto per effetto di precisi elementi concreti. A tal fine, la natura del contratto non sembra essere un elemento decisivo in tal senso. Per quanto un progetto possa risultare di interesse pubblico, in assenza di precisi impegni contrattuali, non si vede come questo possa essere sufficiente ad ingenerare un affidamento che possa oltrepassare *the privity of contract*. Sotteso a tale rilievo sembra di cogliere, in un certo qual modo, una variante della *group of companies doctrine* in cui alla beneficiaria-*holding* di un gruppo societario, viene sostituito il beneficiario-Stato stante la natura pubblica degli accordi. In ogni caso, è indubbio che per quanto la costruzione di una rete autostradale possa essere di rilevanza pubblica, i sottostanti contratti possano essere di natura commerciale.

<sup>211</sup> Cfr. il quadro in tal senso offerto da M. BLESSING, *State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions*, cit., p. 467-469.

rappresentanza apparente o di *agency*<sup>212</sup>. Ma, alla fine, il principio di diritto sostanziale alla luce del quale l'interprete compie tale verifica è pur sempre quello di buona fede che, in tali casi, si risolve nel proteggere l'affidamento incolpevole di un contraente in una “*evaluation of the parties objectively fair and subjectively reasonable expectations*”<sup>213</sup>.

### 6.2.2. *Group of companies doctrine*

Con riguardo all'estensione del consenso arbitrale, occorre infine richiamare la dottrina del *piercing of corporate veil*, vale a dire il superamento dello schermo societario in casi di abuso. La prassi arbitrale ha infatti applicato la *group of companies doctrine* per poter estendere il consenso compromissorio –e quindi il consenso contrattuale- a tutti o ad alcuni dei membri di un gruppo societario, facendo eccezionalmente venir meno la personalità distinta dell'ente formalmente firmatario<sup>214</sup>. La *group of companies doctrine* ha trovato originariamente applicazione nei rapporti tra una società *holding* ed una sua partecipata, anche se gli esiti conseguenti all'applicazione di tale teoria, da parte delle giurisprudenze nazionali, sono stati comunque differenti e la tendenza prevalente, a livello comparato, è quella di applicarla con una certa ritrosia<sup>215</sup>. E per quanto è di nostro interesse, l'*alter ego doctrine* ha poi trovato terreno d'applicazione anche al di fuori della fattispecie del gruppo societario, ed è

<sup>212</sup> In proposito, si noti che la teoria inglese e nord americana dell'*agency* estende gli effetti dell'atto in modo tendenzialmente più ampio rispetto, ad esempio, alla disciplina italiana della rappresentanza. In merito, si rinornerà tra breve. V. anche SAINTIER, *Commercial agency law: a comparative analysis*, Liverpool, 2002, p. 49.

<sup>213</sup> V. M. BLESSING, *op. cit.*, p. 446, il quale, oltre a richiamare l'istituto dell'*estoppel*, colloca nel principio della buona fede tutte le diverse teorie elaborate per diluire il principio del fondamento consensuale di un rapporto obbligatorio che, a seconda del grado di coinvolgimento, vanno dalla *Instrumentaltheorie*, alla teoria *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen* o della *Einheitstheorie*. In merito, v. anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 209, *sub nota* 192.

<sup>214</sup> In generale, v. P. FERRARIO, *The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: is There Any Reason for this Doctrine to Exist?*, in *Jour. Int. Arb.*, vol. 26, 2009, p. 647-673; N. RUBINS, *Group of Companies Doctrine and the New York Convention*, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: the New York Convention in Practice*, (a cura di Gaillard- Di Pietro), p. 449-479, 2008. W. STEPHAN, S. LAURENCE, A. MICHAEL, *The "Group of Companies Doctrine": Where Is It Heading?*, in *Am. Review of Int. Arb.*, 2006, p. 73-88. Con riferimento alla giurisprudenza inglese, v. invece W. PATIL, *Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 435-443; J. LEADLEY, W. FARM, *There is no Group of Companies Doctrine in English Law*, in *Int. Arb. Law Review*, 2004, p. 111-114.

<sup>215</sup> Oltre che essere stata elaborata in ambito economico e poi trasposta in ambito giuridico, tale teoria ha trovato terreno fertile di discussione proprio nell'ambito del diritto arbitrale, soprattutto per opera della giurisprudenza francese, mentre molti ordinamenti, come quello inglese o italiano, la applicano con una certa ritrosia. Vedi J. F. POUURET, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 229; L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 159. Ad esempio, nella sentenza della Corte d'Appello di Parigi (21 ottobre 1983, in *Rev. Arb.*, 1984, p. 98 ss.) che conferma il lodo *Dow Chemical* del 23 settembre 1982, in *YCA*, 1984, p. 131 ss. Qui, l'estensione del vincolo arbitrale alle altre società e alla *holding* del gruppo, viene motivata sia in ragione della realtà economica unitaria del gruppo, sia sulla base dei documenti e della vicenda negoziale. Per un approfondimento in merito, si rimanda, ancora una volta, a L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 153-156.

stata applicata per l'analogia riscontrabile –quanto a dipendenza economica e condivisione di interessi- nella rapporto tra una società *holding* ed una sua partecipata, da un lato, e lo Stato ed una *State-entity*, dall'altro<sup>216</sup>. L'ambito di applicazione, in particolare, ha riguardato la possibilità di poter vincolare lo Stato ad una convenzione arbitrale stipulata da una *State-entity*, e viceversa<sup>217</sup>.

Tuttavia, quand'anche venga ammesso, il ricorso al “disvelamento” viene applicato in via eccezionale quando occorra contrastare comportamenti abusivi o fraudolenti che emergano dalla specifiche circostanze concrete. La cautela nell'applicare tale teoria, che determina il superamento della personalità giuridica, deriva quindi dalla stessa ragione sottesa al suo utilizzo, ovverosia una teoria nata come “*an exceptional remedy for sanctioning serious abuse*”<sup>218</sup>.

### 6.3. Conclusioni: ambito soggettivo di un contratto tra consenso e affidamento

Alla luce dell'esposizione svolta negli ultimi paragrafi, è possibile trarre delle considerazioni conclusive di carattere generale (che risulteranno poi funzionali alla parte finale della trattazione relativa all'ambito soggettivo delle *umbrella clauses*).

---

<sup>216</sup> In favore di un'applicazione analogica si sono orientati FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, p. 296. *Contra*, P. LEBOULANGER, *Grouper d'E'tat(s) et arbitrage*, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 415; J. F. POUURET, *Comparative law of international arbitration*, cit., p. 231.

<sup>217</sup> In tal senso, è di particolare interesse la sentenza del 2006 riguardante l'esecuzione del lodo *Bridas*, in cui si richiamano tutti i fattori presi in considerazione, dalla giurisprudenza americana, per estendere il contratto in caso di un fenomeno di gruppo, applicato alla relazione Stato ed ente. V. T. G. NELSON, cit. Non sono mancati casi, inoltre, in cui tale teoria sia stata esplicitamente applicata per ritenere lo Stato responsabile della violazione di standard di trattamento previsti da un BIT, come sostiene A. M. HARB con riferimento al lodo e alla decisione di annullamento emessi nella controversia ICSID, *Wena Hotels Ltd. v. Egypt*: “*it seems with clear implication that both the Tribunal and the Committee adopted the alter ego doctrine in their findings without providing any relevant justification for this attitude*”, in *The Wrongful Acts Of Independent State Entities and Attribution to States In International Arbitration*, p. 6, consultabile al sito: [http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Asser\\_Harb\\_Attribution\\_To\\_States.pdf](http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Asser_Harb_Attribution_To_States.pdf). Non è questa la sede, inoltre, per considerazioni generali relativi alla teoria dell'emanazione e all'applicabilità dell'*alter ego* doctrine quando si tratti di dover aggredire i beni di un'entità separata dallo Stato. Per tali aspetti, non si può che rimandare a L. RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano, 1992, spec. p. 231 ss. In merito, v. anche F. PIETRANGELI, *L'esecuzione su beni di entità separate dello Stato straniero, in forza di sentenza arbitrale emessa nei confronti di quest'ultimo, anche alla luce della Convenzione di Codificazione delle Nazioni Unite sulla Immunità Giurisdizionale degli Stati e dei loro beni*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 443 ss..

<sup>218</sup> E non certo per rettificare “*post factum errors of judgment in the choice of a contractual partner*”. Così, J. F. POUURET, *Comparative law of international arbitration*, cit., per il quale la teoria del *group of companies* ha fin'ora fallito proprio per il fatto di essere stata invece ricostruita in termini “eccessivi”, p. 228-230. Critico anche P. LEBOULANGER, *ult. op. cit.*, p. 442.

In primo luogo, sulla base della legge applicabile allo “*statut personell*” dell’ente in rilievo, elementi quali l’autonomia giuridica e finanziaria di un ente<sup>219</sup>, per quanto pertinenti, non risultano decisivi per escludere che un ente possa aver agito quale *alter ego* dello Stato, così come potrebbe non essere conclusivo –nella direzione opposta- che un determinato contratto (specie se di natura commerciale) sia stato assunto da un organo dello Stato.<sup>220</sup>

In secondo luogo, l’indagine condivisa dalla prassi è quella finalizzata alla ricognizione di quale sia la volontà comune delle parti in causa.

Ad un estremo, troviamo decisioni che ritengono di doversi rigorosamente ancorare al dato letterale dei testi negoziali (*Yashlar*, sentenza francese *Pyramid*, sentenza svizzera *Westland*). All’altro estremo opposto, vi sono decisioni (*Bridas*, *Railroad Uthopia*, lodo *Westland*) che adottano un’interpretazione basata sul c.d. “*appropriate result test*” e che considerano ogni elemento in grado di disvelare la reale volontà delle parti, così come ogni circostanza obiettiva che possa aver indotto un affidamento incolpevole meritevole di tutela. Un organo dello Stato od un ente autonomo possono certamente aver agito quale *arm of the State* ma, in tali casi, la teoria dell’emanazione o dell’*alter ego doctrine* hanno mostrato una valenza apprezzabile più sul piano teorico che pratico (anche se, ad ogni modo, spetterà alla *lex societatis* stabilire se le “*leveé du voile*” sia consentita).

Nella prassi, l’estensione della compagine soggettiva di un contratto (e della relativa clausola arbitrale) viene più comunemente ammessa facendo ricorsi all’apparenza legittima e

---

<sup>219</sup> In tal senso, il c.d. BÖCKSTIEGEL test, in base al quale il dato di partenza è sicuramente dettato dalla personalità giuridica dell’ente in rilievo, in *Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice, Arbitration International*, cit., p. 195 ss. Vedi anche E. PAARSIVITA, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, cit., p. 12. Specularmente, per identificare lo Stato, non è sufficiente che lo stesso controlli l’ente in questione per estendere una convenzione arbitrale. Il controllo statale si potrebbe concretizzare in una mera *supervision authority*. In generale, per quanto sia difficile trarre valutazioni conclusive con riferimento ad enti a partecipazione statale e sottoposti a forme di ingerenza governativa, ma comunque con distinta personalità giuridica, basti pensare alla *National Iranian Oil Company* (NIOC). Nella prassi sono stati espressi giudizi contrastanti. Per il lodo emesso dal tribunale Iran-USA *Oil Field of Texas Inc. v. The Islamic public of Iran et al.*, del 12 dicembre 1982. Per tale decisione, la NIOC “*was an agent of the State*” e, in merito, si evidenziava che tutto il capitale della società fosse in mano statale, che la sua funzione –sin dalla sua istituzione nel 1951- fosse quella di provvedere alla gestione delle risorse naturali nazionali e che l’azionista fosse sempre stato rappresentato dal primo ministro e da un gabinetto ministeriale. V. PAARSIVITA, *State participation*, cit., p. 12. Nello stesso senso, prima ancora, il lodo *Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company*, del 15 marzo 1963, in *I.L.R.*, 136, p. 184. E ancora, la Corte distrettuale dell’Aja, con sentenza del 15 aprile 1965, *Cabotent N.V. v. NIOC*, dichiarava l’immunità dalla giurisdizione di NIOC in virtù della sua qualità di organo di stato (in *I.L.M.*, 1966, p. 477 ss.). Tuttavia, quest’ultima sentenza veniva poi annullata in secondo grado, con decisione del 28 novembre 1968, sostenendo, al contrario, che NIOC non fosse interamente controllata dal governo iraniano (in *I.L.M.*, 1970, p. 158). In merito, v. anche DAVID, *op. cit.*, p. 90.

<sup>220</sup> Per richiamare il lodo *Yashlar*, “*while governmental control of the trading entity does not justify one in identifying it with its government, its separate legal existence under its own law does not mean that it cannot in any circumstances be identified as acting in a particular transaction as the organ, arm or alter ego of the State or Government*”. V. par. 564-565, lodo.

all'affidamento che questa possa aver ingenerato<sup>221</sup>. Infatti, vengono maggiormente richiamati istituti sostanziali quali quello di rappresentanza apparente o di *agency* per mezzo dei quali l'apparenza non prevale sulla realtà a meno che, sulla base di specifiche circostanze e di particolari comportamenti tenuti dalle parti, il terzo, senza colpa e in buona fede, sia stato indotto a tener conto di una manifestazione non corrispondente alla realtà. In tal caso, gli effetti giuridici del negozio vengono fatti ricadere in capo al rappresentato apparente (o al *principal*).

Alla luce di quanto detto, l'analisi cui sono chiamati gli interpreti per ricostruire la volontà negoziale è un *case by case assessment* che non può che risolversi se non alla luce di ogni singolo caso concreto. E' ciò è dimostrato dalle decisioni diametralmente opposte raggiunte nel caso *Bridas e Yashlar* che pure si basavano su circostanze giuridiche e fattuali simili<sup>222</sup>. Solo nel primo lodo sono stati ritenuti decisivi, per individuare lo Stato quale effettivo committente, elementi quali l'assegnazione della licenza di estrazione petrolifera, la procedura di gara internazionale<sup>223</sup> e gli impegni di salvaguardia giuridica contrattuali (quali garanzie di esenzione doganale, fiscale o valutaria o l'oggetto pubblico del contratto)<sup>224</sup>.

La prassi del commercio internazionale, dunque, procede ad un'analisi complessiva che si articola in due direzioni. Con riguardo ad una valutazione propriamente giuridica, si considera lo statuto personale dell'ente e la sua autonomia patrimoniale. Con riguardo ad una valutazione fattuale, invece, viene presa in considerazione ogni circostanza utile ad appurare la reale e comune volontà delle parti e, quindi, se vi sia stata un'accettazione tacita o dei comportamenti qualificanti che possano aver rappresentato una realtà a cui la controparte abbia fatto incolpevolmente affidamento<sup>225</sup>. Senza contare che, in casi di abuso, si potrebbe disvelare lo schermo giuridico di una società indipendente che pur abbia formalmente assunto *-ab initio-* un rapporto contrattuale in nome proprio.

Pertanto, la titolarità di un rapporto obbligatorio in capo allo Stato può sussistere per effetto di una valutazione complessiva tesa alla ricostruzione della volontà negoziale e di ogni circostanza che possa semmai aver ingenerato un legittimo affidamento nella presenza dello Stato quale effettiva controparte contrattuale nella vicenda.

Sebbene non sia possibile generalizzare, perché ogni caso deve essere valutato a sé, alla luce degli strumenti e delle nozioni di cui ciascun ordinamento dispone e in base alle precise

---

<sup>221</sup> In altri termini, un privato avrà maggiori probabilità di dimostrare che l'ente abbia agito in rappresentanza e per conto dello Stato e che vi siano stati elementi obiettivi che lo abbiano ragionevolmente indotto a ritenere che lo Stato si stesse obbligando, piuttosto che a vedersi tutelare per mezzo della sola *alter ego doctrine*. W. J. ROSENBERG, *State as Party to Arbitration*, cit., p. 405.

<sup>222</sup> Trattandosi, in entrambi i casi, di due contratti di *joint ventures* relativi ad una concessione petrolifera stipulati da un ente turkmeno con società argentine.

<sup>223</sup> Giudica irrilevante l'assegnazione per gara pubblica, ad esempio, il lodo *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction*, cit..

<sup>224</sup> In merito, v. anche J. W. ROSENBERG, *State as Party to Arbitration*, cit., p. 393-398.

<sup>225</sup> Cfr. M. BLESSING, *op. cit.*, p. 482.

“sensibilità” degli arbitri o dei giudici chiamati a decidere, ciò che occorre sottolineare, e condividere, è che molto spesso nessuno degli elementi che vengono in rilievo nell’analisi dell’ambito soggettivo di una convenzione arbitrale (quali qualifica di organo statale, la personalità distinta dell’ente, il grado di controllo statale, l’oggetto e la natura dell’accordo, il comportamento delle parti, come anche specifiche previsioni pattizie di stabilizzazione giuridica), possa risultare decisivo se preso singolarmente<sup>226</sup>.

In ogni caso, la direttrice lungo la quale ci si muove, per estendere allo Stato un contratto cui sia formalmente estraneo, è rappresentata dall’applicazione di principi di diritto comune tesi a ricostruire la volontà comune delle parti, anche implicita qualora questa si sia oggettivamente esteriorizzata e qualora si sia rappresentata un’apparenza su cui la parte privata possa aver fatto legittimo affidamento. In questo senso, considerazioni attinenti a questioni di sovranità, di immunità o di *puissance publique* non risultano decisive per disvelare “*the true intentions of parties*”<sup>227</sup>. Infatti, anche nell’ambito di quegli orientamenti che tendono ad estendere il consenso contrattuale e ad oltrepassare il principio di relatività degli effetti obbligatori di un contratto, l’attività interpretativa svolta è sempre finalizzata a ricostruire la volontà negoziale. Pertanto, seguendo l’ottica privatistica tipica dell’arbitrato commerciale internazionale, l’indagine che consente di andare oltre la distinta personalità giuridica del soggetto firmatario ed il dato letterale dei testi contrattuali è un’indagine complessa, anche di natura fattuale, in cui l’accertamento del consenso implicito procede comunque in via rigorosa, come il principio della relatività degli effetti obbligatori di un contratto impone.

## 7. La delimitazione dell’ambito soggettivo di un impegno *umbrella*

Per avviarci a rassegnare le dovute conclusioni con riferimento all’ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, non resta che ripercorrere la tesi che ritiene che quest’ambito debba essere individuato facendo ricorso alle regole di attribuzione previste dal diritto internazionale. Poi, si tratterà di considerare tali regole e la natura della relazione esistente tra le norme *umbrella* ed i sottesi rapporti contrattuali.

---

<sup>226</sup> In questo senso, nel lodo, riportato da BLESSING, si sottolinea come nessuno di questi elementi presi singolarmente abbia un’efficacia decisiva, ma che è la lettura complessiva degli stessi a poter disvelare l’effettivo coinvolgimento dello Stato nella vicenda contrattuale. V. lodo, par. 17. Esemplificativo, inoltre, quanto rileva A. F. M. MANIRUZZAMAN, *The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreement, An Appraisal of some Fundamental Aspects*, cit., p. 276, per il quale “*the identification of the investor’s contractual counterpart as a State, or the involvement of the State in or its influence over the State enterprise as the party, is in many cases far from certain. However, the State may be identified through its State enterprise by using various criteria such as appearance of representation, public power prerogatives, control, etc. Despite the many different ways in which a State may be present in a contract, the formal identification of the State as a contract partner may sometimes be a difficult undertaking when the State itself does not appear as a party on the scene*”.

<sup>227</sup> J. W. ROSENBERG *op. cit.*, p. 405.



### 7.1. La tesi in favore dell'applicabilità dei criteri di attribuzione previste dal Progetto Finale e Stato quale soggetto di diritto internazionale: critiche

Come anticipato, tale orientamento ritiene che “*the act of undertaking the obligation*” rappresenti, agli effetti di una *umbrella clause*, un comportamento valutabile dal diritto internazionale ed attribuibile allo Stato sulla base dei criteri previsti dal Progetto Finale<sup>228</sup>. La tesi in esame viene supportata in ragione di diverse argomentazioni.

In primo luogo, viene richiamato un passo del Commentario del Progetto Finale, relativo all'articolo 4, che dovrebbe confortare l'assunto per cui la stipula di un contratto è *–ex se–* un atto che deve essere attribuito allo Stato sulla base dei criteri di imputazione previsti dal diritto internazionale. Precisamente, viene richiamato il passaggio in base al quale “*the entry into or breach of a contract by a State organ is nevertheless an act of the State for purpose of article 4*”<sup>229</sup>.

Tuttavia, nelle note richiamate a margine di tale esegesi, lo stesso Commentario indica due casi decisi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ovvero il caso *Swedish Engine Drivers' Union*<sup>230</sup> e quello *Schmidt and Dahlström*<sup>231</sup>, entrambi contro la Svezia. Nelle due decisioni, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva rilevato che la sottoscrizione –e la mancata sottoscrizione– da parte di un ufficio governativo di un contratto collettivo nazionale di lavoro, con alcune soltanto delle rappresentanze sindacali (illegittima e contraria agli articoli 11 e 14 della CEDU per i ricorrenti), fossero comportamenti che potevano essere valutati alla luce della Convenzione. Per la Corte, lo Stato, nella sua veste di datore di lavoro, è sottoposto agli obblighi convenzionali dal momento che tale trattato non opera alcun distinguo tra le prerogative dello Stato in quanto detentore di *imperium* e la responsabilità dello Stato in quanto datore di lavoro; e ciò, sia che le relazioni attengano al diritto pubblico, sia si caratterizzino come relazioni di diritto privato<sup>232</sup>. Dalle due sentenze citate dal Commentario non pare di poter ricavare il principio in base al quale la sottoscrizione di un contratto, da

<sup>228</sup> Secondo GALLUS, che è colui che sviluppa maggiormente questa tesi, “*to establish that a state breaches an obligation observance clause through the sub state entity's failure to observe its obligations, a claimant will therefore need to apply the rules in ILC Articles, 4, 5 and 8 to both the act of entering the obligation and the act of breach*”. *op. cit.*, p. 168. T.W. WALDE, inoltre, sostiene che “*if a State enterprise [...] has entered into a contract, and if this contract, or rather contractual relationship, can be attributed, from entry to the end, to the State, then the State has entered into a commitment and is obliged to respect it*”. *Ult. op. cit.*, p. 397.

<sup>229</sup> Par. 6 del Commentario all'articolo 4.

<sup>230</sup> Sentenza della Corte del 6 febbraio 1976, in *E.C.H.R.*, Serie A, n. 20, 1976.

<sup>231</sup> Sentenza della Corte del 6 febbraio 1976, *E.C.H.R.*, Serie A, n. 21, 1976.

<sup>232</sup> Cfr. par. 33 della sentenza *Schmidt and Dahlström v. Sweden* e par. 37 della sentenza *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*. In merito, v. M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1997, p. 211.

parte di un organo, costituisca un comportamento equivalente – *per se*- ad un “*act of State*” e che, a tal fine, l’attribuzione della titolarità di un tale contratto debba essere fatta sulla base del criterio previsto dall’articolo 4 del Progetto Finale. Piuttosto, ci sembra più corretto leggere tale passaggio nel senso che la stessa assunzione di un contratto, come anche la sua violazione, possano concretizzare un illecito internazionale. In altri termini, anche un atto di tipo privatistico, come un impegno negoziale pur retto da un ordinamento interno, può essere apprezzato quale comportamento in grado di poter violare, a certe condizioni, una norma internazionale, determinando la responsabilità internazionale dello Stato<sup>233</sup>. Ci pare che il passo del Commentario altro non dica se non che, per affermare l’avvenuta violazione di un obbligo internazionale e, quindi, la responsabilità internazionale dello Stato, sia irrilevante la natura –privatistica o pubblica- dell’atto lesivo posto in essere e che uno Stato possa violare un obbligo internazionale anche solo sottoscrivendo un accordo di diritto interno.

A sostegno di tale tesi viene poi citato il lodo *Encana v. Ecuador* e, in particolare, tale passaggio: “*The Respondent did not deny that the entering into Participation Contracts [...] the conduct of Petrocuador as a State-owned and State-controlled instrumentality is attributable to Ecuador for the purpose of the BIT [...]. Thus the conduct of Petroecuador in entering into, performing and renegotiating the participation contracts [...] is attributable to Ecuador. It does not matter for this purpose whether this result flows from the principle stated in Article 5 of the ILC’s Article of the ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally wrongful Acts or that stated in Article 8. The result is the same*”<sup>234</sup>. In effetti, è vero che qui vi si afferma che Petroecuador, di proprietà e sotto il controllo dello Stato ecuadoregno, abbia agito in nome e per conto dello Stato nella sottoscrizione, esecuzione e rinegoziazione del contratto, ma tale affermazione deve necessariamente essere inserita nel contesto della controversia. Nella sua domanda di arbitrato la società ricorrente Encana Corporation aveva invocato la violazione del BIT da parte dell’Ecuador poiché quest’ultimo, tramite le decisioni emanate dalle proprie autorità fiscali, ossia il *Servicio de Rentas Internas* (SRI), aveva bloccato il rimborso dell’IVA con riferimento a quattro contratti di estrazione petrolifera stipulati da due società, controllate dalla società ricorrente, con l’ente statale

---

<sup>233</sup> La lettura dell’intero paragrafo 6 del Commentario all’articolo 4, che riguarda la responsabilità internazionale dello Stato conseguente alla violazione di un obbligo internazionale da parte, appunto di un organo statale, sembra confermare tale ricostruzione quando chiarisce che “*it is irrelevant for the purpose of attribution that the conduct of State organ may be classified as “commercial” or as “acta iure gestionis”. Of course that breach by a State of a contract does not as such entail a breach of international law. Something further is required before international law becomes relevant, such as denial of justice by the courts of the State in proceedings brought by the other contracting party. But the entry into or breach of a contract by a State organ is nevertheless an act of the State for purpose of article 4, and it might in certain circumstances amount to an internationally wrongful act*”.

<sup>234</sup> V. par. 154 del lodo. Ritiene che il lodo in questione attribuisca la titolarità del contratto allo Stato sulla base delle regole attributive del Progetto anche P.M. BLYSCHAK, *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract versus Breaches of Treaty*, cit., p. 618.

Petroecuador<sup>235</sup>. Con riguardo alla *status* di Petroecuador, inoltre, la legge sugli idrocarburi del 1993 stabiliva che i contratti di partecipazione petroliferi venivano “*entered into by the State, through Petroecuador, by which it delegates to the contractor, subject to the provisions of number one, Article 46 of the Political Constitution of the Republic, the power to explore and exploit hydrocarbons in the contract area*”<sup>236</sup>. Era la stessa legge, quindi, a prevedere che tali contratti venissero conclusi dall’ente statale in nome e per conto dello Stato e per effetto, quindi, di rappresentanza *ex lege*<sup>237</sup>. Dal momento che l’autorità statale SRI aveva bloccato il rimborso dell’IVA, motivando il mancato compenso sul presupposto che l’ente statale Petroecuador avesse già provveduto a garantire tali somme attraverso la rinegoziazione del c.d. *Tarapoa X factor*<sup>238</sup>, la società ricorrente riteneva che l’Ecuador non avesse onorato l’esenzione fiscale e il divieto di espropriazione confiscatoria garantiti dal trattato bilaterale in essere tra Ecuador e Canada<sup>239</sup>.

Tale controversia non ha, allora, né trattato, né deciso alcuna *contract claim* invocata per effetto di un’*umbrella clause*, ma semplici violazioni di un trattato bilaterale in cui, tra l’altro, non era presente alcuna *observance of undertaking commitment*. L’analisi condotta dal collegio, quindi, riguarda semplici *free standing treaty claims* valutate alla luce di comportamenti di natura espropriativa, assunti da SRI e da Petroecuador, e concretizzatisi, pacificamente, nella violazione del BIT. Tali comportamenti illeciti non potevano che essere attribuiti allo Stato per effetto dell’indiscutibile applicazione dei criteri previsti dal Progetto Finale<sup>240</sup>. Pertanto, il tribunale arbitrale non ha fatto altro che attribuire allo Stato “*the expropriation of contractual rights*” posta in essere dall’autorità fiscale SRI e dall’ente statale Petroecuador<sup>241</sup>, per pacifica imputazione allo Stato di una *free standing treaty violation* compiuta da enti per i quali lo Stato era tenuto –internazionalmente- a rispondere.

Sempre a sostegno della tesi in esame, viene evidenziato che nel collegio del lodo *Encana v. Ecuador* sedeva proprio l’ultimo Relatore del Progetto Finale. Tuttavia, Crawford, in suo scritto del 2008, come già si è avuto modo di chiarire più volte, esprime tutt’altra posizione. Il Relatore Speciale sostiene, anzitutto, che “*the mere fact that acts of separate entities may be*

<sup>235</sup> Par. 23 del lodo.

<sup>236</sup> Cfr. par. 26 del lodo.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> Per effetto della relativa legge, tali *participation contracts* prevedono che le società private assumano tutti i rischi connessi all’esplorazione e all’estrazione, come anche tutti i costi e le spese, ricevendo, quale controprestazione, una percentuale del petrolio estratto, calcolata sulla base di determinati “*participation factors*” fissati a seconda della quantità di petrolio estratta (vedi par. 26 del lodo).

<sup>239</sup> Di cui, rispettivamente, agli articoli XII ed VIII del BIT in rilievo.

<sup>240</sup> Anche A. NEWCOMBE, L. PARADELL, pur favorevoli all’applicazione dei criteri previsti dal Progetto Finale con riferimento all’ambito soggettivo delle *umbrella clauses*, ritengono che tale controversia riguardi la “semplice” violazione degli standard di trattamento previsti dal trattato. V. *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 462-463.

<sup>241</sup> L’ente Petroecuador, nel supervisionare l’esecuzione del contratto e la successiva rinegoziazione, aveva infatti agito su istruzioni e sotto l’autorità governativa, espropriando le situazioni patrimoniali di natura contrattuale della società ricorrente. Cfr. parr. 192-193.

*attributable to the state in particular cases does not mean that the contracts of such entities are state contracts*<sup>242</sup>. Crawford, inoltre, nell'esaminare la possibilità che un'istanza arbitrale possa decidere semplici *contract claims* per effetto di un'ampia clausola compromissoria, sostiene che “[t]he issue of attribution arises when it is sought to hold a state responsible for some breach of an international obligation. The problem here concerns jurisdiction, not merits; the formation of a secondary agreement to arbitrate, not the breach of a primary obligation concerning the protection of investments the question of the scope of a commitment to arbitrate made by the State is a matter of interpretation and has nothing to do with attribution. International law does not treat separate entities with their own legal personality as part of the State for all purposes”<sup>243</sup>.

Il Relatore, oltre a contestare l'applicazione eccessiva dei criteri attributivi previsti dal diritto internazionale, *rectius* al di fuori del loro specifico ambito di applicazione<sup>244</sup>, afferma chiaramente che non sia possibile definire l'ambito soggettivo di una *umbrella clause* mediante tali criteri poiché “international law does not treat separate entities with their own legal personality as part of the State for all purposes”<sup>245</sup>.

Il Relatore mette quindi in evidenza la differenza che sussiste tra un'attività tesa all'interpretazione di una volontà negoziale e l'attribuzione di responsabilità. “The question of the scope of a commitment to arbitrate made by the State is a matter of interpretation and has nothing to do with attribution”<sup>246</sup>. L'opera di attribuzione di una condotta materiale (attiva od omissiva) al soggetto Stato, su cui grava il rispetto del diritto internazionale, è quindi un'indagine del tutto diversa dalla ricostruzione della titolarità di un rapporto giuridico e, al cui fine, occorre appurare quali soggetti si siano effettivamente obbligati contrattualmente e abbiano preso parte, e in che modo, alle relative attività negoziali o all'esecuzione del contratto. Per il Relatore Speciale, inoltre, una *umbrella clause* “is an extra mechanism for the enforcement of claim, but the basis of the transaction remains the same”<sup>247</sup> poiché “an international obligation to observe the investment contract [...] does not convert the contract into a treaty or change its applicable law”. Difatti, nello stesso lodo *SGS v. Phillipines*, in cui CRAWFORD sedeva quale membro del collegio arbitrale, si afferma che un impegno *umbrella* “does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of

<sup>242</sup> J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 356.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 363.

<sup>244</sup> Poiché “the issue of attribution arises when it is sought to hold the state responsible for some breach of international obligation, including one arising under a substantive provision of a BIT”. *Ib.*, p. 362.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 369, dove il Relatore Crawford prende espressamente posizione contro la conclusione cui era pervenuto il lodo *SGS v. Pakistan*, ossia che gli impegni cui uno Stato deve garantire l'adempimento, per effetto di una *umbrella clause* “without imposing excessive violence on the text itself, may be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself”.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 369.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 370.

*international law*”<sup>248</sup>. Risulta chiaro che per il Relatore Speciale l’impegno *umbrella*, non trasformando il sottostante rapporto contrattuale, non possa veder delimitato il proprio ambito soggettivo sulla base dei criteri internazionali di *attribution*<sup>249</sup>.

## 7.2. Criteri di attribuzione e *act of State*: irrilevanza di tali criteri nella ricognizione della titolarità di un rapporto contrattuale

Si impone ora un’ultima riflessione con riferimento ai criteri attributivi posti dal diritto internazionale, mentre ritornerò tra breve sull’altro fondamentale aspetto di tale orientamento (quello riguardante la valenza autonoma dell’obbligo *umbrella* alla pari di una qualsiasi altra *free standing treaty obligation*).

In via generale, è indubbio che il Progetto di Articoli si indirizzi a tutti gli obblighi internazionali dello Stato quale che sia il soggetto in capo al quale sussista il corrispondente diritto. Lo stesso Commentario chiarisce che esso “*covers all international obligations of the State and not only those owned to other State*”<sup>250</sup>. Pertanto, non è da escludere che le regole di attribuzione non possano trovare applicazione nelle relazioni tra Stato ed investitore<sup>251</sup>.

Inoltre, i criteri di attribuzione trovano pacifica applicazione quando si debba attribuire un comportamento internazionalmente illecito allo Stato derivante, per rimanere nell’ambito della nostra trattazione, dalla violazione di un qualsiasi obbligo previsto da un trattato

<sup>248</sup> Lodo cit., par. 128.

<sup>249</sup> CRAWFORD, *ult. op. cit.*, p. 374. V. anche P.M. BLYSCHAK, *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract versus Breaches of Treaty*, cit., p. 612.

<sup>250</sup> Così, par. 3 del commento all’articolo 28 del Progetto Finale. Indipendentemente, quindi, dall’assenza di soggettività giuridica internazionale degli individui. In dottrina, tuttavia, non mancano voci critiche sull’applicazione di una disciplina, valevole sul piano interstatale, ai rapporti tra privato e Stato straniero. Si vedano, ad esempio, le perplessità espresse in merito dal Z. CRESPI RIGHIZZI, secondo il quale il Progetto di Articoli disciplina le conseguenze della violazione da parte di uno Stato di un obbligo verso un altro Stato. Tale corpo di norme, pertanto, dovrebbe trovare applicazione nell’ambito della responsabilità sorta nell’ordinamento internazionale e non anche con riferimento alla responsabilità dello Stato verso l’investitore privato. V. *Diritto Internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 25. In merito, Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, p. 324, osserva invece che le uniche norme che non trovano applicazione nei confronti della relazione-reponsabilità tra Stato ed investitore sono quelle riguardanti le conseguenze dell’illecito.

<sup>251</sup> “*Attribution is a legal operation by which the conduct of a range of domestic law entities is treated as conduct of an international law entity, the State*”, così CRAWFORD, *Treaty claims*, cit., p. 356. L. CONDORELLI, C. KRESS, *The rules of Attribution: General Considerations*, cit., p. 233, ritiene che, per quanto riguarda gli articoli 4, 5 e 6, il diritto internazionale non svolga alcun ruolo attivo, dal momento che si limita a registrare situazioni non regolate dal diritto internazionale ma che, semplicemente, vengono da questo riconosciute al solo fine di valutarle ai fini delle conseguenze rilevanti sul piano dei rapporti interstatali. Nell’ambito, invece, delle situazioni regolate dagli articoli 8, 9 e 11, il diritto internazionale svolgerebbe un ruolo attivo e rispetto al quale i termini attribuzione ed imputazione sarebbero più appropriati.

bilaterale<sup>252</sup>. Nell'ambito della responsabilità internazionale, tali norme secondarie operano *ex post*, valutando se il comportamento di un organo, di una *State-entity* o di un soggetto eterodiretto, abbia violato un obbligo internazionale – una *primary rule* - alla cui osservanza è tenuto lo Stato quale soggetto di diritto internazionale<sup>253</sup>. E' solo una condotta internazionalmente illecita che può essere imputata allo Stato perché l'imputazione (o l'attribuzione) è il risultato di un'operazione intellettuale necessaria per colmare lo iato esistente tra un individuo (od un gruppo) e lo Stato. Amerasingue sosteneva, in questo senso, che la responsabilità internazionale dello Stato è una responsabilità “*on quasi-vicarious basis*” nel senso che ciò viene attribuito è un atto (od un'omissione) che se venisse compiuto (o disatteso) dallo Stato si configurerebbe come violazione di un obbligo internazionale da parte dello stesso Stato<sup>254</sup>. Pertanto, tali criteri determinano, anzitutto, quando sia possibile che il comportamento di alcuni soggetti, assunto in violazione di norme primarie, possa essere considerato quale “*act of State*”, ossia come comportamento dello stesso soggetto cui incombe, nella sua unità, l'obbligo di rispettare le norme primarie o di subire determinati effetti quale unico e legittimo centro di imputazione.

Coloro che estendono l'ambito di rilevanza delle norme sull'*attribution* all'assunzione di un obbligo contrattuale, sembrano presupporre una sorta di indifferenza dei fini rispetto allo snodo ritenuto essenziale nella disciplina del soggetto Stato e dell'atto da questo compiuto.

Se si guarda al corpo di regole poste dal Progetto Finale, per ricondurre in capo allo Stato i comportamenti internazionalmente illeciti posti in essere da enti o da soggetti formalmente e giuridicamente distinti, non si può guardare a tali regole tralasciando considerazioni di tipo funzionale. Secondo una tale angolazione, è necessario porsi la domanda di quali siano le finalità che si vogliono raggiungere con i criteri di *attribution* previsti dal diritto internazionale.

La funzione sottesa a tali norme è quella di riferire al soggetto Stato (destinatario e unico responsabile del rispetto delle norme primarie poste dall'ordinamento internazionale) la responsabilità dell'adempimento di tali norme primarie, imputando ad esso, non solo le conseguenze derivanti da comportamenti illeciti ma, in via più generale, imputando allo Stato gli effetti che lo stesso ordinamento internazionale riconnette a comportamenti rilevanti nel

---

<sup>252</sup> “*Properly understood, the doctrine of attribution in international law serves the purpose of allocating responsibility to the State for the consequences of certain wrongful acts or omissions of its organ and officials [...]. It is essential, then, if States are to be held accountable for wrongful conduct, that the international community define what action properly is attributable to them*”, così G. A. CHRISTENSON, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, cit., p. 321.

<sup>253</sup> Tale attribuzione, come detto, si fonda su di un inquadramento stabile nell'organizzazione statale o, in assenza di un legame organico diretto, sulla base di un formale conferimento di prerogative pubblicistiche o di una condizione di subordinazione effettiva allo Stato. Occorre quindi avvalersi delle norme poste dall'ordinamento internazionale per attribuire una condotta illecita al soggetto Stato, su cui grava l'ottemperanza degli obblighi internazionali, e per poter quindi ritenere responsabile lo Stato, attribuendogli un illecito internazionale.

<sup>254</sup> C. F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967, p. 52.

suo ambito. Altrimenti detto, tali *secondary rules* rappresentano la cornice tra atto e soggetto, identificando quali atti – *i.e.*, comportamenti internazionalmente illeciti, o comunque valevoli sul piano internazionale, posti in essere da determinati soggetti - siano giuridicamente riferibili al soggetto Stato.

Infatti, sebbene rivestano un ruolo di primaria importanza nell'ambito della responsabilità internazionale degli Stati, l'ambito dei criteri attributivi riguarda, più in generale, ogni “*act of State*” in grado di produrre effetti rilevanti per l'ordinamento internazionale quali, ad esempio, gli effetti che il diritto internazionale riconduce agli atti unilaterali, come il riconoscimento, la rinuncia o la protesta<sup>255</sup>.

Essi entrano in gioco ogni qualvolta che, per il diritto internazionale, si debba appurare se ad agire (o ad omettere di agire) sia lo Stato con riferimento ad ogni comportamento che possa avere rilievo per l'ordinamento internazionale o rispetto al quale tale ordinamento si interessi dei suoi effetti<sup>256</sup>.

Pertanto, essi trovano applicazione rispetto ad un comportamento che debba essere attribuito al soggetto statale ed in relazione al quale una qualche norma di diritto internazionale possa o debba entrare in rilievo.

Per l'orientamento favorevole all'applicazione dei criteri attributivi previsti dal Progetto di Articoli, non soltanto il comportamento in violazione di un obbligo internazionale (*the act of breaching*), ma anche la stessa assunzione della titolarità di un regolamento contrattuale (*the act of entering into a contractual obligation*), da parte di un soggetto distinto dallo Stato, rappresentano un “*act of State*” rilevante per il diritto internazionale. Pertanto, “*the entering into contract*” sarebbe un comportamento attribuibile allo Stato ai sensi e per gli effetti di una *umbrella clause*.

Ma se è necessario che il diritto internazionale abbia un qualche interesse rispetto ad un “*act of State*”, non si coglie quale possa essere la rilevanza, per l'ordinamento giuridico *inter-étatiques*, nella determinazione della titolarità di un rapporto obbligatorio di diritto interno. L'atto che esprime la volontà di assumere un dato impegno contrattuale non è un atto valutabile dall'ordinamento internazionale, non è un “*act of State*” o un “*act under international law*”, dal momento che il diritto internazionale si disinteressa dell'assunzione

<sup>255</sup> Per questa osservazione, v. L. CONDORELLI, C. KRESS, *op. cit.*, p. 223.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 221, i quali evidenziano che “*attribution or imputation is the term used to denote the legal operation having its function to establish whether given conduct of a physical person, whether consisting of a positive action or an omission, is to be characterized, from the point of view of international law, as an act of state (or the act of any other entity possessing international legal personality)*”. [...] *In other words, by the term “attribution”, reference is made to the body of criteria of connection and the conditions which have to be fulfilled, according to the relevant principles of international law, in order to conclude that it is a State (or other subject of international law) which has acted in the particular case. In that case (and only for that purpose), the actual author of the act, i.e. the individual, is, as it were, forgotten, and is perceived as being the means by which the entity acts, a tool of the State (or other subject of international law) in question*”. Anche A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 461, *sub nota* 133, ritengono che “*the language and the approach of the ILC’s Articles [...] and commentary seem to suggest that they refer to attribution of conduct generally*”.

della titolarità di un rapporto obbligatorio, a meno che, ma soltanto se, la stessa assunzione di un regolamento contrattuale non concretizzi –*ex se*– un illecito internazionale.

Tale tesi presuppone, allora, che un obbligo *umbrella* sia un obbligo autonomo che trasforma ed annulla il sotteso rapporto di diritto contrattuale. Pertanto, occorre ora verificare in quali termini questo impegno internazionale si relazioni al sotteso rapporto contrattuale.

### 7.3. *Umbrella clauses* e ricezione in dote del rapporto contrattuale protetto

A differenza di tutti gli altri obblighi internazionali assunti in un trattato sugli investimenti, rispetto ai quali occorre semplicemente verificare se l'atto che si è concretizzato nella loro violazione possa essere attribuito allo Stato tramite le regole sull'*attribution*, l'impegno *umbrella* è un impegno del tutto particolare dal momento che il vincolo di osservanza riguarda un contratto retto (nella maggior parte dei casi) da una legge nazionale.

In via generale, nessuno disconosce che, a prescindere dai criteri che occorra adottare, se lo Stato risulta estraneo al regolamento pattizio -invocato a livello internazionale- non avrà violato la norma *umbrella*.

Trascurando ogni considerazione riguardo all'ambito oggettivo e agli effetti dell'obbligo in esame (e, quindi, se e in che misura esso abbia la proprietà di poter trasformare gli impegni contrattuali in obblighi di diritto internazionale e con quali effetti), quando l'operatività di un'*umbrella clause* si riconnetta ad un rapporto obbligatorio contrattuale è necessario considerare come l'obbligo contrattuale presupposto si rapporti nei confronti dell'obbligo di diritto internazionale pattizio.

Tale correlazione (che almeno nella premessa dell'indagine rimane neutrale) tra l'impegno *umbrella* e il sotteso rapporto contrattuale impone di risolvere in maniera indipendentemente due questioni differenti. In primo luogo occorre considerare in quali termini il vincolo pattizio si ponga rispetto al contratto e, quindi, se l'*umbrella clause* si ponga negli esatti termini di una qualsiasi *free-standing treaty obligation* o se, piuttosto, il sottostante contratto condizioni, in qualche modo, la sua operatività. In secondo luogo, occorre poi considerare in quali termini la titolarità dell'obbligo di diritto internazionale pattizio si relazioni al sotteso rapporto di natura contrattuale attratto al vincolo di osservanza.

L'analisi dei contorni soggettivi di una *umbrella clause*, in rapporto ad un sottostante contratto, coincide e si esaurisce, a nostro avviso, con quella relativa all'ambito soggettivo del regolamento contrattuale concretamente in rilievo. Quando il sottostante obbligo di cui si pretenda l'osservanza abbia natura contrattuale, l'ambito di applicazione soggettivo della norma pattizia risulta condizionato -imprescindibilmente- dalla titolarità del sottostante rapporto. Non si tratta di una *relatio* alla situazione giuridica soggettiva costituita dal sottostante contratto, che trasforma tale situazione in una *treaty obligation*, quanto, piuttosto,



della ricezione in dote del rapporto da parte dell'obbligo *umbrella*. E' solo il sottostante *pactum* –quale esso è- a fungere da termine di riferimento dell'ambito soggettivo di applicazione dello stesso obbligo internazionale e rispetto al quale debba valere il vincolo di osservanza assunto a livello internazionale<sup>257</sup>.

In questo senso, gli orientamenti contrari all'applicazione dei criteri attributivi del Progetto Finale sostengono, come visto, che l'impegno *umbrella* non trasformi la natura del rapporto obbligatorio protetto.

Tuttavia, anche a voler considerare l'obbligo previsto da un *observance of undertaking commitment* come un obbligo sostanziale autonomo di diritto internazionale pattizio e, quand'anche si ritenga che l'effetto di tale impegno sia quello di "trasformare" gli obblighi contrattuali di diritto interno in obblighi internazionali (come pure un orientamento - minoritario- della prassi sostiene<sup>258</sup>), quest'impegno mostra, in ogni caso, un'indiscutibile peculiarità poiché, almeno il suo ambito soggettivo, si plasma sullo specifico regolamento contrattuale di cui si pretende l'osservanza sul piano internazionale.

Ad essere autonoma potrebbe anche essere la valutazione in merito alla sussistenza di una responsabilità internazionale (e, quindi, pur anche in assenza di una responsabilità

---

<sup>257</sup> Con ciò non si sta certo presupponendo, come premessa dell'indagine, che per definire l'ambito soggettivo dell'obbligo pattizio si debba valutare la violazione di quest'obbligo sulla base del diritto interno e che nella qualificazione di un certo comportamento come internazionalmente illecito si debba fare riferimento al diritto interno. E' ben chiaro che, in termini di "sistema", la qualificazione della condotta come internazionalmente illecita deve essere rimessa all'autonomo apprezzamento del diritto internazionale. In tale ambito, si assiste all'estensione al campo della responsabilità internazionale del principio generale secondo cui uno Stato non può sottrarsi all'osservanza degli impegni internazionali invocando le prescrizioni del proprio diritto interno, principio questo riconosciuto anche dall'articolo 3 del Progetto di Articoli. E, prima ancora, dall'articolo 27 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, secondo cui uno Stato non può invocare le proprie disposizioni di diritto interno per giustificare l'inadempimento di un trattato internazionale. Per effetto della distinzione tra *treaty* e *contract claims*, derivante dall'autonoma e indipendente qualificazione di un illecito internazionale, principio questo consacrato, come detto, dallo stesso articolo 3 del Progetto Finale "*a state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa [...] in accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the [contract], by the proper law of the contract, in other words, the law of [municipal law]*". Così, parr. 95 e 96, *Vivendi II*. Su tale principio fondamentale avremo modo di tornare più volte. Quando tratteremo l'ambito oggettivo della norma pattizia, tuttavia, vi sarà modo di appurare se il diritto internazionale pattizio possa realmente procedere ad una valutazione autonoma dell'impegno *umbrella*. Come vedremo, infatti, per alcuni lodi concludere che possa sussistere una responsabilità internazionale ai sensi della norma pattizia, in assenza di una responsabilità contrattuale dello Stato, sarebbe una valutazione del tutto artificiale.

<sup>258</sup> In questa sede ci si può limitare a riportare il recente lodo *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, *Decision on Jurisdiction and Liability*, 14 gennaio 2010, dove si afferma che "[t]he Tribunal agrees with Claimant's submission that [the umbrella clause] of the BIT brings the Settlement Agreement into the ambit of the BIT, so that any violation of the private law agreement becomes ipso iure a violation of the international law BIT". Così, par. 312. Ed anche, "[a]n umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law", v. *Noble Venture Inc. v. Romania*, lodo cit., par. 53. Tale conclusione, invero, sembra oramai essere minoritaria nell'ambito degli orientamenti emersi nella prassi, v. *infra*, capitolo III, sez. II.

contrattuale dello Stato). Ma la potenziale autonomia di giudizio in termini di responsabilità internazionale non può –in ogni caso– riassegnare la titolarità della situazione giuridica patrimoniale protetta dalla norma. La titolarità del sottostante contratto dipende, invece, dal solo piano contrattuale e non già da criteri attributivi che vedono la proprio *ratio* applicativa fondarsi sul principio dell’unità dello Stato quale soggetto di diritto internazionale<sup>259</sup>. Il comportamento dello Stato potrà anche rilevare in via autonoma sul piano della responsabilità internazionale, ma la titolarità delle situazioni giuridiche che originano da contratto non muta per effetto di una *umbrella clause* e per effetto dell’applicazione dei criteri di *attribution*, a meno che non si pretenda che il suo ambito di applicazione soggettivo possa imporsi autonomamente (quale *treaty issue*) a prescindere dal sottostante rapporto contrattuale e al corrispettivo dovere. Semmai, per effetto di un’*umbrella clause*, un rapporto di diritto interno viene ad essere valutato sul piano del diritto internazionale, ma tale secondo livello di valutazione, che si aggiunge a quella di diritto interno (e si approfondirà nel prosieguo quali siano i termini di tale valutazione autonoma), non può in ogni caso ridefinire i confini soggettivi del rapporto protetto. In questo senso, allora, si sta sostenendo che sia possibile che le pretese azionate sulla base di un trattato bilaterale possano essere isolate da quelle meramente contrattuali<sup>260</sup>.

In ogni caso, la natura e gli effetti di un’*umbrella clause* con riferimento alla responsabilità internazionale dello Stato per aver violato un contratto, sono aspetti che esulano dalla ricognizione dell’ambito soggettivo della norma pattizia<sup>261</sup> e dall’indagine di quali debbano essere i criteri per individuare la titolarità del sottostante rapporto contrattuale.

Con riferimento all’ambito soggettivo della norma pattizia, in relazione ad un rapporto contrattuale, non si può sostenere che l’obbligo *umbrella* sia in grado di ridefinire e trasformare la titolarità del sotteso accordo negoziale e, per di più, facendo ricorso alle stesse regole poste dal diritto internazionale per attribuire un “*act of State*”.

Indipendentemente dall’effetto di una norma *umbrella* e da quale sia il suo ambito oggettivo di applicazione, se si ritiene che la norma pattizia possa trasformare anche la compagine soggettiva del sotteso impegno contrattuale, e che questa debba essere delimitata sulla base delle *secondary rules* previste dal diritto internazionale, si determinerebbe un singolare

<sup>259</sup> Si anticipa, in merito, quanto sostiene il lodo *SGS v. Philippines*, secondo cui un impegno *umbrella* “*does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law*”. Par. 128, *Decision on Jurisdiction*, cit.. Vi sarà modo di ritornare ampiamente su tali aspetti nel successivo capitolo.

<sup>260</sup> CRAWFORD ricorda che i diversi indirizzi interpretativi che si osservano nella prassi si spiegano proprio alla luce della diversa angolazione da cui si guardi e si giudichi il rapporto esistente tra pretese contrattuali, da un lato, e pretese di diritto internazionale pattizio, dall’altro. Per cui, a fronte di valutazioni che tendono ad isolare i termini di tale rapporto, altre preferiscono metterli in relazione. *Ib.*, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 351.

<sup>261</sup> A. SINCLAIR sostiene al riguardo che “*it is horribly circular to apply rules of attribution to the prior question of whether or not there is an obligation entered into with that foreign investors*”. *Ibidem*, *Where’s my Umbrella? A look inside the umbrella clause, Panel Discussion*, in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, cit., p. 54-55.

effetto. Effetto che, tra l'altro, risulta decisivo ai fini della nostra tesi. Infatti, il pretendere che lo Stato titolare del rapporto protetto debba essere inteso quale soggetto di diritto internazionale, equivale a sostenere che i criteri per imputare allo Stato un dato comportamento illecito siano, non *secondary rules*, ma criteri in grado di definire l'esistenza stessa di un obbligo sostanziale di diritto internazionale e, quindi, criteri in grado di definire l'esistenza stessa di una *primary rule*<sup>262</sup>. In altri termini, vorrebbe dire che un rapporto contrattuale sia in grado far sorgere una norma primaria di diritto internazionale. Lo stesso paragrafo 1 del Commentario al Progetto Finale introduce il lavoro di codificazione affermando che “[...] *the emphasis is on the secondary rules of State responsibility: that is to say, the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom. The articles do not attempt to define the content of the international obligations breach of which gives rise to responsibility. This is the function of the primary rules, whose codification would involve restating most of substantive international law, customary and conventional*”.

E ancora, sarebbe come affermare che la *primary rule* in questione sia rappresentata dal “*the act of entering into a contractual obligation*”<sup>263</sup> e non, invece, dall'obbligo di osservanza di un contratto assunto per effetto della norma *umbrella*.

Pertanto, lo Stato quale soggetto del sotteso rapporto contrattuale deve necessariamente essere inteso quale soggetto di una relazione giuridica contrattuale. Un impegno *umbrella* riceve in dote una situazione già definita sul piano soggettivo, e ciò a prescindere dall'eventuale valutazione autonoma, da parte del diritto internazionale, in merito all'avvenuta violazione del rapporto contrattuale.

#### 7.4. Ambito soggettivo delle *umbrella clauses*: conclusioni

In conclusione, l'indagine relativa all'ambito soggettivo di un'*umbrella clause* deve necessariamente essere condotta, allora, dal punto di vista dello Stato inteso quale soggetto contraente e deve essere finalizzata a ricostruire la titolarità del contratto che venga invocato in ambito pattizio.

---

<sup>262</sup> Si è già segnalato, nella parte introduttiva di tale sezione, che i criteri di attribuzione previsti dal diritto internazionale sono “*secondary rules*” e non certo norme sostanziali primarie. In merito, v. anche L. CONDORELLI, C. KRESS, *op. cit.*, p. 221-222; J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, cit., p. 14-15.

<sup>263</sup> Si consideri, ad esempio, quanto aveva sostenuto la Romania nella controversia *Noble Ventures Inc. v. Romania*, cit., “[...] *the principle of attribution cannot transform or otherwise expand obligations that are defined by reference to a municipal law. The principle of attribution is only concerned with identifying whether the conduct may be considered as a possible basis for the State's international responsibility, but it is not a basis to alter the nature of primary obligations undertaken by a State organ*”. Così, lodo par. 66.

Ed è proprio in tal senso che si coglie la differenza tra un obbligo *umbrella* ed una *free standing treaty obligation* poichè il vincolo di osservanza sussiste nella sola misura in cui il contratto sia stato assunto dallo Stato e nella misura in cui lo Stato sia obbligato da una relazione contrattuale. In maniera del tutto singolare rispetto a qualsiasi altra obbligazione di un BIT, lo Stato inteso quale soggetto di diritto internazionale è tenuto al rispetto dei soli obblighi che abbia assunto in qualità di contraente. Ecco allora che la garanzia in esame (a prescindere dai suoi effetti) necessita di un'indagine relativa all'individuazione delle "parti" del sottostante contratto di cui si pretenda l'osservanza e di cui sia stata invocata l'avvenuta violazione sul piano internazionale<sup>264</sup>.

Come visto, quando il sottostante obbligo di cui si pretenda l'osservanza abbia natura contrattuale, l'ambito di applicazione soggettivo della norma pattizia risulta condizionato - imprescindibilmente- dalla titolarità del sottostante rapporto.

Il richiamo fatto in precedenza alla prassi del commercio internazionale consente di sottolineare una fondamentale differenza rispetto all'applicazione delle regole di attribuzione proprie del diritto internazionale. Nell'applicazione di quest'ultime, da parte di quell'orientamento che ne pretende l'applicazione con riguardo alle *umbrella clauses*, la volontà delle parti e l'intera vicenda del rapporto ad esse sotteso vengono trascurate, a scapito dell'applicazione di criteri astratti (quale il *functional test* relativo alla delega di attività regolatorie o di *puissance publique*) che non richiedono all'interprete di apprezzare i necessari quanto eterogenei elementi fattuali sottesi alla sottoscrizione e all'esecuzione di uno specifico contratto, i quali, invece, sono necessari per andare oltre il principio della relatività degli effetti obbligatori<sup>265</sup>.

Nella prassi commerciale internazionale è proprio il carattere consensuale di ogni rapporto obbligatorio, riconosciuto in ogni ordinamento (non escluso quello internazionale), a guidare -con principi di diritto sostanziale, l'attività interpretativa finalizzata alla ricognizione della volontà negoziale.

La possibilità di andare oltre lo schermo della personalità giuridica e di poter estendere gli effetti obbligatori di un contratto ad un soggetto che non sia parte formale dipendono dalla prova di un'eventuale volontà implicita o dalla sussistenza di precise circostanze che abbiano ingenerato un'apparenza legittima e un affidamento incolpevole (e non, come visto

---

<sup>264</sup> Anche in questo caso, occorre comunque verificare, *prima facie*, se secondo le prospettazioni fatte dal ricorrente, vi sia una *treaty claim*. In maniera singolare, la *Decision on Jurisdiction*, della controversia *SGS v. Philippines*, richiama in merito un "*fairly raised test*" "*provided the facts as alleged by the Claimant and as appearing from the initial pleadings fairly raise questions of breach of one or more provisions of the BIT, the Tribunal has jurisdiction to determine the claim*". Così, par. 157.

<sup>265</sup> Tra l'altro, non mancano autori che si schierano in favore di criteri astratti che prescindono dalle specifiche circostanze del caso, come ad esempio MANN, *British Treaties*, cit., p. 24; SCHRAMKE, *The interpretation of the Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*, in *TDM*, p. 24, secondo il quale sono sempre attribuibili allo Stato tutti quei contratti stipulati da entità giuridiche controllate dallo Stato *de iure o de facto*.

dall'esercizio di prerogative di *puissance publique*). Pertanto, non si sta sostenendo, come pure alcuni lodi contrari all'applicabilità dei criteri attributivi di diritto internazionale sostengono, che non sia possibile ricondurre la titolarità di un rapporto contrattuale allo Stato quando un contratto sia stato assunto da una società o da un ente provvisto di autonomia giuridica.

Suscita quindi perplessità l'impostazione del problema relativo all'ambito soggettivo di un'*umbrella clause* per come fin'ora è stato esplicitamente affrontato negli orientamenti emersi nella prassi, per cui o si esclude, nella maggior parte delle decisioni, la protezione internazionale al contratto stipulato con un ente dotato di autonoma personalità giuridica, oppure si riconduce la titolarità del contratto allo Stato sulla base dei criteri attributivi previsti dal diritto internazionale.

Risultano a nostro avviso pertinenti, invece, i criteri elaborati nell'ambito della prassi del commercio internazionale con riferimento agli effetti *inter* e *ultra partes* di un accordo contrattuale in cui sia presente una clausola compromissoria e di cui ci sembra di aver ritrovato traccia, come tipologia complessiva di analisi, nel lodo *Hamester v. Ghana*<sup>266</sup>. Se l'*umbrella* prevede una copertura internazionale, offre tuttavia riparo ad un rapporto di origine contrattuale che, a nostro avviso, viene ricevuto in dote senza che sia possibile riconsiderare i termini soggettivi di quel rapporto, se non sulla base del principio della relatività degli effetti obbligatori di un contratto.

Si consideri, inoltre, che le tesi in favore dell'applicabilità delle regole attributive proprie del diritto internazionale vengono talvolta giustificate per contrastare un supposto effetto elusivo in danno all'investitore, ritenendo che, in loro assenza, l'investitore si vedrebbe privato della protezione del trattato bilaterale per contratti assunti con soggetti diversi dallo Stato, il quale, in tal modo, riuscirebbe a sottrarsi all'impegno *umbrella*<sup>267</sup>.

Anzitutto, occorre rilevare che le stesse regole attributive del diritto internazionale hanno alla base principi comuni agli istituti della rappresentanza. Entrambe le analisi, pertanto, potrebbero anche giungere, di fatto, a conclusioni non dissimili<sup>268</sup>. Inoltre, quand'anche la non applicabilità delle regole attributive previste dal diritto internazionale dovesse avere quale

---

<sup>266</sup> In questo senso, Y. NOUVEL, in *Les entités dans la jurisprudence du CIRDI*, cit., p. 50, pur contrario alle regole attributive del diritto internazionale per ricostruire la titolarità di un regolamento contrattuale ai sensi di un impegno *umbrella*, ritiene, invece, che siano all'uopo sufficienti le sole regole previste nell'ambito della rappresentanza contrattuale.

<sup>267</sup> Preoccupazioni espresse, ad esempio, da T. W. WALDE, *Energy Charter Treaty, Controversial Issues*, cit., p. 397; H.J. SCHRAMKE, *The interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*, cit., p. 18-21; K. HOBER, In *Where's my mbrella? A look inside the umbrella clause, Panel Discussion*, in *Investment Treaty Arbitration and International Law, Panel Discussion*, TJ Grierson Weiler ed., Vol. I, 2008, p. 49.

<sup>268</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, cit., p. 464, *sub* nota 149, i quali, pur critici sull'applicabilità delle regole sulla rappresentanza previste dall'ordinamento interno, ritenendo invece applicabili le regole sull'attribuzione proprie del diritto internazionale, sottolineano come tali regole siano basate sulle dottrine della rappresentanza e dell'*agency*.

effetto “collaterale” quello di restringere<sup>269</sup> l’ambito di operatività della clausola, vista l’attuale minoranza degli *State-contracts* propriamente intesi, non ci sembra questa una ragione sufficiente per “deformare” l’ambito di applicazione di una clausola nata proprio in funzione degli *State contract*, né per fare ricorso a criteri attributivi che vedono altrove la loro *raison d’être*.

Pertanto, non si può allora porre la questione dell’ambito soggettivo un’*umbrella clause* in termini di interpretazione restrittiva o estensiva<sup>270</sup> se non nella misura in cui ciò sia l’incidentale effetto delle conclusioni raggiunte una volta che sia stata ricostruita la titolarità di un rapporto obbligatorio e, semmai, la comune volontà delle parti, *on a case by case basis assessment*<sup>271</sup>, stante l’innegabile diversità esistente tra un’attività interpretativa tesa alla ricostruzione di un consenso negoziale, da un lato, da quella che permette di qualificare un determinato comportamento quale “*act of State*”, dall’altro.

---

<sup>269</sup> Si consideri, ad esempio, l’osservazione contenuta nel lodo *Hamester v. Ghana*, “*The Tribunal is aware that some tribunals in this area have extended the ambit of “umbrella clauses” to contracts concluded by separate entities, by reference to the international law principles of attribution*”. Par. 347.

<sup>270</sup> Vedi *Hamester v. Ghana*, lodo cit., par. 347.

<sup>271</sup> In tal senso, coloro che pur invocano l’applicabilità delle regole sull’attribuzione, riconoscono che il diritto interno disciplina la classificazione tra enti pubblici e privati, la partecipazione statale, la proprietà, la titolarità, il controllo sull’ente e che, nell’analisi *de qua*, dovrebbero essere presi in considerazione elementi fattuali come le negoziazioni del contratto e la sua esecuzione. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 465-466. E allora, delle due l’una: o si seguono i criteri di attribuzione previsti dal Progetto Finale che non lasciano spazio ad una valutazione complessiva dell’intera vicenda negoziale (e rispetto ai quali i criteri hanno ben poca attinenza diretta), o si riconosce che un’*umbrella clause* riceve un rapporto contrattuale definito nei suoi contorni soggettivi e rispetto ai quali vale il principio della relatività degli effetti obbligatori di un contratto e le relative “eccezioni” per come elaborate dalla prassi in materia contrattuale.

## CAPITOLO TERZO

### **La stabilità dei contratti di investimento: ambito oggettivo delle *umbrella clauses* e *fair and equitable treatment***

#### **Ambito generale dell'indagine**

Con riguardo all'ambito oggettivo e agli effetti della norma pattizia bisogna dare conto di quali siano stati gli orientamenti fin'ora emersi.

Nell'affrontare tale esame, tuttavia, anziché limitarci a restituire gli indirizzi della prassi con indistinto riferimento alle *umbrella clauses* - direzione questa solitamente seguita da coloro che all'analisi di tali impegni si sono dedicati - si riporterà quanto sia emerso, distinguendo tra le *umbrella clauses* a seconda del carattere chiuso o aperto del loro ambito precettivo.

Per entrambe le tipologie di clausole, infatti, la prassi ha analizzato per quali fonti la norma internazionale riesca ad offrire la propria protezione e, quindi, per quali rapporti e per quali obblighi giuridici la norma possa entrare in rilievo. In particolare, l'indagine si è indirizzata, per un verso, a verificare la natura dei contratti che possono rientrare nel suo ambito applicativo e, per l'altro, a determinare se il vincolo di osservanza possa valere con riguardo a provvedimenti di carattere generale ed unilaterale.

Per quanto tale duplice ricognizione sia stata fatta per entrambe le tipologie di impegni *umbrella*, le divergenze più significative sono tuttavia emerse con riferimento agli impegni di tipo aperto dove, come visto, la varietà delle obbligazioni che devono essere rispettate, per effetto della norma pattizia, non viene espressamente circoscritta a specifici investimenti, a determinati investitori o a determinati rapporti di natura contrattuale.

Si ritiene che una ricognizione di quali siano i rapporti e gli impegni rispetto ai quali gli Stati contraenti si siano assunti un obbligo di osservanza di diritto internazionale pattizio debba necessariamente differenziarsi, se non per ogni singola norma *umbrella* in rilievo, almeno con riferimento alle due categorie generali che sono state individuate nel precedente capitolo.

Occorre tuttavia premettere che tale trattazione separata, invero, trova una reale e concreta ragion d'essere rispetto ad una sola fonte obbligatoria, ossia gli obblighi di natura generale. E' proprio con riferimento alla tipologia aperta, infatti, che può avere senso porsi la domanda se una norma *umbrella* abbia l'effetto di considerare le leggi interne di uno Stato come obblighi rispetto ai quali possa essere imposto un impegno internazionale di ottemperanza.

La finalità dell'analisi a cui ci si appresta, riguardante l'ambito oggettivo e gli effetti delle *pacta sunt servanda clauses*, è triplice.

In primo luogo, la ricognizione è diretta ad individuare quale sia la funzione di tali impegni pattizi e, quindi, a verificare se forniscano una garanzia aggiuntiva rispetto agli standard di

trattamento previsti dai trattati bilaterali o se, piuttosto, la tutela della norma si risolva in un ampliamento della competenza *ratione materiae* dell'istanza arbitrale prevista da un trattato. In altri termini, si intende appurare se la norma *umbrella* rappresenti un obbligo sostanziale autonomo di diritto internazionale, oppure un'ulteriore manifestazione della propensione degli Stati ad offrire strumenti di tipo giurisdizionale agli investitori.

In secondo luogo, la prospettiva dell'analisi è funzionale alla comprensione di quale sia la protezione offerta dal diritto internazionale degli investimenti alla stabilità di un contratto (o del sottostante equilibrio economico) e se, per effetto di tale livello sovraordinato, si possano ritenere oramai superati gli strumenti contrattuali di salvaguardia giuridica ed economica che tanto hanno interessato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. In quest'ottica, l'indagine delle *umbrella clauses* deve necessariamente accompagnarsi al ruolo svolto, nell'attuale quadro normativo pattizio, dallo standard di *fair and equitable treatment*.

In chiusura di trattazione si focalizzerà l'attenzione sulla possibilità che la norma *umbrella* possa fungere da raccordo con altri strumenti pattizi riguardanti gli investimenti stranieri per verificare se sia possibile includere, nell'ambito di un BIT, trattati internazionali che, seppur non finalizzati ad una regolamentazione sovranazionale in chiave protettiva e promozionale del bene *foreign investment*, fanno comunque discendere, dalle rispettive regole di condotta, effetti che incidono direttamente su quegli investimenti stranieri rientranti nell'ambito di applicazione di un trattato bilaterale nella cui cornice sia presente un'*umbrella clause*. Pertanto, sebbene l'interesse della prassi si sia indirizzato alla valenza del vincolo di osservanza con riguardo a fonti obbligatorie di diritto interno (rapporti contrattuali, provvedimenti unilaterali e statali), la parte finale di questa sezione intende verificare se, ed in che misura, un investitore possa invocare, proprio per effetto della norma pattizia - di tipo aperto -, l'avvenuta violazione di un obbligo internazionale che non trova origine in un BIT, ma in un altro accordo quale, ad esempio, il *General Agreement on Trade in Services*. Anche con riferimento a quest'ambito di indagine, pertanto, ha ragione d'essere la distinzione proposta tra *umbrella clauses* aperte e chiuse.



## *Sezione prima*

### **L'ambito oggettivo delle *umbrella clauses* di tipo chiuso**

#### **1. L'ambito oggettivo delle *umbrella clauses* di tipo chiuso: introduzione**

Nell'ambito della prassi arbitrale, le *umbrella clauses* di tipo chiuso sono state oggetto di ben poche decisioni ed il loro ambito protettivo è stato valutato sia con riferimento a rapporti negoziali che a provvedimenti di natura generale e unilaterale<sup>272</sup>. Tra le decisioni ad oggi emanate, a quanto consta, solo una ha riguardato un'*umbrella clause* chiaramente limitata ad accordi di natura contrattuale mentre, nella maggior parte dei casi, le controversie hanno applicato norme pattizie indirizzate a specifici investimenti o a determinati investitori. Al di là delle controversie numericamente inferiori che hanno interessato la variante chiusa della norma rispetto a quella aperta, è pur vero che i contributi emersi nella prassi sono stati comunque modesti in un'ottica di inquadramento generale.

I tribunali chiamati ad applicare tale tipologia di norme, infatti, convergono nell'escludere che il vincolo di osservanza possa riguardare provvedimenti legislativi, essendo in tal senso decisiva la connotazione *uti singoli* presupposta dal riferimento della norma a sottostanti impegni assunti nei confronti di specifici investimenti, di determinati investitori o derivanti da rapporti contrattuali.

Con riguardo alla natura dei contratti –e per quali violazioni- possa valere il vincolo di osservanza, il dibattito si è maggiormente sviluppato, in realtà, con riferimento alle *umbrella clauses* di tipo aperto, essendo state più numerose le controversie fondate su trattati bilaterali contenenti tali norme (in particolar modo, essendo state diverse le azioni promosse dagli investitori contro i provvedimenti adottati dall'Argentina per fronteggiare la crisi economica del 2001).

#### **2. *Umbrella clauses* chiuse e provvedimenti di carattere generale ed unilaterale.**

Il primo ambito di indagine, con riguardo alle norme pattizie rientranti nella tipologia chiusa, è diretto, da un lato, ai provvedimenti di natura generale e, dall'altro, a provvedimenti di carattere unilaterale.

---

<sup>272</sup> Oltre alle decisioni che si andranno a citare nel testo, si consideri anche la già menzionata controversia *Nagel v. Ckez Republic*, in cui la *umbrella clause* in rilievo prevedeva che “*investors of one Contracting Party may conclude with the other Contracting Party specific agreements, the provisions and effect of which unless more beneficial to the investor, shall not be at variance with this Agreement. Each Contracting Party shall, with regard to investments of investors of the other Contracting Party, observe the provisions of these specific agreements, as well as the provision of this Agreement*”. Il tribunale, tuttavia, ritenendo che l'investimento del ricorrente non integrasse la fattispecie di investimento protetto dal relativo trattato bilaterale, non si è addentrato in nessuna interpretazione della norma.

Per ciascuna delle tre varianti rientranti nell'ambito delle *umbrella clauses* di tipo chiuso, si può escludere che possano garantire l'osservanza di obblighi derivanti da provvedimenti statali di carattere generale.

La prassi ha assunto in merito una posizione sfavorevole considerando quelle norme pattizie in cui il vincolo di osservanza richiami sia specifici investimenti che determinati investitori. Con riguardo alla prima ipotesi, si può considerare il lodo *SGS v. Philippine* in cui la sottostante norma *umbrella* prevedeva che “[e]ach Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party”<sup>273</sup>. Per il collegio arbitrale, una tale clausola chiusa è in grado di attrarre, nel suo ambito protettivo, accordi negoziali e non obblighi di carattere generale derivanti da provvedimenti di natura legislativa o amministrativa. Si è ritenuto, infatti, che il riferimento a “*specific investments*” imponga di escludere dall'ambito oggettivo della norma atti di carattere generale<sup>274</sup>.

Quanto, invece, ad una *umbrella clause*, chiusa a determinati investitori, si è espresso il tribunale arbitrale della controversia *Mohammad Ammar Al Bahloul v. Tajikistan*, chiamato ad applicare la *Energy Charter Treaty*<sup>275</sup>. Tale decisione, pur ammettendo che il riferimento ad “*any obligation*” potrebbe anche consentire l'inclusione di “*both statutory and contractual obligations*”, ritiene tuttavia decisivo, per escludere provvedimenti di natura generale, l'utilizzo di “*entered into with investors or investments of an investor*”. Anche in tal caso, dunque, si conclude che l'obbligo di protezione “*does not refer to general obligations of the State arising as a matter of law*”<sup>276</sup>.

Se quanto detto chiarisce che la suddetta tipologia di clausole non sia in grado di trovare applicazione con riferimento a provvedimenti valevoli *erga omnes*, resta solo da considerare la possibilità che le *umbrella clauses* di tipo chiuso (nella direzione inclusiva rappresentata da specifici investimenti od investitori) possano attrarre provvedimenti di natura unilaterale.

In merito a tali norme, il lodo *SGS v. Philippines* si esprime in favore dell'inclusione di provvedimenti unilaterali quali quelli rappresentati da “*collateral guarantees, warranties or letters of comfort*” e che, tra l'altro, vanno a collocarsi in una fase tipicamente pre-

<sup>273</sup> Articolo 10, par. 2, del trattato \_\_\_\_.

<sup>274</sup> Lodo, par. 121: “*For [the umbrella clause] to be applicable, the host State must have assumed a legal obligation, and it must have been assumed vis-à-vis the specific investment—not as a matter of the application of some legal obligation of a general character. This is very far from elevating to the international level all “the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party”*”. Si noti che nel tribunale sedeva il Relatore al Progetto Finale di Articoli, Crawford, il quale, come diremo, è contrario a ricomprendere obblighi di carattere generale all'interno dell'ambito protettivo delle *umbrella clauses*.

<sup>275</sup> Il cui articolo 10, par. 1, lo si ricorda, prevede che “[e]ach Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party”.

<sup>276</sup> V. *Mohammad Ammar Al Bahloul v. Tajikistan, Partial Award on Jurisdiction*, par. 257. Si noti che nel medesimo paragrafo, a sostegno della propria tesi, il collegio richiama la decisione assunta in sede di annullamento nella controversia *CMS v. Argentina* e dove il Comitato *Ad hoc* si esprime contro la riconducibilità degli obblighi generali all'ambito di applicazione oggettivo di un'*umbrella clause* di tipo aperto.

contrattuale. In questo senso, si sottolinea che il vincolo di osservanza non è limitato ai soli rapporti di natura contrattuale, ma si estende a qualsiasi “*investment commitments*”<sup>277</sup>.

Resta infine da considerare l’ultima variante della categoria chiusa, ossia quella che delimita il proprio ambito oggettivo a “*contractual obligations*”. Per tale norma pattizia dovrebbe essere pacifico che siano *ipso facto* esclusi tanto gli obblighi di natura generale, quanto quelli di carattere unilaterale (pur anche in assenza di una qualche pronuncia in merito da parte della giurisprudenza arbitrale).

### 3. *Umbrella clauses* chiuse ed impegni di natura contrattuale: rinvio

Quanto agli obblighi di natura contrattuale, i tribunali arbitrali, chiamati ad applicare le varianti chiuse di *umbrella clauses*, si sono maggiormente interessati ad interpretare l’ambito soggettivo della norma, più che a distinguere in base alla natura dei contratti rientranti nel vincolo di osservanza. Dal momento che l’ambito *ratione personae* delle *umbrella clauses* è già stato già ampiamente trattato nel precedente capitolo, non vi è motivo di soffermarsi oltre su tale aspetto<sup>278</sup>.

Pertanto, per quanto riguarda la tipologia chiusa, la prassi ne ritiene pacifica l’applicazione con riferimento ai soli rapporti di natura negoziale senza in tal senso operare alcun distinguo con riguardo alla natura degli aspetti obbligatori, come invece è emerso nell’ambito delle *umbrella clauses* aperte. E’ con riferimento a quest’ultime, infatti, che alcuni tribunali arbitrali hanno sentito la necessità di distinguere la natura dei contratti e per quali violazioni contrattuali possa essere invocata la norma pattizia. Le tendenze (restrittive ed estensive) emerse al riguardo hanno fatto valere, ognuna, ragioni di sistema più che ragioni fondate sull’interpretazione della singola norma (aperta o chiusa) in rilievo. E’ questa la ragione per la quale, per quanto attiene alla natura dei rapporti contrattuali rientranti nella ambito oggettivo della norma pattizia, non occorre distinguere tra le due tipologie e sia possibile dar conto degli orientamenti emersi in merito indipendentemente dall’ambito chiuso o aperto del vincolo di osservanza pattizio.

<sup>277</sup> V., rispettivamente, par. 115 e 117 del lodo.

<sup>278</sup> Ci si limita a richiamare il lodo *Alpha v. Ukraine*, in cui la relativa clausola *umbrella* prevedeva che “[e]ach Contracting Party shall observe any contractual obligations which it may have assumed with respect to an investor of the other Contracting Party regarding investments approved by it in its territory”. Stante la chiara delimitazione dell’effetto protettivo alle sole obbligazioni di natura contrattuale, lo Stato non aveva violato la norma pattizia con riguardo ad un accordo cui risultava estraneo. Per il collegio, “the [...] Respondent “assumed” no contractual obligations with respect to Claimant and did not violate [the umbrella clause]”. V. par. 424. Sempre con riguardo all’*umbrella clause* di tipo chiuso contenuta nell’*Energy Charter Treaty*, si può richiamare la controversia *AMTO v. Ukraine*, in cui si è escluso che lo Stato possa rispondere della violazione di un *observance of undertaking commitment* quando che lo stesso non risultava la controparte del rapporto negoziale sulla base del quale veniva invocata la norma pattizia. V. par. 73 del lodo.

Invero, una tra le pronunce più significative è stata assunta nella controversia *SGS v. Philippine* che riguardava una versione chiusa della norma. Tuttavia, dal momento che il maggior numero di decisioni in merito ha riguardato la variante aperta, si è scelto di rimandare alla successiva sezione l'analisi degli orientamenti emersi nella prassi (come anche di tale lodo). Con riferimento alla natura degli obblighi contrattuali protetti dalle norme pattizie, infatti, per ciascuna delle varianti ricomprese nella tipologia chiusa possono essere traslate le conclusioni e gli indirizzi espressi nell'ambito delle *umbrella clauses* di tipo aperto.

## *Sezione seconda*

### ***Umbrella clauses aperte e fonti obbligatorie di diritto interno***

La variante aperta degli impegni *umbrella* è quella che, fin'ora, è stata applicata con maggior frequenza e che, al contempo, ha interessato l'analisi dottrinale. Come anticipato, è proprio in tale ambito che, da un lato, sono emerse interpretazioni contrastanti in merito alla natura degli obblighi contrattuali sussumibili nella protezione *umbrella* e che, dall'altro, alcune decisioni si sono risolte nel ricondurre provvedimenti legislativi al vincolo di osservanza.

La norma che è stata al centro del dibattito è quella che abbiamo a suo tempo identificato come esemplificativa della tipologia aperta e rappresentata, in diverse pronunce, dall'articolo 2, par. 2, lett. c, del trattato bilaterale tra Stati Uniti ed Argentina del 1991, secondo cui "*each Contracting Party shall observe "any obligation it may have entered into with regard to investments"*".

#### **1. *Umbrella clauses aperte e provvedimenti di carattere generale ed unilaterale***

Se per quanto riguarda le varianti di tipo chiuso sono state escluse le obbligazione *ex lege* di carattere generale (ma non quelle assunte unilateralmente), nell'ambito delle *umbrella clauses* aperte, invece, vi sono state delle aperture in favore dell'inclusione di provvedimenti legislativi e amministrativi.

Una prima tendenza, invero, ritiene che, in tale norma, il participio passato "*entered into*" sia una forma verbale che circoscrive la portata protettiva alle sole obbligazioni assunte *uti singuli*<sup>279</sup>. Ogni provvedimento legislativo che, in quanto tale, si indirizza alla generalità dei destinatari dovrebbe quindi situarsi al di fuori dall'ambito di applicazione della norma che, al contrario, presupporrebbe un impegno negoziale assunto nei confronti di una specifica controparte<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> V. anche quanto si è già avuto modo di anticipare nella parte introduttiva relativa alla norme *umbrella*, capitolo II, sez. I.

<sup>280</sup> Il lodo emesso nella controversia *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ad esempio, ritiene che "*entered into*" equivalga a circoscrivere l'ambito oggettivo dell'*umbrella clauses* alle sole obbligazioni che siano state assunte nei confronti di un investitore. La portata oggettiva della clausola viene limitata alle sole obbligazioni *entered into*, ovvero a tutte quelle obbligazioni che, come chiaramente indicato dal participio passato, siano state assunte verso un singolo investitore. Si esclude, pertanto, che un'obbligazione di origine non contrattuale possa essere ricompresa nell'ambito oggettivo di un'*umbrella clause* aperta. "*The employment of the notion "entered into" indicates that specific commitments are referred to and not general commitments, for example by way of legislative acts*". Così, par. 51. Inoltre, nella decisione adottata in sede di annullamento nella controversia *CMS*

Diversi lodi, inoltre, hanno valutato la questione con riferimento alle controversie promosse da investitori stranieri per i danni da questi subiti a seguito delle politiche adottate dallo Stato sud americano negli anni successivi alla crisi del 2001.

Nel lodo *Continental Casualty v. Argentina*<sup>281</sup>, ad esempio, la controversia veniva promossa contro le restrizioni al trasferimento estero di fondi e l'imposizione della divisa locale ai depositi effettuati in dollari. In questo caso, il tribunale ha ritenuto che i relativi provvedimenti legislativi “cannot be a source of obligations that Argentina has assumed specifically with regard to the Claimant’s investment company and which are protected under the BIT’s umbrella clause. Moreover, the provisions of the legislative regime that were changed were addressed either to the generality of Argentina’s public or to a wide range of depositors and subscribers of a number of financial instruments”<sup>282</sup>. Pertanto, i provvedimenti impugnati non potevano essere considerati quali impegni “specifically assumed with regard to claimant investment”. Tale conclusione veniva inoltre supportata in ragione del fatto che la legge sulla convertibilità (tra pesos e dollari americani) era un provvedimento che aveva riguardato la generalità dei sottoscrittori di strumenti finanziari indipendentemente dalla loro nazionalità<sup>283</sup>.

---

v. *Argentina* (che ha annullato il lodo proprio per non aver adeguatamente motivato per quale motivo lo Stato convenuto avesse violato l'impegno *umbrella*), si evidenzia il carattere consensuale degli obblighi che possono essere protetti dalla norma. “In speaking of “any obligations it may have entered into with regard to investments”, it seems clear that [the umbrella clause] is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State. Consensual obligations are not entered into erga omnes but with regard to particular persons. Similarly the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee”. V. par. 95. Si consideri che i rilievi espressi nei due lodi, qui citati, riguardano due *umbrella clauses* aperte tra loro identiche, sebbene siano relative a due diversi trattati bilaterali. Nelle due decisioni, la norma pattizia in rilievo è la tipica *umbrella clause* aperta contenuta, in entrambi i trattati (USA-Romania, da un lato e USA-Argentina, dall'altro) all'articolo II, par. 2 lett c. Con riguardo alla tipologia chiusa ha concluso nello stesso senso, come visto, il lodo *Mohammad Ammar Al Bahloul v. Tajikistan*. Concordano con una tale lettura, WÄLDE, NDI, *Stabilizing International Investment Commitments: International versus Contract interpretation*, cit., p. 215, sub nota 94, secondo i quali l'utilizzo del verbo “entered into” presuppone “a contractual element of mutual bargaining and consent/meeting of mind”. Come già detto W. BEN HAMIDA, ritiene che, nel procedere con un investimento, un privato abbia, per contro, fatto affidamento su di un provvedimento statale e, con ciò, entrando in tacito accordo con lo Stato ospitante. *Ib.*, *La clause relative au respect des engagement*, cit., p. 53.

<sup>281</sup> *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID case n. ARB/03/9, Award, 5 settembre 2008.

<sup>282</sup> Così, lodo, par. 302.

<sup>283</sup> La società statunitense controllava una società argentina di assicurazione che, a sua volta, aveva sottoscritto titoli del debito argentino per un controvalore pari a circa 100 milioni di euro. Per il collegio, inoltre, sebbene il mancato pagamento dei titoli di debito costituisca un illecito, veniva tuttavia giustificato per l'esigenza dell'Argentina di fronteggiare la delicata crisi economica. Al caso di specie veniva quindi riconosciuta ed applicata l'esimente rappresentata dallo stato di necessità. In merito a tale decisione, v. recente decisione emessa dall'*Ad Hoc Committee, Decision on the Application for Partial Annulment of Continental Casualty Company and the Application for Partial Annulment of the Argentine Republic*, 16 settembre 2011. Altri lodi, tuttavia, non hanno riconosciuto che l'Argentina potesse invocare lo stato di necessità. Per le decisioni che non hanno invece riconosciuto all'Argentina di beneficiare della situazione di crisi economica e di invocare utilmente lo stato di necessità, v. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The*

Per effetto di tale tendenza interpretativa conservativa, le posizioni soggettive protette possono essere soltanto quelle derivanti da rapporti consensuali e, pertanto, dall'ambito oggettivo di un'*umbrella clause*, pur anche se aperta, vengono esclusi provvedimenti legislativi o amministrativi caratterizzati da un'intrinseca valenza generale ad efficacia *erga omnes*.

Per un diverso orientamento, invece, l'ampia formulazione di una *umbrella* aperta sarebbe in grado di attrarre, al suo ambito oggettivo, ogni impegno che lo Stato di accoglimento abbia assunto con riguardo agli investimenti, non esclusi gli obblighi derivanti da atti unilaterali e da provvedimenti legislativi o amministrativi.

Invero, tra le decisioni ascrivibili a tale orientamento estensivo, è possibile isolare due distinti indirizzi.

Per un primo filone, tra le fonti protette dalle *umbrella clauses* aperte, vi sono anche quelle non contrattuali poiché "*the words "any obligation" are all encompassing. They are not limited to international obligations, or non-contractual obligations, so that they appear without apparent limitation with respect to commitments that impose legal obligations*"<sup>284</sup>. Pertanto, per effetto di una *umbrella clause*, ciascuno Stato contraente si impegna a rispettare quegli obblighi "*stem [...] also from laws and regulations*"<sup>285</sup>.

Tali riconoscimenti vengono tuttavia ammessi in termini astratti, dal momento che le controversie sottoposte all'attenzione dei relativi tribunali arbitrali non riguardavano la violazione di provvedimenti di natura legislativa, bensì rapporti di natura contrattuale<sup>286</sup>.

---

*Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, *Decision on Liability*, 30 luglio 2010, e i lodi citati ai parr. 257-265. Per quanto la questione sia di indubbio interesse, non è tuttavia possibile soffermarsi oltre. Per gli opportuni riferimenti, si rimanda, *inter alia*, a M., VALENTI, *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 114 ss.; A REINISH., *Necessity in Investment Arbitration*, in *Neth. Yearbook Int'l L.*, 2010, p. 397 ss.; QURESHI, *The Economic Emergency Defense in Bilateral Investment Treaties: a Development Perspective*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit., p. 631 ss.. Si veda, infine, A. IRRERA, *Conflicting jurisprudence in international investment arbitration - The Argentine cases -* in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2011, p. 38-62, che tratta, in particolare, la confusione tra il concetto di stato di necessità e la clausola di "*non precluded measure provision*".

<sup>284</sup> V. *Bivac B.V. v. Paraguay*, lodo cit., par. 141.

<sup>285</sup> Lodo *Noble Energy v. Ecuador*, per il quale "[...] *the Tribunal observes that it appears that Ecuador's obligations vis-à-vis the Claimants stem not only from the Agreements but also from laws and regulations*". Par. 157.

<sup>286</sup> Oltre alle decisioni citate nelle due note precedenti, si consideri, ad esempio, quanto riconosciuto nel lodo *SGS v Pakistan*: "*The "commitments" the observance of which a Contracting Party is to "constantly guarantee" are not limited to contractual commitments. The commitments referred to may be embedded in, e.g., the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party*". Così, par. 166. In questo caso, l'*umbrella* aperta in rilievo stabiliva che "[e]ither Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party". Per quanto riguarda una tipica *umbrella clause* aperta, invece, si veda la decisione assunta nella controversia *Eureko v. Poland*, in base alla quale "*any obligation is capacious: it means not only obligations of a certain type, but any obligation, that is to say all obligations entered with regard to investments of investors of the other contracting party* (par. 246). In questo caso, non vengono espressamente inclusi gli atti

Un secondo filone, si è indirizzato a riconoscere –concretamente– che, nell’ambito di applicazione *ratione materiae* di un’*umbrella clause* aperta, vi possano rientrare provvedimenti generali, seppur riconoscendo che sia a tal fine necessario che i provvedimenti *de quibus* abbiano come precipuo obiettivo determinati investimenti o investitori stranieri.

Per questa tendenza, “[u]nder its ordinary meaning the phrase ‘any obligation’ refers to obligations regardless of their nature. Tribunals interpreting this expression have found it to cover both contractual obligations such as payment as well as obligations assumed through law or regulation”<sup>287</sup>. Pertanto, anche provvedimenti legislativi e amministrativi possono rientrare nell’ambito oggettivo della norma pattizia “*by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments, that gave rise to liability under the umbrella clause*”<sup>288</sup>.

Queste ultime decisioni, più che esprimersi in senso pienamente favorevole all’inclusione di qualsiasi provvedimento normativo, si sono quindi essersi profuse nel dimostrare che le leggi e gli atti invocati dagli investitori fossero provvedimenti sì generali, ma emanati al fine di attrarre e garantire specifici investimenti stranieri<sup>289</sup>.

Sempre nell’ambito di controversie promosse contro l’Argentina, si situa il lodo *LG&E*. In particolare, con l’approvazione dell’*Emergency Law* erano stati abrogati alcuni provvedimenti quali quelli riguardanti i meccanismi di indicizzazione delle tariffe garantiti dalla *Ley del Gas* del 1992<sup>290</sup>. Per effetto della nuova normativa sulla pesificazione delle tariffe ed il conseguente blocco del meccanismo di aggiustamento, l’Argentina veniva quindi convenuta in giudizio per aver violato *the observance of undertaking clause* (e, come vedremo, il *fair and equitable treatment*)<sup>291</sup>.

di natura legislativa o unilaterale nell’*umbrella* di tipo aperta, ma viene ribadita, in forma tautologica, l’obbligatorietà degli impegni protetti.

<sup>287</sup> *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, (ICSID Case ARB/01/3), Award, 22 maggio 2007, par. 274 (d’ora innanzi, *Enron v. Argentina*).

<sup>288</sup> *LG&E v. Argentina, Decision on Liability*, 3 ottobre 2006, par. 175.

<sup>289</sup> E, in quest’ottica, le argomentazioni sembrano allora le medesime di quelle sostenute dal lodo *Continental Causality*, in cui non si rilevava alcuna correlazione tra la normativa e gli specifici investimenti stranieri.

<sup>290</sup> La legge No. 24.076 del maggio 1992, per la quale *v. retro*, capitolo I, par. 2.1. Tra queste, come visto, la più significativa era rappresentata dal Piano di Convertibilità del 1991 che, con lo scopo di attrarre capitali stranieri nel processo di privatizzazione di diverse imprese pubbliche, aveva introdotto un regime di cambio a tasso fisso tra il peso argentino e il dollaro americano (al rapporto di 1 a 1) con aggiustamento delle tariffe, in base all’andamento del *Producer Price Index* statunitense, e con indennizzo in favore dei titolari delle licenze.

<sup>291</sup> Nel 2002, a seguito della dichiarazione di parziale *default*, l’Argentina abbandonava sia il regime di convertibilità a tasso fisso tra dollaro e peso che il pagamento in dollari delle tariffe (c.d. “pesificazione”), con un conseguente blocco di tali tariffe. Sulla base degli incentivi contenuti nella normativa di liberalizzazione dei servizi di trasporto e di distribuzione del gas del 1992, la società *LG&E Corporation* aveva acquistato parte del capitale sociale delle tre società divenute titolari delle relative licenze a seguito della privatizzazione del preesistente gestore pubblico (la società *Distribuidora de Gas del Centro*, la *Distribuidora de Gas Cuyana S.A.* e la *Gas Natural BAN S.A.*). A seguito delle misure adottate nel 2002, con la legge del 6 gennaio No. 25561 (la



In tale controversia, il tribunale arbitrale ha ritenuto che l'emanazione della *Ley del Gas* e i relativi meccanismi di aggiustamento delle tariffe fossero garanzie emanate con il preciso scopo di indurre gli operatori stranieri ad investire nel mercato energetico perché l'interesse dell'Argentina era quello di riuscire a completare in breve tempo la privatizzazione di quel settore.

La decisione assunta in tale controversia, pertanto, esclude che, in termini generali, provvedimenti legislativi assunti *erga omnes* possano rientrare *sic et simpliciter* nell'ambito della norma<sup>292</sup>.

Sul piano concreto, infatti, il tribunale ha ritenuto di individuare una serie di elementi per effetto dei quali il provvedimento in rilievo, la *Ley del Gas*, fosse un provvedimento generale di stimolo all'afflusso di capitali stranieri. In tal senso, viene messo in rilievo che la normativa in questione riguardava, anzitutto, uno specifico settore industriale, che le modalità di tariffazione delle forniture, rendendo l'investimento particolarmente conveniente, erano impegni assunti al preciso scopo di attrarre investitori stranieri. In secondo luogo, le condizioni favorevoli previste dalla normativa, come le modalità di tariffazione, erano state recepite nello specifico *Offering Memorandum* accordato alle diverse imprese straniere, tra le quali era annoverabile la ricorrente LG&E<sup>293</sup>. Per effetto di tale valutazione complessiva, la *Ley del Gas* è stata quindi declinata come normativa diretta ed indirizzata agli investitori stranieri.

Nel caso in esame, il tribunale, pur escludendo che un provvedimento di carattere generale possa essere protetto da un'*umbrella clause*, ritiene che nei provvedimenti emanati dal governo argentino fosse insita una specifica correlazione con le situazioni giuridiche negoziali della ricorrente. In virtù di tale correlazione qualificata, era quindi legittimo individuare la *Ley del Gas* come "*obligation with regard to investments*"<sup>294</sup>. La violazione degli obblighi assunti

---

*Ley de Emergencia Pública y Reforma al Régimen Cambiario*), i termini con cui le licenze erano state concesse venivano modificati. Veniva quindi promossa un'azione sulla base del Bit tra USA e Argentina e veniva invocata la norma *umbrella* di cui all'articolo II(2)(c) del trattato (e lamentando, altresì, la condotta contraria allo standard di trattamento *fair and equitable*, l'adozione di misure discriminatorie ed arbitrarie, come anche l'avvenuta espropriazione indiretta dell'investimento). Per un approfondimento, v. R. KOZULJ, *Crisis de la industria del gas natural en Argentina*, Cepal, 2005. F. BORTOT, *Esperienze internazionali -Crisi economico-finanziarie in Argentina: dall'euforia della convertibilità al panico dell'instabilità in Bancaria*, 2003, fasc. 2, pagg. 92-102.

<sup>292</sup> Al par. 174, *Decision on Liability*, cit., si coglie infatti che per il tribunale "[...] *these provisions were not legal obligations of a general nature. On the contrary, they were very specific in relation to LG&E's investment in Argentina, so that their abrogation would be a violation of the umbrella clause*".

<sup>293</sup> "As such, Argentina's abrogation of the guarantees under the statutory framework – calculation of the tariffs in dollars before conversion to pesos, semi-annual tariff adjustments by the PPI and no price controls without indemnification – violated its obligations to Claimants' investments. Argentina made these specific obligations to foreign investors, such as LG&E, by enacting the Gas Law and other regulations, and then advertising these guarantees in the *Offering Memorandum* to induce the entry of foreign capital to fund the privatization program in its public service sector". V. *LG&E v. Argentina, Decision on liability*, cit., par. 175.

<sup>294</sup> In proposito, è utile riportare per intero l'iter giuridico seguito dal tribunale. "*The issue for the Tribunal's consideration is whether the provisions of the Gas Law and its implementing regulations constitute (i) "obligations" (ii) "with regard to" LG&E's capacity as a foreign investor (iii) with respect to its*

in tale legge, concretizzatasi con l'emanazione dell'*Emergency Law*, era quindi contraria al vincolo di osservanza previsto dalla norma pattizia<sup>295</sup>.

Nello stesso senso, si è indirizzato il tribunale arbitrale della controversia *Enron v. Argentina*, in cui viene sostenuto che un'*umbrella clause* imponga allo Stato il rispetto di qualsiasi obbligazione "*regardless of their nature*", purché l'obbligazione assunta riguardi un investimento"<sup>296</sup>. Secondo il collegio, con l'emanazione della *Ley del Gas*, l'Argentina aveva assunto delle obbligazioni riguardanti degli investimenti ed era pertanto evidente che, emanando la *Emergency Law* del 2002, avesse violato la norma pattizia<sup>297</sup>.

Anche in questa decisione, il collegio cerca di mettere in evidenza una specifica connessione tra provvedimento legislativo ed investimento, menzionando, altresì, la clausola di intangibilità contenuta nella relativa licenza<sup>298</sup>.

Nel procedimento attivato per l'annullamento di tale lodo, l'Argentina ha sostenuto che il tribunale arbitrale aveva interpretato la norma pattizia in maniera erronea e che non era possibile ritenere la *Ley del Gas* alla stregua di un impegno specificatamente assunto nei confronti di Enron, né che la licenza fosse un "*investment agreement*"<sup>299</sup>. L'*Ad Hoc Committee* ha ritenuto di dover aderire all'interpretazione fornita dal tribunale arbitrale e che l'orizzonte protettivo della norma non fosse limitato ai soli obblighi "*entered into*" *with the investor directly*". La norma pattizia è invece in grado di pretendere l'osservanza di "*both contractual obligations such as payment as well as obligations assumed through law or*

---

*"investment," such that abrogation of the guarantees set forth in the Gas Law and its implementing regulations give rise to a violation of the Treaty". Ibidem, par. 172. E ancora, "in order to determine the applicability of the umbrella clause, the Tribunal should establish if by virtue of the provisions of the Gas Law and its regulations, the Argentine State has assumed international obligations with respect to LG&E and its investment. To this end, it is necessary to remember that the provisions of the Gas Law and its regulation fixed and regulated the tariff scheme ensuring the value of Claimants' investment; that the purpose of Claimants' investment was to increase the value of its shares in the Licensees through a fragile balanced management of profits and costs, represented by the tariffs fixed by Argentina in light of the already mentioned Gas Law and its regulation". Par. 174.*

<sup>295</sup> Per il tribunale, infatti, "*these laws and regulations became obligations within the meaning of [the umbrella clause], by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments, that gave rise to liability under the umbrella clause*". Così, par. 175.

<sup>296</sup> "*Under its ordinary meaning the phrase 'any obligation' refers to obligations Tribunals interpreting this expression have found it to cover both contractual obligations such as payment as well as obligations assumed through law or regulation. 'Obligations' covered by the 'umbrella clause' are nevertheless limited by their object: 'with regard to investments'*". Così, *Enron v. Argentina*, lodo cit., par. 274.

<sup>297</sup> V. parr. 275 e 277.

<sup>298</sup> *Enron v. Argentina*, lodo cit., par. 276. "*In addition, the prohibition of price controls without indemnification and the prohibition of License amendments without consent, although contained in the License were also approved by decree and formed part of the implementing legislation that established the tariff regime. The obliteration of these commitments likewise entails a violation of obligations entered into by the Respondent with regard to the Claimants' investment*". Nella decisione sull'annullamento di tale lodo (che verrà annullato per non aver adeguatamente applicato l'esimente dello stato di necessità) viene confermata la conclusione raggiunta dal tribunale arbitrale con riguardo all'*umbrella clause*. Al riguardo, v. *Enron v. Argentina, Decision on the Application for the Annulment of the Argentine Republic*, 30 luglio 2010, parr. 330-331.

<sup>299</sup> *Enron v. Argentina, Decision on the Application for the Annulment of the Argentine Republic*, cit., par. 319.

*regulation*<sup>300</sup>. Per effetto della norma aperta in rilievo, pertanto, ciascuno Stato contraente si era assunto l'impegno di rispettare “*any obligation it may have entered into “with regard to investments” and not “with regard to a particular investor”*” e l'Argentina non avrebbe dovuto violare i termini obbligatori stabiliti dalla licenza. Il Comitato, quindi, non accoglie la tesi che la licenza concessa ad Enron non fosse un investimento protetto dal trattato. I termini obbligatori della licenza erano impegni cui l'Argentina era vincolata ai sensi e per gli effetti della *umbrella clause*, indipendentemente dal fatto che la licenza non fosse un *investment agreement*. Altrimenti, la norma pattizia sarebbe stata impropriamente declinata nel vincolo di adempiere “*any obligation it may have entered into in an investment agreement with an investor of the other party*”<sup>301</sup>. In merito, sarebbe stato alquanto sorprendente, in effetti, se la licenza, contenente anche una clausola di intangibilità, non fosse stata considerata un investimento protetto dal trattato. Per quanto si possa qualificare come atto amministrativo unilaterale ed indipendentemente dalla natura autorizzativa o concessoria sulla base del diritto argentino, è del tutto evidente che la fattispecie rientri pienamente nella definizione di investimento generalmente accolta dai trattati bilaterali. In questo senso, inoltre, basti ricordare quanto le concessioni petrolifere abbiano rappresentato la fattispecie centrale degli accordi di sviluppo economico o come, indipendentemente dalla natura amministrativa<sup>302</sup>, abbiano rappresentato la categoria di elezione nell'elaborazione della dottrina internazionalistica<sup>303</sup> finalizzata a riconoscere, a tali atti, un contenuto negoziale paritario. Altre decisioni hanno pacificamente ricompreso nell'ambito oggettivo della norma pattizia provvedimenti unilaterali quali licenze o concessioni rilasciate dallo Stato di accoglimento<sup>304</sup>.

<sup>300</sup> *Ibidem*, par. 320.

<sup>301</sup> Era proprio questa, infatti, la lettura dell'*umbrella clause* che l'Argentina proponeva in sede di annullamento. V. *Decision cit.*, par. 320.

<sup>302</sup> La concessione difetta di una definizione concettuale in quanto appartiene al diritto interno, anche se può essere definita, in via autonoma, sul piano internazionale. Al riguardo, si possono considerare i mutamenti che hanno interessato il diritto italiano con riguardo alla natura delle concessioni che, da contratti di tipo privatistico, sono diventati atti amministrativi unilaterali. V. M. M. D'ALBERTI, *Concessioni Amministrative*, in *Enc. Dir.*, in particolare, p. 1-3. Sempre per rimanere nell'ambito dell'ordinamento italiano, per concessione si può comunque intendere tanto il decreto –cioè l'atto unilaterale autoritario, revocabile e modificabile nel pubblico interesse– quanto il complesso di diritti reali ed obbligatori derivanti dal decreto. Così, SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 106-108.

<sup>303</sup> Questa era stata, ad esempio, la posizione assunta dalla Gran Bretagna e dalla Grecia (rispettivamente, nei casi *Anglo Oil Company* e *Ambatielos*) e secondo cui le concessioni sarebbero rette dal diritto internazionale. In generale, v. anche E. PAASIVIRTA *Internazionalizzazione Stabilizzazione*, cit., p. 349-350; A. F. M. MANIRUZZAMANN, *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a prognostic view*, cit., p. 5. Quando poi nella concessione sia prevista una clausola di salvaguardia giuridica, tale previsione esclude la struttura diseguale caratteristica dei provvedimenti amministrativi di diritto pubblico in cui i diritti obbligatori in capo alla controparte privata –concessionario– nascono e perdurano come affievoliti. In merito, v. SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 107.

<sup>304</sup> Il lodo *Enron v. Argentina*, infatti, pur qualificando la licenza quale atto amministrativo unilaterale, ritiene che rientri pacificamente nella fattispecie di investimento protetta dal trattato. La norma pattizia “*uses the term “investments,” not “investment agreements”, and it is not confined to “contracts” or “investment agreements”, but extends to “any obligation” entered into “with regard to” any category of “investment”*”

Parimenti, altri lodi hanno ritenuto che provvedimenti di carattere generale potessero essere attratti al vincolo di osservanza in virtù della connessione con uno specifico investimento rappresentata da determinati impegni di salvaguardia giuridica<sup>305</sup>.

Per concludere il richiamo della prassi con riferimento a provvedimenti di carattere unilaterale e sempre con riferimento ad una *umbrella* aperta, ma di diverso tenore<sup>306</sup>, resta da menzionare il lodo che, per primo, ha applicato un'*umbrella clause*, pur senza addentrarsi in un'approfondita analisi della norma. Il lodo *Fedax N.V. v. Venezuela*<sup>307</sup> rappresenta, infatti, la prima decisione in cui uno Stato viene ritenuto, seppur *incidenter tantum*- responsabile della violazione di un impegno *umbrella* per non aver onorato delle *promissory notes*<sup>308</sup>. Per il

---

*within the definition of the BIT*". Anche nel lodo *Sempra Energy International v. Argentina* ICSID Case No. ARB/02/16 (poi annullato ma non con riferimento all'*umbrella clause*, ICSID Case No. ARB/02/16, *Annulment Decision*, 29 giugno 2010), la valenza della licenza e della normativa interna vengono apprezzati in un'ottica complessiva. "[...] *the License is the ultimate expression of a series of complex investment arrangements made with the specific intention of channeling the influx of capital into newly privatized companies. Such a network was required under the law and the regulations, and it is therefore impossible to argue now the separation of the License from the investments made in the resulting process*". Par. 312. Allo stesso modo, il lodo *Simens v. Argentina* include una concessione amministrativa sia nella definizione di investimento protetto che nell'impegno rientrante nell'obbligo *umbrella*. "*The Tribunal does not subscribe to the view of the Respondent that investment agreements should be distinguished from concession agreements of an administrative nature. Such distinction has no basis in [the umbrella clause] of the Treaty which refers to "any obligations", or in the definition of "investment" in the Treaty. Any agreement related to an investment that qualifies as such under the Treaty would be part of the obligations covered under the umbrella clause*". Così, par. 206.

<sup>305</sup> Nello stesso senso si era indirizzato il lodo *CMS v. Argentina*, evidenziando la presenza di impegni contrattuali di stabilizzazione. "*While many, if not all, such interferences are closely related to other standards of protection under the Treaty, there are in particular two stabilization clauses contained in the License that have significant effect when it comes to the protection extended to them under the umbrella clause. The first is the obligation undertaken not to freeze [sic] the tariff regime or subject it to price controls. The second is the obligation not to alter the basic rules governing the License without TGN's written consent*". Così, par. 302. Anche il lodo *Noble v. Ecuador*, richiamando i provvedimenti legislativi emanati dall'Ecuador, rimarca l'esistenza della clausola di salvaguardia giuridica contenuta nel relativo accordo di investimento. "*On this basis, the Tribunal observes that it appears that Ecuador's obligations vis-à-vis the Claimants stem not only from the Agreements but also from laws and regulations. It also notes that the Investment Agreement appears to contain a stabilization clause which may constitute an obligation of a State capable of falling within the scope of an umbrella clause*". Par. 157. Vedi anche le considerazioni espresse da M. C. GRITON SALIAS, *Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings?*, in *International Investment Law for The 21<sup>st</sup> Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit., p. 493-494, con riferimento all'analisi del lodo *Link-Trading v. Moldova*, Award, 18 aprile 2002.

<sup>306</sup> L'*umbrella clause* in rilievo prevedeva che "*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to the treatment of investments of nationals of the other Contracting Party. If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by nationals of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such regulation shall to the extent that it is more favourable prevail over the present Agreement*".

<sup>307</sup> Lodo del 9 marzo 1998.

<sup>308</sup> Nella fattispecie, la controversia riguardava il mancato pagamento di una tranche di alcune *promissory notes* emesse dalla Repubblica Venezuelana e in possesso di Fedax a seguito di successive girate.

collegio, il mancato pagamento dei vaglia cambiari emessi dal Venezuela, e poi girati in favore della società ricorrente, aveva concretizzato una violazione della *pacta sunt servanda clause*<sup>309</sup>.

Alla luce di questa ricognizione, è possibile concludere che i provvedimenti di natura unilaterale rientrano nella variante aperta della norma pattizia.

Per contro, non è possibile indicare con certezza quale sia la sua capacità inclusiva con riferimento a provvedimenti di carattere generale. Per quanto alcuni lodi abbiano astrattamente riconosciuto che, nell'ambito di applicazione oggettivo delle *umbrella* aperte, possano rientrarvi provvedimenti di carattere generale, le decisioni che hanno poi ammesso, concretamente, tale possibilità hanno in un certo qual modo limitato l'effetto protettivo della norma pattizia a quei provvedimenti normativi di carattere generale che –nell'ottica dei tribunali arbitrali- erano stati effettivamente indirizzati a determinati investimenti e con ciò, a mio avviso, operando un distinguo nell'ambito di atti a valenza generale e ad efficacia *erga omnes*.

Sulla base delle argomentazioni offerte, l'orientamento estensivo, riportato per ultimo, più che includere nell'ambito oggettivo delle *umbrella clauses* ogni genere di provvedimento legislativo o amministrativo, ha invece selezionato provvedimenti di carattere generale che introducevano precise garanzie con riguardo a determinati investimenti stranieri, sia da un punto di vista generale (come gli incentivi indirizzati ad attrarre capitali stranieri<sup>310</sup>), che particolare (come i richiami alla normativa generale riflessi nelle licenze rilasciate *uti singoli* o come gli impegni contrattuali di salvaguardia giuridica).

L'orientamento estensivo, in altri termini, include nell'ambito oggettivo della norma pattizia quelle disposizioni di carattere generale in cui sussista un nesso qualificato tra obbligazione generale ed investimento.

In merito, anche le opinioni espresse in sede dottrinale risultano discordanti. Per alcuni autori, l'ampia e generica formulazione delle *umbrella* (aperte) consente di ricomprendere qualsiasi tipo di obbligazione, indipendentemente dalla natura unilaterale o consensuale della loro fonte<sup>311</sup>. Per altri, pur in presenza di un'*umbrella clause* aperta, le obbligazioni da questa tutelabili sono solo quelle che siano state negoziate e garantite bilateralmente, poiché ammettere che uno Stato possa incorrere in responsabilità internazionale per il solo fatto di

<sup>309</sup> Le *promissory notes* vengono quindi riconosciute quale investimento protetto dal trattato. Per effetto dell'*umbrella clause*, inoltre, il tribunale arbitrale ritiene che “*the Republic of Venezuela fosse under the obligation to honour precisely the terms and conditions governing such investment, laid down mainly in article 3 of the Agreement as well as to honour the specific payments established in the promissory notes issued*”. Par. 29 del lodo.

<sup>310</sup> Ci si riferisce alle modalità di contabilizzazione delle tariffarie in grado di incidere sulla stessa profittabilità di un investimento.

<sup>311</sup> “*There is no reason why umbrella clauses should be restricted to contractual commitments. If phrased in general terms, they apply to any type of obligation assumed by the State, regardless of its bilateral or unilateral origin*”. Così, M. C. GRITÓN SALIAS, *Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings?*, cit., p. 496.

aver mutato un determinato assetto normativo, vorrebbe dire annullare le prerogative di uno Stato sovrano<sup>312</sup>.

In questo senso, allora, è utile richiamare quanto si è già trattato in sede di stabilizzazione giuridica per mezzo di normative di stimolo che, come detto, possono riguardare investimenti generali o indirizzarsi verso specifici settori economici, determinati rapporti patrimoniali o selezionate tipologie di investimento. Rispetto a tali codici di investimento, avevamo concluso che queste normative, in assenza di un preciso impegno di salvaguardia giuridica o, quanto meno, di un preciso richiamo in un accordo, non sono in grado di dispiegare un apprezzabile effetto protettivo essendo misure legislative generali potenzialmente in grado di essere abrogate in ogni momento<sup>313</sup>.

Per effetto di un impegno di *pacta sunt servanda* assunto a livello internazionale, la prassi si è espressa in favore di una stabilizzazione diretta del quadro giuridico di riferimento che, se assunto con il preciso scopo di attrarre investitori stranieri e nel caso in cui trovi esplicito riscontro in un impegno specifico, rappresenterebbe un vincolo che lo Stato potrebbe avere l'obbligo di rispettare per effetto di un'*umbrella clause* aperta.

Sebbene parte della dottrina si schieri in sfavore di una tale conclusione, la prassi che concretamente ha dovuto decidere della responsabilità internazionale dello Stato per aver emendato provvedimenti di carattere generale emanati in precedenza, ritiene che le *umbrella* aperte impongano agli Stati contraenti di osservare quei provvedimenti legislativi, amministrativi e ogni altra misura di carattere unilaterale emanata per attrarre determinati capitali stranieri ed aumentare l'afflusso di investimenti<sup>314</sup>. Ciò significa che le *umbrella clauses* potranno essere invocate per provvedimenti unilaterali e di carattere generale ogni qualvolta sia possibile ricondurre tali provvedimenti agli investitori stranieri quali specifico

---

<sup>312</sup> Vedi, in tal senso, la posizione estremamente critica espressa da SORNARAJAH con riferimento al lodo *LG&E v. Argentina*, in *Sornarajah Legal Opinion* cit., prodotta nella controversia *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*. L'A. ritiene infatti che "*the LG&E tribunal was in error in reading the general provisions of the regulatory law into the contract. It would be a startling proposition in any system of contract law that the regulatory system is a part of the contract, unless of course, they were mandatory provisions that required their incorporation into contracts. The provisions in the regulatory framework are not specific commitments as are protected by the Treaty. In the cases which have dealt with the umbrella clause, what was sought to be protected were contractual stipulations which were contained in the foreign investor's contract and had been specifically negotiated. If the reading contented for is accepted, the function of a state, whether it be the United States or Argentina, will become impossible. No state could have assumed treaty obligations that are so extensively destructive of sovereignty*". Così, par. 96. Anche CRAWFORD critica espressamente la decisione *LG&E v. Argentina* e la tesi secondo cui una *umbrella clause* avrebbe l'effetto di una *closet stabilisation*. L'A. ritiene infatti che "*the enactment of a law by a state, whether it is specific or general, is not the entry by the state into an obligation distinct from the law itself. No doubt a state is obliged by its own laws, but only for so long as they are in force. In the absence of express stabilization, investors take the risk that the obligations of the host state under its own law may change, and the umbrella clause makes no difference to this basic proposition*", in *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 370.

<sup>313</sup> V. *retro*, capitolo I, par. 2.1.

<sup>314</sup> Ad esempio, non si conosce in maniera approfondita il contenuto della *Ley del Gas* e, quindi, se fosse possibile ricostruirla nei termini di un codice sugli investimenti, ma la prassi ha ritenuto che lo fosse.

target di riferimento. In questo senso, dunque, la norma internazionale sembra essere in grado di garantire un ulteriore profilo di tutela alla stabilità del quadro giuridico di riferimento, almeno secondo un certo filone interpretativo.

Con riguardo a provvedimenti che potrebbe essere qualificati come atti amministrativi unilaterali, anziché come contratti privatistici, quali le concessioni, non sembrano sussistere obiezioni in favore della loro inclusione nella norma pattizia.

## 2. *Umbrella clauses* aperte (e chiuse) e rapporti di natura contrattuale

L'ambito oggettivo degli impegni *umbrella*, con riferimento ad un sottostante rapporto di natura contrattuale, è quello che ha maggiormente interessato l'analisi della dottrina e che ha visto emergere, nella prassi arbitrale, orientamenti tra loro divergenti.

Sebbene i diversi indirizzi in merito si siano espressi con riferimento, quasi esclusivo<sup>315</sup>, alla tipologia di *umbrella clauses* aperta (per circostanze di mera contingenza), non sussiste alcuna ragione per non ritenerli applicabili anche alle varianti di tipo chiuso. Il pur differente tenore letterale tra le due tipologie di norme non è infatti rilevante quando si pretenda di includere, nella norma pattizia, i soli accordi stipulati dallo Stato “*as a sovereign*” e, specularmente, di escludere accordi assunti *iure gestionis*.

Sempre in via introduttiva, occorre premettere che allo stato attuale non è ancora emerso un sicuro indirizzo e che nessuno dei tre orientamenti che si andranno a trattare è riuscito ad imporsi in via definitiva<sup>316</sup>. Ciò nonostante, ritengo sia possibile affermare che un orientamento in particolare (quello c.d. integrazionista e che si riporterà per ultimo) stia ricevendo consensi tali da far intravedere un consolidamento oramai prossimo.

### 2.1. L'orientamento restrittivo

Quando il rapporto di cui si invochi la protezione offerta da un'*umbrella clause* sia di natura contrattuale, un primo indirizzo interpretativo sostiene che l'ambito oggettivo debba essere limitato ad una determinata tipologia di contratti e di inadempimenti.

<sup>315</sup> Ad eccezione, infatti, del lodo *SGS v. Phillipines* che si è espresso con specifico riferimento ad una tipologia chiusa. Dal momento che è proprio questo lodo ad aver inaugurato l'orientamento integrazionista (che ha raccolto consensi in controversie relative all'*umbrella clauses* aperte), si è scelto di riportare l'impostazione assunta in tale controversia non nell'analisi riguardante le *umbrella clauses* chiuse, ma nell'analisi della tipologia aperta. E' proprio nell'ambito della norma aperta, come già detto, che sono emerse le divergenze interpretative maggiori con riguardo all'ambito oggettivo degli impegni in esame.

<sup>316</sup> Si ricorda che nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti, la prassi non è vincolata alle decisioni emesse dai tribunali arbitrali. In merito, è sufficiente rimandare a C. SCHREUER, M. WEINIGER *A Doctrine of Precedent? in International Investment Law* (a cura di Muchlinski, Ortino, Schreuer), Oxford, 2008, p. 1188 ss.; A. R., *SUREDA Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit., p. 830 ss..

In via generale, tale orientamento restrittivo circoscrive l'effetto della norma pattizia alle sole obbligazioni di natura pubblicistica<sup>317</sup> e, più in generale, quando il sottostante rapporto sia stato disatteso per effetto di un'interferenza di tipo autoritativo<sup>318</sup>.

Con riguardo alla natura dei rapporti che possono ricevere la protezione *umbrella*, la tendenza in esame ritiene che debba trattarsi di contratti stipulati dallo Stato nell'ambito delle proprie prerogative sovrane. Pertanto, l'unica valida fonte di impegni che le *umbrella clauses* (sia aperte che chiuse) sono in grado di tutelare è rappresentata da quei contratti in cui lo Stato abbia dedotto l'esercizio vincolato delle proprie prerogative di *puissance publique* ed in cui siano quindi presenti norme di salvaguardia giuridica<sup>319</sup>.

Infatti, l'obbligo di astenersi dal legiferare o di non modificare unilateralmente un contratto sono impegni contrattuali che lo Stato stipula come quale sovrano, nella stessa pienezza di attributi che lo qualifica come soggetto di diritto internazionale. In questo senso, la tendenza in esame richiama, in un certo qual modo, la teoria internazionalistica degli *State-contracts* secondo cui le norme contrattuali di salvaguardia giuridica sono l'espressione della volontà dello Stato di assumersi obblighi contrattuali corrispondenti ad obblighi vevoli sul piano dell'ordinamento giuridico internazionale. L'unica differenza è che, in questo caso, la tutela di diritto internazionale trova fondamento nell'obbligo di osservanza rappresentato dall'*umbrella clause* e non dal principio di *pacta sunt servanda* di diritto internazionale che dovrebbe già applicarsi a tali accordi<sup>320</sup>.

<sup>317</sup> In via generale, v. *SGS v. Pakistan, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 163-173; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, lodo cit., par. 81; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 79-86; *Pan American v. Argentina*, decisione cit., par. 92-115. Si consideri che i componenti del collegio degli ultimi due lodi sono i medesimi arbitri.

<sup>318</sup> V. *CMS v. Argentina*, par. 296-303; *Sempra v. Argentina*, par. 305-314.

<sup>319</sup> Nel lodo *CMS v. Argentina*, poi annullato, si è ritenuto che la modifica unilaterale della disciplina riguardante il servizio di trasporto di gas fosse contraria agli accordi di stabilizzazione contenuti nel contratto. Per effetto di tali pattuizioni, l'ente argentino riconosceva e garantiva, in favore della controparte, l'intangibilità del regime tariffario e la necessità di un previo accordo per procedere a qualsivoglia modifica. Per il collegio occorre pertanto concludere che, in virtù di tali impegni di contrattuali di salvaguardia giuridica, "*the obligation under the umbrella clause of extent that legal and contractual obligations have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty*". Così, par. 303. Nello stesso senso di ritenere ricompresi nell'ambito di applicazione *ratione materiae* i soli contratti in cui siano contenute norme di stabilizzazione e di intangibilità, v. *Decision on Jurisdiction* emessa nella controversia *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, par. 81. In tale controversia, la società americana controllava diverse società argentine di estrazione e raffinazione petrolifera a loro volta titolari di concessione di servizi energetici. I contratti *de quibus* era stato sottoscritti nell'ambito del piano di privatizzazione adottato dal governo argentino e contenevano impegni di salvaguardia giuridica che, per il collegio, indicavano chiaramente che il governo non avesse stipulato tali accordi quale mero operatore commerciale. Da ultimo, v. anche *Hamester v. Ghana*, par. 329.

<sup>320</sup> In dottrina, LEBEN aderisce a tale orientamento, sebbene non si sia direttamente interessato delle *umbrella clauses* e della loro applicazione. L'A., secondo il quale gli *State-contracts* sono comunque accordi già retti dal diritto internazionale, appartenendo oggettivamente a tale ordinamento, sottolinea che, per effetto delle *umbrella clauses*, tali contratti offrono all'investitore la possibilità di far valere la responsabilità internazionale dello Stato. In particolare, sembra riconoscere una corrispondenza tra le clausole di stabilizzazione e la tutela internazionale tale per cui la norma pattizia valga solo con riferimento a specifici obblighi contrattuali di



Affinché un'*umbrella clause* possa dispiegare il proprio effetto protettivo, occorre inoltre che lo Stato abbia violato quel regolamento negoziale nella stessa veste di soggetto dotato di potere di imperio. Si sostiene, in altri termini, che lo Stato non possa violare un contratto quando agisca alla pari di un qualsiasi soggetto privato poiché, in tal caso, si limiterebbe a (non) dare esecuzione ad un contratto senza interferire con esso<sup>321</sup>. Occorre allora valutare gli inadempimenti contrattuali rispetto ai quali venga invocato un *observance of undertaking commitment* poiché la norma internazionale non può essere violata per effetto di un inadempimento che un qualsiasi operatore commerciale potrebbe porre in essere<sup>322</sup>.

A tal fine, risulta necessario che lo Stato contraente abbia abusato delle proprie prerogative, interferendo nello svolgimento della vicenda negoziale con l'emanazione, ad esempio, di una normativa che abbia annullato garanzie di stabilizzazione<sup>323</sup>. Pertanto, si deve appurare in

salvaguardia giuridica. L'autore, commentando un'*umbrella clauses* aperta, afferma infatti che "*par l'effet de ces clauses figurant dans les traités de couverture (umbrella treaties), les engagements spécifiques du contrat, et par exemple les engagements contenus dans les clauses de stabilisation, sont haussés au niveau du droit international conventionnel*". Lo stesso A. sottolinea, inoltre, che "*Nous précisons bien droit international conventionnel, c'est-à-dire le droit international des traités, car, pour notre part, nous considérons que les relations contractuelles inter pares dans un vrai contrat d'Etat sont déjà régies par le droit international des contrats. Les traités de couverture viennent apporter la garantie du droit International conventionnel dont la nature ne prête pas à discussion. En fait, l'effet le plus important du traité concerne la garantie des contrats régis par le droit interne, si leur violation peut être analysée également comme une violation des obligations assumées par l'Etat dans le traité de protection*". LEBEN, *op. cit.*, 2003, p. 371.

<sup>321</sup> In particolare, "*host State acting as a contracting party does not "interfere" with a contract; it "performs" it. If it performs the contract badly, this will not result in a breach of the provisions of the Treaty relating to expropriation or nationalisation, unless it be proved that the State or its emanation has gone beyond its role as a mere party to the contract, and has exercised the specific functions of a sovereign authority*". Così, lodo *Impregilo v. Pakistan* cit., par. 278. In questo senso, quindi, anche le norme *umbrella* necessitano di una condotta di tipo sovrano, alla pari di ogni *free standing treaty obligation*.

<sup>322</sup> Tra le decisioni ascrivibili a tale indirizzo, si sostiene che occorre distinguere tra "*commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some forms of State interference with the operation of the contract involved*". Così, par. 72, lodo *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, cit.. Nella decisione *Sempra v. Argentina*, si ritiene che, sebbene sia difficile distinguere la natura delle violazioni contrattuali, non si sia in presenza di "*mere ordinary contractual breaches of a commercial nature*" quando "*they are instead the outcome of major legal and regulatory changes introduced by the State, and give expression to a change of policy that is evidently not what was envisaged in the License and legal framework governing the privatization and the investments made in its context. Only the State, and not an ordinary contract party, can decide that such sweeping changes will operate as part of the public function. Contractual breaches made in this context are far from ordinary, and may in themselves be a source of Treaty violations if they affect a right protected under the Treaty*". Par. 311 del lodo. Invece, nella decisione *CMS v. Argentina*, che richiama la distinzione tra atti di natura commerciale e di natura governativa, il comportamento dell'ente argentino era un atto di natura governativa che si era concretizzato in un'illecita interferenza sul rapporto contrattuale, violando l'*umbrella clause*. V. par. 301.

<sup>323</sup> Senza che sia tuttavia necessario che la violazione si sia risolta in una *outright repudiation* del contratto o in una totale *expropriation of contractual rights*. Questi illeciti, infatti, sono già sussunti nell'ambito del divieto di espropriazione di natura confiscatoria. Invece, la dottrina ha messo in luce come l'indirizzo restrittivo, di fatto, risolva la norma *umbrella* in un'inutile doppione del divieto di espropriazione confiscatoria. Allo stesso modo, tuttavia, la *ratio* sottesa alla comparsa della norma pattizia viene ravvisata, proprio dalla prevalente dottrina, nella necessità di estendere, ai rapporti contrattuali, la protezione garantita dal diritto internazionale alle espropriazioni confiscatorie dei diritti *in rem*.

quale veste uno Stato abbia stipulato il contratto per il quale si invochi la protezione pattizia e garantire la stessa solo quando lo stesso abbia agito come “*sovereign*”, sia nell’assunzione di un regolamento che nella sua violazione. Alla luce della duplice limitazione rappresentata dalla natura del contratto e dalla natura dell’inadempimento, quando un investitore eccipisca l’avvenuta violazione di un’*umbrella clause*, in conseguenza dell’avvenuto inadempimento di un accordo contrattuale, la protezione della norma internazionale potrà essere garantita a limitate condizioni.

Tale tendenza ritiene che un’interpretazione restrittiva delle *umbrella clauses* si imponga per una serie di ragioni di natura sistematica. L’indirizzo prevalente dell’orientamento in esame, infatti, più che orientarsi ad un’interpretazione conservativa della norma pattizia<sup>324</sup>, richiama a più livelli lo stesso *telos* di un trattato bilaterale, ritenendo di annodarsi ad esso in maniera coerente.

In primo luogo, si sottolinea come i trattati bilaterali siano teologicamente orientati alla protezione della sola fattispecie rappresentata degli investimenti stranieri. Pertanto, quando il contratto di cui si invochi la protezione internazionale non è un *investment agreement*, ma un semplice contratto di natura commerciale, non rientrando, prima ancora nell’ambito di applicazione *ratione materiae* dello stesso trattato, non può nemmeno ricevere la protezione garantita da un’*umbrella clause*. Se i trattati bilaterali proteggono e promuovono le sole operazioni economiche che possano concretizzarsi nella fattispecie di investimento protetta, ogni contratto deve necessariamente connotarsi come *investment agreement* e non quale semplice “*ordinary commercial contract*”<sup>325</sup> (a meno che, evidentemente, la clausola attributiva di competenza del *treaty based arbitration* non includa la cognizione di semplici *contract claims*, ma in tal caso si andrebbe ad accertare la sola responsabilità contrattuale sulla base della legge applicabile e non quella internazionale conseguente alla violazione del trattato<sup>326</sup>).

Per tale indirizzo, pertanto, un *treaty based arbitration* non ha alcuna *potestas judicandi* rispetto a contratti di natura commerciale quand’anche siano intimamente connessi ad un’operazione di investimento pur rientrante nell’ambito della protezione pattizia. La controversia insorta tra la *Joy Mining* e l’Egitto riguardava, ad esempio, un contratto per la fornitura e l’installazione di macchinari estrattivi per alcune miniere di fosfato ed in base al quale la società aveva dovuto rilasciare una garanzia bancaria in favore dello Stato

---

<sup>324</sup> Come aveva invece fatto il collegio arbitrale chiamato per primo ad interpretare un impegno *umbrella* nella controversia *SGS v Pakistan*, su cui v. *infra*.

<sup>325</sup> Così, *Joy Mining Machinery Ltd v. Republic of Egypt*, lodo cit., par. 58.

<sup>326</sup> Si afferma infatti che “*the Tribunal is aware of the many ICSID and other arbitral decisions noted above and the fact that they have progressively given a broader meaning to the concept of investment. But in all those cases there was a specific connection to ICSID, either because the activity in question was beyond doubt an investment or because there was an arbitration clause involved. The same holds true of concession contracts in which the investor is called to perform a public service on behalf of the State*”. Così, *Ibidem*, par. 59.

committente<sup>327</sup>. Secondo la società ricorrente, il rifiuto da parte dello Stato di concedere il rilascio della somma vincolata a garanzia integrava una violazione dell'*umbrella clause* aperta<sup>328</sup>. Il tribunale, richiamando la distinzione tra “*commercial aspects*” ed “*aspects involving the existence of some form of state interference with the operation of contract involved*”, ha ritenuto che la garanzia bancaria emessa in favore dello Stato rappresentasse una mera operazione commerciale priva di quei risvolti di natura pubblicistica che avrebbero potuto far legittimamente invocare la norma *umbrella* ed integrare, quindi, un illecito internazionale<sup>329</sup>.

L'analisi dell'ambito di applicazione *ratione materiae* della norma pattizia, in questo caso, viene dunque limitata alla singola operazione, lasciando privo di qualsiasi tutela un “*contract related to an investment*”.

In ragione della correlazione esistente tra investimento protetto e competenza dell'istanza arbitrale, l'orientamento restrittivo ritiene che, per identificare quali siano gli obblighi contrattuali coperti dall'*umbrella clause*, sia dunque necessario che la controversia rientri nella competenza dell'*investor-State arbitration*. E se la clausola compromissoria riguarda le sole *investment disputes*, la competenza del tribunale arbitrale previsto dal trattato viene limitata alle sole controversie relative ad accordi in cui lo Stato sia intervenuto quale ente sovrano e abbia quindi stipulato un “*investment agreement*”. In questo senso, nel lodo *El Paso v. Argentina* si è proceduto ad una lettura combinata dell'*umbrella clause* aperta e della norma attributiva di competenza, la quale devolveva al tribunale arbitrale ogni decisione in merito ad un *investment dispute* e ad un *investment agreement*<sup>330</sup>. Per il collegio, l'offerta di

<sup>327</sup> La *General Organization for Industrial and Mining Project of the Arab Republic of Egypt*.

<sup>328</sup> La garanzia bancaria avrebbero dovuto essere rilasciate al collaudo degli impianti estrattivi. Per il collegio era necessario procedere ad una duplice verifica: una, finalizzata alla verifica sulla riconducibilità delle garanzie bancarie alla materia degli investimenti e, in secondo luogo, occorreva analizzare il tipo di violazione degli obblighi contrattuali.

<sup>329</sup> Nonostante la pur stretta connessione tra il contratto di *build operation transfer* e la garanzia, appunto accessoria, per il tribunale non si trattava di un investimento rientrante nella tutela garantita dal trattato bilaterale. Per il collegio, infatti, “*disputes about the release of bank guarantees are a common occurrence in many jurisdictions and the fact that a State agency might be a party to the Contract involving a commercial transaction of this kind does not change its nature. It is still a commercial and contractual dispute to be settled as agreed to in the Contract, including the resort to arbitration if and when available. It is not transformed into an investment or an investment dispute*”. Così, par. 79. In questo senso, la valutazione del mancato rilascio della garanzia bancaria è stata valutata alla luce della soglia prevista dal divieto di espropriazione confiscatoria (senza che venisse quindi riconosciuta un'autonomia in favore dell'impegno *umbrella*). Quand'anche, allora, si potesse concludere in favore di un investimento rientrante nell'ambito protettivo del trattato, la natura della controversia rimaneva commerciale. Infatti, “*disputes about the release of bank guarantees are a common occurrence in many jurisdictions and the fact that a State agency might be a party to the Contract involving a commercial transaction of this kind does not change its nature. It is still a commercial and contractual dispute to be settled as agreed to in the Contract, including the resort to arbitration if and when available. It is not transformed into an investment or an investment dispute*”. *Ibidem*. Per una critica a tale J. D. MORTENSON, *The meaning of “investment”*, cit., p. 276.

<sup>330</sup> Per il passo citato, v. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 98. Sulla correlazione tra *umbrella* e norma attributiva di competenza, “*Interpreted in this*

arbitrato da parte dello Stato, pur anche in presenza di una *umbrella clause* aperta, deve intendersi limitata ai soli accordi stipulati dallo Stato nell'esercizio dei propri poteri sovrani, quale, appunto, un *investment agreement*<sup>331</sup>.

La tendenza conservativa che si è consolidata, più che ancorarsi ad una interpretazione restrittiva della norma pattizia<sup>332</sup>, ne circoscrive l'ambito oggettivo richiamando la nozione di investimento protetto e la conseguente *potestas judicandi* dell'istanza arbitrale e, ogni volta, ritenendo necessario che lo Stato si presenti ed agisca nella sua qualità di ente sovrano.

Queste limitazioni, tuttavia, non vengono presupposte nella sola nozione di investimento tutelabile da un BIT e nella competenza del *treaty based arbitration*, ma nella stessa condotta statale rilevante ai sensi del diritto internazionale.

L'orientamento restrittivo, infatti, richiama a sostegno fondante della delimitazione dell'ambito oggettivo delle *umbrella clause* la stessa separazione tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni. Ed è in effetti questo lo snodo centrale tra l'orientamento restrittivo e gli orientamenti estensivi che si andranno a trattare.

Per la tendenza in esame, la violazione di un'*umbrella clause*, alla pari di ogni altra violazione di diritto internazionale pattizio, deve tradursi in un comportamento illecito di una certa rilevanza, in grado di rendere applicabile la protezione garantita da uno strumento internazionale<sup>333</sup>. Tale *magnitudo* non può sussistere per effetto di un semplice

---

way, the umbrella clause of the BIT [...], read in conjunction with Article VII, will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign inserted in an investment agreement", par. 109 della decisione cit. *Pan American v. Argentina*.

<sup>331</sup> In questo senso, si afferma che "*interpreted in this way, the umbrella clause in article ii of the BIT, read in conjunction with article VII, will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the state or a State owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign –such as stabilization clause- inserted in an investment agreement*. Così, par. 81, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, cit.. In senso conforme, v. la controversia *Pan American v. Argentina*, secondo il quale "*in view of the necessity to distinguish the State as a merchant, especially when it acts through instrumentalities, from the State as a sovereign, the Tribunal considers that the "umbrella clause" in the Argentine-US BIT [...] does not elevate any contract claim into a treaty claim – this does not mean that some contract claims based on commitments made by the State as a Sovereign give rise to a treaty claim*". Decisione cit., Par. 119.

<sup>332</sup> A differenza dell'interpretazione restrittiva proposta, invece, dal lodo *SGS v. Pakistan*.

<sup>333</sup> Pertanto, "*in this context, it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case*". Lodo *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, cit., par. 81. Nello stesso senso, v. anche *Pan American v. Argentina*, "*it is especially clear that the umbrella clause does not extend its jurisdiction over any contract claims when such claims do not rely on a violation of the standards of protection of the BIT, national treatment, MNF clause, fair and equitable treatment, full protection and security, protection against arbitrary and discriminatory measures, protection against expropriation or nationalisation either directly or indirectly, unless some requirements are respected*". Così, par. 113.

inadempimento contrattuale cui manchi qualsiasi *additional element* in grado di concretizzare un illecito internazionale<sup>334</sup>.

### 2.1.1. Illecito internazionale e la *magnitudo* presupposta dal diritto internazionale

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico *inter-Étatique*, affinché possa sussistere una responsabilità internazionale dello Stato, in conseguenza di misure che abbiano inciso su pretese di natura contrattuale, occorre che “*the act or omission constituting a breach of an international obligation*”<sup>335</sup>.

Per effetto della separazione tra ordinamenti interni ed ordinamento internazionale, affinché un fatto possa concretizzare un illecito internazionale, è necessario che quel fatto possa essere qualificato come violazione di un obbligo posto da tale sistema e che le conseguenze di quel fatto siano quindi “*unlawful according to international law*”<sup>336</sup>. L'ordinamento giuridico internazionale, infatti, riguarda “*the law of tort*” e non “*the law of contract*”<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> In via generale, per effetto della separazione dogmatica tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni, un contratto è, per l'ordinamento giuridico internazionale, un mero fatto rispetto al quale il diritto internazionale risulta “indifferente”. V. in tal senso, da ultimo, v. Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 8. In ragione di tale indifferenza – strutturale - sancita, come visto, dall'articolo 3 del *Progetto Finale sulla Responsabilità Internazionale degli Stati*, l'inadempimento di un contratto non può essere, *per se*, fonte di responsabilità internazionale. Questa potrà sussistere nella sola misura in cui, per effetto di un *additional element*, l'inadempimento del contratto si sia risolto in un illecito internazionale. “*It is doubtful whether a breach by a state of its contractual obligations with aliens constitutes per se a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case it is that additional element which will constitute the basis for the state's international responsibility.*” Così, R. JENNINGS, A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, London, 1992, p. 927. Per la prassi, “*The Tribunal recalls the well established rule of general international law that in normal circumstances per se a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the State. This derives from the clear distinction between municipal law on the one hand and international law on the other, two separate legal systems (or orders) the second of which treats the rules contained in the first as facts, as is reflected in inter alia Article 3 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility adopted in 2001*”. Così, par. 53 del lodo *Noble Ventures Inc. v. Romania*.

<sup>335</sup> In questo senso, v. F. V. G. AMADOR, *State Responsibility in case of “stabilization” clauses*, cit., p. 24 e le posizioni adesive della dottrina più risalente (tra cui Eagleton, Feller, Freeman, Jessup e Hoijer) *ivi* riportate.

<sup>336</sup> Per tutti, v. C. F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 41. E di quel fatto, come visto, lo Stato deve poter essere ritenuto responsabile.

<sup>337</sup> E. PAASIVIRTA, *The Energy Charter Treaty and Investment Contract*, in *The Energy Charter Treaty*, 1994, p. 349. Questa posizione sembra essersi consolidata. “[...] *there is more than doctrinal authority in support of the conclusion that, while mere breach by a State of a contract with an alien (whose proper law is not international law) is not a violation of international law, a non-commercial” act of a State contrary to such a contract may be. That is to say, the breach of such a contract by a State in ordinary commercial intercourse is not, in the predominant view, a violation of international law, but the use of the sovereign authority of a State, contrary to the expectations of the parties, to abrogate or violate a contract with an alien, is a violation of international law. [...]. When the State employs its legislative or administrative or executive authority as only a State can employ governmental authority to undo the fundamental expectation on the basis of which parties characteristically contract – performance, not non-performance – then it engages its international*

Per la stessa dottrina internazionalistica degli *State-contracts* (a parte qualche distinguo<sup>338</sup>), la violazione di tali accordi, pur anche se collocati nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale e vedano riconosciuta la loro obbligatorietà da tale sistema, non integra un illecito internazionale dal momento che non sono accordi fonte e che le singole pattuizioni contrattuali non costituiscono norme giuridiche del diritto internazionale. Si consumerà un illecito internazionale, invece, quando lo Stato si renda inadempiente e violi la stessa norma fondamentale del sistema negando l'obbligatorietà dell'accordo che ne costituisce la fonte od impedendo il funzionamento dell'arbitrato<sup>339</sup>.

Specularmente, nel diritto internazionale pattizio, la distinzione più volte richiamata tra *international-treaty claims*, da un lato, e *contract claims*, dall'altro, riflette la separazione esistente tra i due ordinamenti giuridici. Ciascuno dei due illeciti vive nell'ambito del rispettivo ordinamento e viene regolato dalla rispettiva legge pur anche quando si tratti del diritto internazionale convenzionale. Pertanto, in ambito pattizio, quando venga eccepita la violazione di un contratto con riferimento a qualsiasi obbligo internazionale che lo Stato abbia assunto per effetto della sottoscrizione di un BIT (divieto di condotta confiscatoria, obbligo di *full protection and security* etc), questa separazione viene mantenuta e, in tal senso, è sempre necessario che l'inadempimento di un contratto "*amounts to a treaty violation*"<sup>340</sup>. In ossequio a tale separazione, la prassi relativa all'applicazione dei trattati sugli investimenti pretende, infatti, che un'azione fondata sulla presunta violazione di un trattato (*treaty claim*) si giustifichi in ragione di comportamenti governativi, o comunque autoritativi, di natura abusiva e non su mere pretese contrattuali rette dalla propria *lex contractus*<sup>341</sup>. In altri termini, per la sussistenza di un *international tort* e, quindi, di una qualsiasi *free standing treaty claim*,

---

*responsibility*". Così, S. M. SCHWEBEL, *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, in *Justice in International Law*, 1987, p. 111.

<sup>338</sup> Alcuni autori ritengono che la violazione di tali accordi retti dal diritto internazionale costituisca un illecito internazionale. In merito, è sufficiente richiamare la posizione di AMADOR, secondo il quale la responsabilità internazionale dello Stato si atteggia in maniera differente rispetto agli *ordinary State contracts* "given the different character of modern concession agreements, and of the obligations contained therein" e che tale differente responsabilità internazionale "is clearly implied in the nature of the obligations contained in the new type of contractual relationship which is agreed to between the State and the foreign private person". In *The Changing Law of International Claims*, cit., p., 333.

<sup>339</sup> In tal senso, SACERDOTI, *ult. op. cit.*, p. 240-244.

<sup>340</sup> Dal momento che "*a treaty breach is different from a contract violation, [...] the Claimant must establish a breach different in nature from a simple contract violation, in other words one which the State commits in the exercise of its sovereign power*". Così, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, cit., par. 180; nello stesso senso, v. *Hamester v. Ghana*, par. 330. Parimenti, il lodo *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, per il quale "[u]ne telle violation peut certes résulter d'une violation du contrat, mais sans qu'une éventuelle violation du contrat ne constitue, ipso jure et en elle-même, une violation du Traité, comme le Tribunal l'a rappelé ci-dessus." Par. 48. In tal senso, si veda anche *Noble Ventures Inc. v. Romania*, lodo cit., par. 53.

<sup>341</sup> Infatti, "*investment treaty claims arise out of abusive governmental acts and are not related to claim existing under domestic law contract*". Così, C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER *International Investment Arbitration, Substantive principles*, cit., p.179.

è necessario che sia stata raggiunta una certa soglia di rilevanza critica<sup>342</sup>. Altrimenti, il diritto internazionale pattizio non può che disinteressarsi di una mera violazione contrattuale.

*“In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behavior going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority (“puissance publique”), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT”*<sup>343</sup>.

Pertanto, la prassi relativa al diritto internazionale degli investimenti applica il principio in base al quale, nel disattendere un regolamento contrattuale, solo lo Stato nella sua veste sovrana, e nell’esercizio delle proprie prerogative di *puissance publique*, può violare un obbligo di diritto internazionale, indipendentemente dalla natura dell’obbligo violato e, quindi, sia che lo Stato debba rispondere, ad esempio, di una condotta espropriativa o della violazione del *fair and equitable treatment*. Più precisamente, la violazione di un *contractual right* è suscettibile di produrre effetti sostanzialmente espropriativi quando lo Stato abbia agito nell’esercizio di poteri sovrani poiché la mera violazione di un contratto non può mai concretizzarsi in un caso di espropriazione<sup>344</sup>. Allo stesso modo, affinché lo standard di *fair and equitable treatment* possa essere violato è sempre necessaria una *“conduct in the exercise of sovereign powers”*<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> In questo senso, il richiamo alla *magnitudo* dell’azione statale, affinché un contratto possa ricevere protezione da parte del diritto internazionale, non fa che richiamare la *ratio* stessa della responsabilità internazionale per *injures to aliens* che viene rintracciata nel rispetto dei diritti umani, sebbene, come noto, l’istituto una volta essenziale per garantire tale tutela –l’istituto della protezione diplomatica– sia diventato marginale. V. C. F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, cit., p. 11. Ad ogni modo, sono diversi i fondamenti del diritto internazionale degli investimenti individuati dalla dottrina. DUNN, ad esempio, ravvisa alla base di tale ramo del diritto internazionale la necessità di facilitare un’integrazione economica, mentre Sohn-Baxter nel facilitare i legami socio economici tra Stati. Al riguardo, si rimanda, ancora, ad AMERASINGHE, *ult. op. cit.*, p. 21. Il comportamento abusivo, per concretizzarsi in una violazione degli obblighi previsti da un trattato con riferimento ad rapporto contrattuale di diritto interno, deve infatti risolversi in un esercizio di prerogative sovrane. In tal senso, nel lodo *Impregilo v. Pakistan* si afferma che *“whether Impregilo is able to meet the threshold for treaty claims outlined above, i.e. activity beyond that of an ordinary contracting party (“puissance publique”)”*. par. 266, lett. b. In generale, invece, quando non si tratti di dover valutare un contratto *“a finding of whether international law has been breached or not does not depend on whether the conduct of a State is commercial or acta iure gestionis”*. Così, J. CRAWFORD, *The International Law Commissions Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, cit., p. 108. 2002.

<sup>343</sup> *“The starting premise is that only the State as a sovereign can be in violation of its international obligations”*. Così, lodo *Hamester v. Ghana*, par. 328; nello stesso senso, *inter alia*, *Impregilo v. Argentina*, par. 177 e par. 260. Per le altre decisioni che si sono espresse in tale direzione, v. anche le pronunce riportate ai par. 328 ss dal lodo *Hamester v. Ghana*.

<sup>344</sup> Con riguardo ad una condotta espropriativa, nel lodo *Azurix v. Argentina*, si sottolinea che *“the Tribunal agrees that contractual breaches by a State party or one of its instrumentalities would not normally constitute expropriation. Whether one or series of such breaches can be considered to be measures tantamount to expropriation will depend on whether the State or its instrumentality has breached the contract in the exercise of its sovereign authority, or as a party to a contract”*. Par. 315. Nello stesso senso, anche *SGS v. Philippines*, par. 161; *Siemens v. Argentina*, par. 253-260.

<sup>345</sup> In merito, la decisione *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* afferma chiaramente che *“for the sake of completeness, the Tribunal adds that a breach of FET requires conduct*

### 2.1.2. Orientamento restrittivo: conclusioni

Se questa è quindi la struttura del regime giuridico pattizio, è chiaro come la tendenza restrittiva in esame ritenga che la norma pattizia debba essere applicata alla pari di una qualsiasi altra *treaty obligation* e che sia necessaria la sussistenza di un *tortious element*. Infatti, si sostiene che per concretizzare una violazione dell'obbligo di osservanza, imposto da un'*umbrella clause*, sia necessaria una "*violation of contracts rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection*"<sup>346</sup>.

In questo senso, dunque, tale orientamento non accoglie la possibilità che una norma di diritto internazionale pattizio possa andare oltre l'autonomia dei due ordinamenti e sostiene che le *umbrella clauses* non possano avere l'effetto di trasformare le *contract claims* in *treaty claims*<sup>347</sup> perché, altrimenti, ciò determinerebbe un effetto "*destructive*" sulla separazione tra i due ordinamenti<sup>348</sup>. Il motivo di questa resistenza ad estendere l'ambito oggettivo della protezione offerta dalle *umbrella clause* ad ogni rapporto contrattuale e ad ogni inadempimento, deve essere quindi individuato nella necessità di non svilire la separazione tra

---

*in the exercise of sovereign powers*". Così, *Award*, cit., par. 377. Allo stesso modo, v. anche *Hamester v. Ghana*, par. 330.

<sup>346</sup> Così, par. 79, lodo cit. *Pan American v. Argentina*.

<sup>347</sup> Sempre nella controversia *Pan American v. Argentina*, riguardante alcune concessioni petrolifere che avevano subito le misure adottate dall'Argentina per fronteggiare la crisi economica, si afferma che "*in other words, in the so-called State contracts, there is usually an "internationally secured legal remedy", while in the mere commercial contracts governed by national law, there is no reason why such a mechanism should be available, as stated by Judge Schwebel, when he said that "it is generally accepted that, so long as it affords remedies in its Courts, a State is only directly responsible, on the international plane, for acts involving breaches of contract, where the breach is not a simple breach... but involves an obviously arbitrary or tortious element"*". Così, Decisione cit., par. 106. In senso adesivo, v. *Hamester v. Ghana*, par. 346; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, lodo cit., par. 81.

<sup>348</sup> Questo, infatti, il timore sotteso all'interpretazione restrittiva. "*The Tribunal wishes to point out that the consequence of an automatic and wholesale elevation of any and all contract claims into treaty claims risks undermining the distinction between national legal orders and international law. In the Tribunal's view, this is not a result that is in line with the general purpose of the ICSID/BIT mechanism for the international protection of foreign investments*". Par. 349 del lodo *Hamester v. Ghana*. Nello stessa pronuncia, inoltre, si fa valere l'incongruenza di tale indirizzo anche con la stessa *ratio* sottesa ai trattati sugli investimenti, sia bilaterali che multilaterali. Infatti, "[...] *in the Tribunal's view, this is not a result that is in line with the general purpose of the ICSID/BIT mechanism for the international protection of foreign investments*". Par. 349. E ancora, si considerino le preoccupazioni manifestate nel lodo *Pan American v. Argentina*: "*in this Tribunal's view, [...] an umbrella clause cannot transform any contract claims into a treaty claim, as this would necessarily imply that any commitments of the State in respect to investments, even the most minor ones, would be transformed into treaty claims. These far reaching consequences of a broad interpretation of the so-called umbrella clauses is quite destructive of the distinction between the national legal orders and the international legal order [...]*". E ancora, "*It would be strange indeed if the acceptance of a BIT entailed an international liability of the State going far beyond the obligation to respect the standards of protection of foreign investments embodied in the Treaty and rendered it liable for any violation of any commitment in national or international law "with regard to investments"*". Così, par. 110. In senso conforme, v. par. 82, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, cit..



l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni, dal momento che dovrebbe aspettare a quest'ultimi ogni valutazione in merito ad una responsabilità contrattuale<sup>349</sup>.

Per concludere la ricognizione di tale orientamento, è bene ricordare che la prima delle decisioni orientate ad una lettura conservativa si era invece indirizzata ad un'interpretazione restrittiva della norma *umbrella*, sulla base del criterio *in dubio pars mitior est sequenda*. Nella controversia *SGS v. Pakistan*<sup>350</sup>, il tribunale arbitrale aveva affermato che, per effetto dell'*umbrella* (aperta) in rilievo<sup>351</sup>, l'impegno assunto dagli Stati contraenti fosse quello di garantire l'adempimento ad una serie molto ampia ed indefinita di obbligazioni. Dal momento che il vincolo di osservanza era espresso in termini generici, un impegno così limitativo delle prerogative sovrane avrebbe dovuto essere assunto esplicitamente. Pertanto, se l'*umbrella* aperta era astrattamente in grado di attrarre al suo ambito protettivo qualsiasi obbligo<sup>352</sup>, i rapporti contrattuali avrebbero potuto beneficiare di una trasformazione automatica in obblighi di diritto internazionale soltanto nel caso in cui gli Stati contraenti avessero espressamente stabilito di attribuire alla norma pattizia un tale effetto<sup>353</sup>. Mancando elementi certi sulla comune intenzione delle parti, e stante la potenziale applicazione illimitata di una norma dal contenuto così ampio, il tribunale arbitrale ha ritenuto di dover concludere che la norma si risolvesse nel ribadire l'obbligatorietà degli obblighi internazionali assunti a livello internazionale. Tale interpretazione prudenziale dell'*umbrella clause*, assunta in ossequio al

---

<sup>349</sup> Salvo il caso in cui il contratto non indichi il diritto internazionale quale legge regolatrice dello *State contract*. In tal senso, nella decisione sulla competenza emessa nella controversia *SGS v. Pakistan* (v. par. 175), si rigetta la possibilità che la violazione del contratto possa valere quale illecito internazionale, ma si ipotizza che la decisione avrebbe potuto essere diversa se *lex contractus* fosse stata il diritto internazionale (e fosse stato quindi possibile applicare direttamente il principio internazionale del *pacta sunt servanda*).

<sup>350</sup> La controversia riguardava un contratto per la fornitura di servizi di ispezione doganale delle merci in entrata e in uscita dal territorio pakistano. Nella vigenza del contratto le parti avevano eccepito l'inadeguatezza delle rispettive prestazioni e il Pakistan aveva poi deciso di recedere. La ricorrente, con la propria domanda di arbitrato, chiedeva che il mancato pagamento dei servizi resi e l'illecita interruzione del rapporto fossero dichiarati contrari al *fair and equitable treatment* e all'*umbrella clause* e che costituissero, inoltre, un'espropriazione confiscatoria dei *contractual rights*. Il Pakistan eccepiva, invece, che il supposto inadempimento non potesse rientrare nella competenza *ratione materiae* dell'istanza arbitrale.

<sup>351</sup> "*Either contracting party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the contracting party*".

<sup>352</sup> In virtù di un impegno assunto rispetto ad una serie illimitata di obbligazioni, tuttavia, non si poteva concludere che la volontà degli Stati contraenti fosse stata quella di creare un autonomo obbligo di diritto internazionale pattizio con riferimento ad uno spettro illimitato di obbligazioni. Si ricorda che per tale collegio, inoltre, il soggetto tenuto all'obbligo pattizio sia non soltanto lo Stato di accoglimento ma anche un ente pubblico statale.

<sup>353</sup> L'ambiguità e la genericità della formulazione dell'*umbrella*, potenzialmente suscettibile di applicazione con riferimento a qualsiasi tipo di obbligazione, imponeva un'interpretazione che arginasse la trasposizione di ogni inadempimento contrattuale in una conseguente responsabilità internazionale dello Stato (v. par. 166). Nel lodo *Eureka v. Poland* viene riportato, al par. 254, che mediante una lettera inviata all'ICSID nell'ottobre del 2003, il governo svizzero esprimeva preoccupazioni riguardo a "*the very narrow interpretation given to the meaning of [the umbrella clause] by the Tribunal, which not only runs counter to the intention of Switzerland and when concluding the Treaty but it is quite evidently neither supported by the meaning of similar articles in BITs concluded by other countries nor by academic comments on such provisions*".

principio *in dubio pars mitior est sequenda*,<sup>354</sup> non ha accolto consensi ed è stata criticata all'unanimità<sup>355</sup>. A differenza dei lodi ascrivibili all'orientamento restrittivo, tuttavia, in questa pronuncia non solo non si distingue in base alla natura degli obblighi contrattuali ma si riconosce –potenzialmente– la possibilità che una norma di diritto internazionale pattizio possa avere l'effetto di trasformare obblighi contrattuali in obblighi di diritto internazionale, sebbene si ritenga che una tale volontà debba risultare in termini espliciti.

La prevalenza delle decisioni che si sono espresse in favore di un'interpretazione restrittiva, invece, si sono ancorate ad un'interpretazione sistematica, per effetto della quale la separazione tra ordinamento internazionale e ordinamenti interni si presenta, anche per le *umbrella clauses*, negli esatti termini in cui si presenta nel diritto internazionale generale<sup>356</sup>. Le valutazioni che sono state avanzate per limitare l'ambito oggettivo della norma, sia che abbiano fatto riferimento al principio *in dubio mitius*<sup>357</sup>, sia che abbiano considerato il quadro complessivo di un trattato bilaterale o che, più in generale, abbiano richiamato la stessa struttura dell'ordinamento giuridico internazionale, sono, ad ogni modo, letture *State-oriented*<sup>358</sup>.

<sup>354</sup> V. par. 165 e par. 171.

<sup>355</sup> L'unica funzione di un impegno espresso in termini così generici, pertanto, non poteva che essere quello dichiarativo di confermare l'obbligatorietà degli impegni assunti da ciascuno Stato nei confronti degli investitori della controparte. Tra le tante critiche a tale criterio interpretativo che non trova riscontro negli articoli 31-32 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, v. J. P. GAFFNEY, J. L. LOFTIS, *The Effective Ordinary Meaning of BITs and Jurisdiction of Treaty Based Tribunals To Hear Contractual Claim*, in *JWIT*, 2007, p. 6 ss.. Nel criticare l'approccio restrittivo, v. T. W. WÄLDE ritiene che tale tendenza non tenga conto che “*the investment treaties set up a tripartite relationship: the two States in the roles of home and host State and the investor*”. Così, in *Interpreting Investment Treaties: experiences and examples*, in *International Investment Law for the 21st Century*, cit., p. 733. Nello stesso senso, M. FEIT, inoltre, *Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, 28 *Berkeley J. Int’L.*, 2010, p. 167; S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.*, 2005, p. 1572.

<sup>356</sup> D'altronde, lo snodo centrale dell'intera elaborazione del diritto internazionale del secolo scorso ha riguardato l'individuazione di limiti internazionalmente imposti all'azione statale per la necessità di tutelare le situazioni giuridiche contrattuali dall'abuso di poteri sovrani. E la possibilità di poter sanzionare tali abusi ha riguardato ogni ambito del diritto internazionale degli investimenti. Non si può non intravedere, infatti, come in tale orientamento si rifletta l'intera elaborazione dottrinale e giurisprudenziale finalizzata alla salvaguardia degli *State contracts* da comportamenti abusivi dell'autorità sovrana, e dal conseguente bisogno di tutelare gli investitori stranieri. In tal senso, “*if there is no State power and no abuse is involved, investment disciplines have no role to play*”. WÄLDE, *ult. op. cit.*, p. 235. Vengono quindi avanzate, nell'ambito pattizio, le conclusioni teoriche e giurisprudenziali elaborate nel tentativo di proteggere le situazioni giuridiche contrattuali degli *aliens*, distinguendo sulla base della natura della condotta lesiva concretamente in rilievo e marginalizzando quelle condotte che ciascun operatore commerciale possa adottare (e che possono rientrare, invero, nell'alea di ogni contratto).

<sup>357</sup> Pur non accolto come criterio interpretativo dalla Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati.

<sup>358</sup> Cfr. WÄLDE, *ult. op. cit.*, p. 148. A guidare tale orientamento è stata, in tutta evidenza, la necessità di salvaguardare la sovranità statale; necessità che è sottesa allo stesso “*sovereignist approach*” che guida gli interpreti in molte delle questioni riguardanti il diritto internazionale degli investimenti G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Policy*, 2007, p. 132-135, si esprime in favore di tale approccio e in

Per la tendenza restrittiva, la competenza dell'istanza arbitrale prevista dal trattato non viene ampliata a pretese di natura contrattuale<sup>359</sup> e può quindi sussistere solo quando lo Stato abbia adottato un comportamento in violazione di una *treaty obligation* valevole come illecito internazionale.<sup>360</sup>

Le valutazioni offerte da tale orientamento sono state oggetto di molte critiche. Anzitutto, si disapprova la pretesa di distinguere, nella fase ricognitiva della competenza arbitrale, le violazioni di un contratto a seconda della sottostante natura governativa o commerciale della condotta statale. Essendo questa un'indagine più consona alla fase di merito, tale distinzione si presta, allora, ad interpretazioni arbitrarie<sup>361</sup>.

Si rileva, poi, che per effetto di tale interpretazione la norma *umbrella* risulti, di fatto, priva di qualsiasi effetto utile, diluendosi nella tutela internazionale già garantita per effetto *del fair and equitable treatment* e dal divieto di espropriazione di natura confiscatoria<sup>362</sup>.

---

favore di un'interpretazione restrittiva delle *umbrella clauses*. Per tale orientamento, la sovranità statale merita che, al cospetto di tale attribuzione, ci si debba porre in termini conservativi.

<sup>359</sup>“The answer [...] is, whether the existence of a so-called “umbrella clause” changes the Tribunal’s intermediary conclusion to the effect that it has no jurisdiction over purely contractual claims, and that it can only entertain treaty claims, is clearly in the negative”. Così, lodo cit. *Pan American v. Argentina*, par. 115. Sempre che, lo si ribadisce, la competenza non venga riconosciuta in maniera ampia, includendovi semplici *contract claims*. Come già si è avuto modo di chiarire, infatti, la competenza di un'istanza arbitrale prevista da un trattato bilaterale può variare ed essere più o meno ampia. In quest'ultimo caso (o nel caso di una espressa convenzione contrattuale tra Stato e privato), è possibile che le situazioni giuridiche devolute alla sua cognizione possano avere come fondamento giuridico un contratto. In tale ipotesi, l'istanza arbitrale potrà decidere semplici *contract claims*, quali quelle relative all'interpretazione, all'esecuzione o alla validità di un contratto, ambito questo ben distinto dalla responsabilità internazionale dello Stato conseguente alla violazione di un'*umbrella clause* quando venga invocata la violazione di un contratto tra Stato e privato.

<sup>360</sup> E' sufficiente, in merito, riportare quanto stabilito nella controversia *Pan American v. Argentina*: “this umbrella clause does not extend its jurisdiction over any contract claims that the Claimants might present as stemming solely from the breach of a contract between the investor and the Argentina State or an Argentine autonomous entity. Moreover, in the Tribunal’s view, it is especially clear that the umbrella clause does not extend its jurisdiction over any contract claims when such claims do not rely on a violation of the standards of protection of the BIT”, così, Decisione cit., par. 112. Nello stesso senso, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, cit., par. 84.

<sup>361</sup> Critica tale *qualification test*, consono invece ad una valutazione sulla natura della violazione, J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 368. L'A. evidenzia, inoltre, che sarebbe ben strano che lo Stato debba di conseguenza difendersi eccedendo di aver violato un determinato contratto per ragioni commerciali (anche se lo stesso Crawford comprende la preoccupazione di dover restringere l'ambito di applicazione delle *umbrella clauses*). *Ibidem*.

<sup>362</sup> GAILLARD non condivide tale indirizzo sostenendo che non si sia di fatto interpretato la norma. In *CIRDI- Chronique des sentences arbitrale*, 2007, p. 291. Tuttavia la stessa funzione originariamente attribuita all'impegno *umbrella* era proprio quella, come già riportato, di poter introdurre una norma pattizia che fosse in grado di tutelare situazioni giuridiche contrattuali di fronte a misure illecite di abuso del potere statale, garantendo la medesima tutela indiretta ai *proprietary rights* garantita dal diritto internazionale ai *contractual rights*. Come chiarisce WÄLDE, l'impegno *umbrella* aveva lo scopo di permettere che le stesse situazione giuridiche di natura contrattuale potessero essere protette da interferenze *autoritative* –as a subcategory of *expropriation*; that *expropriation covered contractual rights was in the 1950s disputed so that the clause reflects the legal controversies then prevailing*. Lo stesso WÄLDE sottolinea, inoltre, che molte delle decisioni arbitrali che hanno circoscritto l'ambito di applicazione della norma internazionale alle sole fattispecie in cui lo Stato sia

## 2.2. Gli orientamenti estensivi emersi nella prassi

All'estremo opposto rispetto all'orientamento appena esaminato, si situa una tendenza estensiva che riconosce alle *umbrella clauses* la capacità di garantire ad ogni contratto di investimento la tutela prevista dal diritto internazionale pattizio<sup>363</sup>.

Diverse decisioni, infatti, non diversificano in base alla natura dei rapporti contrattuali e ritengono che la protezione di un'*umbrella clause* (aperta o chiusa) valga con riferimento a qualsiasi rapporto di natura contrattuale ed inadempimento, senza che sia necessario distinguere tra contratti stipulati *jure gestionis* oppure *jure imperii*.

Tra i lodi, che non operano alcuna distinzione rispetto alla natura degli obblighi contrattuali rientranti nell'ambito oggettivo della norma, possono essere isolati due distinti orientamenti che si diversificano, a loro volta, con riguardo agli effetti che la norma pattizia è in grado di produrre.

Per una prima direzione, la norma *umbrella* trasforma la natura del rapporto contrattuale protetto (c.d. di internazionalizzazione), per la seconda, invece, l'effetto della norma si riduce ad ampliare, a certe condizioni, la competenza *ratione materiae* del tribunale arbitrale istituito da un trattato sugli investimenti (tendenza, quest'ultima, c.d. integrazionista).

### 2.2.1. L'orientamento estensivo di internazionalizzazione

Il primo orientamento afferma che la norma pattizia non solo non richieda di distinguere la qualità con cui un Stato abbia assunto un dato regolamento contrattuale, ma che la norma pattizia abbia il preciso effetto di internazionalizzare i contratti tra Stati e privati, trasformando ogni obbligazione contrattuale, e qualsiasi inadempimento contrattuale, in una violazione di diritto internazionale pattizio soggetta direttamente alle regole e alle norme di diritto internazionale.

Gli impegni *umbrella*, pertanto, sono in grado di trasformare “*municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law*” e lo Stato di accoglimento può incorrere in responsabilità internazionale per effetto di un numero quanto mai ampio di comportamenti, pur anche di natura commerciale, adottati in violazione dei contratti stipulati con investitori stranieri.

---

intervenuto con abuso di poteri governativi contro gli investitori (e abbia quindi abusato del suo duplice ruolo di regolatore e di contraente) facciano ricorso allo scopo e alla funzione dei trattati bilaterali come correttivo di un'interpretazione che, se solo letterale, sarebbe troppo ampia. *Ib.*, *Nouveaux Horizons pour le Droit International des Investissements dans le contexte de la Mondialisation de l'Economie. Etudes de questions spécifiques* (a cura di T. W. Walde), Parigi, 2004, p. 144.

<sup>363</sup> In generale, v. J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 368.

Si coglie allora che il discrimine, tra questo e l'orientamento restrittivo appena esaminato, è rappresentato dalla possibilità che si possa concretizzare un illecito internazionale per effetto di un mero inadempimento contrattuale. La norma qui esprime una legittima deroga -di diritto pattizio- al principio della separazione dell'ordinamento giuridico internazionale da quello interno, consentendo un superamento dell'autonomia delle rispettive sfere di competenza<sup>364</sup>.

Le decisioni rappresentative di tale indirizzo, infatti, sostengono chiaramente che un'*umbrella clause* concretizza la volontà degli Stati contraenti di introdurre un'espressa deroga al diritto consuetudinario<sup>365</sup> per equiparare ogni obbligazione, pur retta da un ordinamento interno, in obbligazione di diritto internazionale<sup>366</sup>.

In tal senso, la norma pattizia prescinde dalla sussistenza di quegli *additional elements* necessari affinché la violazione di un contratto possa concretizzarsi in un *international tort*. Se per tutti gli obblighi di diritto internazionale, anche pattizio, è necessario che la violazione dei diritti contrattuali di cui l'investitore sia titolare si sia risolta in un abuso delle prerogative di tipo sovrano, la piena autonomia dell'obbligo *umbrella*, invece, riesce a garantire ad un contratto una tutela diretta ed indipendente dalla *magnitudo* imposta dal diritto internazionale. La sussistenza di una responsabilità internazionale conseguente alla violazione di un contratto protetto da un'*umbrella clause*, pertanto, non presuppone che si sia realizzato quel *quid pluris*

<sup>364</sup> N. BLADWIN, *The treatment of contract-related claims in treaty based arbitration*, in *Mealey's Int. Arb. Rep.*, 2006, p. 35, ritiene che questo orientamento abbia internazionalizzato le pretese giuridiche contrattuali (*this development has led to the internationalization of contract claims*) e diluito "of what might previously have been thought to be a line between the two principal sources of legal protection of foreign investors, namely public law (treaties) and private law (contracts)". Per la dottrina italiana, v. L. BERGAMINI, *Il caso Noble Venture e "the umbrella clause problem"*, cit., p. 124 dove si afferma che la norma deroghi al principio consuetudinario sull'autonomia tra ordinamento nazionale e internazionale.

<sup>365</sup> La stessa prassi mette in evidenza che "thus, an umbrella clause, when included in a bilateral investment treaty, introduces an exception to the general separation of States obligations under municipal and under international law". Così, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, lodo cit., par 55.

<sup>366</sup> Nella sentenza arbitrale emessa nella controversia *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, *Decision on Jurisdiction and Liability*, 14 gennaio 2010, si afferma che "[t]he Tribunal agrees with Claimant's submission that [the umbrella clause] of the BIT brings the Settlement Agreement into the ambit of the BIT, so that any violation of the private law agreement becomes ipso iure a violation of the international law BIT". Par. 488. Nello stesso senso, anche il lodo *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA S.p.A. v. Republic of Algeria*, dove si sostiene che "Ces clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'Etat en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître". Award, cit., par. 25. Per tale orientamento, anche il lodo *Noble Ventures Inc. v. Romania*, sostiene che "[a]n umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law". Così, par. 53. In tale controversia, il contratto oggetto della rivendicazione dell'*observance of undertaking clause* prevedeva che l'investitore avrebbe acquistato quote rilevanti di una società pubblica. Dal momento che l'ente oggetto di cessione aveva un'ampia esposizione debitoria, il contratto prevedeva -in capo all'agenzia statale contraente- l'obbligo di promuovere presso le competenti autorità governative romene un procedimento di ristrutturazione del debito della società acquista. Per il collegio, l'omissione dell'agenzia statale di attivare tale procedimento di ristrutturazione del debito, pur anche qualificabile come atto di natura meramente commerciale, era un comportamento che poteva essere valutato alla luce dell'obbligo di diritto internazionale pattizio. In questo senso, pertanto, l'ambito di applicazione dell'impegno *umbrella* non viene circoscritto ai soli atti di *puissance publique*, ma esteso ad atti tipicamente commerciali.

richiesto dal diritto internazionale poiché la volontà degli Stati è quella che ogni violazione contrattuale riesca ad imporsi quale illecito internazionale<sup>367</sup>. Per la tendenza in esame, una norma pattizia non inficia la distinzione tra i due ordinamenti dal momento che, ad eccezione di questo preciso obbligo convenzionale, tale separazione rimane pienamente operativa<sup>368</sup>.

Questa lettura, invero, raccoglie quanto già un filone dottrinale degli anni sessanta, nell'ambito (ma anche *a latere*) della teoria internazionalistica degli *State-contracts*, aveva riconosciuto, ossia che non sussista alcun ostacolo a concludere in favore di una responsabilità internazionale di uno Stato per la violazione di un contratto -pur retto dal diritto interno- qualora lo Stato abbia assunto un impegno di diritto internazionale pattizio in tal senso<sup>369</sup>.

In termini pratici, l'obbligo di adempiere un contratto assunto da uno Stato in uno strumento internazionale protegge quel contratto da qualsiasi inadempimento e non soltanto da

---

<sup>367</sup> Come visto, per l'orientamento restrittivo è invece necessario interpretare e ricondurre l'impegno *umbrella* nell'ambito della tradizionale separazione tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni ed è quindi necessario ricondurre la protezione offerta ai contratti di investimento dagli stessi trattati bilaterali e da ogni *treaty obligation*, non escluso l'impegno *umbrella*, nell'ambito della stessa protezione prevista dal diritto internazionale generale.

<sup>368</sup> Gli Stati sono liberi di introdurre una norma pattizia per mezzo della quale internazionalizzare l'inosservanza di un regolamento contrattuale di diritto interno. In questo senso, occorre soltanto che la condotta statale impugnata risulti in violazione di quegli impegni contrattuali rispetto ai quali ciascuno Stato contraente abbia assunto l'obbligo internazionale di osservanza. "*For a contractual violation to be transformed into a violation of the host State's international obligations and consequently be susceptible to engage its international responsibility, the violation has to be of a sufficiently grave character. However the inclusion of the "observance of the commitments" or the so called "umbrella clause" in BITs has the objective to dilute this basic distinction*". Per KUNOY, in *Singing in the rain*, cit., p. 279.

<sup>369</sup> Per questo rilievo nella prassi, si veda il già citato par. 175, *SGS v. Pakistan*. È utile richiamare che Weil, già fautore dell'internazionalizzazione oggettiva dei *contrat d'Etat* (il quale distingueva tra ordine giuridico di base e legge applicabile e sostenendo, quindi, che tali accordi appartengano all'ordinamento giuridico internazionale indipendentemente dalla volontà delle parti), aveva riconosciuto che, anche a prescindere dalle tesi internazionalistiche, una norma pattizia possa trasformare rapporti di diritto interno in obbligazioni internazionali. "*Il n'y a, en effet, pas de difficulté particulière lorsqu'il existe entre l'Etat contractant et l'Etat national du cocontractant un «traité de couverture», qui fait de l'obligation d'exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l'Etat contractant envers l'Etat national du cocontractant. L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, «l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité»; toute inexécution du contrat, serait elle même régulière au regard du droit interne de l'Etat contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'Etat national du cocontractant*". Così, in *Problèmes relatifs aux contrats passés entre Etat et un particulier*, cit., p. 130. La stessa conclusione viene espressa dall'A., in *Les Clauses de Stabilisation ou d'intangibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, cit., p. 315. Tali considerazioni venivano tuttavia condivise anche *a latere* della teoria internazionalistica. Amerasinghe, ad esempio, pur non appartenendo a tale scuola, riteneva che "[t]he general proposition that, where a state performs an act which is prohibited by a treaty to which it is a party, it will be responsible for a breach of international law to the other party or parties to the treaty requires no substantiation. In accordance with the same principle, an act which constitutes a breach of contract would be a breach of international law, if it is an act which that state is under an obligation not to commit by virtue of a treaty to which it and the national state of the alien are parties". *Ib.*, *State Breaches of Contracts with Aliens and International Law*, in *Am. Jour. Int'l L.*, 1964, p. 912.

“interferenze esterne” di *puissance publique*, quali provvedimenti statali di modifica unilaterale dell’assetto contrattuale, di risoluzione anticipata del contratto, di revoca unilaterale di una concessione o di una licenza non seguiti da alcun risarcimento. In sostanza, l’inesatta esecuzione degli impegni assunti dallo Stato come mera controparte contrattuale, quale che sia l’inadempimento contrattuale, rientrano nell’ambito di rilevanza della norma (e quindi di un trattato bilaterale) senza che l’investitore debba essere in grado di provare l’avvenuta espropriazione dei propri diritti contrattuali o di aver subito un trattamento arbitrario o discriminatorio contrario al *fair and equitable treatment*<sup>370</sup>. Qualsiasi violazione conseguente alla mancata esecuzione delle prestazioni dovute, quali il mancato pagamento del corrispettivo ed anche un inadempimento parziale, viene dunque trasformata in illecito internazionale<sup>371</sup>. Si coglie allora la differente tutela che un contratto di investimento riceve, grazie a questo indirizzo estensivo, quando nella cornice normativa di un trattato bilaterale sia presente un impegno *umbrella*. Se in assenza di un *observance of undertakings commitment*, un contratto riceve la tutela indiretta offerta dallo standard di *fair and equitable treatment* e dal divieto di espropriazione confiscatoria che, strutturalmente, richiedono la sussistenza di un *additional element* che riesca ad integrare un *international tort* (e quindi una *treaty claim*) per effetto di un’*umbrella clause*, invece, un contratto d’investimento riceve una tutela diretta e per ogni sua violazione.

Le altre *treaty claims*, almeno quando si tratti di apprezzare l’esecuzione di un contratto e la salvaguardia degli effetti obbligatori in favore dell’investitore, vengono quindi ricomprese nella sola e più estesa tutela diretta rappresentata dalle *umbrella clauses* visto che ogni inadempimento contrattuale, a partire da una semplice *breach of contract*, fino a ben più gravi violazioni, risulta sufficiente per dichiarare la violazione del trattato e consentire ad un investitore di avere accesso ad un *investor-State arbitration*<sup>372</sup>. La dottrina che supporta tale

<sup>370</sup> Tra gli autori che, nello studio degli attuali trattati bilaterali e con riferimento alla prassi sulle *umbrella clauses*, sostengono tale effetto, C. SCHREURER ritiene che “[c]lauses of this kind have been added to some BITs to provide additional protection to investors beyond the traditional international standards [...] they add the compliance with investment contracts, or their undertakings of the host State, to the BIT’s substantive standards. In this way a violation of such a contract becomes a violation of the BIT”, *ult. op. cit.*, p. 250. L’A. osserva, inoltre, che grazie a questa norma l’investitore non è più gravato dalla difficile prova di dimostrare la violazione degli obblighi di diritto pattizio. *Ib.*, p. 447. Parimenti, R. DOLZER, C. SCHREURER, in *Bilateral investment treaties*, 1995, p. 82, rilevano che “the provision is of particular importance because it protects the investor’s contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts, and because it is not entirely clear under general international law whether such measures constitute breach of an international obligation. Da ultimo, v. anche A. CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 447; T.W. WALDE, *The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration, a Comment on Original Intentions and Recent Cases*, *cit.*, p. 206.

<sup>371</sup> In tal senso, MANN sostiene l’importanza della norma considerando che “it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act, and independently of the question whether or no such interference amounts to expropriation”, in *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, in *BYIL*, 1981, p. 246.

<sup>372</sup> Osservazioni queste espresse, ad esempio, nel lodo *SGS v. Pakistan* e che rafforzano il convincimento del collegio ad indirizzarsi verso un’interpretazione restrittiva. “There would be no real need to



tendenza osserva in merito che gli standard e gli altri obblighi internazionali continuano ad avere una loro utilità poiché il loro ambito protettivo è finalizzato alla tutela degli investimenti, indipendentemente dal fatto che un investimento subisca un danno in conseguenza della violazione di un rapporto contrattuale di diritto interno<sup>373</sup>.

In termini ancor più generali, la norma viene in tal modo affrancata dalla *ratio* sottesa alla sua stessa introduzione, ossia la necessità di poter contrastare l'abuso di poteri statali in danno ad investitori privati<sup>374</sup> e i contratti di investimento vengono quindi internazionalizzati<sup>375</sup>. In questo senso, tale orientamento ha quindi rivitalizzato l'interesse per le tesi internazionalistiche espresse con riguardo agli accordi di sviluppo economico<sup>376</sup> anche se, in questo caso, si può cogliere una sostanziale differenza rispetto alla dottrina internazionalistica. Se quest'ultima invocava l'applicabilità del principio internazionale di *pacta sunt servanda* in conseguenza della natura stessa di questi accordi, che trovavano nell'ordinamento giuridico internazionale il loro ordinamento di elezione, per questa tendenza, invece, l'internazionalizzazione del contratto è l'effetto (e non la causa) di un obbligo di *pacta sunt servanda* esterno al contratto e calato dall'alto di uno strumento pattizio.

I contratti sono dunque internazionalizzati e, per effetto di tale trasformazione, si materializza una responsabilità internazionale che coesiste e si affianca alla responsabilità contrattuale dello Stato<sup>377</sup>. Questo, almeno, sul piano delle premesse teoriche visto che, di fatto, le decisioni ascrivibili a tale orientamento non sono andate oltre la ricognizione di una

---

*demonstrate a violation of those substantive treaty standards if a simple breach of contract, or of municipal statute or regulation, by itself, would suffice to constitute a treaty violation on the part of a Contracting Party and engage the international responsibility of the Party.* Par. 168.

<sup>373</sup> In altri termini, gli standard di trattamento, e gli altri obblighi di diritto internazionale a protezione degli investimenti, continuano ad avere un proprio autonomo, ed efficace, ambito di protezione con riferimento agli effetti pregiudizievoli subiti da un investimento, indipendentemente dalla violazione di accordi di investimento. WÄLDE ritiene in proposito che “[a] *pacta sunt servanda* clause makes the investor’s contractual arrangements with the host State justiciable by treaty arbitration, thus protecting the investor’s recourse to international justice from the jurisdiction of domestic courts [...]. it does not make other obligations redundant. An expropriation or discrimination can occur without a specific host State contract being breached”, in *The umbrella clause in investment arbitration – a comment on original intentions and recent cases*, in *J. World Trade Inv.*, 2005, p. 223.

<sup>374</sup> Sebbene una tale interpretazione letterale non dovrebbe ad ogni modo far venir meno le ragioni sottese alla loro introduzione nel panorama convenzionale.

<sup>375</sup> Nella decisione *Noble Ventures Inc. v. Romania* si assume sia la volontà degli Stati di derogare al diritto internazionale consuetudinario che l'effetto di internazionalizzazione della norma. “*Two States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that, in the interest of achieving the objects and goals of the treaty, the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, the breach of contract being thus “internationalized”, i.e. assimilated to a breach of the treaty*” (par. 54).

<sup>376</sup> V. ad esempio, M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, cit., p. 304.

<sup>377</sup> Le due tipologie di responsabilità, internazionale e contrattuale, quindi, “*will co-exist*”. Così, par. 53 del lodo *Noble Ventures Inc. v. Romania*, secondo il quale, inoltre, questa deroga non determina un ingresso automatico delle categorie proprie del diritto nazionale nella sfera giuridica internazionale nella quale operano norme non necessariamente equivalenti.



responsabilità contrattuale in capo allo Stato. Nel lodo *Joseph Charles Lemire v. Ukraine* si sostiene che “[t]he Tribunal agrees with Claimant’s submission that [the umbrella clause] of the BIT brings the Settlement Agreement into the ambit of the BIT, so that any violation of the private law agreement becomes ipso iure a violation of the international law BIT. This, however, exhausts the effect of the Umbrella Clause; the Umbrella Clause has no impact on the meaning or scope of the Settlement Agreement”<sup>378</sup>.

Nel valutare se la norma *umbrella* sia stata o meno violata, allora, non ha trovato pieno ed effettivo riscontro, come ci si sarebbe invece aspettati sulla base delle premesse poste, che la qualificazione del comportamento di uno Stato -come internazionalmente illecito- venisse regolata esclusivamente dal diritto internazionale, essendo ininfluenza la qualificazione di tale atto in base al diritto interno<sup>379</sup>. Al contrario, l’influenza per qualificare l’illiceità internazionale è dipesa dalla sola (non) qualificazione conseguente alla *lex contractus* di diritto interno.

In merito a tale indirizzo, sia allora consentito riprendere, incidentalmente, la questione in merito all’ambito soggettivo di un impegno *umbrella*. Se le decisioni, che pure ritengono che la norma pattizia trasformi la natura degli obblighi sottesi, si arretrano poi di fronte all’assenza di responsabilità contrattuale dello Stato, non si coglie come sia possa pretendere, allora, che la responsabilità contrattuale condizioni l’esistenza della responsabilità internazionale dello Stato e che l’individuazione della titolarità del rapporto negoziale di diritto interno debba essere ricostruita adottando i criteri di attribuzione previsti dal diritto internazionale<sup>380</sup>.

---

<sup>378</sup> Lodo cit., par. 498, che prosegue concludendo che “[i]n other words, any violation of the Umbrella Clause presupposes a breach of the Settlement Agreement. Since the Arbitral Tribunal has already come to the conclusion that Respondent has not breached its obligations under the Settlement Agreement, the Umbrella Clause of the BIT is moot and Respondent cannot have violated the BIT on this footing”. Anche nella controversia *Noble Ventures Inc. v. Romania* non veniva riscontrato alcun inadempimento da parte delle autorità statali incaricate di attivare la ristrutturazione poiché il corrispondente obbligo contrattuale era una mera obbligazione di mezzi che era stata adempiuta con ripetuti tentativi in tal senso. L’assenza di responsabilità contrattuale escludeva, pertanto, qualsiasi violazione dell’impegno *umbrella*. Nello stesso senso, v. la controversia *EDF v. Romania*, in cui il tribunale afferma che “[...] absent a breach of the [contracts] under the governing law, there can be no State responsibility under international law for violation of the umbrella clause”. Così, par. 319. Infine, anche la decisione relativa alla controversia *Malicorp Limited v. The Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, per la quale “[t]he first question, therefore, is whether the Republic had the right to discharge itself from the Contract pursuant to the private law rules governing it. If that is the case, it is unnecessary to examine whether the Respondent also took a measure under its public powers (“measures de puissance publique”), not as a party to the Contract but as a State, the effectiveness and conformity with the Agreement of which would have to be examined. Indeed, the rescission of the Contract would not leave any subsisting breach of the umbrella clause nor, moreover, in the absence of a protected investment, of other clauses of the Agreement”. Award, 7 febbraio 2011, par. 126.

<sup>379</sup> Ci si sarebbe dunque attesi una valutazione espressa sulla base del principio di diritto consuetudinario codificato, come già ampiamente ribadito, dall’articolo 3 del Progetto Finale.

<sup>380</sup> Come sostenuto, ad esempio, dal lodo *Noble Ventures Inc. v. Romania*.

## 2.2.2. L'orientamento estensivo integrazionista.

L'ultimo orientamento che occorre riportare è quello che, nella recente prassi, sta ricevendo ad oggi le maggiori adesioni<sup>381</sup>. Anche questo indirizzo, c.d. integrazionista<sup>382</sup>, si colloca in una tendenza di tipo estensivo dal momento che non opera alcun distinguo in merito alla natura degli obblighi contrattuali in grado di rientrare nell'ambito oggettivo di un *observance of undertaking commitment*.

Si differenzia da quello appena esaminato perché non ritiene che un'*umbrella clause* abbia l'effetto di trasformare *-ipso iure-* gli obblighi di natura contrattuale in obblighi di diritto internazionale.

Già in un'analisi condotta nell'ambito dell'UNCTAD, del 1988<sup>383</sup>, veniva avanzata la tesi che in conseguenza di un impegno *umbrella* i rapporti obbligatori di diritto internazionale non subiscono alcuna trasformazione in *treaty obligations* dal momento che il tratto saliente della norma è rappresentato dal solo obbligo internazionale di adempiere gli impegni e i rapporti contrattuali assunti dallo Stato<sup>384</sup>.

Per il lodo *SGS v. Philippines*, che per primo ha fatto proprio tale indirizzo<sup>385</sup>, un'*umbrella clause* (chiusa) “addresses not the scope of the commitments entered into with regard to specific investments but the performance of these obligations, once they are ascertained”<sup>386</sup>.

L'obbligo assunto a livello internazionale, e la corrispondente garanzia offerta agli investitori, si riverbera sulla sola esecuzione del contratto mentre i sottostanti obblighi non vengono trasformati dalla norma pattizia, né viene mutato “the extent or content of such obligations”<sup>387</sup>.

<sup>381</sup> La tendenza in esame è stata inaugurata nel lodo *SGS v. Philippines* ed in seguito “a number of subsequent awards dealt with the interpretation to be given to umbrella clauses, the vast majority supporting the general distinction established by the Philippines case but bringing useful clarifications”. Così, lodo *Toto Costruzioni v. Lebanon*, par. 569.

<sup>382</sup> Si veda J. CRAWFORD, che ha elaborato tale orientamento, definendolo integrazionista. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 370. L'A., inoltre, sedeva sia nel collegio *SGS v. Philippines* che nel comitato chiamato a decidere dell'annullamento del lodo *CMS v. Argentina*.

<sup>383</sup> UNCTAD Study, *Bilateral Investment Treaties*, New York, 1988.

<sup>384</sup> “The effect of [the umbrella clause] is not to transform the provisions of a State contract into international obligations [...]. However, it makes the respect of such contracts [...] an obligation under the treaty”. Un successivo studio dell'UNCTAD ribadiva, in termini meno precisi, come rileva il lodo *SGS v. Philippines*, che “as a result of [the umbrella clause], violations of commitments regarding investment by the host country would be redressible through the dispute-settlement procedures of a BIT.” *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, New York, 1998, p. 56.

<sup>385</sup> Si veda il richiamo del lodo *SGS v. Philippines* allo studio elaborato dall'UNCTAD contenuto alla nota 61, *sub. par.* 126, del lodo.

<sup>386</sup> *SGS v. Philippines*, par. 126. In contratto oggetto della disputa riguardava la fornitura di servizi ispettivi sulle merci esportate nel mercato filippino (*Comprehensive Supervision Services Agreement*) e, ancora una volta, viene richiesto il mancato pagamento dei servizi resi.

<sup>387</sup> Lodo, par. 128.

Le pretese di origine contrattuale continuano ad essere regolate dalla *lex contractus* e, pur anche in presenza di un'*umbrella clause*, le violazioni devono essere apprezzate sulla base di tale legge poiché “*the extent of the obligation is still governed by the contract, and it can only be determined by the reference to the terms of the contract*”<sup>388</sup>. Le pretese di origine contrattuale, allora, non diventano una questione di diritto internazionale, né si convertono questioni di natura contrattuale in questioni di diritto internazionale pattizio<sup>389</sup>. Un'*umbrella clause* non è in grado di mutare la legge applicabile ad un rapporto obbligatorio poiché “[t]he effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law”<sup>390</sup>. Infatti, se le pretese di natura contrattuale non vengono trasformate in pretese riguardanti la violazione di un trattato, le norme per interpretare e valutare gli effetti obbligatori di un contratto, e la sua eventuale violazione, sono quelle previste della *lex causae* e, nella maggior parte dei casi, si tratterà della legge interna del paese di accoglimento<sup>391</sup>.

Per l'orientamento in esame, inoltre, né l'*umbrella clause*, né lo stesso trattato bilaterale forniscono una qualche base giuridica autonoma rispetto alla quale un'istanza arbitrale internazionale possa decidere se una *pacta sunt servanda clause* sia stata effettivamente violata.

In merito, è utile richiamare una recente decisione che si inserisce pienamente nel solco dell'orientamento integrazionista. Il lodo *BIVAC v. Paraguay*<sup>392</sup> segue l'istanza con cui la società ricorrente chiedeva la condanna del Paraguay al pagamento di alcune fatture relative all'esecuzione di un contratto per la fornitura di servizi di ispezione delle merci in entrata nel mercato sudamericano<sup>393</sup>.

Non condividendo la tesi del Paraguay secondo cui il contratto dovesse essere qualificato come accordo commerciale di diritto interno non valutabile da un'istanza internazionale<sup>394</sup>, il

<sup>388</sup> *Ib.*, par. 127.

<sup>389</sup> *Ib.*, par. 126.

<sup>390</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Decision of The Ad Hoc Committee on The Application For Annulment of The Argentine Republic*, cit., par. 95, lett. c. Nello stesso senso, il lodo *SGS v. Pakistan*, par. 163-174.

<sup>391</sup> Quando non integrata da richiami al diritto internazionale oppure quando non venga richiamata la legge di un altro ordinamento interno o non venga in rilievo l'articolo 42, par. 1, della Convenzione di Washington.

<sup>392</sup> *BIVAC B.V. v. Paraguay*. L'*umbrella clause* aperta prevista dal relativo trattato bilaterale prevede che ciascuno Stato contraente “*shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of the other Contracting Party*.”

<sup>393</sup> Ed adottato sulla base di un programma all'uopo stilato dal Ministero delle Finanze.

<sup>394</sup> La difesa dello Stato convenuto eccepeva la competenza esclusiva dei tribunali interni sulla base di due differenti argomentazioni. Per cui, il *treaty based arbitration* non aveva *potestas decidendi* poiché il contratto in causa doveva essere considerato un contratto di diritto amministrativo assoggettato al diritto pubblico interno. Cfr. par. 31, lett. b, del lodo. Il Paraguay mutava poi direzione sostenendo che la garanzia rappresentata da un'*umbrella clause* non potesse riguardare semplici inadempimenti contrattuali relativi ad un accordo commerciale, poiché la norma presupponeva che lo Stato avesse agito nell'esercizio di poteri sovrani<sup>394</sup>. V. par. 131.

collegio ha ritenuto, anzitutto, che l'ampia formulazione dell'*umbrella clause* aperta imponesse un'interpretazione della norma "*in such a way as to give it some meaning and practical effect*" anziché privarla di un effetto utile<sup>395</sup>.

Quanto all'effetto della norma pattizia, la società ricorrente aveva avanzato la tesi che l'azione promossa con la domanda di arbitrato non si fondava sulla violazione del contratto e che il Paraguay non fosse stato convenuto per rispondere di una *contract claim* (quale il mancato pagamento dei servizi effettuati), ma per la violazione di una *treaty claim*, ossia per la violazione dell'obbligo internazionale autonomo costituito dall'impegno *umbrella*, in cui veniva sussunto e trasformato il mancato pagamento del corrispettivo<sup>396</sup>.

Al fine di interpretare la natura e gli effetti della norma *umbrella* e per decidere in merito alla propria competenza, il tribunale ha ritenuto di dover volgere la propria attenzione alla natura dell'azione promossa e al contratto oggetto della controversia.

Per quanto la società ricorrente avesse avanzato - quale *causa petendi* - la violazione dell'*umbrella clause* eccependo l'avvenuta violazione del trattato, per il collegio arbitrale "*BIVAC has provided no explanation as to where in the BIT, or anywhere else in the rules of international law, the Tribunal might find the "independent standard" that might allow it to determine whether or not [the umbrella clause] has been breached*"<sup>397</sup>.

Infatti, "[e]verything turns on the meaning and effect of the Contract. There is no freestanding international treaty obligation, under the BIT or anywhere else, which would allow this Tribunal to determine whether the acts of Paraguay gave rise to a violation of [the umbrella clause] of the BIT"<sup>398</sup>.

Il tribunale, richiamando le basi che consentono di distinguere tra *treaty* e *contract claims*, ha sostenuto che la norma pattizia non possa essere oggetto, a livello pattizio, di un'autonoma valutazione e che non sia possibile apprezzare se sia stata violata prescindendo dalla violazione del contratto e, quindi, prescindendo dalla responsabilità contrattuale dello

---

<sup>395</sup> Il tribunale, consapevole delle incertezze emerse nella prassi sul preciso ambito di applicazione e sugli effetti della norma pattizia, ritiene di doverla interpretare assegnandole un significato effettivo. "*[The umbrella clause] establishes an international obligation for the parties to the BIT to observe contractual obligation with respect to investors. In reaching this conclusion the broadly worded text of [the umbrella clause] has been significant. It provides that Paraguay "shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of the other Contracting Party." The words "any obligation" are all encompassing. They are not limited to international obligations, or non-contractual obligations, so that they appear without apparent limitation with respect to commitments that impose legal obligations*". Par. 141. Nel senso di interpretare una norma *umbrella* assegnandole un effetto utile, v. anche *Eureka B.V. v. Poland*, ICSID, *Partial Award*, 19 agosto 2005, per il quale "[E]ach and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless. It is equally well established in the jurisprudence of international law [. . .] that treaties, and hence their clauses, are to be interpreted so as to render them effective rather than ineffective"<sup>397</sup>. Par. 248.

<sup>396</sup> Par. 145.

<sup>397</sup> V. par. 149.

<sup>398</sup> *Ibidem*.

Stato<sup>399</sup>. Quando un'azione venga promossa dinanzi ad un'istanza arbitrale internazionale, invocando l'avvenuta violazione del trattato e tale violazione si fondi, essenzialmente, sul mancato adempimento di un contratto (che, a sua volta, dovrebbe valere come autonoma e distinta *treaty claim* per effetto di un'*umbrella clause*), “[...] *such a nominal trick does not suffice to transform the contract claim into a treaty claim or to create a parallel treaty claim*”<sup>400</sup>. E quindi, concludere in favore di un'valutazione autonoma dell'*umbrella clause*, indipendentemente dalla responsabilità contrattuale dello Stato, rappresenterebbe un'interpretazione della norma pattizia “*artificial as to be unreasonable*”<sup>401</sup>. Pertanto, nel caso in esame, il tribunale ha ritenuto di dover interpretare ed applicare il contratto e verificare se il Paraguay risultasse o meno inadempiente; per cui, in caso positivo, era possibile condannare lo Stato per l'avvenuta violazione del trattato e, specularmente, non era possibile dichiarare la responsabilità internazionale in assenza di una qualche responsabilità contrattuale<sup>402</sup>.

Per l'orientamento integrazionista, se si rimane sul solo piano contrattuale e, quindi, si invoca l'avvenuta violazione di un impegno *umbrella* per le inadempienze di un accordo, si può concludere che lo Stato abbia violato la norma pattizia se lo stesso sia incorso in responsabilità contrattuale<sup>403</sup>.

---

<sup>399</sup> In questo senso, allora, il tribunale non intende prendere posizione sul più generale problema se i BIT siano o meno un *self-contained* regime. In merito a tale aspetto, la prassi sembra essersi pacificamente orientata nel ritenere che l'ambito giuridico delineato dai trattati bilaterali costituiscono “*the primary source of the applicable rules*” ma che, ciò nonostante, non rappresenti un sistema autosufficiente. Anche la dottrina sembra orientata in tal senso. V. DELAUME, *Proper law*, cit., p. 8, secondo il quale un trattato bilaterale deve sempre essere riconnesso ad altre fonti con metodi di incorporazione o per il richiamo diretto a regole supplementari, sia di diritto internazionale che interno. A. LEEKS, *The Relationship between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: the ICSID Approach*, Univ. Toronto Faculty Law Review, 2007, a p. 35-36, sostiene che “*investment law exists within the wider corpus of international law and should be interpreted in this context. [...] there is no reason to suppose that the network of BITs creates a self-contained regime. BIT do not exclude other rules of international law.*”

<sup>400</sup> Così, par. 5 della *Concurring Opinion* del Prof. Abi Saab prodotta nel lodo in *TSA Spectrum de Argentina S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, 19 dicembre 2008, e riportata dal par. 149 del lodo cit., *BIVAC B.V. v. Paraguay*.

<sup>401</sup> *Ibidem.*

<sup>402</sup> Per il collegio, “*the reality is that the Tribunal would have to interpret and apply the Contract, to determine whether Paraguay was or was not in breach of its obligations thereunder to make certain payments on the nineteen invoices. If the Tribunal was to find that there was a breach of the Contract, on BIVAC's argument it would have to find also a breach of the BIT. But if the Tribunal were to find no breach of the Contract, there would be no breach of the BIT*”. Par. 152. Una *pacta sunt servanda clause* non trasforma la responsabilità contrattuale in responsabilità internazionale dello Stato poiché, né nella norma, né nel trattato bilaterale, è previsto un autonomo standard in base al quale sia possibile dichiarare la responsabilità internazionale dello Stato che, quindi, dipende dalla sola eventuale responsabilità contrattuale da appurarsi sulla base della *lex contractus*.

<sup>403</sup> “*In the present case, in relation to [the umbrella clause] we do not see how it could be concluded that “the fundamental basis of the claim” was the BIT rather than the Contract. Any other approach strikes us as being so artificial as to be unreasonable*”. Par. 97.

D'altronde, le stesse decisioni, che pur hanno affermato che un impegno *umbrella* sia in grado di trasformare gli obblighi di diritto interno in obblighi di diritto internazionale, hanno escluso la responsabilità internazionale dello Stato in assenza di una responsabilità contrattuale.

La prima apprezzabile differenza tra i due orientamenti estensivi, pertanto, è rappresentata dal fatto che solo per il primo la norma *umbrella* è una *free standing treaty obligation* mentre, per il secondo, la norma rappresenta un mezzo per far valere una pretesa dinanzi ad un tribunale internazionale- che deve essere valutata sulla base della legge applicabile al contratto (e che – di fatto- continua ad essere una *contract claim*).

Se il discrimine tra le due diverse pretese, ossia *treaty and contract claims*, è rappresentato dalla “*fundamental basis of the claim*”, ma non sia possibile apprezzare la violazione del trattato sulla base di un autonomo standard di diritto internazionale, è necessario concludere che la pretesa –per quanto conoscibile da un’istanza arbitrale internazionale- rimanga di natura contrattuale<sup>404</sup>.

Secondo tale indirizzo interpretativo, pertanto, le *umbrella clauses* non hanno l’effetto di annullare la distinzione fra ordinamento giuridico internazionale e ordinamento interno dal momento che le obbligazioni di diritto nazionale non sono elevate ad impegni di diritto internazionale pattizio.

“[U]nder the integrationist view as applied to standard umbrella clauses the claim are still contractual and they are governed by their own applicable law. The distinction between treaty and contract is maintained. The purpose of the umbrella clause is to allow enforcement without internationalization and without transforming the character and content of the underlying obligation”<sup>405</sup>.

L’impegno *umbrella* permette che la violazione di un contratto possa costituire la base per giudicare una *substantive treaty claim* nel senso che, grazie alla norma, all’investitore viene riconosciuto “*an extra mechanism for the enforcement of claim*”<sup>406</sup>.

Per l’orientamento integrazionista, la presenza di un’*umbrella clause*, chiusa o aperta, è in grado di garantire ad un contratto di investimento un adeguato rimedio processuale (sussidiario), risolvendosi nel solo ampliamento della competenza *ratione materiae*

---

<sup>404</sup> In questo senso, il lodo *BIVAC B. V. v. Paraguay*, per determinare “*the fundamental-essential basis of a claim*”, richiama proprio il lodo *Vivendi II*: “*the fundamental basis of the claim is a BIT laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract [ . . . ] cannot operate as a bar to the application of the treaty standard*”. Così, par. 98.

<sup>405</sup> J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 370.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 370. Anche A. REINISCH, sostiene tale soluzione. L’A. aveva anche previsto che la prassi arbitrale avrebbe potuto distinguere non soltanto per quali contratti ma anche per quale tipo di violazioni la norma *umbrella* avrebbe potuto essere invocata. *Umbrella clauses, Seminar on International Investment Protection*, p. 38-42. Tale saggio è stato pubblicato al seguente indirizzo: [http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf](http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf); v. anche B. KUNOY, *Singing in the rain. Developments in the interpretation of umbrella clauses*, in *Jour. World Inv. Trade*, 2006, p. 305ss..

dell'istanza arbitrale internazionale a controversie relative alla mera violazione di obblighi *iure privatorum* che lo Stato abbia assunto nei confronti di investitori privati<sup>407</sup>. In questo senso, l'effetto e la funzione della norma è allora identico a quello prodotto dalla presenza, in un trattato bilaterale, di una clausola arbitrale non limitata alle controversie relative alla violazione degli standard di trattamento e degli obblighi posti dal trattato<sup>408</sup>.

Pertanto, la maggior parte delle decisioni che hanno seguito l'orientamento integrazionista, ritengono che, in virtù della norma pattizia, l'istanza arbitrale internazionale abbia il potere di “*hear the claim*”<sup>409</sup> e di decidere controversie riguardanti la violazione di un contratto.

### **Segue: orientamento integrazionista e foro previsto ex contractu**

La tendenza in esame ritiene che, per effetto di una *umbrella clause*, l'investitore possa dunque avvalersi –potenzialmente- di due ricorsi. Uno, azionabile dinanzi al tribunale internazionale indicato dall'accordo interstatale, competente per la violazione dell'*observance of undertakings clause* e, l'altro, azionabile dinanzi ad un giudice dello Stato di accoglimento qualora sia presente una clausola di giurisdizione esclusiva in favore di questo<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> Indipendentemente dall'orientamento in esame, occorre ricordare che, per quanto riguarda l'*Energy Charter Treaty*, l'articolo 26, par. 3, permette agli Stati di non garantire un *unconditional consent* rispetto alle controversie relative alla violazione dell'*umbrella clause* di cui all'articolo 10, par. 1, del trattato. A. CARLVARIS, *La competenza dei tribunali arbitrali internazionali tra violazione dei trattati sugli investimenti e violazione delle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 449, rileva come il meccanismo di *opting out* previsto dall'art. 26 dell'ECT confermi, *a contrario*, che l'effetto ordinario della norma *umbrella* sia quello di estendere la competenza dei *treaty based arbitrations* a controversie derivanti da rapporti giuridici di diritto interno. Per un'ulteriore analisi in merito al meccanismo previsto dal trattato multilaterale in oggetto, v. anche WALDE, *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *The Energy Charter Treaty*, 1994, p. 287.

<sup>408</sup> Tale effetto deve anche essere collegato alla clausola di risoluzione delle controversie prevista dal trattato cui spetta di risolvere ogni controversia relativa all'applicazione del trattato tra Stato di accoglimento ed investitore straniero.

<sup>409</sup> Alcune decisioni, invero, pur non ritenendo che la norma *umbrella* abbia l'effetto di trasformare gli obblighi contrattuali in *treaty claims* ritengono di non avere giurisdizione e che la competenza a decidere le pretese azionate spetti al solo tribunale indicato nel contratto. Si è dichiarato privo di giurisdizione il tribunale della controversia *SGS. V. Pakistan* (v. par. 131). Parimenti, il lodo *Toto Costruzioni v. Lebanon*, per il quale “*although [the umbrella clause] of the Treaty may be used as a mechanism for the enforcement of claims, it does not elevate pure contractual claims into treaty claims. The contractual claims remain based upon the contract; they are governed by the law of the contract and may be affected by the other provisions of the contract. In the case at hand that implies that they remain subject to the contractual jurisdiction clause and have to be submitted exclusively to the Lebanese courts for settlement. Because of this jurisdiction clause in favor of Lebanese courts, the Tribunal has no jurisdiction over the contractual claims arising from the contract referring disputes to Lebanese courts*”. Par. 202.

<sup>410</sup> Sempre che l'*electio* non sia in favore di un'istanza arbitrale di diritto interno ma, in questo caso, è ben difficile supporre che l'investitore non voglia seguire tale indicazione.

La presenza di una clausola contrattuale di elezione del foro, pone allora un problema di concorrenza tra questo e l'istanza arbitrale internazionale<sup>411</sup>.

La conclusione cui giunge l'orientamento integrazionista, con riferimento alla valenza della norma pattizia e all'assenza di uno standard autonomo di diritto convenzionale in base al quale valutare il rispetto dell'obbligo di osservanza, si riverbera, necessariamente, sulla competenza del giudice indicato *ex contractu*. Infatti, dal momento che la responsabilità contrattuale non viene meno in virtù dell'esistenza di un'*umbrella clause*, l'eventuale tribunale interno indicato dalle parti quale foro esclusivo, continua ad essere competente per le violazioni nascenti dal contratto<sup>412</sup>. La norma pattizia non solo non muta la legge regolatrice di un contratto, ma nemmeno il foro eventualmente prescelto.

Secondo tale indirizzo, se per effetto dell'impegno *umbrella* un contratto trova ingresso in un trattato bilaterale, il contratto deve essere ricevuto ricevuto in dote nel suo complesso e salvaguardato nella pienezza dei suoi effetti obbligatori<sup>413</sup>. Altrimenti, l'obbligo di *pacta sunt servanda* si risolverebbe in obbligo a senso unico<sup>414</sup>. Per il tribunale nella controversia in *BIVAC v. Paraguay*, ad esempio, occorre dare pieno effetto e riconoscimento alla volontà e all'autonomia contrattuale e all'assetto contrattuale voluto dalle parti, incorporato dalla norma *umbrella*. Quando in tale regolamento esista una norma pattizia che assegna titoli esclusivo di giurisdizione ai tribunali interni (o ad altre istanze arbitrali), anche tale *pactum est servandum*.

### **Segue: istanza arbitrale *State-investor* e foro *ex contractu***

Prima di concludere la disamina dell'orientamento integrazionista, è necessario richiamare in quali termini si ponga il coordinamento tra diversi *fora* per il diritto internazionale degli investimenti. In assenza di un'*umbrella clause*, quando un contratto e la sua violazione vengano portati all'attenzione di un'istanza arbitrale per la supposta violazione di una *treaty obligation*, il problema di una potenziale concorrenza, tra il foro previsto dal trattato ed il foro eventualmente indicato nel contratto di investimento, viene risolta dalla

---

<sup>411</sup> Il concorso tra diverse giurisdizioni viene ovviamente in rilievo ogni qualvolta vi sia l'identità della controversia, l'identità delle parti coinvolte e la condotta oggetto delle azioni sia rappresentata dal medesimo fatto.

<sup>412</sup> Per il lodo *SGS v. Philippines*, “[t]he proper law of the [contract] is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the ICSID Convention. “On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different”. par. 128.

<sup>413</sup> “[The umbrella clause] of the BIT is broadly worded and has the effect of importing the obligations under the Contract into the BIT. Such obligations include the contractual arrangement”. Così, *BIVAC B.V. v. Paraguay*, lodo cit., par. 147.

<sup>414</sup> Cfr. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 361 ss..



prassi in considerazione del fatto che non esiste un reale parallelismo tra le due giurisdizioni per effetto della differente “*essential basis of the claim*”<sup>415</sup>.

La differente natura delle due pretese permette di distinguere tra una condotta qualificabile come illecito internazionale ed una qualificabile come illecito contrattuale. Dal momento che l’azione promossa da un investitore per l’avvenuta violazione del trattato si fonda su di una diversa *causa petendi*, non sussiste alcuna preclusione nell’esistenza di due distinte azioni e di due distinte controversie, ognuna fondata su di una diversa pretesa e ciascuna azionabile dinanzi al rispettivo giudice<sup>416</sup>.

Per la prassi arbitrale, infatti, quando un contratto costituisca soltanto l’occasione per invocare una *treaty claim* e, quindi, quando lo Stato venga chiamato in causa per aver posto in essere condotte di *puissance publique* che, in quanto tali, riescono ad integrare la violazione di una *free standing treaty obligation* (divieto di espropriazione confiscatoria, divieto di discriminazione, l’obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo etc), il foro eventualmente previsto in sede contrattuale non ha alcun effetto e l’istanza arbitrale internazionale avrà, in merito, piena *potestas judicandi*<sup>417</sup>. Non vi è, in tal caso, alcuna necessità di un coordinamento tra la giurisdizione internazionale e l’autorità indicata nel

---

<sup>415</sup> E’ infatti la *causa petendi*, come visto, che consente di distinguere tra le pretese avanzate dall’investitore contro lo Stato di accoglimento che trovano fondamento, rispettivamente, in presunte violazioni di un trattato, da un lato, e nelle violazioni di un contratto, dall’altro. Per individuare un unico criterio che sia in grado di selezionare l’ambito di competenza dei rispettivi *fora* occorre presumere che sia sempre possibile distinguere tra i profili contrattuali e i profili internazionali di una controversia, così come deciso nella controversia *Vivendi II*. Tuttavia, non è sempre facile individuare e distinguere tra queste diverse pretese e ciò può condurre alla frammentazione della decisione sulla controversia tra più istanze giurisdizionali, quelle competenti sul trattato e quelle cui siano devolute delle *contract claims*. E, allo stato attuale, mancano meccanismi di coordinamento tra le diverse istanze o di litispendenza internazionale. In merito, v. E. SAVARESE, *op. cit.*, p. 950; Y. SHANY, *Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, in *Am. Int’l L.* 2005, p. 835 ss..

<sup>416</sup> Non può ravvisarsi nessuna identità di *causa petendi* tra una domanda fondata sul trattato ed una fondata su di un contratto e, in tal senso, non dovrebbe esserci necessità di coordinare i meccanismi di soluzione delle controversie previsti dal trattato e nel contratto.

<sup>417</sup> Quando un trattato non preveda un impegno *umbrella*, il concorso e la delimitazione degli ambiti di competenza, tra il foro previsto dal contratto e quello previsto da un BIT vengono individuati sulla base della (differente) *causa petendi*. La difesa degli Stati convenuti ha spesso eccepito l’incompetenza del *treaty based arbitration*, sostenendo che la previsione di una *electio fori* contrattuale precludesse al tribunale arbitrale il potere di decidere la controversia, essendo la norma contrattuale un’ipotesi in grado di concretizzare la deroga consentita dall’articolo 26. In particolare, il foro previsto in un contratto sarebbe in grado di precludere la competenza della Convenzione di Washington ai sensi dell’articolo 26. La prassi arbitrale non accoglie tale ricostruzione e ritiene che un accordo negoziale di elezione del foro non possa prevalere sull’offerta di arbitrato contenuta nel BIT (e che si perfeziona nel momento in cui l’investitore accetta l’offerta con il deposito di una domanda di arbitrato) e che non possa quindi rappresentare una scelta comune delle parti preclusiva della competenza in merito a violazioni di *treaty obligations* e ad illeciti internazionali. In tal senso, v., ad esempio, *Lanco International Inc. v. Argentine*, ICSID Casa no. ARB/97/6, *Decision on Jurisdiction*, 8 dicembre 1998, par. 40. Dal momento che l’azione proposta dinanzi ad un’istanza arbitrale riguarda la violazione degli obblighi previsti dal trattato, la competenza dell’istanza è esclusiva e nessun altra autorità può concorre e pretendere di decidere una controversia riguardante la violazione di un trattato internazionale.

contratto dal momento che l'accertamento dei fatti –pur riguardanti un contratto- è funzionale a stabilire se vi sia stata o meno la violazione di un trattato.

Secondo una giurisprudenza arbitrale che può oramai dirsi in merito consolidata, la competenza dell'*investor-State arbitration* a conoscere pretese fondate su asserite violazioni degli obblighi previsti dal trattato non è preclusa dalla presenza, nel contratto tra Stato e investitore, di una clausola di competenza esclusiva in favore dei giudici di quello Stato. L'accertamento cui è chiamata il giudice internazionale verte, infatti, non sull'inadempimento del contratto, ma sulla violazione degli *standard* di protezione degli investimenti sanciti a livello pattizio. In altri termini, il coordinamento tra le due istanze e, quindi, il relativo coordinamento tra diritto internazionale e diritto interno, avviene distinguendo le situazioni giuridiche dedotte in giudizio e le differenti *causes of action* delle azioni promosse dall'investitore.

Tuttavia, la distinzione – seppur non sempre agevole - tra violazione di un trattato, ai sensi del diritto internazionale, e inadempimento contrattuale, sulla base della *lex causae*, viene potenzialmente scomodata dalla presenza di un impegno *umbrella*<sup>418</sup> che opera una stretta connessione tra *treaty claims* e *contract claims*, rendendo più difficile individuare la competenza del giudice interno rispetto a queste ultime.

In tal caso, il medesimo fatto storico non solo concretizza la violazione di un contratto ma, al contempo, la violazione di un'*umbrella clause* –senza che vengano in rilievo autonome *free standing treaty obligations*- poiché l'unica violazione del trattato è costituita dalla violazione del sottostante contratto, invocata quale violazione del vincolo di osservanza posto dalla norma *umbrella*.

### **Segue: *umbrella clauses* e foro previsto *ex contractu***

Per la presenza di un impegno *umbrella*, quando *the fundamental basis of a claim* sia rappresentata da un mero inadempimento contrattuale, si pone allora la questione di coordinare l'istanza arbitrale con l'eventuale foro previsto dal contratto e di appurare se il foro contrattuale, indicato dalla parti nel loro regolamento, precluda la competenza o il potere di un *treaty based arbitration* di decidere la controversia<sup>419</sup>.

I due orientamenti estensivi in esame si differenziano proprio con riguardo alla sorte del foro previsto *ex contractu*. Per il primo, dal momento che un'*umbrella clause* rappresenta un obbligo autonomo di diritto internazionale, autonomo alla pari di una qualsiasi altra *treaty*

---

<sup>418</sup> Sebbene, come visto, non vi sia affatto inusuale che un'istanza arbitrale possa decidere controversie contrattuali sulla base della legge applicabile al contratto quando il trattato sugli investimenti contenga un'ampia *dispute settlement resolution clause*.

<sup>419</sup> Sempre che la controversia riguardi le medesime parti e l'oggetto dell'azione riguardi lo stesso inadempimento contrattuale.

*claim* (e senza che debbano entrare in rilievo obblighi assunti dallo Stato *as a sovereign*), occorre escludere che una qualsiasi giurisdizione ordinaria possa prevalere sull'istanza arbitrale internazionale. A quest'ultima, in conseguenza di un'*umbrella clause*, spetta il potere di decidere ogni violazione del trattato anche quando questa riguardi la sola violazione di un contratto. In altri termini, la qualificazione della condotta come violazione di una disposizione sostanziale del trattato e, quindi, quale *treaty claim*, è sempre sufficiente a fondare la competenza del tribunale indipendentemente da una giurisdizione esclusiva prevista dal contratto<sup>420</sup>.

Per contro, l'orientamento integrazionista ritiene di dover garantire piena efficacia all'autonomia negoziale e di non dover vanificare l'espressa proroga di competenza voluta dalla parti. Il non riconoscere la giurisdizione del foro indicato nel contratto equivarrebbe, anzi, ad una selezione arbitraria degli aspetti obbligatori del contratto, finalizzata a privilegiare "*the most desirable elements of the contract*"<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> Per questo orientamento, in virtù di un'*umbrella clause* si materializza una *treaty claim* per effetto di una "*instant transubstantiation*" del rapporto contrattuale in un rapporto di diritto internazionale. Quando a livello di trattato bilaterale venga invocata la violazione di un'*umbrella clause*, i due procedimenti, potenzialmente azionabili da parte dell'investitore, si diversificano per i diversi titoli giuridici che supportano le due azioni, ossia la violazione di un trattato, da un lato, e la violazione del contratto, dall'altro. Per tale orientamento, quindi, l'illiceità ai sensi del diritto interno non rappresenta un ostacolo alla *potesta judicandi* del foro arbitrale individuato dal trattato bilaterale. L'autonoma valenza dell'inadempimento contrattuale sul piano del trattato radica la giurisdizione dell'*investor-State arbitration* perchè l'azione che viene fatta valere riguarda la sola violazione del trattato. V. ad esempio, *Noble Ventures Inc. v. Romania* per cui la norma internazionale isola il sottostante fatto -rappresentato dall'inadempimento del contratto- da qualsiasi altra qualificazione possa contestualmente valere sul piano contrattuale. Per questo orientamento, tuttavia, l'impossibilità di poter dichiarare la responsabilità internazionale non rappresenta un ostacolo a qualificare la violazione in esame come *breach of treaty*. La sussistenza di tale azione può quindi essere validamente accertata dall'istanza arbitrale prevista dal trattato. Parte della dottrina sostiene che la competenza esclusiva assegnata ad un tribunale arbitrale internazionale in merito alle violazioni di un trattato valga anche quando la *treaty claim* riguardi la violazione di un'*umbrella clause* in riferimento alla violazione di un contratto di investimento. Anche in tale evenienza, pertanto, una scelta contrattuale in favore della competenza di un determinato foro soccombe di fronte all'istanza arbitrale a prescindere dalla contestuale natura contrattuale della controversia. L'azione promossa dinanzi al tribunale arbitrale individuato dal trattato riguarda una condotta contraria alla norma pattizia ed essendo una *treaty claim*, rientra nella giurisdizione esclusiva del *treaty based arbitration*. In tal senso, da ultimo, v. anche *Spyridon Roussalis v. Romania*, *ICSID Case No. ARB/06/1*, Award, 7 Dicembre 2011, par. 781. V. anche SAVARESE, *op. cit.*, 964 ss.

<sup>421</sup> L'incompetenza del *treaty based arbitration*, in questi casi, non viene rilevata per effetto della natura contrattuale della controversia visto che la maggior parte delle controversie devolute ad un tribunale arbitrale ICSID riguardano pretese di natura contrattuale da risolvere sulla base della *lex causae* (individuata ex articolo 42, par. 1). Quanto all'effetto della norma *umbrella*, il tribunale arbitrale in *BIVAC B.V. v. Paraguay* ritiene che questa abbia l'effetto di devolvere all'istanza arbitrale la controversia relativa al mancato pagamento dei servizi prestati dalla società olandese in esecuzione del contratto commerciale in rilievo. Cfr., par. 142. Per tale lodo, "*the broader point, however, having regard to the fundamental principle that the autonomy and will of the parties is to be respected, is that the parties to a contract are not free to pick and choose those parts of the Contract that they may wish to incorporate into an "umbrella clause" provision such as [the umbrella clause] and to ignore others*". Par. 148. Allo stesso modo, per il lodo *SGS v. Philippines* "*a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected*". Par. 138.

Si sostiene, inoltre, che l'ampia e generica formulazione di una norma *umbrella* non possa avere l'effetto di prevalere su di una specifica norma contrattuale liberamente negoziata tra le parti.

In altri termini, un trattato sugli investimenti costituisce un regime giuridico il cui scopo è quello di supportare ed integrare un accordo di investimento e non di riscrivere quell'accordo o di regolare in maniera esclusiva ogni relazione tra Stato ed investitori<sup>422</sup>.

Il foro indicato dalle parti, quand'anche il contratto sia stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore di un trattato contenente un'*umbrella clause*, prevale su di un titolo di giurisdizione a valenza generale ed offerto all'indistinta generalità degli investitori<sup>423</sup>.

Se poi il contratto tra Stato ed investitore è stato stipulato successivamente, si può anche presumere che le parti, nella negoziazione e nella predisposizione del contratto, fossero consapevoli dell'esistenza dell'*umbrella clause* e che, pur avendo l'opportunità di inserire una clausola contrattuale di *forum electio* conforme al trattato, abbiano invece deciso di non beneficiare dell'offerta di arbitrato da parte dello Stato di accoglimento<sup>424</sup>.

Per concludere la disamina dell'orientamento integrazionista, i tribunali arbitrali, ad esso ascrivibili, ritengono di avere competenza per decidere pretese di origine contrattuale anche quando "*the fundamental basis of the claim*" riguardi la sola esecuzione del contratto senza che occorra invocare la sussistenza di "interferenze" che possano concretizzare la violazione

---

<sup>422</sup> E' CRAWFORD che sostiene che un'*umbrella clause* non possa avere come effetto quello di "*rewrite the contract*". *Ult. op. cit.*, p. 374. V. anche *SGS v. Philippines*, par. 141.

<sup>423</sup> Aderisce MCLACHAN, *ult. op. cit.*, p. 312. La dottrina ha criticato la prevalenza assegnata dal tribunale al foro previsto dal contratto, ritenendo che una previsione contrattuale di *electio fori* non possa essere qualificata come previsione speciale in grado di prevalere sul foro previsto dal trattato bilaterale. In merito, v. J. WONG, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, p. 173. Per SAVARESE, è la domanda di arbitrato con cui l'investitore accetta l'offerta all'arbitrato previsto dal trattato ad essere un atto consensuale "speciale" rispetto al contratto (e che, in tal senso, risulta generale). *Ib.*, p. 965. E, in tal senso, se il contratto fosse anteriore al trattato, tale atto consensuale prevarrebbe sulla base del criterio della *lex specialis*; per contro, qualora fosse posteriore, prevarrebbe sulla base del criterio della *lex posteriori*. L'A. ritiene, tuttavia, che i due atti siano tra loro dissimili e che non sia quindi corretto procedere ad una loro comparazione in termini di successione nel tempo o di specialità. L'A. ritiene che la potenziale concorrenza debba essere risolta altrimenti. Egli ritiene che se il perfezionamento del consenso da parte dell'investitore costituisce l'esercizio di una facoltà, per lo Stato rappresenta, invece, l'adempimento di un obbligo internazionale dello Stato ospite assunto nel trattato bilaterale. Per l'effetto, tale obbligo godrebbe di una efficacia rinforzata rispetto ad un successivo contratto ed il titolo di giurisdizione dell'istanza arbitrale internazionale risulterebbe prevalente rispetto al contratto. V. *Ib.*, p. 966. In merito, si potrebbe obiettare che per mezzo di un'*umbrella clause*, lo Stato abbia il dovere (internazionale) di rispettare il contratto. A voler considerare che l'effetto di un'*umbrella clause* sia quello di trasformare un rapporto obbligatorio di diritto interno in obbligo di diritto internazionale, anche la norma di elezione del foro dovrebbe allora diventare un'obbligazione di diritto internazionale e, anche in questo caso, lo Stato sarebbe tenuto a "rispettare" gli obblighi che abbia assunto nei confronti di un investimento, quale quello di lasciare che il giudice indicato in un contratto svolga il proprio mandato.

<sup>424</sup> V. *BIVAC B.V. v. Paraguay*, par. 146.

di una *treaty obligation*<sup>425</sup>. L'effetto della presenza di un'*umbrella clause* è dunque quello di ampliare la competenza *ratione materiae* dell'istanza internazionale.

Tale competenza non è tuttavia sufficiente per entrare nel merito della controversia quando si sia in presenza di un *electio fori* contrattuale<sup>426</sup>.

Per l'orientamento integrazionista, infatti, quando nel sottostante contratto di investimento sia presente una clausola che devolva ogni questione relativa all'esecuzione del contratto ad una giurisdizione esclusiva, l'*investor-State arbitration*, pur avendo giurisdizione, non potrà entrare nel merito dell'azione promossa per rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti. Per effetto della prevalenza del foro indicato nel contratto, non sussistono le condizioni per l'esercizio della giurisdizione e l'azione proposta diviene inammissibile<sup>427</sup>, a meno che l'istanza prevista dal contratto non sia percorribile<sup>428</sup>.

Pertanto, il coordinamento tra il foro indicato nel contratto e l'arbitrato previsto da un trattato bilaterale è il contraltare, per l'orientamento integrazionista, del coordinamento tra il diritto internazionale e il diritto interno nelle controversie riguardanti la pretesa violazione di un'*umbrella clause*. Rimane da riportare una tesi avanzata di recente che si inserisce nella

---

<sup>425</sup> Cosa diversa dal garantire che un tribunale arbitrale internazionale possa esaminare l'intera vicenda contrattuale per effetto di una *free standing treaty obligation* od esaminare una vicenda ogni qualvolta lo Stato abbia negato i *remedial rights* previsti dal contratto, causando un *denial of justice* o agendo in arbitraria o abusiva. In questo caso, una vicenda contrattuale viene assorbita da un fatto che concretizza *per se* la violazione di un obbligo pattizio che prevede lo standard in base al quale apprezzare la violazione del trattato stesso.

<sup>426</sup> Il lodo *BIVAC B.V. v. Paraguay* distingue chiaramente che "*the issues that divide the parties on [the umbrella clause] of the BIT relate to two issues: the issue of jurisdiction, namely whether the Tribunal has jurisdiction over BIVAC's claims under [the umbrella clause]; and the issue of admissibility, namely whether in the event that the Tribunal does have jurisdiction, the claim is admissible*". Così, par. 132.

<sup>427</sup> Il tribunale in *SGS v. Philippines*, ad esempio, ha ritenuto di sospendere il giudizio in attesa della pronuncia del giudice competente. La domanda di arbitrato riguardava, infatti, il mero mancato pagamento dei servizi resi da SGS. L'ingiustificato rifiuto di eseguire il pagamento dovuto potrebbe potenzialmente concretizzare una violazione del *fair and equitable treatment* ma una tale conclusione era del tutto prematura considerato che la controversia in essere riguardava non solo l'*an* ma anche il *quantum debeatur*. Per tale ragione, il tribunale ha ritenuto corretto sospendere la controversia in attesa della decisione del competente tribunale di Manila e di rinviare la conoscenza della controversia, per violazione dell'*umbrella clause*, al momento in cui il competente tribunale si fosse pronunciato. V. par. 169-176. Nel lodo *BIVAC B.V. v. Paraguay*, invece, dal momento che le parti non avevano espresso alcuna argomentazione in merito e che presso il tribunale di Asunción non era stata ancora proposta alcuna azione, il tribunale ritiene di dover lasciare alla fase di merito la decisione riguardante la pretesa violazione della norma *umbrella* e di dover decidere, solo in tale fase, se dichiarare la domanda inammissibile o sospendere il procedimento. Cfr. par. 160 e par. 162, dove il tribunale conclude di avere "*jurisdiction in relation to the claim made under [the umbrella clause] of the BIT but that the claim is inadmissible, and it joins to the merits the issue of whether the consequence of the decision on inadmissibility is that the claim should be dismissed or the exercise of jurisdiction stayed*".

<sup>428</sup> "*As a matter of admissibility a party should not be allowed "to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum", unless there were good reasons, such as force majeure, which prevented a claimant from complying with the contract*". Così, il par. 153 del lodo *BIVAC B.V. v. Paraguay* (che richiama, a sua volta, la decisione assunta in *SGS v. Philippines*). V. anche par. 159. In questo caso, non ci sarebbe bisogno, quindi, di integrare gli estremi di un *denial of justice* perché sussista la competenza del *treaty based arbitration*.

direzione tracciata dall'orientamento integrazionista (ma che non ha fin'ora ricevuto alcun riscontro nella prassi).

In maniera coerente rispetto alle conclusioni raggiunte dall'indirizzo integrazionista, si sostiene che la norma *umbrella* possa rappresentare un'autentica *free standing treaty obligation*. In via generale, quando la norma venga invocata per la mera violazione di un contratto di investimento, non è possibile dichiarare la responsabilità internazionale dello Stato in assenza di una responsabilità contrattuale dal momento che un'*umbrella clause* non trasforma gli obblighi contrattuali, né muta la legge ad essi applicabile. Nella misura in cui si vada oltre l'ambito puramente contrattuale, e lo Stato abbia invece esercitato le proprie prerogative per modificare l'assetto sostanziale delle prestazioni pattuite, sarà possibile valutare tale condotta alla luce della norma *umbrella*.

Un'*umbrella clause* potrebbe quindi valere quale obbligo autonomo di diritto pattizio ogni qualvolta una modifica della *lex contractus* abbia l'effetto di non far accertare la responsabilità contrattuale dello Stato che sarebbe stata invece dichiarata in assenza di modifiche<sup>429</sup>. In altri termini, quando, per effetto di una nuova normativa (ad efficacia retroattiva), si estingue l'obbligazione originaria o si annulli l'equilibrio economico del contratto, l'investitore avrà titolo per invocare l'avvenuta violazione dell'impegno *umbrella* pur anche se la nuova normativa consenta allo Stato di sottrarsi ad ogni responsabilità contrattuale<sup>430</sup> (e senza che l'investitore sia quindi tenuto a dimostrare l'avvenuta espropriazione delle proprie situazioni giuridiche contrattuali sulla base del divieto di condotta confiscatoria<sup>431</sup>).

---

<sup>429</sup> Ad avanzare questa tesi è McLachlan, secondo il quale “[...] *it is submitted that the existence of an umbrella clause provides an independent treaty standard pursuant to which the investor could require the host State to honour its original bargain irrespective of subsequent changes in its law. This construction would give the clause an independent, and additional, sphere of operation on the plane of international law. It would link the operation of the clause with the general requirement emerging in the jurisprudence on the contract/treaty divide, requiring the breach of treaty to involve the exercise of sovereign authority but without requiring the inclusion in the contract of a stabilization clause*”. Così, *Ibidem*, *Lis Pendens in International Litigation*, cit., p. 281. Come visto, l'orientamento restrittivo sostiene, all'opposto, che la norma *umbrella* garantisca un contratto solo quando sussista un impegno contrattuale di salvaguardia giuridica.

<sup>430</sup> Un contratto non riesce ad essere protetto da mutamenti della legge pregiudizievoli quando la *lex causae* del contratto sia rappresentata dal solo diritto interno e non sia integrato (in virtù di una espressa scelta in tal senso) né integrabile da principi di diritto internazionale (per effetto, ad esempio, dell'articolo 42, par. 1, della Convenzione di Washington).

<sup>431</sup> “*Where, however, there had been State interference in the contract, for example by subsequent changes in host State law which had the effect of defeating the specific undertakings which the State had given to the investor, the umbrella clause would also operate. The clause would apply in the bulwark role if, and to the extent that, the alternative contractual forum could not (as a matter of applicable law), or did not, uphold the undertaking of the state*”. Così, C. McLACHLAN, *ult. op. cit.*, p. 281. In tal senso, troverebbe piena applicazione la valutazione espressa nel principio di diritto consuetudinario –codificato all'articolo 3- per cui la qualificazione del comportamento di uno Stato come internazionalmente illecito viene regolata esclusivamente dal diritto internazionale, essendo ininfluenza la qualificazione di tale atto in base al diritto interno e dove il diritto internazionale si applica *motu proprio*.

In tal caso, la norma *umbrella* rappresenterebbe un autonomo standard sulla base del quale sarebbe possibile apprezzare, quale autentica *treaty claim*, la violazione o la mancata esecuzione di un contratto di investimento. Un'*umbrella clause* avrebbe quindi la funzione di isolare il contratto da successivi mutamenti del quadro normativo applicabile in maniera analoga ad una clausola di salvaguardia giuridica pur anche se il contratto non preveda alcun impegno di stabilizzazione.

Per effetto di tale tesi, pertanto, “*the significance of the umbrella clause is that it establishes a situation very similar to the one that the stabilization clause was intended to establish, namely, to protect the commitment that was made to the foreign investor at the time of the contract not to change the bargain by subsequent legislation*”<sup>432</sup>.

In questo caso, l'investitore, che pure non abbia avuto alcun potere negoziale di veder inserire nel proprio contratto delle clausole contrattuali di salvaguardia giuridica, si vedrebbe tutelato da modifiche legislative per effetto delle quali lo Stato non potrebbe essere ritenuto responsabile a livello contrattuale<sup>433</sup>.

In questo caso, lo Stato si renderebbe responsabile, nell'ambito del diritto internazionale pattizio, per aver violato il vincolo di osservanza agendo *as a sovereign* ed il piano di valutazione sarebbe esclusivamente internazionale senza, ancora una volta, che venga trasformata la natura del sottostante rapporto<sup>434</sup>.

### 2.3. *Umbrella clauses* e tutela dei contratti di investimento: conclusioni

Per quanto riguarda la valenza della norma *umbrella* rispetto a rapporti di natura contrattuale, occorre esaminare i tre orientamenti emersi nella prassi in una valutazione d'insieme. Quanto all'orientamento restrittivo, sembrano cogliere nel segno quelle critiche a tale indirizzo che ne evidenziano l'inutilità. Tale orientamento restrittivo limita la competenza dell'istanza arbitrale a quei soli comportamenti che possono già integrare la violazione di una *treaty obligation*. In tal senso, è sicuramente ravvisabile l'esercizio di una pubblica interferenza nei rapporti contrattuali con l'investitore quando, ad esempio, siano state violate delle clausole contrattuali di salvaguardia giuridica. Ma la norma pattizia viene in effetti

---

<sup>432</sup> Così, M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, cit., p. 304, il quale critica tale interpretazione stante gli indubbi effetti erosivi della sovranità statale.

<sup>433</sup> Specularmente, la tutela alla stabilità dell'equilibrio contrattuale si riverbererebbe anche nei confronti di quegli investitori che contrattano con Stati che non sono soliti riconoscere tali pattuzioni di salvaguardia giuridica.

<sup>434</sup> Si sostiene infatti che, eccezionalmente, “*a subsequent change in municipal law by host State in the exercise of its sovereign authority, which fundamentally affects the nature of the contractual bargain, may constitute a free standing breach of an umbrella clause, enforceable as a breach of treaty irrespective of a contractual jurisdictional clause*”. C. McLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, cit., p. 281. V. anche C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration*, cit., p. 116-117.

privata di ogni effetto utile dal momento che la sua operatività viene limitata a quelle violazioni contrattuali già internazionalmente illecite in ragione della contrarietà ad altri *standard* di trattamento, primo tra tutti quello di *fair and equitable treatment* (come si vedrà tra breve)<sup>435</sup>. Inoltre, tale orientamento esclude i contratti adottati *iure gestionis* dalla valutazione di un *investor-State arbitration* nonostante molti contratti di investimento non riguardino settori in cui uno Stato esercita funzioni di governo o di regolazione.

Con riguardo all'orientamento di internazionalizzazione, sembra insuperabile l'obiezione che, di fronte ad un mero inadempimento contrattuale, un trattato non fornisca alcun autonomo standard sulla base del quale possa essere dichiarata la responsabilità internazionale dello Stato. E' vero che non esiste alcuno ostacolo che impedisca ad uno Stato di assumersi l'obbligo convenzionale di rispettare un contratto, ma le decisioni indirizzate a tale orientamento non hanno applicato uno standard autonomo per valutare l'avvenuta violazione di un'*umbrella clause*, né hanno riconosciuto la responsabilità internazionale dello Stato in assenza di una responsabilità contrattuale.

Potendo esprimere la nostra opinione, riteniamo che l'interpretazione riguardante l'ambito oggettivo e gli effetti della norma *umbrella* (sia nella forma aperta che chiusa) offerta dall'orientamento integrazionista sia quella più coerente<sup>436</sup>.

Pertanto, un'*umbrella clause* rappresenta uno strumento per ottenere un concreto ampliamento *ratione materiae* della giurisdizione internazionale anche in assenza di una ampia *dispute settlement clause*. In tal modo, semplici atti *iure gestionis* possono essere sottoposti al vaglio degli arbitrati internazionali e, in tal caso, l'ampliamento della competenza di un *treaty based arbitration* non è l'effetto, né di una interpretazione estensiva di un obbligo pattizio di natura sostanziale, né di una trasformazione delle pretese di natura contrattuale in obblighi di diritto internazionale. Se lo Stato non adempie alla prestazione dovuta o esegue la prestazione in maniera non conforme ai termini contrattuali, la responsabilità dello Stato non potrà che essere di natura contrattuale e non vi saranno elementi per poter traslare tale responsabilità in ambito internazionale poiché una controversia di tal tipo riguarda la sola esecuzione del contratto. Per effetto della norma *umbrella*, infatti, il diritto applicabile al contratto non muta, né le norme contrattuali vengono trasformate in obblighi di diritto internazionali. La norma pattizia, in altri termini, rappresenta soltanto un

<sup>435</sup> Si può qui anticipare che la violazione di impegni di salvaguardia giuridica, infatti, concretizza un illecito già "punibile" per effetto dell'obbligo pattizio di tale standard.

<sup>436</sup> L'orientamento che, tendenzialmente, sta raccogliendo diverse adesioni almeno sin'ora e pur anche nell'ambito di diversi indirizzi interpretativi che non hanno ancora trovato un sicuro indirizzo (e si noti che molto sembra dipendere dalla composizione dei singoli tribunali arbitrali, basti pensare a Stern per l'orientamento restrittivo e a Crawford per parte dei lodi ascrivibili all'orientamento integrazionista). V. *BIVAC B.V. v. Ukraine; Eureka v. Poland*, cit.; *Duke Energy v. Ecuador; Toto Costruzioni Generali v. Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, cit.. Si ricorda che sebbene questa interpretazione sia stata elaborata, inizialmente, in una controversia riguardante l'applicazione di un'*umbrella clause* di tipo chiuso, le conclusioni cui giunge sono anche applicabili, come lo sono state, alla tipologia aperta e, difatti, è proprio rispetto alla variante aperta che tale indirizzo ha raccolto successivi riconoscimenti.



meccanismo di *enforcement* senza trasformare la sottostante relazione obbligatoria di diritto interno in una relazione di diritto internazionale o convertire la responsabilità contrattuale in responsabilità internazionale.

Così posta, la norma *umbrella* offre ai contratti di investimento una tutela diretta poiché ciascuno Stato si impegna a rispettare gli obblighi assunti verso l'investitore con uno specifico strumento contrattuale, non solo come soggetto di diritto, ma anche come soggetto di diritto internazionale.

Sebbene l'inadempimento contrattuale possa valere quale fatto idoneo per azionare una *treaty claim* e venga equiparato alla violazione del trattato, ogni questione relativa all'esistenza del contratto, alla sua esecuzione, o in esecuzione, viene determinata sulle base delle valutazioni giuridiche offerte dalla *lex contractus* e non dal diritto inter-statale. La valutazione ad opera del diritto interno condiziona e si è riflette nella valutazione da parte del diritto internazionale e, in questo senso, il diritto interno viene in rilievo come valore giuridico e non come mero fatto<sup>437</sup>. Il sindacato relativo al comportamento statale, infatti, riguarda lo Stato come soggetto di diritto sottoposto alle sue norme, ossia come soggetto di una relazione giuridica contrattuale. In tal senso, l'illecito internazionale viene accertato facendolo coincidere con l'accertamento dell'inadempimento e, quindi, non discostandosi dall'accertamento che compirebbe un giudice statale o un arbitro chiamato a derimere la controversia contrattuale.

In tal modo, si amplia l'area protettiva dei trattati e la funzione della norma è equiparabile a quella svolta da un'ampia clausola risolutiva delle controversie arbitrali, ma gli esiti delle due azioni sono differenti. I *remedial rights* previsti dal diritto internazionale degli investimenti, infatti, non coincidono con quelli della *lex contractus* e, tra i primi, è esclusa l'esecuzione in forma specifica.

La violazione del vincolo di osservanza pattizio rende la violazione della posizione contrattuale dell'investitore una *treaty claim* nel senso che tale pretesa viene fatta valere e viene regolata nell'ambito del regime giuridico creato dal trattato. E' solo nel quadro posto dal trattato che può essere fatta valere la conseguente responsabilità internazionale dello Stato. Pertanto, è solo nell'ambito del sistema delineato dal trattato che possono essere valutate le

---

<sup>437</sup> V. in merito CRESPI RIGHIZZI, *op. cit.*, p. 43, il quale osserva come il rinvio al diritto interno operi in maniera diversa quando un trattato contenga un'*umbrella clause*. In particolare, in presenza degli obblighi posti autonomamente dal diritto pattizio, la condotta dello Stato opera diversi riferimenti al diritto statale, sia per l'accertamento dell'esistenza di un investimento, sia per valutare la compatibilità delle norme nazionali alle norme internazionali. In tal caso, il diritto interno opera e viene valutato come mero fatto. Il sindacato degli arbitri internazionali, rispetto ad una qualsiasi *free standing treaty obligation*, valuta la condotta degli Stati per accertare la compatibilità del diritto interno agli obblighi sanciti nel trattato. In presenza di una norma *umbrella*, invece, il sindacato degli arbitri verte sulla condotta dello Stato come soggetto interessato da una relazione contrattuale e, come tale, quale soggetto sottoposto alle sue norme e sottoposto, anch'esso, all'ordinamento della *lex contractus*. In questo caso, il contenuto dell'ordinamento interno non viene considerato come "fatto", ma come "valore giuridico". La ponderazione di tale valore giuridico si riflette poi nel giudizio relativo alla lesione, da parte dello Stato, della posizione dell'investitore definita dal trattato, condizionandola necessariamente. In merito, v. anche A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 451.

conseguenze della supposta lesione della posizione giuridica dell'investitore derivante dalla violazione di un contratto. E' in questo senso, allora, che la norma pattizia di *pacta sunt servanda* rende l'azione fondata sulla violazione di un contratto una *treaty claim*. Di conseguenza, la responsabilità dello Stato, fondata sulla responsabilità contrattuale dello stesso, potrà essere sanzionata con il solo rimedio risarcitorio. Infatti, i rimedi previsti dai trattati bilaterali sono identici per le pur diverse tipologie di violazioni e di *petita*.

In realtà, tra le diverse forme di riparazione cui uno Stato è tenuto a seguito di un illecito internazionale, il Progetto Finale prevede, all'articolo 34, la restituzione in forma specifica (*restitution*), la compensazione (*compensation*) e la reintegrazione nella situazione preesistente (*satisfaction*)<sup>438</sup>.

Tuttavia, la riparazione viene ad assumere forme diverse a seconda dei caratteri del pregiudizio arrecato allo Stato leso e, nell'ambito del trattamento degli investimenti stranieri, diversi trattati bilaterali<sup>439</sup> e multilaterali<sup>440</sup> limitano espressamente i poteri dei tribunali arbitrali alla sola liquidazione del danno, escludendo il risarcimento in forma specifica.

Sebbene la questione non sia del tutto pacifica<sup>441</sup>, sulla base di tale assunto, la prevalente dottrina e giurisprudenza ritengono che nell'ambito della responsabilità internazionale,

---

<sup>438</sup> Non è possibile in questa sede scendere nei dettagli riguardanti le conseguenze di un illecito internazionale (per le quali, v. MANN, *The consequences of an International Wrong in International and National law*, in *BYIL*, 1975, p. 1, ss.; M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milano, 1990), e ci si limita a ricordare che la funzione della "full reparation" garantita dall'articolo 31 del Progetto Finale è quella di provvedere al pieno ristoro del pregiudizio causato dalla commissione di un illecito internazionale, inclusi i danni materiali e morali. Come già chiarito dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nell'affare *Officina Chorzów* (sentenza 26 luglio 1927, in *PCIJ-Publications*, A., n. 17, p. 47), il principio essenziale che discende dalla nozione di illecito è che la riparazione, per quanto possibile, deve cancellare tutte le conseguenze del fatto illecito e ristabilire lo stato delle cose che "would in all probability, have existed if the act had not been committed".

<sup>439</sup> Come, ad esempio, l'articolo 34 del *Model BIT* degli Stati Uniti o l'articolo 44 di quello canadese, sempre del 2004.

<sup>440</sup> In tal senso, v. articolo 1135 dell'accordo NAFTA o l'articolo 26, paragrafo 8, dell'ECT. Quanto alla Convenzione di Washington, si ricorda che, ai sensi dell'articolo 54, par. 1, gli Stati contraenti si assumono l'obbligo di dare esecuzione alle sole obbligazioni pecuniarie disposte nelle sentenze arbitrali (e, in tal senso, non esiste nessuna preclusione quanto ai poteri in capo ad un arbitrato ICSID, come rileva C. SCHREURER, secondo il quale, pur anche se i tribunali ICSID siano soliti garantire rimedi di natura risarcitoria non esiste alcuna preclusione affinché possano garantire un risarcimento in forma specifica. in *The ICSID Convention, a Commentary*, 2001, p. 1126.

<sup>441</sup> Per AMADOR, ogni qualvolta siano coinvolti i poteri sovrani dello Stato non si può avere "full reparation to which foreign investment is entitled for injures caused by wrongful acts or omissions, but a mere compensation for the value of contractual property rights affected"., in *The Changing Law of International Claims*, cit., p. 397. Nello stesso senso, pur con dei distinguo, v. Z. DOUGLAS, in *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 100-103. *Contra*, v. C. SCHREURER, *Non pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 331, per il quale non solo "the power of an ICSID tribunal clearly extends to ordering specific performance", ma "the ability to order specific performance is a power that is inherent in a tribunal's jurisdiction". Lo stesso A., inoltre, ritiene che un tale potere in capo ad un *investor-State arbitration* non pregiudichi in alcun modo la sovranità statale. *Ibidem*. In senso preclusivo, v. *LG&E v. Argentina, Award*, cit., par. 86-97. In senso non preclusivo, invece, v. *Enron v. Argentina*, lodo cit., par. 79, dove si ritiene che il diritto internazionale degli investimenti non si differenzi rispetto a quello generale. "An examination of the powers of

invocata da un investitore straniero, possa essere riconosciuta, di fatto, la sola riparazione per equivalente, ossia una compensazione tramite risarcimento monetario<sup>442</sup>.

Difatti, per quanto possa ritenersi che la *restitution* sia un rimedio astrattamente invocabile da un investitore nei confronti dello Stato di accoglimento (quando tale rimedio non sia espressamente escluso dal trattato in rilievo) è stato concesso solo raramente negli stessi rapporti interstatali di diritto internazionale generale<sup>443</sup>.

Una parte della dottrina, inoltre, ritiene che la responsabilità internazionale dello Stato nei confronti di un investitore dovrebbe essere propriamente definita quale responsabilità transazionale e non interstatale. Per effetto di tale responsabilità *sui generis*, alla relazione Stato-investitore, sulla base di un trattato in materia di investimenti, non trovano applicazione, le regole previste dalla seconda parte del Progetto Finale relative al contenuto della responsabilità internazionale dello Stato e alle forme di riparazione previste a seguito di un illecito internazionale<sup>444</sup>.

Pertanto, sulla base dell'orientamento prevalente, sia che l'investitore lamenti un inadempimento contrattuale (sulla base del vincolo *umbrella*), sia che eccepisca la violazione di norme internazionali, potrà di fatto richiedere -al *treaty based arbitration*- un solo rimedio, ossia l'accertamento dell'inadempimento contrattuale (o della violazione del trattato) e la conseguente condanna al pagamento di una somma in proprio favore, essendo esclusi gli ulteriori rimedi previsti dalle norme internazionali sulla responsabilità internazionale degli Stati.

---

*international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available*".

<sup>442</sup> V. M. REISMAN, *International Law and Internationalized Contract*, in *Am. J. Int'l L.*, 1980, p. 137-138. In generale, v. anche T. W. WÄLDE, B. SABAHI, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, in *Oxford Handbook of International Investment Law*, cit., p. 1048 ss.; M. ENDICOTT, *Remedies in Investor State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards*, in *New Aspects of International Investment Law*, 2007, p. 520; C. F. DUGAN, D. WALLACE, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, p. 569 ss..

<sup>443</sup> In merito, v. R. HIGGINS, *The Taking of property by the State*, cit., p. 315-317. In questo senso, anche Schreurer, sottolinea che "*tribunals imposing such non pecuniary obligations should keep the impossibility of enforcing them in mind*". *Ibidem*, *Non pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 332.

<sup>444</sup> Tale tesi è avanzata da Z. DOUGLAS, in *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 94-97. L'A., considera tale regime speciale, *sui generis*, in considerazione del paragrafo 2 dell'articolo 33 del Progetto Finale, riguardante l'ambito di applicazione delle norme del Progetto relative alla seconda parte dello stesso (dove sono appunto contenute le norme relative alle conseguenze di un illecito internazionale). In base a tale norma, l'applicazione della seconda parte del Progetto Finale "*is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State* (par. 2). Per DOUGLAS, inoltre, nella responsabilità internazionale dello Stato nei confronti di un investitore straniero non trovano applicazione nemmeno le norme contenute nella parte terza del Progetto Finale, riguardanti l'implementazione della responsabilità internazionale dello Stato. *Ibidem*, p. 25 e p. 84 ss.

Sebbene la “*issue of compliance*”<sup>445</sup> venga dunque risolta sulla base della *lex contractus*, ogni altra questione viene invece demandata al diritto internazionale. E se i rimedi offerti sono solo quelli previsti dal diritto internazionale, la *restituito ad integrum* non è contemplata<sup>446</sup>.

In questo senso, si coglie la differenza tra una pretesa fondata su di un’*umbrella clause* ed una azionata per effetto di un’ampia clausola compromissoria. In quest’ultimo caso, quando una controversia relativa all’esecuzione, all’interpretazione o alla validità di un contratto venga devoluta alla cognizione di un *treaty based arbitration*, la controversia viene decisa nel pieno rispetto e nell’ambito della *lex contractus* e dei rimedi previsti dalla *lex causae*<sup>447</sup> e lo Stato inadempiente potrà quindi essere condannato all’esecuzione in forma specifica. Nell’ambito del diritto internazionale pattizio, invece, l’investitore è legittimato a chiedere il solo risarcimento subito in conseguenza dell’inadempimento<sup>448</sup> poiché, per effetto di una norma *umbrella*, la violazione di un contratto viene ad essere valutata nell’ambito dello stesso trattato.

Occorre infine sottolineare che l’orientamento integrazionista rispetta l’autonomia contrattuale delle parti e gli effetti obbligatori di un contratto, salvaguardando il foro eventualmente prescelto poiché, come detto, la norma *umbrella* rappresenta un mezzo di *enforcement* di natura sussidiaria<sup>449</sup>.

Parte della dottrina sostiene che tale interpretazione si risolva in una reintroduzione del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni, ma tale critica non sembra essere fondata<sup>450</sup>. L’istituto del previo esaurimento, al di là della sua valenza sostanziale o

---

<sup>445</sup> Come detto, per l’orientamento integrazionista è l’impegno di osservanza che viene assunto e regolato dal diritto internazionale. V. anche P. NEWCOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 479.

<sup>446</sup> Il principio ha conosciuto un’eccezione nel famoso lodo *Texaco-Calsiatic*, in cui l’arbitro Dupuy ritenne corretto condannare il governo libico, nell’ottica di una piena “privatizzazione” degli *State contracts*, e stabilì che fosse “*required to perform and give full effect to the concessions it has breached, restitutio in integrum (as contradistinguished from damages) being, both under Libyan law and under international law, the normal sanction for non-performance of contractual obligations*”. Così, par. 92-109, lodo cit. In merito, v. REISMAN M., *International Law and Internationalized Contract*, cit., p. 134 ss.

<sup>447</sup> V. Z. DOUGLAS, *The Hybrid Foundations*, in *BYIL*, p. 238.

<sup>448</sup> Ad ogni modo, concludere che sussista la responsabilità internazionale dello Stato in altro non si risolve se non nel risarcimento del danno, sia che si veda la norma pattizia come obbligo sostanziale autonomo o quale mera “*basis for a treaty claim*”. L’unica differenza tra i due orientamenti estensivi, invece, riguarda la possibilità che venga invece rispettata l’autonomia contrattuale delle parti e gli effetti obbligatori di un contratto.

<sup>449</sup> In un certo qual modo ha quindi ragione Wälde che, in maniera tuttavia critica nei confronti dell’orientamento integrazionista, ritiene che in questo caso l’*umbrella clause* non sarebbe in grado di dispiegare i propri effetti e si limiterebbe ad essere un meccanismo di *enforcement* sussidiario. Cfr., T. M. WÄLDE, *The “umbrella (or sanctity of contract/pacta sunt servanda) clause in investment arbitration: a comment on original intentions and recent cases*, in *Transnational Dispute Management*, 2004, p. 74.

<sup>450</sup> V. E. SAVARESE, *op. cit.*, p. 968. Di norma, negli arbitrati in materia di investimenti non trova applicazione la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni che, invece, si applica quando lo Stato agisca in protezione diplomatica per l’avvenuta violazione degli obblighi di trattamento degli stranieri. Sull’istituto in generale, v. C. F. AMERASINGHE, *Local Remedies in international law*, Cambridge, 2004; G. GAJA, *L’esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967; J. PAULSSON, *Denial of Justice in international law*, 2005. Tra le funzioni attribuite all’istituto del previo esaurimento dei ricorsi interni, infatti, vi

processuale<sup>451</sup>, è certamente funzionale all'esercizio della protezione diplomatica e alla salvaguardia della sovranità dello Stato. Tale orientamento, invece, preserva il foro indicato dalle parti per realizzare un'integrazione coerente tra lo strumento pattizio internazionale, da un lato, e un accordo contrattuale, dall'altro, ritenendo non di salvaguardare la sovranità statale, ma di rispettare e tutelare l'autonomia negoziale e gli effetti obbligatori (tutti) di un contratto.

Inoltre, il riconoscere il primato della clausola sulla risoluzione delle controversie contenuta in un contratto con lo Stato ospite non aggrava la posizione giuridica dell'investitore, il quale potrà ricorrere direttamente all'istanza arbitrale internazionale nel caso in cui il contratto non preveda la giurisdizione esclusiva di un'altra istanza o quando questa sia divenuta, per una qualche ragione, indisponibile e senza che, in tal caso, debba concretizzarsi un *denial of justice*.

Gli Stati, nel sottoscrivere trattati bilaterali, per quanto intendano promuovere e proteggere gli investimenti stranieri, non hanno certo inteso demandare ad un trattato, che si concretizza in una sorta di accordo quadro, la regolamentazione esclusiva di ogni ambito delle loro relazioni con gli investitori stranieri.

Non si coglie, infatti, per quale ragione debba essere vanificato il foro previsto contrattualmente quando la stessa competenza di un *investor-State arbitration* è esclusiva con riferimento a comportamenti statali assunti in violazione di obblighi internazionali (e pure anche valevoli in termini di responsabilità contrattuale). La previsione di un'istanza arbitrale prevista da un trattato ha lo scopo di garantire all'investitore che ciascuna delle posizioni soggettive previste dal trattato possano essere tutelate davanti ad un foro neutrale e dinanzi al quale l'investitore possa impugnare ogni atto statale illecito, ricevendo un indennizzo per il danno subito. Se invece l'esistenza di una *treaty claim* non può concretamente essere decisa sulla base di una valutazione realmente autonoma da parte del diritto internazionale pattizio<sup>452</sup> e debba dipendere, invece, dalla mera esistenza di una responsabilità contrattuale dello Stato, l'istanza arbitrale non ha ragione di vanificare la scelta giurisdizionale compiuta in sede negoziale.

In questo senso, per l'orientamento integrazionista, la norma rappresenta una garanzia ulteriore, ma sussidiaria, che salvaguarda il contratto nella sua totalità, senza selezionare a senso unico gli effetti obbligatori.

---

è quella di rispettare la sovranità statale e di consentire allo Stato di porre rimedio e di proteggerlo da un esercizio "premature" in protezione diplomatica.

<sup>451</sup> In merito, v. U. KRIEBAUM, *Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment, in International Investment Law for the 21st Century*, cit., p. 417 ss..

<sup>452</sup> Ossia, ogni qualvolta, il contratto sia stato violato adottando, al contempo, un comportamento in violazione di una qualsiasi *free standing treaty obligation*. In tal caso, è infatti pacifico che il foro indicato dalle parti per controversie meramente contrattuali non possa impedire l'accertamento di un'istanza arbitrale internazionale.

A differenza dell'orientamento di internazionalizzazione che, invece, procede ad una lettura a senso unico (*investor-oriented* si potrebbe dire) del rapporto obbligatorio, non solo vanificando il foro scelto di comune accordo tra le parti, ma impedendo che possano rientrare nella competenza del tribunale arbitrale eventuali domande riconvenzionali avanzate dallo Stato, pur anche quando queste ultime riguardino lo stesso contratto e siano intimamente connesse alla domanda principale proposta dall'investitore<sup>453</sup>.

Pertanto, l'investitore che voglia far valere un contratto deve dar seguito al regolamento pattizio nella sua interezza poiché, in assenza di una diversa volontà comune, la stessa elezione pattizia in favore di una determinata giurisdizione concretizza un *consensus ad idem* tra Stato ed investitore<sup>454</sup> che non può essere vanificato da un'offerta arbitrale<sup>455</sup> rivolta alla generalità degli investitori, contenuta in un accordo "quadro".

Inoltre, per l'orientamento integrazionista, in presenza di una *electio fori* contrattuale, il tribunale arbitrale previsto dal trattato, come visto, non potrà decidere la controversia nel merito, pur avendo giurisdizione, e dovrà sospendere il procedimento.

Tale sospensione evita –opportunamente– che vi possano essere apprezzamenti differenti sulla stessa causa tra le medesime parti e che possano essere emesse decisioni contrastanti, evitando *ab initio* che vi possano essere valutazioni divergenti sulla medesima violazione di un regolamento contrattuale (mancando, tra l'altro, una qualche disciplina vincolante sulla litispendenza).

---

<sup>453</sup> In questo senso, si veda il recente lodo *Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 Dicembre 2011*, la cui *umbrella* aperta prevedeva che “*Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the Contracting Party*”. In merito, il tribunale ha ritenuto non solo che il foro contrattuale potesse essere disatteso (v. par. 781), ma di non avere alcuna *potestas decidendi* sulla domanda riconvenzionale proposta dallo Stato (riguardante il contratto attratto alla competenza del tribunale per effetto della norma *umbrella*). Per il collegio, dal momento che la norma *umbrella* riguarda i soli obblighi assunti dallo Stato nei confronti dell'investitore, “*it does not permit that claims be brought about obligations of the investor*” (par. 875). Per contro, l'orientamento prevalente ritiene invece che l'unica condizione cui subordinare la competenza rispetto a domande riconvenzionali dovrebbe essere rappresentata dal fatto che, oltre a rientrare nella competenza dell'istanza arbitrale, queste risultino connesse alla domanda principale. V. in merito le decisioni riportate da CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 365 e p. 366 dove l'autore mette in rilievo l'assenza di bilateralità. “*BIT tribunals should be able to hear closely connected investment counterclaims arising under the investment contract. Otherwise the maxim pacta sunt servanda operates in only one direction*”.

<sup>454</sup> V. C. McLACHLAN, L. SHORE, M- WEINIGER, *International Investment Arbitration*, cit., p. 115.

<sup>455</sup> Gli Stati sono liberi di estendere il consenso arbitrale mediante una promessa unilaterale rivolta alla generalità degli investitori e ciascun investitore potrà accettarla mediante il deposito di una domanda di arbitrato. L'*arbitration without privity*, infatti, rappresenta una forma di espressione del consenso particolare che si concretizza con l'offerta unilaterale all'arbitrato –che richiama la Convenzione di Washington o un altro arbitrato *treaty-based* che lo Stato abbia formulato nella propria legge sugli investimenti o in un trattato bilaterale che viene accettata dal privato con la presentazione di una domanda di arbitrato on conformità con l'offerta. Tuttavia, l'effetto obbligatorio di una norma pattizia di elezione del foro non dovrebbe essere annullata da una generale offerta all'arbitrato contenuta in un BIT indirizzata alla generalità degli investitori della propria controparte pattizia.

Resta, infine, un'ultima osservazione – comune in realtà a tutti gli orientamenti estensivi. Entrambi non sono in grado di impedire che gli investitori possano avanzare, dinanzi all'istanza arbitrale prevista dal trattato, anche *trivial* oppure *minor disputes*, quali semplici ritardi nei pagamenti dovuti<sup>456</sup>.

Per quello integrazionista, se non altro, ciò sarà possibile qualora il contratto non assegni la competenza esclusiva ad un altro foro<sup>457</sup>.

Invece, nel caso in cui l'investitore non riesca a far valere i *remedial rights* garantiti dal contratto, l'investitore potrà poi adire un *investor-State arbitration* per diniego di giustizia e invocare, quale piena *treaty claim*, la responsabilità internazionale per contrarietà al *fair and equitable treatment* pattizio.

In conclusione, la norma *umbrella* rappresenta un'ulteriore manifestazione della propensione degli Stati ad offrire strumenti di tipo giurisdizionale, piuttosto che ad assumere obblighi stringenti di diritto sostanziale con riguardo a contratti di investimento<sup>458</sup>.

Occorre ora affrontare la questione della protezione offerta alla stabilità di un contratto di investimento da parte del *fair and equitable treatment* ed appurare quale sovrapposizione possa sussistere con riguardo agli orientamenti emersi nella prassi riguardante le *umbrella clauses*.

---

<sup>456</sup> Lo stesso C. SCHREURER, pur favorevole ad un'interpretazione della norma non restrittiva, auspica che gli investitori invochino “*the umbrella clauses with appropriate restraint*”, *ult. op. cit.*, p. 33. Esprime le stesse preoccupazioni (con riguardo all'assenza di un “*floodgate*”) J. CRAWFORD, in *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 369. Il disincentivo, magari, potrà essere rappresentato dal costo del relativo procedimento arbitrale.

<sup>457</sup> Pertanto, un'istanza arbitrale, istituita per risolvere controversie internazionali relative ad un investimento suscettibile di protezione pattizia, potrà decidere controversie di natura contrattuale (sulla base della *lex contractus*) per effetto di una *forum electio clause* contrattuale, di un'ampia clausola arbitrale convenzionale o per effetto di una *umbrella clause*.

<sup>458</sup> Per questa considerazione in generale, v. PAASIVIRTA, *The Energy Charter Treaty and Investment Contracts: towards security of contract*, cit., p. 350.

### Sezione terza

#### Stabilità dei contratti di investimento tra *umbrella clauses* e *fair and equitable treatment*

##### 1. Contratti di investimento e tutela da parte del *fair and equitable treatment*.

Tale tesi ci conduce ora a trattare la protezione della stabilità di un contratto di investimento sulla base dell'obbligo di *fair and equitable treatment* che, in ambito pattizio, è la norma cui viene oramai fatto riferimento per tutelare la stabilità dell'ambiente giuridico in cui vive un investimento e, indirettamente, per tutelare l'equilibrio finanziario sotteso ad un contratto.

Tale obbligo di trattamento, invero, “*does not connote a clear set of legal prescriptions*” e risulta di difficile traduzione concreta ricomprendendo, nel proprio ambito, diversi obblighi in capo allo Stato di accoglimento.<sup>459</sup> Tra questi, vi è il divieto di adottare comportamenti arbitrari e il divieto tradizionale in materia di trattamento degli stranieri, ossia il divieto di *diniego di giustizia*. Sempre sulla base di tale standard, lo Stato di accoglimento deve garantire all'investitore straniero un quadro normativo caratterizzato da trasparenza, stabilità, prevedibilità e coerenza.

Lo standard, negli ultimi anni, si è infatti evoluto ed ha assunto un ruolo di primaria importanza; non è tuttavia questa la sede per un esame approfondito di ogni suo ambito di applicazione concreta<sup>460</sup> e, nel prosieguo, occorre limitare l'analisi a quegli aspetti che più rilevano con riferimento alla tutela indiretta delle situazioni giuridiche contrattuali in capo ad

<sup>459</sup> Così, VASCIANNIE, *The fair and equitable treatment standard in international law and practice*, in *BYIL*, 1999, p. 101. In merito, v. anche *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case, ARB/AF/0012, lodo del 29 maggio 2003, par. 153-154.

<sup>460</sup> Per limitarci ad un recente lodo che riassume le decisioni della recente prassi arbitrale sulla concreta valenza dello standard, si ricorda che il trattamento dovuto pretende dallo Stato di accoglimento, diversi obblighi di condotta. “*The State must act in a transparent manner (Metalclad, Tecmed); the State is obliged to act in good faith (Tecmed, Waste Management); State conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process (Waste Management); the State must respect procedural propriety and due process (Amco, Azinian, Fabiani, Brown)*”. Riassume in tal modo i vari ambiti dello standard il lodo *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 luglio 2008, par. 583. Per un'analisi completa degli elementi costitutivi del principio, per come individuati dalla prassi arbitrale, v. VALENTI, *Gli Standard di Trattamento nell'Interpretazione dei Trattati in Materia di Investimenti Stranieri*, Torino, 2009 p. 190-198; I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, cit., Oxford, 2008, p. 154-180; K. BRONFMAN, *Fair and equitable treatment: an evolving standard*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2006, p. 611; R. DOLZER, *Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties*, in *International Lawyer*, 2005, p. 90 ss; S.W. SCHILL, *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law*, New York, 2006. Evidenzia come i sinonimi di “*fair and equitable*” siano stati indifferentemente individuati in termini quali “*just*”, “*unbiased*” oppure “*legitimate*”, M. VALENTI, *ult. op. cit.*, p. 186.



un investitore straniero (e i cui riflessi tendono quindi a sovrapporsi alla tutela diretta garantita da un *observance of undertaking commitment*). In quest'ambito si considera il *fair and equitable treatment* sulla base della prevalente prassi arbitrale tralasciando, inoltre, ogni approfondimento in merito all'autonomia dello standard pattizio rispetto all'*international minimum standard*<sup>461</sup> (le cui divergenze nella prassi sembrano essersi attenuate<sup>462</sup> ma che, in ambito dottrinale<sup>463</sup>, riflettono la più generale questione dell'autonomia del regime giuridico creato dai trattati bilaterali rispetto al diritto consuetudinario<sup>464</sup>).

## 2. Stabilità dell'ambiente giuridico e aspettative degli investitori

Al di là dei casi in cui lo Stato di accoglimento possa violare tale obbligo per effetto diniego di giustizia<sup>465</sup> o di condotta arbitraria<sup>466</sup>, la prassi ha applicato tale standard

<sup>461</sup> Non esiste infatti unanimità di vedute riguardo alla valenza di tale standard pattizio e, al riguardo, ci si domanda se abbia una propria autonomia o se, piuttosto, rifletta l'*international minimum standard* elaborato in seno al diritto internazionale consuetudinario. Sulla valenza consuetudinaria dello *standard*, v. M. VALENTI, *op. cit.*, p. 206-211.

<sup>462</sup> Nella prassi arbitrale chiamata a pronunciarsi sull'obbligo pattizio, sembra infatti prevalere l'orientamento che riconosce allo standard una propria autonomia, quale *self-standing treaty obligation*, rispetto all'*international minimum standard* (ad eccezione, se non altro, dell'Accordo NAFTA dove, per effetto dell'interpretazione autentica emanata dalla *Free Trade Commission* nel 2001, l'articolo 1105 dell'accordo è stato ricondotto nell'alveo dell'*international minimum standard*). A favore della tesi della distinzione fra i due *standards*, si veda il lodo *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* cit., par. 164; *Glamis Gold c. Stati Uniti*, lodo 8 giugno 2009, par. 61; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, lodo cit., par. 107. In ambito multilaterale, per lo standard di *fair and equitable treatment* previsto dall'*Energy Charter Treaty*, si veda l'articolo 10 del trattato.

<sup>463</sup> In dottrina, viene indifferentemente sostenuto che la norma pattizia rappresenta uno standard autonomo ed indipendente la cui protezione va oltre l'*international minimum standard* previsto dal diritto internazionale consuetudinario; che la norma pattizia si limita a riflettere l'*international minimum standard*; e che, infine, si stia affermando quale standard autonomo di diritto internazionale. V., A. NWECOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 264, i quali riassumono i contrasti in merito allo standard, riportando i suddetti orientamenti. Per la dottrina, è sufficiente richiamare Mann, il quale ne rileva una connotazione più oggettiva: "*The terms "fair and equitable treatment" envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and a fair protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed forms of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously"*. *British treaties for the promotion and protection of investments*, in *BYIL*, 1981, p. 241. Da ultimo, v. anche H. HAERI, *A Tale of Two Standards: Fair and Equitable Treatment and the Minimum Standard in International Law*, in *Arb. Int.*, 2011, p. 27 ss..

<sup>464</sup> Tale dibattito si ricollega al più generale quesito se il diritto internazionale degli investimenti - rappresentato dal network degli accordi bilaterali- possa o meno essere considerato quale *self-contained regime* rispetto al diritto internazionale. Con specifico riferimento al *fair and equitable treatment*, v. S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford, Portland, Oregon, 2009, p. 303-305.

<sup>465</sup> L'evoluzione dello standard ha interessato lo stesso *denial of justice*. Quest'ultimo aspetto, infatti, si è nel tempo arricchito del principio del *due process* in relazione ai procedimenti interni sia amministrativi che giurisdizionali. In quest'ottica, la valenza dello standard si traduce in un rimedio processuale finalizzato a

cogliendone un'insita valenza sostanziale che si è dimostrata in grado di salvaguardare – indirettamente – l'equilibrio economico di un contratto di investimento.

Il *fair and equitable treatment* viene infatti declinato nella protezione dell'ambiente giuridico<sup>467</sup> in cui si colloca un investimento straniero e che, sulla base della norma pattizia, dovrebbe caratterizzarsi nel senso della stabilità, della prevedibilità e della coerenza interna<sup>468</sup>.

Nonostante siano state avanzate delle riserve<sup>469</sup>, lo standard pattizio viene ora applicato al di fuori dell'originaria<sup>470</sup> valenza di natura procedurale prevista dal *denial of justice* e viene inteso quale "autonomus, free standing provision protecting foreign investment"<sup>471</sup> in grado di garantire la stabilità del quadro giuridico a fronte di una legittima aspettativa ingenerata in tal senso nell'investitore.

---

garantire i *remedial rights* previsti dalla *lex causae*. In quella che è stata la storia evolutiva dello standard pattizio, allora, non si può non notare come vi abbiano fatto ingresso i principi che tradizionalmente venivano richiamati per limitare l'azione statale nei confronti di cittadini stranieri, nell'ottica di ricostruire quali fossero i limiti internazionalmente imposti all'azione pubblica a tutela dei beni dello straniero (tramite l'*international minimum standard*). In questo senso, indipendentemente dal carattere o meno autonomo di tale standard, il suo contenuto, per come ricostruito dalla prassi arbitrale, risulta comunque debitore dell'elaborazione che ha interessato la ricognizione sull'esistenza e sul contenuto dell'*international minimum standard* nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario.

<sup>466</sup> Si afferma che il *fair and equitable treatment* sia uno standard autonomo se paragonato al divieto di discriminazione (vuoi nella sua variante esterna che interna) poiché se quest'ultimo presuppone, necessariamente, una comparazione tra i trattamenti effettivamente garantiti ai diversi investitori (stranieri e nazionali), lo standard in esame, invece, si pone in via autonoma senza che sia necessario procedere ad alcuna valutazione comparata. Espressamente in tal senso, v. *Total S.A. v. The Argentine Republic*, lodo cit., par. 106-107. Ritiene di dover invece procedere ad un'equiparazione, con riferimento a settori economici in cui è irrilevante la presenza di investitori stranieri, il lodo *LG&E v. Argentina*. "Argentina also acted unfairly and inequitably in the manner in which it abrogated the guarantees of the Gas Law and its implementing regulations, adversely affecting the gas-distribution sector but not affecting other sectors of the economy. For example, certain contracts, such as those in the export industry, were excluded from the forced conversion to pesos regulation, or the conversion was performed at a more favorable rate to the individual or company". Award, cit., par. 135.

<sup>467</sup> In dottrina, v. P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, cit., p.131-135. Diversi lodi sottolineano come lo standard sia inseparabilmente ancorato ad un quadro normativo dello Stato di accoglimento caratterizzato da "stability and predictability", tra cui *CMS v. Argentina*, lodo cit., par. 276; *LG&E v. Argentina*, lodo cit., par. 133; *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*, lodo del 25 giugno 2001, par. 148.

<sup>468</sup> Quest'ultimo aspetto, evidenzia un'ulteriore potenziale sovrapposizione quando lo strumento pattizio preveda anche l'autonomo obbligo di *prohibition of unreasonable and discriminatory measures*, che tuttavia qui non interessa.

<sup>469</sup> Una parte della dottrina ritiene, infatti, che tale indirizzo sia fortemente lesivo della sovranità statale e che non corrisponda, né allo standard pattizio, né alla volontà degli Stati contraenti. In tal senso, M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, cit., p. 355.

<sup>470</sup> Sottolinea "the evolutionary character" dello standard, P. CAMERON, *International Energy Investment Law*, cit. p. 209.

<sup>471</sup> M. SORNARAJAH, *ult. op. cit.*, p. 356; C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration*, cit., p. 235.

In alcuni trattati bilaterali, tra l'altro, sono gli stessi preamboli a declinare il trattamento di *fair and equitable treatment* in funzione della stabilità del regime giuridico in cui si trova ad esistere un investimento<sup>472</sup> e quel che qui interessa è proprio l'applicazione dello standard per valutare le condotte dello Stato in ragione della stabilità del regime applicabile all'investimento e all'affidamento che possa essere stato ingenerato in capo ad un privato che si sia deciso a rischiare i propri capitali (e, in tal senso, occorre trascurare ulteriori aspetti dello standard come quelli riguardanti la trasparenza o la coerenza del sistema giuridico dello Stato di accogliimento).

Qualsiasi investitore auspica che le condizioni sulla base delle quali abbia ritenuto di procedere con un dato investimento permangano per tutta la durata dello stesso ma, se ogni impresa si assume i rischi connessi ad un'ineluttabile alea legislativa, è pur vero che un investitore possa essere stato indotto a confidare sulla stabilità di un determinato regime giuridico, ricevendo precise garanzie in merito.

La tutela indiretta dell'equilibrio economico di un contratto, conseguente alla stabilità del quadro normativo di riferimento, dipende dalle aspettative che un investitore possa nutrire e da quali siano stati gli elementi che le abbiano ingenerate. In particolare, l'applicazione dello standard prevede che vengano valutati quegli accordi o quei provvedimenti che possano aver

---

<sup>472</sup> Come ogni standard di natura pattizia, anche quello in esame ha una formulazione generica che rende difficile "to anticipate in the abstract the range of possible types of infringements upon the investor's legal position". Così SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *J. World Trade*, 2005, p. 357. Con riguardo alla stabilità di un dato assetto normativo, quando il preambolo del trattato bilaterale in rilievo contenga precisi riferimenti alla salvaguardia della stabilità dell'ambiente giuridico, la prassi tende a richiamare tale riferimento per poter apprezzare in maniera più concreta la valenza alla stabilità insita nello standard di trattamento ed in base alla quale poter valutare le condotte poste in essere dallo Stato e poter quindi giudicare "the substantive fairness of the State treatment". V. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *op. cit.*, p. 279. Per SCHREUER, "this reference is justified because, although such a statement in a preamble does not create independent legal obligations, it is a tool for the interpretation of the treaty since it sheds light on its purpose". *Ibidem*. Una parte della dottrina, tuttavia, non condivide che, nel richiamare l'oggetto e lo scopo di un trattato, la prassi faccia riferimento al preambolo di un trattato poiché questo non contiene principi, bensì *policies*. Queste, pertanto, verrebbero richiamate impropriamente e utilizzate come principi di diritto. Tuttavia, si fa notare, "principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals" (richiamando, in tal senso, R. WORKING, *Taking rights seriously*, 1977). Così, Z. DOUGLAS, *International law of Investment Claims*, cit., p. 83. Diversi lodi hanno richiamato il contenuto del preambolo per rafforzare un'interpretazione della norma finalizzata a garantire un ambiente giuridico stabile. In tal senso, v. *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, *Final Award*, 1 luglio 2004, che fa esplicito riferimento al preambolo per concludere che "the stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment." Par. 112. In tal caso, il preambolo del trattato tra Ecuador e USA del 1996 prevede che "FET is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources". In senso analogo, v. anche par. 107 del lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, dove si sottolinea come lo standard possa essere apprezzato facendo riferimento ad altri elementi, qualora il BIT in rilievo li preveda. In tale lodo, tra l'altro, per la ricostruzione dello standard in oggetto, viene fatto riferimento al criterio contenuto all'articolo VI del GATS, che viene richiamato quale "guidance" per valutare una normativa attinente ai servizi. V. par. 123.

attratto un investimento garantendo determinati margini di profitto<sup>473</sup>. In merito alla valenza sostanziale dello standard, infatti, la prassi ritiene che la componente essenziale<sup>474</sup> del trattamento sia rappresentata dalle legittime aspettative<sup>475</sup> dell'investitore (anche se parte della dottrina critica l'applicazione estensiva di tale nozione<sup>476</sup>).

Per rimanere agli indirizzi emersi a livello giurisprudenziale, un investitore può invocare la tutela internazionale delle proprie aspettative alla stabilità dell'ambito normativo di riferimento quando, alla luce delle specifiche circostanze concrete, riesca a provare che siano state legittime e ragionevoli<sup>477</sup>. Per appurare se tale affidamento sia giustificato, e quindi

<sup>473</sup> Specie in settori, come quelli energetici, caratterizzati da elevati costi iniziali ed ingenti rischi iniziali che necessitano di periodi sufficientemente lunghi per poter essere ammortizzati. Rispetto a queste tipologie di investimento, si è già detto di come l'investitore possa subire il c.d. *hostage effect*. Si veda, inoltre, il lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic* dove si dimostra come i margini di profitti attesi dall'investitore francese dipendessero dalle garanzie ricevute dallo Stato sulle modalità di tariffazione per l'acquisto delle forniture di gas. Queste sono ritenuti veri e propri "*core commitments*" e "*overarching promise*". L'investimento, in altri termini, risultava conveniente sulla base della fissazione governativa delle tariffe. V. par. 92 e par. 122.

<sup>474</sup> Cfr., in tal senso, R. DOLZER, C. SCHREURER, *op. cit.*, p. 133-140; E. SNODGRASS, *Protecting Investors Legitimate expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle*, *ICSID Review Foreign Inv. Law Journal*, 2006, p. 27. La prassi arbitrale è prevalentemente orientata nel ritenere che le aspettative dell'investitore siano parte integrante del *fair and equitable treatment* (se non addirittura l'elemento centrale). "*The standard of fair and equitable treatment is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of the standard*" così *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Partial Award*, 17 marzo 2006, par. 302 e, nello stesso senso, lodo *CMS v. Argentina*, par. 155.

<sup>475</sup> E non ogni "*hope amounts to an expectation under International law*", così lodo *Parkenings v. Lthuania*, par. 344. Sebbene sia una nozione tipica del diritto amministrativo, in particolare di quello tedesco, il concetto di "*legitimate expectations*" non è sconosciuto nemmeno al diritto internazionale, e già nel 1920 era stata utilizzato nell'arbitrato *Expropriated Religions Properties* proprio con riferimento al trattamento di *fair and equitable*, come riporta TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, cit., p. 163. Per una disamina comparata della protezione che viene garantita alle legittime aspettative, v. BROWN, *The protection of legitimate expectations as a "general principle of law"*, cit., p. 5; in merito, si veda, inoltre, la ricognizione offerta dal lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, lodo cit., sub nota 136. Nello stesso lodo, inoltre, si veda la prassi della Corte di Giustizia della Comunità Europea (riportata ai par. 129-130) e l'analisi delle legittime aspettative sulla base del diritto internazionale (contenuta ai par. 132-134). La nozione di legittime aspettative risulta, ad ogni modo, un concetto ampio e di difficile traduzione concreta perché astrattamente in grado di ricomprendere una infinità di situazioni, v. I. TUDOR, *op. cit.*, p. 165. Si noti, infine, che la nozione viene altresì impiegata nell'ambito dell'espropriazione indiretta e, per un approfondimento di entrambi i profili, v. S. FIETTA, *Expropriation and fair and Equitable Treatment. The Developing Role of Investors' "Expectations"*, in *International Investment Arbitration*, in *JIA*, 2006, p. 2 ss..

<sup>476</sup> Per quanto riguarda il richiamo e l'applicazione delle "legittime aspettative" con riferimento al *fair and equitable treatment*, alcuni autori ritengono che sia del tutto inappropriato mutuare un rimedio di tipo processuale, quale quello rappresentato dalle "legittime aspettative", in un'ottica di natura sostanziale. In questo senso, si ritiene che "*the principle has rarely been used as a substantive principle because of practical difficulties. Government make assurance as to policies on taxation, agriculture and other areas. Administration would become difficult if, at each change of policy to suit new circumstances, the state has to pay damages to affected parties. It is an error to state that there is a general principle of law that violations of legitimate expectations give rise to substantive remedies. [...]. Yet, it is precisely such a rule that has been developed in the recent ICSID cases which declare it to be a substantive rule, justifying the award of damages for its breach*". Così, M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, cit., p. 355.

<sup>477</sup> Le aspettative possono essere protette quando, invece, "*rise the level of legitimacy and reasonableness in light of circumstances*", così *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, lodo cit., par. 304. Nello stesso

tutelabile, le aspettative dell'investitore vengono valutate alla luce dell'effettivo comportamento posto in essere dalle autorità statali<sup>478</sup>.

Infatti, il livello di protezione varia in ragione degli impegni –forti o deboli- che un investitore straniero abbia ricevuto da parte dello Stato in merito alla stabilità di un dato regime giuridico o agli incentivi che gli siano stati offerti per indurlo ad investire.

## 2.2. Le aspettative “deboli”

Risultano “deboli” le aspettative alla stabilità dell'assetto normativo quando queste vengano invocate sulla base di provvedimenti legislativi o amministrativi di carattere generale che, *in re ipsa*, non vengono assunti dallo Stato nei confronti dell'investitore che pur pretenda di invocarli a proprio beneficio<sup>479</sup>. Se l'investitore ha fatto esclusivo affidamento sul quadro normativo esistente nel paese di accoglimento, senza ricevere specifiche rassicurazioni o promesse in merito alla sua continuità, non può nutrire alcuna ragionevole aspettativa. La mutabilità intrinseca di ogni ordinamento interno, essendo espressione diretta della sovranità legislativa statale<sup>480</sup>, non può infatti ingenerare alcuna aspettativa tutelabile da un obbligo pattizio di *fair and equitable treatment*. Si può anzi affermare che un investitore debba ragionevolmente attendersi che l'ambito normativo di riferimento possa mutare per effetto di successivi interventi poiché “*no investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time of the investment is made remain totally unchanged*”<sup>481</sup>. Specularmente,

---

senso, oramai consolidato, v. anche *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Award*, cit., par. 186; *Duke Energy Electroquil*, par. 340. Le aspettative vengono indifferentemente qualificate come legittime, giustificate o ragionevoli.

<sup>478</sup> E, in seconda battuta, anche da quello dell'investitore che deve risultare incolpevole, v. P. MUCHLINSKI, “*Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*”, in *ICLQ*, 2006, p. 532.

<sup>479</sup> In tal senso, “[...] *the most difficult case is (as in part in the present dispute) when the basis of an investor’s invocation of entitlement to stability under a fair and equitable treatment clause relies on legislation or regulation of a unilateral and general character. In such instances, investor’s expectations are rooted in regulation of a normative and administrative nature that is not specifically addressed to the relevant investor*”. Così, par. 122 del lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*.

<sup>480</sup> “*It is each State’s undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A state has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion*”, così lodo cit., *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, par. 332.

<sup>481</sup> Così, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, lodo cit., par. 305. Nello stesso senso, “*as a matter of fact, any business man or investor knows that law will evolve over time*”, così lodo *Parkerings Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, lodo cit., par. 332. Ancora, si evidenzia che “*general legislative statements engender reduce expectations [...] their enactment is by nature subject to subsequent modification*”, lodo *Continental Casualty*, par. 261. J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 370, afferma chiaramente che “*the enactment of a law by a state, whether it is specific or general, is not the entry by the state into an obligation distinct from the law itself. No doubt a state is obliged by its own laws, but only for so long as they are in force. In the absence of express stabilization, investors take the risk that the obligations of*

in un contesto economico caratterizzato da transizione<sup>482</sup> o da una fase critica<sup>483</sup>, l'investitore deve ragionevolmente attendersi un "peggioramento" del quadro legislativo. Più in generale, per quanto la decisione di procedere con un determinato investimento possa essere complessa, è necessario correlare il momento in cui l'investitore abbia deciso di investire con la situazione effettivamente esistente in quel dato momento e con quanto ci si possa ragionevolmente attendere nel medio periodo, a secondo del particolare clima economico e sociale<sup>484</sup>.

In altri termini, garantire la tutela delle legittime aspettative alla stabilità di un quadro normativo non si risolve affatto nel "*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 can legitimately expect*"<sup>485</sup>. Pertanto, il quadro normativo esistente al tempo in cui un investitore abbia deciso di investire non rappresenta, in sé, una garanzia alla stabilità del relativo assetto in virtù della sussistenza di un obbligo pattizio di *fair and equitable treatment*<sup>486</sup>.

Solo un'aspettativa legittima "forte", conseguente ad una precisa e specifica assicurazione da parte degli organi statali, è essere in grado di "resistere" al diritto dello Stato di adattare la propria normativa al cambiamento delle circostanze.

### 2.3. Le aspettative "forti"

Infatti, il livello di protezione maggiore dello standard si realizza in presenza di aspettative c.d. forti, quali quelle che siano state ingenerate da una inequivoca<sup>487</sup> e specifica

*the host state under its own law may change [...]*, p. 370. Parimenti, C. SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, cit., p. 374.

<sup>482</sup> In merito, v. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, lodo cit., par. 355; *Generation Ukraine*, par. 20.37.

<sup>483</sup> V. *Total S.A. v. The Argentine Republic*, lodo cit., par. 156, dove si rileva come l'investitore francese, nell'ottica di una obiettiva analisi dei rischi, avrebbe dovuto attendersi, proprio nel momento in cui si decideva ad investire in Argentina, che il regime del gas sarebbe stato sottoposto a rilevanti modifiche peggiorative per effetto della crisi economica già in atto.

<sup>484</sup> In merito, v. C. SCHREUER, U. KRIEBAUM, *At What time legitimate Expectations Exist?*, in *A liber Amicorum: Thomas Wälde, Law Beyond Conventional Thought*, London, 2009, p. 273.

<sup>485</sup> Così, lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, par. 119.

<sup>486</sup> La dottrina sembra in prevalenza orientata in favore della differenziazione tra aspettative forti e deboli (ossia non specifiche). "*Notwithstanding some initial false stars, international investment law is now moving in the right direction. In the absence of specific commitments and assurance, there is very little basis for protection of investors' expectations*". Così, S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, cit., p. 262. Con riferimento, ad esempio, alle imposizioni del livello fiscale, si afferma che "*in absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantages, during the period of the investment*". *Enaca*, lodo cit., par. 173.

<sup>487</sup> In tal senso, *Metalclad Corporation, v. Mexico*, par. 148.

“assurance”, “representation” o da uno “specific undertaking” assunto dallo Stato in favore dell’investitore o di un determinato investimento<sup>488</sup>.

La tutela è quindi massima quando lo Stato abbia garantito per via contrattuale specifici impegni di salvaguardia giuridica. In tal caso, le aspettative sono legittime e giustificate perché l’investitore è in grado di provare di aver ricevuto specifici impegni di salvaguardia o garanzie equivalenti in merito alla stabilità giuridica del relativo regime<sup>489</sup>. E quindi pacifico che “the expectation of the investor is undoubtedly “legitimate”, and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation for the future, such as by contracts, concessions or stabilisation clauses on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law”<sup>490</sup>.

E’ inoltre legittima, e tutelabile, l’aspettativa alla stabilità di un determinato regime giuridico quando l’investitore abbia ricevuto speciali incentivi che lo abbiano indotto a rischiare in un determinato settore. In tal caso, è necessario dimostrare che i benefici economici garantiti dallo Stato fossero indirizzati ad un dato investimento<sup>491</sup>.

Ancora una volta, sono significative le controversie decise sulla base dei ricorsi presentati da diversi investitori stranieri (attivi nel settore del gas) nei confronti dell’Argentina che, come detto, si erano visti abrogare le garanzie ricevute un decennio prima sulle modalità di indicizzazione delle tariffe dovute a fronte delle future forniture<sup>492</sup>.

---

<sup>488</sup> Per la dottrina, v. SORNARAJAH, *Opinion*, del 5 marzo 2007, prodotta nella controversia *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, p. 14-15. Nella prassi, v. *Continental Casualty*, par. 260; *Duke Energy Electroquil*, par. 340; *PSEG Global*, par. 241; *Metalpar SA and Buenos Aires SA v. Argentina*, ICSID Case. No. AB/03/5, lodo 6 giugno 2008, par. 186. Infatti, “representations made by the host State are enforceable and justify the investor’s reliance only when they are specifically addressed to a particular investor”. In other words, an investor’s legitimate expectations may be based “on any undertaking and representations made explicitly or implicitly by the host State. A reversal of assurances by the host State which have led to legitimate expectations will violate the principle of fair and equitable treatment”. Così, par. 119.

<sup>489</sup> In tale direzione, v. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, cit., par. 98; *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, lodo parziale del 13 settembre 2001, par. 611; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, lodo del 29 maggio 2003, par. 154.

<sup>490</sup> Così, par. 117 lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*.

<sup>491</sup> V. anche SCHILL, *op. cit.*, p. 28, secondo il quale “where a foreign investor merely relies on the general legal framework without any specific commitments or intention on behalf of the host state to attract foreign investors, the concept of legitimate expectations may only have a more marginal scope of application”. E ancora, “the balance between these competing requirements and hence the limits of the proper invocation of “legitimate expectations” in the face of legislative or regulatory changes (assuming that they are not contrary to a contractual, bilateral or similar undertaking, binding in its own right) has been based on a weighing of various elements pointing in opposite directions. On the one hand, the form and specific content of the undertaking of stability invoked are crucial”. Par. 121 del lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*.

<sup>492</sup> Tra queste, come visto, la più significativa era rappresentata dal Piano di Convertibilità del 1991 che, con il preciso scopo di attrarre capitali stranieri nel processo di privatizzazione di diverse imprese pubbliche, aveva introdotto un regime di cambio a tasso fisso tra il peso argentino e il dollaro americano (al rapporto di 1 a 1) con aggiustamento delle tariffe in base all’andamento del *Producer Price Index* statunitense, con indennizzo in favore dei titolari delle licenze. In tale contesto, i contenziosi di maggior rilievo hanno coinvolto società straniere responsabili della gestione di servizi pubblici (ma anche società straniere che si erano aggiudicate

Le istanze arbitrali adite hanno valutato, ai sensi del *fair and equitable treatment* pattizio, l'intervento assunto nel 2002 dal governo argentino e la natura - debole o forte - delle sottostanti aspettative<sup>493</sup>.

I tribunali hanno concluso che le aspettative degli investitori stranieri erano tutelabili dallo standard pattizio poiché l'Argentina aveva indotto quelle imprese ad investire nella privatizzazione del settore del gas<sup>494</sup>, garantendo incentivi che rendevano l'investimento profittevole. La normativa del 1991, contenente le modalità di indicizzazione delle tariffe delle future forniture, era stata infatti richiamata nei bandi di gara, negli annessi *memoranda* all'uopo preparati dal governo argentino ed, infine, negli accordi e nelle singole licenze assegnate<sup>495</sup>. Per effetto della specificità di tali provvedimenti, la pesificazione delle tariffe ed il blocco del meccanismo di aggiustamento, conseguenti all'emanazione dell'*Emergency Law* del 2002, avevano quindi frustrato le aspettative degli investitori che avevano legittimamente fatto affidamento sullo specifico quadro normativo del 1991 e sui rispettivi incentivi violando, in tal modo, il *fair and equitable treatment*<sup>496</sup>.

---

l'esecuzione di infrastrutture pubbliche. L'attenzione viene qui limitata agli investimenti effettuati nei settori della distribuzione e del trasporto di gas (da parte, rispettivamente, dell'inglese British Gas, dell'americana Enron e della francese Total) e della fornitura di energia elettrica (da parte dell'inglese National Grid Transco).

<sup>493</sup> L'Argentina, come detto, aveva abbandonato il regime di convertibilità a tasso fisso tra dollaro e peso, la conversione in pesos argentini ed il blocco delle tariffe.

<sup>494</sup> Nel lodo *CMS v. Argentina*, par. 284, si afferma – incidentalmente – che “[...]the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, [is] founded on solemn legal and contractual commitments [...]”. Per quanto riguarda le valutazioni espresse con riferimento alle altre decisioni che hanno valutato l’abrogazione della Ley del Gas e degli specifici richiami di tali incentivi presenti nelle relative licenze o nei relativi contratti, v. *LG&E v. Argentina, Decision on Liability*, cit., par. 133; *Enron v. Argentina*, par. 260-267; *Sempra*, par. 330; *BG Group Plc v. Argentina*, par. 307.

<sup>495</sup> In questo senso, già Weil aveva rilevato, in merito ai codici nazionali, che “*le renvoi par un contrat à ces lois équivaut à l'insertion dans le contrat d'une clause de stabilisation*”. Così, in *Problèmes relatif aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, cit., p. 232.

<sup>496</sup> Con riferimento all'indicizzazione delle tariffe garantita dal Decreto 1738 del 1992, il tribunale arbitrale, nella controversia *LG&E v. Argentina*, ritiene che la società ricorrente avesse ricevuto l'offerta di particolari benefici e potesse quindi vantare legittime aspettative, avendo fatto affidamento sul quadro regolatorio del 1992 per valutare la profittabilità del proprio investimento. “*Having created specific expectations among investors, Argentina was bound by its obligations concerning the investment guarantees vis-à-vis public utility licensees, and in particular, the gas distribution licensees. The abrogation of these specific guarantees violates the stability and predictability underlying the standard of fair and equitable treatment. Specifically, it was unfair and inequitable to pass a law discarding the guarantee in Decree No. 1738/92 that the tariffs would be calculated in U.S. dollars and then converted into pesos [...]. This was not merely an economic and monetary policy of the Argentine Government which materialized through the Convertibility Law. Rather, it was a guarantee laid down in the tariff system. This guarantee was very important to investors to protect their investment, which was made in dollars, from a subsequent devaluation of the peso [...]*”. Così, *Decision on Liability*, cit., par. 133-134. V. anche *Enron v. Argentina*, lodo cit., par. 47 ss.; *BG Group Plc v. Argentina*, par. 24 ss.; *National Grid plc v. Argentina*, par. 56 ss. Nella controversia *Total S.A. v. The Argentine Republic*, il tribunale ritiene, invece, che nei confronti della ricorrente, il cui ingresso nella compagine societaria della privatizzata TNG si era perfezionato soltanto nel 2001, i provvedimenti relativi alla garanzia dell'indicizzazione delle tariffe assunti nel 1992 non fossero impegni specifici sulla base dei quali l'investitore francese avesse fatto affidamento. Pertanto, non vi era alcuna aspettativa forte tutelabile per effetto del *fair and equitable treatment* (v.



La tutela sostanziale delle aspettative dipende quindi dalla natura e dalla specificità delle assicurazioni che l'investitore abbia ricevuto e sulle base delle quali abbia effettivamente fondato le proprie decisioni.

In questo senso, se vengono offerti particolari incentivi, l'investitore, che ne sia stato il diretto beneficiario, è in grado di invocare una legittima aspettativa tutelabile dallo standard, pur anche in assenza di un impegno esplicito a non mutare quel regime giuridico favorevole<sup>497</sup>.

Pertanto, secondo questo orientamento, quando uno Stato abbia adottato provvedimenti di carattere generale (e come tali potenzialmente soggetti a modifiche ed interventi successivi) ma al preciso scopo di attrarre l'afflusso di determinati capitali stranieri, e tali provvedimenti di stimolo si siano poi riflessi negli accordi di investimento (contratti, concessioni o licenze), lo Stato avrà ingenerato un affidamento legittimo alla stabilità di quel quadro e del relativo equilibrio economico, tutelabili a livello pattizio<sup>498</sup> anche se non abbia concesso un esplicito impegno alla stabilità di quel regime giuridico.

Rispetto a tali decisioni, la recente prassi, tuttavia, sembra aver adottato un'interpretazione più conservativa con riguardo alla modifiche di un dato assetto normativo pur finalizzato ad attrarre capitali stranieri.

Per alcune pronunce, anche nel caso in cui lo Stato abbia emanato provvedimenti per incentivare l'ingresso di investimenti stranieri (offrendo benefici, vuoi di natura fiscale, doganale o valutaria) e abbia quindi indotto l'afflusso di determinati capitali stranieri, ogni successiva modifica non legittima l'investitore a far valere il danno patito in conseguenza di quei cambiamenti che pure si siano riflessi negativamente sul margine di profitto inizialmente garantito. Semplicemente, lo standard di *fair and equitable treatment* garantisce l'inefficacia di un mutamento nel quadro regolatorio statale ed il diritto dell'investitore a ricevere idoneo ristoro soltanto quando lo stesso possa vantare, in suo favore, specifici impegni di stabilità e di immutabilità del regime giuridico.

Nel lodo *Parkerings v. Lithuania*, ad esempio, il tribunale si esprime in favore dello Stato convenuto considerando che, per quanto l'investitore avesse visto diminuire la convenienza del proprio investimento in conseguenza di modifiche legislative e, per quanto fosse legittimo che potesse fare affidamento sulla stabilità del quadro giuridico di riferimento, la Lituania non

par. 178). Lo stesso collegio ha poi ritenuto che la mancata attivazione dello specifico meccanismo di rinegoziazione delle licenze, istituito dalla *Emergency Law* del 2002, fosse contraria al *fair and equitable treatment* dal momento che, nel 2004, anno in cui la fase acuta della crisi economica era già passata, il continuo procrastinare l'attivazione del meccanismo di rinegoziazione, previsto *ex lege*, aveva frustrato le legittime aspettative dell'investitore francese (si vedano parr. 83, 174, 175, 180 e 181).

<sup>497</sup> "Hence, this accounts for the emphasis in many awards on the government having given 'assurances', made 'promises', undertaken 'commitments', offered specific conditions, to a foreign investor, to the point of having solicited or induced that investor to make a given investment". Considerazioni queste, espresse nel lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, par. 121. In tal senso v. anche *Continental Causality*, par. 261.

<sup>498</sup> In tal senso, nel lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic* si sottolinea come "a claim to stability can be based on the inherently prospective nature of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations". Par. 122.

aveva assunto, né esplicitamente, né implicitamente, alcun vincolo a mantenere immutato il regime giuridico<sup>499</sup>. In questo caso, il tribunale ha rilevato che l'investitore non aveva nemmeno dato prova che le modiche decise dallo Stato fossero state frutto di un esercizio del potere legislativo statale “*unfairly, unreasonably or inequitably*”, né che l'intento sotteso all'adozione dei nuovi provvedimenti fosse stato quello di danneggiare l'investimento<sup>500</sup>.

Per questo orientamento, pertanto, in assenza di un preciso impegno di stabilizzazione, o di un impegno comunque affine od equiparabile<sup>501</sup>, gli investitori si assumono ogni rischio connesso all'alea legislativa<sup>502</sup>, mentre potrebbero ragionevolmente confidare nella stabilità di un dato regime quando possano invocare, a proprio favore, una norma contrattuale di salvaguardia giuridica od economica.

In merito a tali divergenze, si ritiene che possa sussistere un punto di convergenza. Per cui, l'affidamento alla stabilità necessiterebbe di un'aspettativa di tipo forte, come quella rappresentata da una norma pattizia di stabilizzazione, quando il paese di accoglimento stia transitando verso un'economia di mercato (quale in effetti era, ad esempio, la situazione esistente in Lituania) poiché, in un tale contesto, è più ragionevole che l'investitore debba attendersi modifiche nel regime giuridico di riferimento. Per contro, quando la situazione generale di uno Stato non possa ragionevolmente far intravedere imminenti modifiche sostanziali del quadro normativo, non dovrebbe essere necessario un esplicito impegno di

---

<sup>499</sup> “*In the present case, various modifications of laws occurred in Lithuania. It is not contested that these amendments had an impact on the investment expectations of the Claimant, as it was deprived of its right to receive part of its expected income. Neither is it contested that the Republic of Lithuania gave no specific assurance or guarantee to Parkerings that no modification of law, with possible incidence on the investment, would occur. The legitimate expectations of the Claimant that the legal regime would remain unchanged are not based on or reinforced by a particular behavior of the Respondent. In other words, the Republic of Lithuania did not give any explicit or implicit promise that the legal framework of the Agreement would remain Unchanged*”. V. anche P. CAMERON, *International Energy Investment Law*, p. 66. Così, par. 334. Si inserisce nella direzione intrapresa dal lodo *Parkerings*, il recente lodo *EDF v. Romania* per il quale “*further, in the Tribunal's view, the FET obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors. As stated recently by another ICSID tribunal in Parkerings-Companiet AS v. Lithuania*”. Par. 218.

<sup>500</sup> Par. 337.

<sup>501</sup> Si ritiene quindi preminente la sovranità statale. “*It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power*”. Par. 332.

<sup>502</sup> “*By deciding to invest notwithstanding this possible instability, the Claimant took the business risk to be faced with changes of laws possibly or even likely to be detrimental to its investment. The Claimant could (and with hindsight should) have sought to protect its legitimate expectations by introducing into the investment agreement a stabilisation clause or some other provision protecting it against unexpected and unwelcome changes*”. V. par. 336.

stabilizzazione e potrebbe essere sufficiente una garanzia meno stringente per ingenerare aspettative tutelabili dallo standard pattizio<sup>503</sup>.

### 3. Legittime aspettative ed interesse pubblico dello Stato

Le modifiche messe in atto dallo Stato di accoglimento devono inoltre essere valutate alla luce delle ragioni che abbiano indotto lo Stato a mutare un dato regime. Invero, alcune decisioni hanno ritenuto che possano essere trascurate le motivazioni di ordine pubblico che possono aver indotto uno Stato a mutare un determinato assetto normativo perché lo standard in oggetto deve essere valutato sulla sola base di elementi obiettivi<sup>504</sup>.

L'orientamento che sembra prevalente, invece, ritiene che le aspettative dell'investitore alla stabilità del quadro giuridico debbano essere valutate con riferimento al diritto legittimo dello Stato di disciplinare determinate materie nell'interesse pubblico e che siano quindi rilevanti le ragioni che abbiano indotto uno Stato a mutare il regime applicabile.

Pertanto, le eventuali modifiche del quadro normativo possono rivelarsi “*non eque*” soltanto alla luce delle circostanze concrete<sup>505</sup> ed in ragione dell'adeguatezza e della proporzionalità dei provvedimenti adottati<sup>506</sup>. Ed è proprio in ragione di una valutazione che tenga conto della complessiva relazione Stato-investitore che si dovrebbe cogliere la natura flessibile dello standard<sup>507</sup>. In questo senso, dal momento che lo standard interferisce con la sovranità statale,

---

<sup>503</sup> Soluzione questa proposta da P. CAMERON, *International Energy Investment Law*, cit., p. 215 e p. 417 in cui l'A. afferma che lo standard “*is not equivalent to a contractual right such as that given by a stabilization clause, it can be used to determine the scope of compensation, but it needs to be set against the State's legitimate interest in policy formation and implementation*”.

<sup>504</sup> Per il lodo *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ad esempio, dal momento che “[t]here can be no doubt [...] that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment”. (par. 274), la violazione dello standard deve essere apprezzata sulla base di elementi obiettivi e che, quindi, sia del tutto irrilevante il motivo per il quale uno Stato abbia deciso di emendare un dato regime normativo. V. par. 280.

<sup>505</sup> In merito, v. G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties*, cit. p. 341.

<sup>506</sup> La decisione *Total S.A. v. The Argentine Republic* critica espressamente la ricostruzione “oggettiva” dello standard in oggetto ed indicando quale corretta interpretazione, invece, quella finalizzata a valutare ogni circostanza concreta. “*The requirement of “fairness”, and specifically the evaluation of whether “legitimate expectations” on which the investor was entitled to rely and did in fact rely, had illegally been affected by legislative changes to the legal framework made by the host state, cannot ignore the reasons for those changes and their modalities. This is consistent with the flexible nature of this standard and the need to apply it on a case-by-case approach, as stated by academic commentary and other international case law*”. E' quindi possibile una tutela rafforzata quando l'intervento statale si susseguia con continui e repentini interventi destabilizzanti, v. *PSEG Group, \_\_\_*, per cui una stabilità del quadro normativo deve comunque essere garantita per effetto del *fair and equitable treatment* e questa viene meno “*where the law kept chainginh continuisly and endlessly, as dit its interpretation and implementation*”, par. 254. V. anche *Duke Energy v. Ecuador*, cit., par. 239-240.

<sup>507</sup> Tale orientamento, pertanto, dà piena attuazione al principio di buona fede nell'ambito dello stesso quadro di legalità imposto dal diritto internazionale pattizio. “*Thus an evaluation of the fairness of the conduct of*

la tutela delle aspettative pretende che queste vengano rapportate alle ragioni che abbiano indotto lo Stato a modificare il regime normativo<sup>508</sup>.

E' solo sulla base di una valutazione "bilanciata" degli interessi in rilievo che una parte della prassi ritiene di poter declinare le legittime aspettative di un investitore in forti oppure deboli e, quindi, a seconda che siano destinate o meno a soccombere di fronte ad un preminente interesse pubblico<sup>509</sup> dello Stato che ospita l'investimento. Solo nel caso di una aspettativa di tipo forte, garantita da uno specifico impegno e valutando un sotteso interesse pubblico, l'investitore potrebbe essere legittimato ad invocare un indennizzo quando le sue aspettative siano state frustrate<sup>510</sup>.

Parte della dottrina, tuttavia, restringe ulteriormente la tutela alla stabilità del quadro normativo non condividendo la compressione della libertà sovrana dello Stato di legiferare e di regolamentare gli ambiti rientranti nella propria *domestic jurisdiction* e di poter quindi intervenire quando il mutamento delle circostanze lo richieda. Si sostiene<sup>511</sup> che quand'anche

---

*the host country towards an investor cannot be made in isolation, considering only their bilateral relations. The context of the evolution of the host economy, the reasonableness of the normative changes challenged and their appropriateness in the light of a criterion of proportionality also have to be taken into account*". Così, lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, par. 123.

<sup>508</sup> L'obbligo in esame interferisce indubbiamente con l'esercizio del potere legislativo e regolamentare dal momento che l'aspettativa dell'investitore sulla stabilità normativa deve essere bilanciata da quello che il tribunale arbitrale nella controversia *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* ha definito quale "*State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest*". Per effetto dello standard, la condotta statale deve essere improntata a parametri che potremmo dire di equità o di proporzionalità, come indica il lodo *Total S.A. v. The Argentine Republic*, par. 123. In tal senso, l'investitore non dovrebbe ricevere alcuna tutela a seguito di interventi di modifica del quadro giuridico di riferimento quando, in un'ottica complessiva, come ad esempio l'andamento reale dell'economia del paese, lo Stato abbia la necessità di adottare interventi economici restrittivi. In merito, il lodo *Duke Energy v. Ecuador* ritiene che la valutazione cui viene chiamato un tribunale arbitrale debba tener conto di tutte le circostanze riguardanti l'investimento, non escluse le condizioni economiche e politiche del paese. V. par. 240.

<sup>509</sup> Nell'applicazione dello standard, infatti, le aspettative dell'investitore alla stabilità del regime legale –quand'anche siano giustificate– devono necessariamente essere valutate alla luce del diritto legittimo dello Stato ospitante di presidiare l'interesse pubblico, mutando il quadro normativo di riferimento. Nel garantire tutela alle aspettative legittime dell'investitore, pertanto, è necessario bilanciare "*the Claimant's legitimate expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other*". Così, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, lodo cit., par. 302. Per tale valutazione bilanciata, v. anche *Feldman v. Mexico*, par. 112, "[g]overnments, in their exercise of regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue." V. anche *Total S.A. v. The Argentine Republic*, lodo cit., par. 123. D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, cit., p. 442.

<sup>510</sup> V. in merito, S. MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, cit., p. 222-227.

<sup>511</sup> SORNARAJAH ritiene che lo Stato non possa essere ritenuto responsabile nell'esercizio della propria sovranità e che non possano quindi essere imposti dei limiti attraverso l'elaborazione di teorie che "*have no basis in the treaty itself or in the intention of the parties*", in *The international law on foreign investment*, cit., p. 356. L'A., infatti, non ritiene che il *fair and equitable treatment* sia uno standard indipendente rispetto al diritto internazionale consuetudinario e che, quindi, possa solo garantire una protezione di natura procedurale quando l'investitore non si veda garantiti i *remedial rights* cui avrebbe diritto. Per l'A., inoltre, l'interpretazione dello standard quale "*autonomous free standing provision*" da parte della prassi arbitrale, contrasterebbe con "*other*

le aspettative dell'investitore siano legittime, di fronte ad un interesse pubblico si risolvano sempre in aspettative "frustrated" a meno che, nel proprio intervento legislativo, lo Stato abbia agito in maniera arbitraria, irragionevole o sproporzionata poiché "what is prohibited is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power"<sup>512</sup>.

#### 4. *Fair and equitable treatment e violazione del principio pacta sunt servanda*

Infine, con riguardo al rapporto tra standard in esame e contratto di investimento, occorre riportare l'indirizzo in base al quale, per effetto del *fair and equitable treatment*, un contratto di investimento riceve una tutela diretta, nel senso che il principio *pacta sunt servanda*, sotteso ad ogni contratto, sarebbe tale da ingenerare in ogni investitore la legittima aspettativa che il contratto verrà adempiuto.

E' stata infatti quindi avanzata la tesi che un contratto, per effetto del principio *pacta sunt servanda*, concretizzi, esso stesso, un'aspettativa forte tutelabile dal diritto internazionale poiché lo Stato, nel violare un contratto, agirebbe contrariamente all'obbligo di buona fede implicito nello standard<sup>513</sup>. Per effetto di tale interpretazione, la tutela assicurata dal *fair and equitable treatment* si risolverebbe, allora, nella medesima tutela che potrebbe essere garantita da un'*umbrella clause*<sup>514</sup>.

---

*notion such as the rules that the foreign investor must take the rules of a state as he finds him". Ibidem., The international law on foreign investment, cit., p. 356. Espressamente in tal senso, v. anche C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, International Investment Arbitration, cit., p. 237. Anche Schreuer sembra assumere una posizione più conservativa quando afferma che "a violation by the host State of its own law will not automatically amount to a breach of the FET standard. This would be the case only if the violations were systemic and were to affect the stability and transparency of the investment's legal environment", Fair and equitable treatment (FET): interactions with other standards, in Transnational Dispute Management, 2007, p. 357.*

<sup>512</sup> Raccoglie tali rilievi, come visto, il lodo *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, cit., parr. 332-333.

<sup>513</sup> In altri termini, il principio cardine di ogni rapporto obbligatorio, rappresentato dal *pacta sunt servanda*, ingenera nella controparte privata un affidamento all'adempimento di quel rapporto che viene tutelato dal diritto internazionale pattizio. Questa tesi viene in un certo qual modo sostenuta da Tudor, *op. cit.*, p. 196. Per l'A. tale indirizzo sarebbe supportato da lodo *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS v. Slovak Republic*, cit., *Final Award*, 29 dicembre 2004, per il quale il mancato adempimento, ed il rifiuto opposto al pagamento della *quantum* contrattualmente dovuto, potrebbe costituire una violazione dello standard. Egli ritiene che tale decisione si indirizzi, implicitamente, nella direzione da lui prospettata dal momento che il collegio qualificherebbe il mancato rispetto del contratto quale comportamento contrario a buona fede e la violazione del principio di buona fede non può risolversi che in una violazione del *fair and equitable treatment*. *Ib.*, 200. Analizzano nel dettaglio tale orientamento R. DOLZER, C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 140-142.

<sup>514</sup> Per tale assimilazione, v. C. SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Settembre 2007, p. 18; I. TUDOR, *op. cit.*, p. 196; R. DOLZER, C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 140.

La tesi non sembra condivisibile per una serie di ragioni, tanto di ordine specifico che generale. Anzitutto, non viene individuato quale tipo di inadempimento sia in grado di concretizzare la violazione dello standard<sup>515</sup> ma, per rappresentare una qualche ragione di novità, si deve pensare che lo standard sia in grado di rendere internazionalmente illecita qualsiasi violazione. Tale ricostruzione sembra poi ignorare che lo stesso dibattito teorico che ha riguardato gli accordi di sviluppo economico (ossia una categoria anche ben più ristretta rispetto ai contratti di investimento) si è proposto di dimostrare l'applicabilità del principio internazionale *pacta sunt servanda* a tali accordi<sup>516</sup> senza darlo, quindi, per presupposto.

Suscita poi maggiore perplessità il riferimento alla buona fede e, in particolare, l'affermazione secondo cui la violazione di un contratto si risolve *tout court* in una violazione dell'obbligo di buona fede insito nel *traitement juste ed équitable*.

Di certo, il principio della buona fede non è solo un principio generale del diritto internazionale<sup>517</sup>, ma rappresenta l'elemento costitutivo dello stesso standard pattizio, assieme alla nozione di abuso del diritto<sup>518</sup> e al divieto di condotte arbitrarie<sup>519</sup> (nozioni queste che, di fatto, convergono in un medesimo principio<sup>520</sup>). E' sicuramente contrario a buona fede, infatti,

---

<sup>515</sup> Se poi si intenda fare riferimento alla sostanziale espropriazione delle situazioni giuridiche patrimoniali in capo all'investitore, lo standard di trattamento si sovrapporrebbe al divieto di espropriazione confiscatoria, diventando in tal senso inutile.

<sup>516</sup> La teoria dell'internazionalizzazione dei contratti è stata infatti elaborata per affermare l'applicabilità del principio di diritto internazionale a quei rapporti in cui lo Stato diviene controparte contrattuale (pur restando il portatore di preminenti interessi pubblici) perché la violazione di un contratto retto da una legge regolatrice statale non sarebbe in grado di rilevare quale fatto valutabile dall'ordinamento internazionale, ovvero quale illecito internazionale.

<sup>517</sup> Tra le fonti di cui all'articolo 38, par. 1, lett. c, dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

<sup>518</sup> In via generale, lo stesso principio di buona fede viene riconnesso alla nozione di abuso del diritto stante la loro intima connessione. CHENG afferma che "*the principle of good faith which governs international relations controls also the exercise of rights by States. The theory of abuse of rights (abus de droit), recognized in principle both by the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice, is merely an application of this principle to the exercise of rights*". *Op. cit.*, p. 121. In merito, v. anche ODEDDINO, *op. cit.*, p. 31 e, per un'ampia bibliografia in merito, *Ibidem*, p. 32, sub nota 66. La nozione di abuso del diritto, tuttavia, non è stata esente da critiche nel senso che la stessa nozione di abuso del diritto è una questione controversa nel diritto internazionale, v. A. F. M. MANIRUZZAMANN, *State contract with aliens, the question of unilateral change by the state in the contemporary international law*, cit., p. 166-167, con riguardo alle posizioni espresse in merito dalla dottrina (che spaziano tra coloro che riconoscono nell'abuso di diritto un principio generale di diritto internazionale a coloro che non gli attribuiscono, invece, alcun valore). Ad ogni modo, "*there is thus no real difference in international law between the prohibition of abuse of right and the obligation to exercise a right reasonably and in good faith*". *Ibidem*, p. 167.

<sup>519</sup> Con riferimento al tale concetto, la dottrina ha tuttavia evidenziato come la nozione non riesca ad essere facilmente apprezzata. Si veda per tutti, F. V. G. AMADOR, *The Changing Law of International Claims*, cit., p. 189.

<sup>520</sup> Si sostiene che il *fair and equitable treatment* sia molto più specifico ed oggettivo rispetto al principio della buona fede e a quello di abuso del diritto. Per MANIRUZZAMANN, sebbene "*the prohibition of abuse of right, good faith and fair and equitable treatment are essentially the same, this last concept [...] is more specific than the other two in the context of foreign investment agreements and in relation to the exercise of any right by the State*", in *State contract with aliens*, cit., p. 167. Mann ritiene, invece, che il principio di buona fede sia il principio con maggior valenza descrittiva nello standard di *fair and equitable treatment*.

vanificare i meccanismi previsti per far valere la violazione di un contratto (vanificando i “*means of redress*”<sup>521</sup>) o assumere comportamenti arbitrari, ingiusti o abusivi. E sono proprio questi i principi ricompresi dall’obbligo di un trattamento pattizio *fair and equitable*<sup>522</sup>. In altri termini, nell’ambito dello standard, come per ogni altra *treaty claim*, è necessario che lo Stato abbia agito nella sua veste di soggetto sovrano.

Pertanto, affinché uno Stato possa aver violato l’obbligo di *fair and equitable treatment* è necessario che abbia posto in essere una “*conduct in the exercise of sovereign power*”, non essendo sufficiente “*for a claimant to invoke contractual rights that have allegedly been infringed to sustain a claim for a violation of the FET standard. Thus, [...] the alleged contract violations could not have amounted to a violation of the FET standard based on a theory of “legitimate expectations”*”<sup>523</sup>.

La conseguente irrilevanza di comportamenti assunti *iure gestionis* conferma – implicitamente - che lo standard in oggetto richiede che lo Stato abbia adottato comportamenti abusivi o arbitrari che abbiano frustrato le aspettative dell’investitore che, in tal senso, sono quelle che lo Stato non agisca abusando delle proprie prerogative<sup>524</sup> e non che lo Stato non adempia un contratto<sup>525</sup>.

---

“*Whether one speaks of unjustifiable discrimination, deliberate injury, arbitrariness, denial of justice in a broad sense, or abuse of rights, the essence of the matter is always the same. It is fair and equitable treatment or, as it is sometimes put, good faith that every State is internationally required to display in its conduct towards aliens. It is lack of equitable treatment, or good faith, that is the real and fundamental and, at the same time, the most comprehensive cause of action of which all other aspects of State responsibility are mere illustrations. The difficulties lie in the application rather than the existence of a doctrine, the substance of which is hard to deny*”. V. *On the Legal Aspects of Money*, Oxford, 2005, p. 514.

<sup>521</sup> Rispetto quindi alla valenza centrale nello standard in esame, prima che lo stesso subisse un’evoluzione in senso sostanziale. In questo senso, è sufficiente citare C. F. AMERASINGHE, *ult. op. cit.*, pp. 68-70.

<sup>522</sup> Indipendentemente dall’autonomia dello standard pattizio rispetto al diritto internazionale consuetudinario.

<sup>523</sup> Citando il par. 337 del lodo *Hamester v. Ghana* che così si esprime in merito allo standard di trattamento in esame. Anche nel lodo *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* si distingue chiaramente tra contratto e legittima aspettativa in grado di poter essere protetta dal diritto internazionale. “*It is evident that not every hope amounts to an expectation under international law. The expectation a party to an agreement may have of the regular fulfillment of the obligation by the other party is not necessarily an expectation protected by international law*. Così, lodo cit., par. 344. Nello stesso senso, seppur implicitamente, si può citare la decisione *Waste Management*, secondo la quale “[f]urthermore, while conduct (e.g. an expropriation) may at the same time involve a breach of NAFTA standards and a breach of contract, the two categories are distinct. Even as to Article 1105, while it will be relevant to show that particular conduct of the host State contradicted agreements or understandings reached at the time of the entry of the investment, it is still necessary to prove that this conduct was a breach of the substantive standards embodied in Article 1105. Showing that it was a breach of contract is not enough.”. Così, lodo 20 aprile 2004, par. 73.

<sup>524</sup> Per ogni *treaty obligation*, non escluso il *fair and equitable treatment*, è implicitamente previsto, infatti, il raggiungimento di una certa soglia di rilevanza che può essere raggiunta quando lo Stato abbia agito nell’ambito delle proprie prerogative sovrane.

<sup>525</sup> Senza contare che i *remedial rights* garantiti contrattualmente o, più in generale, da ciascun ordinamento, esistono in conseguenza della non poco probabile eventualità che uno dei due contraenti non esegua quanto promesso.

Questa tesi, che pretendere di assegnare allo standard pattizio lo stesso ambito protettivo che potrebbe essere garantito da un'*umbrella clause*, oltre a non trovare riscontro nella prassi, non ha accolto consensi nemmeno in dottrina<sup>526</sup>.

## 5. Stabilità dell'equilibrio contrattuale e diritto internazionale pattizio: conclusioni

La presenza del *fair and equitable treatment* non muta le conclusioni che si erano tratte con riguardo al valore dei codici sugli investimenti ai sensi del diritto internazionale generale, per il quale tali normative di stimolo hanno un'efficacia limitata, trattandosi di legislazioni generali che possono in ogni momento essere abrogate.

Lo standard di trattamento pattizio garantisce all'investitore un livello di protezione internazionale con riguardo alla stabilità di provvedimenti di stimolo quando queste normative generali siano state trasposte in specifici accordi o abbiano ricevuto un espresso richiamo o abbiano trovato puntuale riscontro in una precisa "offerta" riguardante un determinato investimento. Ed è proprio in conseguenza di ciò che si coglie la "forza" delle aspettative dell'investitore cui prima si faceva riferimento poiché, in assenza di una *specific* induzione, il quadro normativo generale è, per definizione e in ossequio alla piena sovranità statale, destinato a mutare nel tempo<sup>527</sup>.

In secondo luogo, deve essere possibile dimostrare che i benefici concessi in funzione attrattiva siano stati determinanti nella decisione di procedere con un investimento, anche se una parte della prassi sembra orientata a proteggere le aspettative dell'investitore quando sia intervenuto un specifico impegno a mantenere stabile il regime concesso. In tal senso, il *fair and equitable treatment* riesce pienamente a garantire l'investitore quando il rischio derivante da mutamenti del quadro normativo di riferimento sia stato garantito da precisi impegni di stabilizzazione o di intangibilità.

Ad ogni modo, la valenza sostanziale riconosciuta all'obbligo di trattamento consente ai tribunali arbitrali internazionali di esaminare, in concreto, pretese di natura contrattuale e di salvaguardare il sottostante equilibrio contrattuale qualora questo sia stato specificatamente

---

<sup>526</sup> CRAWFORD, osserva, in generale, che "*the doctrine of legitimate expectations should not be used as a substitute for the actual arrangements agreed between the parties, or as supervening and overriding source of the applicable law*". In *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 374. Anche SCHREUER ritiene che le pretese di origine contrattuale ed il loro adempimento non possano valere come aspettative tutelabili a livello internazionale, *Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards*, in *Transnational Dispute Management*, cit., p. 18.

<sup>527</sup> La decisione nella controversia *Total S.A. v. The Argentine Republic*, al par. 119, puntualizza che "*in fact, when relying on the concept of legitimate expectations, arbitral tribunals have often stressed that "specific commitments" limit the right of the host State to adapt the legal framework to changing circumstances*". In merito, v. anche *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 agosto 2008, par. 340, dove si indica chiaramente, tra l'altro, che la stabilità del quadro normativo deve anche interessare l'interpretazione dello stesso.



garantito da un determinato assetto normativo, alla luce, almeno per la tendenza prevalente, delle ragioni di interesse pubblico sottese agli interventi di modifica o di revoca dei benefici concessi.

A seguito dell'interpretazione evolutiva che ha interessato il *fair and equitable treatment*, la tutela della stabilità del quadro giuridico rappresenta oggi l'obbligo mediante il quale il diritto internazionale pattizio salvaguarda le legittime aspettative di un investitore, a prescindere dalla specifica fonte normativa (trattato, legge interna o contratto di investimento) da cui quel quadro discende, purché l'investitore sia in grado di dimostrare di aver deciso in favore di quell'investimento sulla base di garanzie (più o meno stringenti) all'uopo ricevute.

Ad oggi, tuttavia, non sembrano ancora emersi criteri consolidati per valutare il danno da lesione di aspettative legittime (a differenza di ambiti risarcitori più "rodati" come quello conseguente all'adozione di provvedimenti ablativi). La risarcibilità del danno dovrebbe essere valutata in ragione della specificità dell'impegno assunto in relazione alla non mutabilità del regime applicabile, considerando, altresì, sia le ragioni che hanno indotto uno Stato a modificare o a ritirare gli incentivi concessi in precedenza, che la natura abusiva di tali condotte<sup>528</sup>.

Dal lavoro fin qui svolto, relativo all'analisi delle *umbrella clauses* e del *fair and equitable treatment*, è opportuna una valutazione conclusiva rispetto a quale sia la tutela del diritto internazionale pattizio alla stabilità dei contratti di investimento e del sottostante equilibrio.

La necessità di attenuare la *ineherent instability* di tali contratti ha contraddistinto l'azione protettiva, sia del diritto internazionale, che quella attuale dei trattati sugli investimenti, finalizzate entrambe a contenere ed imbrigliare lo Stato nella sua connaturata duplice veste di contraente e regolatore (in parallelo alla funzione svolta, a livello contrattuale, dalle clausole di salvaguardia giuridica).

Nel diritto internazionale non è stata unanimemente riconosciuta l'esistenza di una norma che prescriva agli Stati di adempiere i contratti con i privati stranieri, sebbene la scuola internazionalistica abbia invece ritenuto applicabile il principio in forza dell'attrazione degli accordi di sviluppo economico nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale. In assenza di un livello protettivo di tipo convenzionale, il tentativo di neutralizzare l'alea sovrana si è quindi risolto nell'imporre il rispetto del principio *pacta sunt servanda* in maniera endogena, individuando l'ordinamento giuridico internazionale quale *ordre juridique d'enracinement*.

Con l'introduzione delle *umbrella clauses*, l'internazionalizzazione dei contratti di investimento (e quindi di una più ampia rispetto ai tradizionali accordi di sviluppo

---

<sup>528</sup> Espressamente in tal senso, W. T. WÄLDE, B. SABAHI, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2009, p. 31-32; P. CAMERON, *International Energy Investment Law*, p. 215 e pp. 418-419. Sebbene sia anche stata avanzata l'ipotesi di risarcimento in forma specifica (anche se non sembra che questo rimedio sia consentito dal diritto internazionale degli investimenti).

economico), anziché essere connaturata all'accordo, viene imposta quale effetto indiretto di un vincolo espressamente assunto in ambito pattizio e grazie al quale il principio opera da un livello sovraordinato e, quindi, su base esogena.

La origini stesse delle *umbrella clauses* ripercorrono, in parallelo, la teoria protettiva della internazionalizzazione degli accordi di sviluppo economico, con l'unica differenza che, come detto, se quest'ultima mirava a proteggere il contratto, sottraendolo alle sorti del dominio riservato dello Stato, le *umbrella clauses* dovrebbero internazionalizzarlo positivizzando un vincolo di osservanza.

Per quanto suggestivo possa essere che le norme *umbrella* internazionalizzino e trasformino un contratto di investimento in un rapporto di diritto internazionale, tale tesi sembra essere stata già confinata ai margini dalla prassi arbitrale. D'altronde, lo stesso orientamento di internazionalizzazione non ha saputo indicare sulla base di quale valutazione autonoma di diritto internazionale dovrebbe essere dichiarata la responsabilità dello Stato per aver violato un rapporto contrattuale e così, di fatto, rimettendo ogni questione alla *lex contractus* (forse scontando il fatto che l'interesse della dottrina si è maggiormente indirizzato a dimostrare il radicamento di tali contratti nell'ordinamento giuridico internazionale, piuttosto che a definire un corpo di regole sostanziali che concretizzi la supposta *international law of contract*).

A nostro avviso, come detto, l'ambito di rilevanza e gli effetti della norma *umbrella*, con riguardo ad un rapporto di natura contrattuale, sono quelli tracciati dall'orientamento integrazionista. Pertanto, la norma internazionale garantisce all'investitore l'opportunità di potersi avvalere di un foro contrattuale sussidiario quando quello prescelto in sede negoziale non sia in grado di poter essere attivato (senza che, in tutta evidenza, debbano essere soddisfatti i presupposti previsti dal diniego di giustizia).

Quanto alla stabilità dell'equilibrio contrattuale, sia le *umbrella clauses* che il *fair and equitable treatment* consentono all'investitore di avanzare pretese risarcitorie qualora lo Stato di accoglimento abbia modificato il regime applicabile, alterando sostanzialmente l'equilibrio contrattuale.

Con riferimento a provvedimenti emanati allo scopo di coinvogliare capitali stranieri, questi vengono attratti alla protezione pattizia quando sia possibile concludere che siano stati assunti nei confronti di determinati investimenti (ai sensi delle *umbrella clauses*) o che abbiano specificatamente indotto determinate scelte di investimento (ai sensi del *fair and equitable treatment*). In entrambi i casi, la stabilità dell'assetto contrattuale viene tutelata nella misura in cui sia possibile dimostrare che una normativa interna abbia un'incidenza qualificata nei confronti di un investimento e, quindi, nella misura (non agevole) in cui tale normativa possa essere declinata, rispettivamente, quale obbligo relativo ad un investimento o quale comportamento che abbia ingenerato legittime aspettative di tipo "forte". In merito, lasciano comunque perplessi quelle decisioni che hanno ritenuto che i provvedimenti di stimolo e, quindi, mere disposizioni unilaterali assunte da uno Stato sovrano, possano valere quale

obbligo assunto nei confronti di un investimento e, quindi, rilevare quale obbligo tutelabile da parte di un'*umbrella clause* (il riferimento, in questo caso, è al lodo *LG&E v. Argentina*).

La direzione convergente della protezione offerta, sia dal *fair and equitable treatment* che dalle *umbrella clauses*, si coglie anche con riferimento agli impegni contrattuali di salvaguardia giuridica ed economica che, infatti, vengono “intercettati” da entrambi gli obblighi pattizi.

Con riguardo a questi impegni contrattuali, è possibile affermare che il diritto internazionale degli investimenti abbia definitivamente riconosciuto la piena validità ed efficacia di tali impegni e che, in effetti, nessuno Stato contesta più tali clausole in termini di contrarietà alla sovranità statale.

In secondo luogo, se si guarda agli orientamenti prevalenti della prassi, si può ritenere che, allo stato attuale, né gli impegni *umbrella*, né l'obbligo di *fair and equitable treatment* si siano comunque imposti come garanzie sovraordinate in grado di stabilizzare l'equilibrio contrattuale e di attenuare – direttamente - la *inerehen instability* dei contratti tra Stato ed investitore.

In altri termini, la protezione del diritto internazionale degli investimenti non è ancora giunta a proteggere in maniera certa e definitiva l'equilibrio contrattuale e la stabilità del regime giuridico in assenza di precise norme contrattuali di salvaguardia giuridica o di garanzie equivalenti. In assenza di precisi impegni, infatti, è difficile dimostrare che uno Stato si sia vincolato a non esercitare le proprie prerogative o a garantire in maniera perdurante l'equilibrio economico pur a seguito di un avvenuto mutamento delle circostanze (stando almeno a quelle che sembrano essersi imposte come le tendenze interpretative prevalenti).

Pertanto, l'investitore che voglia garantirsi dall'alea *du sovranità* dovrebbe ancora fidare nel proprio potere negoziale per riuscire a beneficiare di apposite garanzie di stabilità che, in tal senso, sembrano essere tutt'altro che obsolete.

Da un punto di vista generale, ad ogni modo, è certamente meno problematico comprimere il potere regolatorio degli Stati a seguito di impegni assunti in un preciso strumento negoziale, ed in favore di un determinato investimento, piuttosto che incidere sulla sovranità statale per effetto dell'interpretazione evolutiva di obblighi pattizi dal contenuto espresso in termini comunque generici.

In un'ottica complessiva, infine, non si può non rilevare che la protezione dei contratti di investimento e del loro equilibrio sembrano ricevere una tutela più o meno equivalente da parte delle *umbrella clauses* e del *fair and equitable treatment*.

Entrambi gli obblighi pattizi, infatti, sembrano in grado di censurare le modifiche o le revoche di benefici garantiti da “specifiche” normative di afflusso di investimenti stranieri o da norme contrattuali di clausole di salvaguardia<sup>529</sup>.

---

<sup>529</sup> Oltre a quanto si è già avuto modo di esporre nell'analisi relativa ai due obblighi in esame, si può citare una considerazione espressa in merito dal lodo *Sempra v. Argentina*: “*specific obligations undertaken not to*

Alla luce di questa equivalenza, l'obbligo di *fair and equitable treatment* sembra tuttavia essere più adeguato a valutare la modifica o la revoca di situazioni di privilegio concesse agli investitori stranieri.

Nell'applicazione di tale standard, infatti, la tutela dell'investitore non viene garantita disconoscendo il diritto legittimo dello Stato di disciplinare questioni di interesse pubblico, in un'ottica di bilanciamento di interessi contrapposti che disvela un ruolo equilibratore e di sintesi svolto dallo standard pattizio, del tutto assente nella pretesa protezione autonoma delle *umbrella clauses*.

Sembra quindi più opportuno che la violazione degli impegni di salvaguardia giuridica ed economica, come ogni modifica di provvedimenti comunque indirizzati ad investimenti stranieri, vengano valutate nell'ambito del *fair and equitable treatment* poiché è solo con riferimento all'applicazione di tale standard che la prassi ha mostrato la sensibilità (oltre che l'opportunità) di non disconoscere, né la centralità della tensione pubblico-privato insita nei contratti di investimento, né la necessità di salvaguardare interessi pubblici e il diritto legittimo d'intervento dello Stato.

Tale valutazione bilanciata deriva, con ogni evidenza, dalla centralità del principio di buona fede per il *fair and equitable treatment*, insito anche nella sua interpretazione evolutiva.

In tal senso, il baricentro del principio viene situato nel quadro di legalità in cui la stesso opera, ossia il diritto internazionale dove lo Stato agisce quale soggetto sovrano. Ed è nel quadro di legalità posto dal diritto internazionale che la prassi ha determinato, alla luce dello standard, quali patti devono essere osservati e secondo quali modalità, dal momento che è in tale ambito che si pretende che debbano valere le aspettative dell'investitore all'esecuzione del contratto e al mantenimento del sotteso equilibrio economico. Invero, la dottrina ha già evidenziato, come anche in ambito contrattuale, lo stesso principio *pacta sunt servanda* venga temperato dalla buona fede e debba essere interpretato tenendo conto della relazione complessiva Stato-investitore. Tuttavia, di tale valutazione complessiva non si è rinvenuta traccia nella prassi applicativa delle *umbrella clauses* (soprattutto quando i tribunali arbitrali hanno dovuto valutare la compatibilità di modifiche del regime giuridico).

In questo senso, *a fortiori*, non sembra condivisibile la tesi che assegna alle *umbrella clauses* la funzione di stabilizzare l'accordo e di poter risarcire il danno conseguente a qualsiasi mutamento normativo pur anche in assenza di una clausola di stabilizzazione o di intangibilità.

---

*freeze the tariffs or subject them to price controls, to compensate for any resulting differences if such actions were in fact taken, and not to amend the License without the licensee's consent are among the obligations that typically come under the protection of the umbrella clause. There are other obligations contained in the License and the law that could also eventually fall under the protection of the umbrella clause, such as those concerning detailed aspects of the tariff regime. As some of these relate more closely to the breach of fair and equitable treatment, they have been considered above.* (così, par. 313).

In realtà, sarebbe comunque circoscritto l'eventuale ambito autonomo da assegnare alla norma *umbrella*, visto che può già essere dichiarata la responsabilità dello Stato in conseguenza di modifiche discriminatorie (per effetto delle quali entrerebbe in rilievo il divieto di trattamento discriminatorio), di un'espropriazione di diritti contrattuali (per la quale varrebbe il divieto di confisca) o di una modifica del quadro normativo in presenza di norme contrattuali di stabilizzazione o di garanzie equivalenti (per effetto delle quali troverebbe applicazione il *fair and equitable treatment*).

In conclusione, se si guarda all'odierna protezione offerta dai trattati bilaterali non sembrano esserci evidenti necessità di ulteriori forme di tutela in favore dei contratti di investimento e della loro stabilità. L'attuale quadro convenzionale sembra pienamente in grado di garantire la certezza del diritto e di tutelare i sottostanti interessi economici. D'altronde, la stessa tutela garantita dal diritto internazionale degli investimenti di tipo risarcitorio risulta più funzionale a proteggere l'equilibrio economico del contratto, piuttosto che a tutelare o ad imporre una regolamentazione pattizia o a sottrarre un contratto al dominio riservato dello Stato di accoglimento o a traslare gli inadempimenti contrattuali alla categoria degli *international torts*.

L'attuale sistema di protezione pattizia, per quanto di matrice per lo più bilaterale, ha comunque definitivamente consegnato al luogo della memoria le inefficienze della *fiction vatteliana*, a loro volta intimamente connesse ad una tutela primitiva delle posizioni giuridiche in capo all'investitore. Ora, infatti, un investitore che possa beneficiare di un livello di tutela sovraordinato può adire un foro neutrale, rappresentato da un *investor-State arbitration*, per far direttamente valere la violazione di obblighi internazionali di trattamento (di cui magari sia il diretto titolare), oltre che per far valere semplici pretese di natura contrattuale. In questo senso, rimane allora da verificare (nella prossima ed ultima sezione) se un investitore possa adire tale foro neutrale per far valere la violazione di obblighi internazionali assunti *aliunde*.

### *Sezione quarta*

#### ***Umbrella clauses aperte e fonti obbligatorie di diritto internazionale pattizio: l'investitore agisce dinanzi ad un arbitrato State-investor invocando l'avvenuta violazione di un obbligo dell'Accordo GATS***

##### **1. Ambito Generale d'indagine**

Concluso l'esame di quale sia l'ambito oggettivo delle *umbrella clauses*, con riferimento a fonti obbligatorie di natura interna, e di quale sia la tutela attualmente garantita dal diritto pattizio alla stabilità dell'equilibrio economico di un contratto, si vuole esplorare la possibilità che un investitore straniero possa utilizzare il meccanismo di risoluzione previsto da un trattato bilaterale per far valere la violazione di un impegno che lo Stato di accoglimento abbia assunto in occasione della sua appartenenza all'Organizzazione Mondiale del Commercio<sup>530</sup>.

Dal momento che la norma *umbrella* costituisce un varco grazie al quale riescono a trovare ingresso, nell'ambiente giuridico di un trattato bilaterale, rapporti giuridici che pure si collocano al di fuori di esso, si può ritenere che un investitore possa invocare, dinanzi all'istanza arbitrale prevista dal trattato, l'avvenuta violazione di un obbligo di diritto internazionale pattizio che lo Stato di accoglimento abbia assunto con riguardo ad un investimento.

La tesi è che non sussistano ostacoli per promuovere un giudizio riguardante l'avvenuta violazione, ad esempio, di un obbligo assunto nell'ambito del *General Agreement on Trade in Services* e che, nel sistema delineato da un trattato bilaterale, si possa apprezzare la lesione di una posizione giuridica dell'investitore derivante dalla violazione di una diversa *treaty obligation*. Per effetto di un'*umbrella clause* aperta, un investitore potrebbe quindi far valere la responsabilità internazionale dello Stato prevista dal sistema (o dal sub-sistema) predisposto da un trattato sugli investimenti. Contro tale possibilità non ci sembrano sussistere preclusioni, né con riferimento al quadro giuridico previsto da un trattato bilaterale, né con riferimento al sistema degli accordi multilaterali sulla liberalizzazione commerciale, né con riferimento a questioni di ordine più generale.

---

<sup>530</sup> Sulla quale, v. G. SACERDOTI, *La trasformazione del GATT nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. comm. Int.*, 1995, p. 73 ss; AA. VV., *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'OMC*, Napoli, 1998; G. VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004.

Per verificare tale ipotesi non si ritiene opportuno svolgere un'analisi finalizzata a bilanciare, in un'ottica complessiva, le differenze<sup>531</sup> e le similarità<sup>532</sup> esistenti tra un *bilateral investment treaty* ed un accordo quale il *General Agreement on Tariff and Trade*<sup>533</sup>. Si è invece deciso di saggiare tale possibilità sulla base delle obiezioni che uno Stato convenuto potrebbe sollevare in conseguenza di un'azione promossa a tal fine da un investitore straniero.

La direzione dell'indagine sarà quindi duplice, tentando di dimostrare la coerenza e la percorribilità di un'azione sorretta da una tale *causa petendi* rispetto, sia al quadro giuridico previsto da un trattato bilaterale, che al sistema posto dall'OMC e dai rispettivi accordi multilaterali.

Per quanto l'introduzione e la storia della norma *umbrella* indichino chiaramente che sia stata concepita per rispondere al bisogno di proteggere determinate situazioni giuridiche di natura contrattuale, non sussistono ragioni di sistema, almeno questo è quanto si sostiene, per non intravedere percorsi interpretativi che si discostino dalla originaria *raison d'être* della norma, in parallelo, tra l'altro, alle interpretazioni evolutive della stessa che già sono emerse, come visto, nella prassi arbitrale.

L'esame che segue - per quanto modesto e speculativo<sup>534</sup> - intende testare la tenuta di un'interpretazione "evolutiva" della norma pattizia, svincolata dalle ragioni storiche sottese alla sua introduzione, esplorando le potenzialità applicative rappresentate dalla combinazione del *varco-umbrella* con gli *unfiltered investor-State arbitrations*<sup>535</sup> previsti dai trattati bilaterali.

A nostro avviso, come diremo, il vincolo di osservanza riesce ad incorporare in un *bilateral investment treaty* (ma non da un trattato multilaterale<sup>536</sup>) altri obblighi pattizi (bilaterali o multilaterali che siano).

---

<sup>531</sup> Si pensi anche solo alle differenze strutturali o di scopo tra i due accordi.

<sup>532</sup> Entrambi attengono, infatti, alle regole di condotta riguardanti la vita e le relazioni economiche tra Stati, entrambi rappresentano discipline sovranazionali relative a regolamentazioni interne ed entrambi sono indirizzati, se non ad annullare la messa in atto di politiche protezionistiche e discriminatorie, quantomeno ad attutire gli effetti pregiudizievoli in capo ai soggetti privati (almeno in ultima analisi) che pretendano di agire ed investire in un mercato globalizzato.

<sup>533</sup> L'analisi, invero, avrebbe potuto focalizzarsi anche sull'accordo TRIPS.

<sup>534</sup> A quanto consta, nessun'azione in tal senso è stata ancora promossa. Al riguardo, cfr. anche E. SAMUELSON, S. EBERE, *Working Paper on GATS Negotiations on Domestic Regulation: Could a Foreign Investor Use GATS Disciplines in a BIT Claim?*, cit., in cui si connette l'obbligo *umbrella* all'Accordo GATS ma senza procedere ad alcun genere di analisi in merito.

<sup>535</sup> Per tale preoccupazione generale riguardante le aree inesplorate potenzialmente in grado di far espandere la competenza dei tribunali arbitrali internazionali, stante la genericità degli obblighi previsti da un BIT, v. T. W. WÄLDE, *Nouveaux Horizons pour le Droit International des Investissements dans le contexte de la Mondialisation de l'Economie. Etudes de questions spécifiques* (a cura di), Parigi, 2004, p. 144.

<sup>536</sup> Tra i trattati che disciplinano gli investimenti stranieri, infatti, se l'Accordo NAFTA non contiene alcuna norma *umbrella*, l'ECT, invece, contiene una norma di tipo chiuso rispetto alla quale, come si dirà non è possibile percorrere la tesi proposta.

## 2. Coerenza della tesi rispetto al regime giuridico predisposto da un BIT

In via generale, è indubbio che l'Accordo GATS sia un trattato che riguarda gli investimenti e gli investitori stranieri. In tal senso, è sufficiente pensare alle innumerevoli attività economiche di imprese straniere nei diversi settori energetici, nei servizi pubblici o in quelli relativi al settore finanziario o delle telecomunicazioni. La connessione esistente tra un trattato sugli investimenti stranieri e l'Accordo GATS è ben evidenziata, inoltre, dalle liste sottoscritte in deroga all'obbligo di trattamento della nazione più favorita previsto dall'articolo II del GATS.

Tra le deroghe assunte dagli Stati membri dell'OMC, infatti, alcune riguardano gli obblighi dagli stessi assunti in trattati bilaterali. Viene esclusa l'operatività dell'obbligo di MFN rispetto, ad esempio, alle *“the provisions of bilateral investment promotion and protection agreements which guarantee investors against the non commercial risks to which their investment is exposed”*; oppure rispetto al *“compulsory arbitration of investor/state investment disputes brought by or in respect of service supplier of countries which Canada have of may have agreements providing for such procedure”*<sup>537</sup>.

La connessione tra i due accordi è senza dubbio incontestabile quando l'investitore straniero fornisca, nello Stato di accoglimento, un servizio tramite una presenza commerciale che comporta l'accesso del prestatore del servizio nel territorio dello Stato di accoglimento e con ciò soddisfacendo la necessità che l'investimento protetto da un trattato bilaterale sia dislocato all'interno del territorio di tale Stato<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> In merito, si veda quanto riporta, con riferimento alle citate deroghe, rispettivamente sottoscritte dall'Uruguay e dal Canada, W. BEN HAMIDA, *MFN Clause and Procedural Matters: Seeking solution from WTO Experiences*, in T. Weiler, (ed.), *Investment Treaty Arbitration: A Debate and Discussion*, 2008, pp. 243-244.

<sup>538</sup> Si ricorda, anzitutto, che l'articolo I par. 2, lett.(c), del *General Agreements on Trade in Services*, *“For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of service [...] by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member.”* Mentre, *“commercial presence” means any type of business or professional establishment, including through 1) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person, or the creation or maintenance of a branch or a representative office, within the territory of a Member for the purpose of supplying a service.* Così, Articolo XXVIII, lett. d, Accordo GATS. Quanto al collegamento tra investimento protetto, da un lato, e territorio dello Stato di accoglimento, dall'altro, si consideri che molte volte, attraverso una lettura complessiva del trattato bilaterale in rilievo, non è sempre necessario che l'investimento si disloci effettivamente nel territorio nazionale. Alle volte, è sufficiente che lo Stato di “accoglimento” ne riceva comunque un beneficio. In tal senso, v. par. 237 del recente lodo *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, secondo cui *“the Tribunal considers that, unless contracting States have made “territoriality” an express pre-requisite for treaty coverage (which is not the case in the BIT), references to “territory” normally refer to the benefit that the host State expects to derive from the investment”*. In senso ancora più espansivo, incline a ritenere sufficienti i soli effetti positivi dell'investimento per lo Stato ricevente anche quando la definizione di investimento, accolta dal trattato, comprenda un elemento di tipo territoriale, v. *Consortium Groupement LESI-DIPENTA S.p.A. v. Algeria*, Award, cit., par. 14(i). Per un approfondimento in merito, si rimanda a C. KNAHR, *Investments “in the Territory” of the Host State*, in *International Investment Law for The 21<sup>st</sup> Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit p. 42 ss.



Di certo, la funzione dell'accordo GATS non è di promuovere e proteggere gli investimenti stranieri, ma di liberalizzare il settore dei servizi sulla base delle scelte governative assunte dagli Stati membri dell'OMC. Tuttavia, questa non potrebbe essere un'obiezione decisiva per impedire che un obbligo specifico di liberalizzazione non possa rientrare nella *potestas judicandi* dell'istanza arbitrale garantita da un trattato bilaterale. In tal senso, si consideri che i rapporti contrattuali, come visto, vengono attratti nell'ambito di un BIT e le controversie riguardanti la loro violazione possono essere decise da un *treaty based arbitration* per effetto di un' *umbrella clause*. Eppure, un contratto di investimento non viene stipulato allo scopo di "proteggere e promuovere" gli investimenti stranieri. E' la tutela internazionale, espressa da un foro neutrale e da un obbligo internazionale di osservanza, a garantire e promuovere, indirettamente, un investimento straniero.

E' solo il rispetto di tali obblighi ad essere funzionale alla protezione (e alla promozione) degli investimenti. Infatti, "*the context of [the umbrella clause] is a Treaty whose object and purpose is "the encouragement and reciprocal protection of investment," a treaty which contains specific provisions designed to accomplish that end, of which [the umbrella clause] is one*"<sup>539</sup>.

L'adempimento di un obbligo GATS relativo ad un investimento, pertanto, risulta funzionale alla promozione e alla protezione garantita da un BIT.

Per venire alla coerenza della nostra ipotesi con riferimento all'ambiente giuridico creato da un trattato bilaterale, nelle elaborazioni offerte dalla prassi nessuna decisione arbitrale ha fin'ora disconosciuto - *apertis verbis* - che possano avere rilievo, per l'ambito oggettivo della norma *umbrella*, e per il conseguente dovere di osservanza, obblighi che vedano in altri strumenti pattizi la loro fonte<sup>540</sup>. Anzi, alcuni lodi hanno chiaramente riconosciuto tale possibilità, sebbene il riconoscimento sia avvenuto in via ipotetica<sup>541</sup>.

<sup>539</sup> Così, *Eureko v. Poland*, par. 248.

<sup>540</sup> Nel lodo *Eureko v. Poland*, 246, ma con riferimento ad una controversia riguardante un rapporto contrattuale, si afferma che "*the "ordinary meaning" [...] of a provision prescribing that a State "shall observe any obligations it may have entered into" with regard to certain foreign investments is not obscure. The phrase, "shall observe" is imperative and categorical. "Any" obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but "any" – that is to say, all – obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party*". Par. 246. Anche la decisione assunta nella controversia *SGS v. Philippines*, non esclude il potenziale rilievo di altri obblighi, quando afferma che "*the term "any obligation" is capable of applying to obligations arising under national law, e.g. those arising from a contract; indeed, it would normally be under its own law that a host State would assume obligations "with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party"*". Par. 115.

<sup>541</sup> Non sono infatti mancate aperture in merito. "*The words "any obligation" are all encompassing. They are not limited to international obligations, or non-contractual obligations, so that they appear without apparent limitation with respect to commitments that impose legal obligations*. Così, par. 141, lodo *BIVAC B.V. v. Paraguay*. E ancora, "*in speaking of "any obligations it may have entered into with regard to investments", it seems clear that [the umbrella clause] is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law)*. Così, par. 95, lett. a, *Ad Hoc Committee, CMS v. Argentina*.

Nell'ambito degli orientamenti restrittivi ad oggi emersi, inoltre, le argomentazioni finalizzate a restringere l'operatività della norma pattizia non hanno riguardato l'ipotesi in esame. Come visto, infatti, le letture restrittive hanno riguardato le sole fonti di natura interna e, in tal senso, l'ambito oggettivo della norma è stata delimitato in ragione di due sole obiezioni. Per un verso, si è escluso che possano essere attratti alla garanzia *umbrella* semplici contratti commerciali che lo Stato abbia assunto quale *merchant* (dal momento che, nell'ambito di un trattato internazionale, dovrebbero valere i soli vincoli che lo Stato abbia adottato quale ente sovrano). Per un altro, l'ambito oggettivo della norma non potrebbe ricomprendere obblighi assunti unilateralmente, ma soltanto obblighi che derivino da un rapporto obbligatorio<sup>542</sup>.

Sulla base di tali obiezioni, gli obblighi derivanti dalla sottoscrizione di un trattato internazionale non rientrano in nessuna delle due argomentazioni restrittive fin'ora avanzate dalla prassi. Infatti, la sottoscrizione di un accordo internazionale rappresenta una fonte obbligatoria derivante da un vincolo che lo Stato di accoglimento assume, quale soggetto dell'ordinamento internazionale, e rispetto al quale sussiste una relazione obbligatoria assunta per via reciproca con gli altri Stati contraenti in una relazione *obligor-obligee*, sebbene di natura multilaterale.

Invero, nella sentenza arbitrale *Noble Ventures v. Romania* sono state avanzate alcune riserve in merito alla possibilità che un'*umbrella clause* possa ricomprendere nel proprio ambito anche obblighi internazionali. “*Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties*”<sup>543</sup>, *it is difficult to understand the notion “obligation” as referring to obligations undertaken under other “international” agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of pacta sunt servanda, there would certainly be no need for a clause of that kind*”<sup>544</sup>. Tali perplessità, allora, sono dettate più in ragione di una supposta inutilità pratica di una tale incorporazione.

A nostro avviso, invece, l'opportunità di attrarre alla norma altri obblighi internazionali, per i quali vale senza dubbio il principio *pacta sunt servanda*, risiede proprio nella possibilità che un investitore possa avvalersi dell'istanza arbitrale prevista da un trattato bilaterale per

---

<sup>542</sup> Sempre per rimanere nell'ambito degli orientamenti restrittivi, si ricorda che una prima limitazione riguarda ritiene che “*in speaking of “any obligations it may have entered into with regard to investments”, it seems clear that [the umbrella clause] is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law)*”. La seconda limitazione ricavabile dalla norma aperta viene espresso ad obblighi specifici riguardanti gli investimenti e che, pertanto, il vincolo di osservanza non riguardi “*general requirements imposed by the law of the host State. (b) Consensual obligations are not entered into erga omnes but with regard to particular persons. Similarly the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee*”. Così, par. 95 *Ad Hoc Committee, CMS v. Argentina*, rispettivamente, lett. a e lett. b.

<sup>543</sup> Si pensi, invece, agli accordi internazionali che li Stati stipulano per garantire, ad esempio, il passaggio di oleodotti e che riguardo precisamente la protezione dell'investimento ed anche gli oneri di passaggio.

<sup>544</sup> Par. 51.

ricevere il ristoro del danno eventualmente subito in conseguenza della violazione di un obbligo internazionale non previsto dallo stesso trattato bilaterale. Se c'è un effetto che tutti gli orientamenti fin'ora emersi hanno riconosciuto è proprio quello che la norma *umbrella* determini un ampliamento della competenza di un *treaty based arbitration*, offrendo un “*extra-mechanism for the enforcement of claim*”<sup>545</sup>. La stessa tendenza restrittiva che esclude la competenza del tribunale arbitrale, ma con riguardo ai soli contratti assunti *jure privatorum*, avanza tale limitazione, come visto, sulla base delle conseguenze negative che una tale competenza avrebbe sulla separazione esistente tra ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni. Per altre *treaty obligations*, pertanto, non dovrebbe valere nessuna delle riserve ad oggi avanzate dalla prassi.

Anche la dottrina non sembra aver espresso particolari rilievi ostativi in merito alla eventualità che la norma *umbrella* richiami, al proprio vincolo di osservanza, atti di natura internazionale<sup>546</sup>.

Per passare alle caratteristiche che deve presentare un BIT affinché un investitore possa invocare –quale *treaty claim*- la violazione di un obbligo GATS, nella cornice normativa del trattato bilaterale deve essere presente un'*umbrella clause* che abbia fatto assumere allo Stato di accoglimento il vincolo di adempiere “*any obligation*”, oppure “*any other obligation, with regard to investments*”.

E' infatti possibile che nella competenza *ratione materiae* di un'istanza arbitrale prevista da un trattato bilaterale possano rientrare altri obblighi internazionali se l'*umbrella clause* in rilievo appartiene alla tipologia aperta (o alla sotto-categoria rappresentata da un'*umbrella-ponte*<sup>547</sup>). La sfera di azione del vincolo di osservanza posto dalle norme rientranti nella variante aperta, come visto, non è limitato a rapporti di natura contrattuale o a rapporti con determinati soggetti o con i rispettivi investimenti. Le norme pattizie della variante aperta sono quindi più funzionali alla tesi che pretenda di attrarre, nell'ambito gravitazionale di un

<sup>545</sup> E' sufficiente richiamare in merito J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 374.

<sup>546</sup> Alcuni autori hanno sostenuto tale possibilità in termini generali. Cfr., M. SALEM, *Le développement de la protection conventionnelle des investissements étranger*, in *Journal de Droit Int.*, 1986, p. 613; G. GALLINS, *Bilateral Investment Protection Treaties*, in *Journ. of Energy & Natural Resources Law*, 1984, p. 84, il quale ritiene che la norma ricomprenda anche obblighi internazionali, per il quale la norma *umbrella* “*could include both commitments made in state contracts and commitments made by other means*”. In tal senso, A. CARLEVARIS, *La competenza dei tribunali arbitrali internazionali tra violazione dei trattati sugli investimenti e violazione delle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 442, ritiene che “*la nozione di obbligazione oggetto della clausola tuttavia non è in genere definita nei trattati. In assenza di indicazioni al riguardo, essa deve ritenersi sufficientemente ampia da ricomprendere tutti gli obblighi assunti dallo Stato, a prescindere dalla natura dell'atto –normativo o negoziale- interna od internazionale- in cui l'obbligo ha la propria fonte*”.

<sup>547</sup> Quale *treaty sample* per l'ipotesi che viene sostenuta in tale sezione, si consideri il Trattato bilaterale tra Cina e Germania del 2003, il cui articolo 10, par. 2, prevede che “*Each Contracting Party shall observe any other obligation it has entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.*”

trattato bilaterale, vincoli che lo Stato di accoglimento abbia assunto su di un piano generale (quale quello GATS) e non, invece, *uti singoli* o con riguardo ad uno dato investimento.

Il dato dell'*umbrella* aperta in cui l'obbligo di osservanza viene assunto con riferimento a "*any obligation*" consente quindi di attrarre ogni fonte obbligatoria; al contempo, il riferimento generico ad "*investments*" non impone di includere i soli obblighi che siano stati assunti con specifico riferimento ad un investimento o ad un determinato investitore.

Tuttavia, per quanto il tenore letterale di un'*umbrella clause* aperta abbia un largo spettro inclusivo, la percorribilità della tesi in esame deve essere valutata alla luce di una lettura sistematica di un trattato bilaterale. Infatti, l'ampio riferimento della norma internazionale a "*any obligation*", è comunque soggetto ai limiti più generali derivanti dalla natura e dall'oggetto del trattato bilaterale.

Con riferimento alla sistema di protezione garantito da un trattato bilaterale sugli investimenti, in aggiunta alla presenza di un'*umbrella clause* aperta, è inoltre necessario che la clausola di risoluzione delle controversie tra Stato ed investitore straniero risulti ampia<sup>548</sup> e che la competenza del tribunale arbitrale non sia limitata alle controversie riguardanti i diritti nascenti dal solo trattato<sup>549</sup> poiché, in tal caso, non sarebbe possibile sostenere una *potestas decidendi* nella nostra ipotesi.

In terzo luogo, è necessario l'investitore possa provare la corrispondenza tra il proprio investimento e la tipologia di *assets* e diritti protetti dal trattato bilaterale<sup>550</sup>. In tutta evidenza, l'investitore deve poter vantare una situazione giuridica e patrimoniale sussumibile nella tipologia di investimento protetto dal trattato bilaterale. A questo riguardo, si pensi a quei trattati bilaterali che non contengano una definizione di investimento omini-comprendiva (in

<sup>548</sup> Nel nostro caso, l'articolo 9, par. 1, del BIT tra Germania e Cina, si limita a stabilire che "*Any dispute concerning investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party should as far as possible be settled amicably between the parties in dispute*".

<sup>549</sup> In tal senso, si consideri che, ai nostri fini, i termini di alcune convenzione arbitrali precluderebbero l'ipotesi in esame. A titolo esemplificativo, si consideri l'articolo 7 del trattato tra Stati Uniti e Argentina del 1991, in base al quale "*for purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment*". Sempre a titolo esemplificativo, si consideri un patto arbitrale che limita la competenza di un *treaty based arbitration* alle sole questioni riguardanti l'accordo bilaterale, come l'articolo 8 del trattato tra Italia ed Argentina in base al quale "*qualsiasi controversia relativa agli investimenti insorta tra una Parte Contraente ed un investitore dell'altra, riguardo problemi regolati dal presente Accordo, sarà per quanto possibile risolta mediante consultazioni amichevoli tra le parti in controversia medesime*".

<sup>550</sup> In questo caso, qualora la domanda di arbitrato dovesse indirizzarsi per la competenza dell'ICSID, non dovrebbero sussistere obiezioni alla copertura prevista dall'articolo 25 della Convenzione di Washington per un contratto relativo ad un settore energetico e, per quanto sussistano divergenze con riferimento alle caratteristiche o ai requisiti che devono essere soddisfatti per rientrare nell'ambito dell'investimento, in tal caso non dovrebbero sussistere obiezioni di sorta. Quanto poi alla corrispondenza rispetto alla definizione di investimento accolta dal singolo trattato sugli investimenti è ovviamente necessario che l'investimento sia un investimento protetto.

base alle quale investimento protetto è non solo una società o una impresa ma anche una partecipazione societaria o una qualsiasi “*claims to money or to any other performance having an economic value associated with an investment*”<sup>551</sup>), ma che selezionano e tipizzano gli investimenti rientranti nell’ambito dello strumento pattizio, includendo, ad esempio, soltanto alcune tipologie contrattuali<sup>552</sup>.

In quarto luogo, affinché l’ipotesi in esame possa essere concretamente percorribile, l’investitore deve poter indicare che l’obbligo assunto in sede GATS, e di cui venga invocata la violazione ai sensi dell’*umbrella clause*, sia una misura “*with regard to investments*”.

Se la norma *umbrella* aperta consente di ricomprendere nel proprio ambito oggettivo la fonte obbligatoria rappresentata da un diverso trattato internazionale, affinché la norma possa dispiegare effettivamente la propria capacità inclusiva, ed attrarre quell’obbligo internazionale, deve necessariamente sussistere una relazione tra l’obbligo GATS e l’investimento cui il trattato bilaterale offre protezione.

L’unico limite che incontra l’interprete, per poter sanzionare in ambito bilaterale il mancato rispetto di una diversa *treaty obligation*, è rappresentato dall’attinenza diretta tra l’obbligo GATS violato e l’investimento protetto. Senza dubbio, l’obbligo assunto in sede multilaterale deve poter essere apprezzato quale “*obligation with regard to investments*” poichè, solo in tal modo, potrà rientrare nell’ambito di applicazione *ratione materiae* dell’*umbrella clause* aperta in rilievo.

Infatti, per quanto il vincolo di osservanza sia espresso in termini generali (*any obligation* oppure *any other obligation*), il suo ambito è comunque delimitato nel suo oggetto perché gli impegni sottesi devono avere come *target* un investimento protetto dal trattato<sup>553</sup>. L’obbligo internazionale deve quindi avere un’attinenza specifica all’investimento protetto.

Infine, affinché la norma *umbrella* possa permettere ad un investitore di promuovere un’azione dinanzi al tribunale arbitrale previsto dal trattato, l’investitore deve altresì dar prova che la stessa violazione dell’obbligo GATS abbia un’incidenza diretta sull’investimento protetto dal trattato.

In altri termini, la violazione di un impegno assunto in sede multilaterale deve necessariamente avere un’incidenza diretta sul patrimonio e sui diritti dell’investitore provocata dalla condotta internazionalmente illecita in rilievo e l’investitore deve poter dimostrare l’esistenza di un danno *-as a result either of a legislative act or omission-*. Questo è quindi un requisito che concerne la stessa esperibilità dell’azione, ovvero l’*an debeatur*.

---

<sup>551</sup> Nel trattato bilaterale Cina-Germania del 2003, che abbiamo assunto come paradigma di riferimento, l’articolo 1, par. 1, prevede che “*for the purpose of this Agreement the term "investment" means every kind of asset invested directly or indirectly by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and in particular, though not exclusively, includes: [...] (c) claims to money or to any other performance having an economic value associated with an investment*”.

<sup>552</sup> A titolo esemplificativo, si consideri l’articolo 1139 dell’Accordo NAFTA che non ricomprende i contratti relativi alla fornitura di servizi.

<sup>553</sup> V. *LG&E v. Argentina, Decision on Liability*, cit., par. 175

Una volta che il *treaty based arbitration* ritenga di avere *potestas decidendi* e sia quindi stata ammessa l'esperibilità dell'azione a seguito della suddetta incidenza qualificata, si dovranno verificare i danni risarcibili, ossia i danni che siano conseguenza immediata e diretta della violazione e dell'illecito internazionale posto in essere.

Tra gli obblighi GATS che possono venire in rilievo, vi sono non soltanto quelli generali ma anche gli obblighi specifici in relazione al trattamento nazionale o all'accesso al mercato.

Nella misura in cui uno Stato abbia incluso un determinato settore nella propria lista di impegni specifici, in particolare con riferimento alla modalità di fornitura rappresentata dalla *commercial presence*, un investitore che abbia investito in uno dei settori liberalizzati dallo Stato di accoglimento potrà far valere la violazione, ad esempio, di uno degli impegni connessi all'obbligo di Accesso al Mercato ai sensi dell'articolo XVI del GATS<sup>554</sup>.

### 3. Effetto diretto delle norme di un BIT ed arbitrato *State-investor*

Poiché si sta sostenendo che un investitore possa invocare la responsabilità internazionale dello Stato di accoglimento per aver violato un obbligo assunto in seno all'accordo GATS, è ipotizzabile che lo Stato chiamato a rispondere, dinanzi ad un *treaty based arbitration*, della violazione di tale obbligo per effetto del vincolo *umbrella*, possa eccepire che l'investitore non possa invocare una norma internazionale inidonea a conferire diritti in capo agli individui.

#### 3.1. L'effetto diretto delle norme internazionali

Nell'ottica di un giudice interno, è ben noto che, a parte qualche eccezione<sup>555</sup>, la maggior parte degli ordinamenti escludono che gli Accordi di Marrakech abbiano creato in

---

<sup>554</sup> Si supponga che lo Stato di accoglimento abbia assunto l'obbligo di garantire ai prestatori stranieri l'accesso al mercato mediante la modalità della presenza commerciale e che l'investimento sia stato ammesso sulla base di tale impegno. Si pretenda che lo Stato abbia poi emanato una normativa interna che imponga a tutte le imprese straniere che vogliano continuare ad operare in quel particolare mercato di costituire nuove società ai sensi del proprio ordinamento interno, in luogo del più agevole mantenimento di filiali o che fissi il numero massimo di persone che possano essere impiegate dai prestatori di quel particolare servizio<sup>554</sup>. In tale scenario, l'investitore straniero potrà proporre un'azione per l'avvenuta violazione dell'obbligo previsto dall'articolo XVI, par. 2, lett. e, dell'Accordo GATS che vieta agli Stati membri di adottare misure che impongano una forma specifica di personalità giuridica o di organizzazione dell'impresa per la prestazione di servizi. L'investitore, in questo caso, oltre a far valere il divieto di discriminazione rispetto alle imprese nazionali, previsto anche dal trattato bilaterale sugli investimenti, pretende di far valere il più incisivo obbligo di *accesso al mercato* assunto dallo Stato di accoglimento.

<sup>555</sup> Come quella rappresentata, ad esempio, dall'ordinamento argentino, su cui v. A. SANTA MARIA, *Diritto Commerciale Europeo*, Milano, 2008, p. 385. Per una recente e completa disamina in merito alla

capo ai soggetti privati diritti soggettivi che siano azionabili dinanzi alle autorità giudiziarie dei rispettivi Stati membri (né in rapporti diretti o verticali) e tale negazione dell' idoneità a produrre effetti diretti è avvenuta tanto per via legislativa<sup>556</sup> che giurisprudenziale. Con riguardo a quest'ultima ipotesi, il richiamo è d'obbligo al sistema comunitario e al diritto dell'Unione Europea<sup>557</sup>. Stante la competenza concorrente tra Stati membri ed Unione Europea con riguardo all'Accordo GATS e all'Accordo TRIPS<sup>558</sup>, i diversi riferimenti, contenuti in questa sezione alla giurisprudenza della CGCE, potrebbero apparire fuori luogo con riguardo al GATS. Tuttavia, occorre mettere in rilievo che tale richiamo risulta pertinente se si considera che la Politica Commerciale Comune dell'Unione Europea estende ora all'UE la competenza esclusiva in materia di “*conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale*”<sup>559</sup>. Quale dato di partenza, le norme poste dall'OMC non sono suscettibili di efficacia diretta e, quindi, non vengono ritenute idonee per creare diritti ed obblighi direttamente azionabili dai singoli nei rispettivi ordinamenti interni.

---

direzione negativa assunta dai principali ordinamenti statali, si rimanda a AA. VV., *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, (a cura di C. Dordi), Torino, 2010.

<sup>556</sup> Come nell'ordinamento statunitense.

<sup>557</sup> A partire dalla famosa sentenza *International Fruit* (del 12 dicembre 1972, Cause riunite 21-24, in *Raccolta* 1972, p. 1219 ss.), la giurisprudenza della Corte ha costantemente escluso che dall'Accordo GATT del 1947, prima, e dall'Accordo istitutivo dell'OMC e dai suoi allegati, poi, possano derivare diritti ed obblighi direttamente in capo ai privati, riaffermando che gli accordi danno vita a diritti e doveri tra i soli Stati membri che non possono produrre effetti diretti nell'ordinamento comunitario. In tal senso, basti ricordare la sentenza *Portogallo c. Consiglio* (sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/96, in *Raccolta* 1999, p. 8395), *P. Petrobub c. Consiglio*, sentenza 9 gennaio 2003, in causa C-76/00, in *Raccolta*, 2003, p. 1), oppure *Léon Van Paysrs* (sentenza 1 marzo 2005, causa C-377/02, in *Raccolta*, 2005, p. 130). La negazione degli effetti diretti, infatti, è stata espressamente sancita dal *Considerando* incluso nel preambolo della Decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994, dove si afferma esplicitamente che la natura degli Accordi di Marrakech è tale per cui non possano essere invocati direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri (in proposito, v. G. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al GATT 1994” gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 409). Per un approfondimento che in questa sede non è possibile nemmeno esaminare brevemente, si rimanda a G. SACERDOTI, *Application of GATT by domestic Courts*, in *LYIL*, 1976, p. 224-247; G. VENTURINI, *Sulla diretta applicabilità delle norme del GATT*, in *Riv. dir. int.*, 1983, p. 784 ss.; M. VELLANO, *Osservazioni in tema di diritta applicabilità del GATT: opportunità di una svolta interpretativa*, in *Giur. it.*, 1995, I, cc. 1154-1154. S. MANSERVISI, *Ancora una pronuncia della Corte di giustizia sul tema degli effetti delle disposizioni di diritto internazionale pattizio*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 636-640; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 202, p. 545. Quanto all'ordinamento statunitense, v. G. GATTINARA, *The Relevance of WTO law in the US Legal System*, in *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, (a cura di C. Dordi), cit., p. 275 ss.

<sup>558</sup> Per tutti, v. A. REINISCH, *GATT/WTO Law in Austrian Legal order, The absence of direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, cit., p. 270.

<sup>559</sup> Articolo 207, paragrafo 1, *Versione Consolidata del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*. Se la CGCE dovesse quindi confermare il suo costante indirizzo, espresso in particolar modo con riguardo all'Accordo GATT, i richiami a tale prassi non risultano privi di importanza. In merito, v. P. EECKHOUT, *EU External relations Law*, Oxford, 2011, p. 58-61 e p. 279; F. BESTAGNO, *Le implicazioni dell'allargamento dell'Unione europea per l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Le nuove sfide per l'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione* (a cura di G. VENTURINI, G. COSCIA, M. VELLANO), Milano, 2005, p. 29 ss..

A parte i casi in cui sia uno strumento internazionale ad indicare la propria efficacia diretta<sup>560</sup>, se un trattato sia in grado di produrre tali effetti e, quindi, se sia direttamente azionabile sul piano interno, è una questione che deve essere risolta interpretando il trattato o la norma in rilievo e verificando se la volontà degli Stati contraenti abbia inteso porre una norma direttamente invocabile dai privati<sup>561</sup>.

La giurisprudenza internazionale, fin dalla sentenza *Danzig Railway Officials*, ha riconosciuto l'idoneità di una norma internazionale a produrre diritti ed obblighi invocabili dai privati dinanzi agli organi statali, superando la concezione classica di un diritto statale limitato ai soli rapporti inter-statali<sup>562</sup>.

In via generale, la questione dell'efficacia diretta di una norma internazionale rientra nell'ambito dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno e, in tale cerchia di interazioni, occorre distinguere diverse aspetti. Tra questi, risultano fuori dal nostro spettro d'indagine le norme interne che, in ciascun ordinamento, regolano la partecipazione e la

---

<sup>560</sup> Ad esempio, per quanto riguarda la diretta applicabilità dei regolamenti comunitari, è lo stesso articolo 288 della *Versione Consolidata del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea* a stabilire che tali provvedimenti non hanno bisogno di norme di attuazione negli Stati membri dell'UE (già l'articolo 189 Trattato CE). Per tutti, v. T. BALLARINO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 196-197.

<sup>561</sup> Che necessita di procedimento interpretativo che guardi non soltanto al contenuto della norma, ma anche alle modalità di attuazione predisposta dal singolo ordinamento in rilievo. Al riguardo, L. CONDORELLI, *Il giudice italiano*, cit., p. 61 ss.. V. anche nota successiva.

<sup>562</sup> E' da questa sentenza che, infatti, nasce ogni successiva elaborazione in merito all'effetto diretto dei trattati internazionali. La Corte Permanente di Giustizia Internazionale, sebbene premetta che "*in conformità di un radicato principio di diritto internazionale*" un trattato internazionale "*non può, come tale, creare direttamente diritti e obblighi per gli individui*", riconosce che "*lo scopo effettivo di un trattato internazionale, secondo l'intenzione degli Stati contraenti, può essere l'adozione ad opera delle parti di determinate regole che creano diritti e obblighi per gli individui, attuabili in maniera coercitiva dai tribunali nazionali*". V. *Danzig Railway Officials, Advisory Opinion*, 2 marzo 1928, in *PCJI, Series B*, no. 15, p. 3. In merito a tale decisione, v. S. SCHWEBEL, *The Law Applicable in International Arbitration: Application of Public International Law*, cit., p. 568; T. BUERGENTHAL, *Self-executing and non self-executing treaties in national and international law*, in *RCADI*, 1992, p. 327. Di recente, la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, *Germany v. United States of America*, 2001, *ICJ Report*, 2001, 466, ha valutato la violazione da parte delle autorità statunitensi dell'articolo 36 della Convenzione di Vienna del 1936 sulle relazioni consolari. In merito a tale norma, che prevede l'informazione del diritto all'assistenza consolare, la Corte ha ritenuto che il comportamento assunto dagli Stati Uniti non costituisce soltanto una violazione di un diritto degli Stati contraenti, ma che avesse altresì leso il diritto esistente, in virtù della norma, in capo ad un individuo. In merito, v. O. SPIERMANN, *The "LaGrand" case and the individual as a subject of International Law*, in *Austrian Journal of Public and International Law*, 2003, p. 197-221. Sugli ulteriori sviluppi in merito, specie a seguito del caso *Avena*, v. P. TISNE, *The ICJ and Municipal Law: the Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U. S. Courts*, in *Ford. Inter. Law Jour.*, 2006, p. 865 ss.; A. B. SEPÚLVEDA, *Diplomatic and Consular Protection: the Rights of the State and the Rights of the Individual in the "LaGrand" and "Avena" Cases*, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 1097 ss. Negli ordinamenti interni, ad esempio, la Corte Suprema Americana (nel caso *Foster v. Neilson*) aveva abbandonato, già nel 1829, la tradizionale visione che non permetteva agli individui di rivendicare diritti posti da trattati internazionali. In merito a tale caso, v. J. O'BRIEN, *International Law*, London, 2001, p. 126. In merito, v. anche F. FRANCONI, *The rights of access to justice under customary international law*, in *Access to justice as a human rights* (a cura di), Oxford, 2007, p. 30-36).



conclusione di accordi internazionali<sup>563</sup>. Parimenti, non rilevano in questa sede quali siano le norme per assicurare l'applicabilità interna dei trattati internazionali, regole queste relative all'adattamento di ciascun ordinamento interno al diritto internazionale.

Al di là delle norme riguardanti l'adattamento, la questione, ben più complessa che occorre analizzare, riguarda, da un lato, la possibilità che un trattato possa essere applicato direttamente in un ordinamento interno (essendo *self-executing*) e, dall'altro, l'effetto diretto di una norma internazionale, ossia l'idoneità di un trattato a produrre diritti ed obblighi direttamente "azionabili" sul piano interno da soggetti privati.

Invero, tali questioni sono trattate diversamente dagli ordinamenti, anche da un punto di vista meramente terminologico. Se alcune volte, nel riferirsi alla natura *self-executing* delle norme internazionali, si allude alla capacità delle stesse di dispiegare effetti giuridici nei confronti dei privati<sup>564</sup>, altre volte, invece, il termine *self-executing* indica che non si rende necessaria una specifica attività attuativa nell'ordinamento interno, in quanto la norma internazionale ed il sottostante obbligo risultano direttamente applicabili senza che sia necessario una qualche norma di attuazione e, in questo caso, l'accezione si riferisce, più propriamente, alla diretta applicabilità di un trattato o di una norma internazionale<sup>565</sup>.

La direzione che occorre percorrere è comunque quella rappresentata dagli effetti di un trattato internazionale sulle posizioni giuridiche dei privati. In altri termini, occorre privilegiare la visuale relativa alla verifica dell'attitudine di uno specifico trattato, o di una

<sup>563</sup> In generale, si veda L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova, 1974; A. BLECK-MANN, *Self-executing treaty provisions*, in *Enc. Public int. Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 2000, p. 374 ss..

<sup>564</sup> Nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, per indicare che una norma internazionale sia dotata di efficacia diretta si fa riferimento a norme auto-applicanti (ossia norme *self-executing*). V. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto cit.*, p. 542. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ad esempio, utilizza in maniera indifferente le nozioni di "applicabilità diretta" e di "effetto diretto". Per contro, nell'ordinamento statunitense, un accordo *self-executing* è ritenuto un accordo pienamente operante, ma non necessariamente suscettibile di produrre effetti diretti nei confronti dell'individuo (PICONE, LIGUSTRO, *Diritto cit.*, p. 542-543). In merito, v. anche v. R. PAVONI, *Norme self-executing in materia di diritti umani e diritto umanitario e violazione del diritto di accesso alla giustizia nella recente prassi statunitense*, in *Accesso alla Giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, a cura di Francioni, Gestri, Ronzitti, Scovazzi, Milano, 2008, p. 305 ss.; IWASAWA, *The Doctrine of self-executing Treaties in the United States: a critical analysis*, in *Virginia journal of International law*, 1986, p. 627. La dottrina, in realtà, opera un distinguo tra le due nozioni. Per T. BOURGENTAL, l'effetto diretto di una norma internazionale è una questione che riguarda il solo diritto internazionale, a differenza della differente questione della diretta applicabilità di un trattato all'interno di un ordinamento. "Whether a treaty is or is not self-executing is a domestic law question; whereas the question whether the States parties to it intended its provisions to be directly enforceable as such on the domestic plane is a question of international law", *op. cit.*, p. 317. Quanto all'ambito del diritto comunitario, v. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, p. 202 ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale*, 2009, p. 239 ss.; T. C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2003, p. 203 ss.. V. anche G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, p. 173, secondo il quale, invero, la distinzione tra applicabilità diretta ed efficacia diretta non trova riscontro nella giurisprudenza, *op. cit.*, p. 183.

<sup>565</sup> Sul tema degli accordi internazionali *self-executing*, v. L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974, p. 28 ss.; CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Dig. IV/Pubblico*, 1997, p. 391 ss..

norma internazionale, ad avere effetti diretti e all'analisi di quali siano le condizioni in base alle quali gli individui possono invocare delle norme internazionali dinanzi ai giudici interni.<sup>566</sup>

### 3.2. Arbitrato ed effetto diretto delle norme internazionali

Se, dunque, la maggioranza degli ordinamenti non riconosce che gli Accordi di Marrakech siano produttivi di effetti diretti, è ipotizzabile, come detto, che lo Stato chiamato a rispondere, dinanzi ad un *treaty based arbitration*, della violazione di un obbligo GATS possa eccepire che l'investitore non possa invocare una norma internazionale idonea a conferire diritti in capo agli individui nel proprio ordinamento.

Rispetto ad una tale eccezione occorre allora domandarsi quale sia la valutazione cui sia chiamata un'istanza arbitrale chiamata ad applicare una norma internazionale pattizia invocata a proprio favore da un investitore privato che ne lamenta la violazione. In altri termini, bisogna chiarire se un arbitrato Stato-investitore chiamato ad applicare delle norme internazionali debba posizionarsi, di fronte a tali norme, negli stessi termini di un giudice interno. In tal senso, gli ovvi percorsi ipotizzabili potranno accogliere o rigettare una tale assimilazione.

Invero, se in termini di tema d'indagine ci si sta inserendo nel classico solco tracciato dall'analisi degli effetti diretti di una norma internazionale (e, nella fattispecie, degli effetti di una norma prevista in sede OMC), non ci sembra che tale tipo di interazione sia stata approfonditamente studiata con riferimento ad un arbitrato internazionale.

L'unico caso, a quanto consta, in cui un tribunale arbitrale abbia proceduto all'analisi dell'effetto diretto di un trattato internazionale, è il lodo *Italsolfar v. Centre International de lutte Contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS)*<sup>567</sup>, in cui il collegio ha ritenuto, di fronte all'obiezione sollevata dal convenuto, di dover valutare se la norma internazionale in rilievo avesse o meno efficacia diretta. Nella fattispecie, veniva contestato che l'articolo 238 della

---

<sup>566</sup> J. H. JACKSON, *Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. The Status of treaties*, in *Am. Journ. Int'l. L.*, 1992, ricorda che *"the terms may not always be used identically, but "self-executing" is very similar to "direct application"*, p. 310, sub nota 1. Lo stesso A. rileva la differenza tra la diretta applicabilità di un trattato in un ordinamento nazionale e la diversa questione riguardante la *"invocability in municipal law"*, nozione quest'ultima che lo stesso definisce come *"group of concepts, one of which is similar, but not necessarily identical, to "standing"; even though a treaty is directly applicable in the domestic legal system, in a specific case a determination may need to be made as to who is entitled to invoke or rely on the treaty norms. In some jurisdictions this concept may be expressed as "partial direct application" or may be governed by the idea that a treaty is directly applicable for some purposes but not others"*. Così, *Ibidem*, p. 317.

<sup>567</sup> *Partial Award*, 28 febbraio 1992, case n. 7081, (estratto) in *ICC Bull.*, 1994, p. 51-56.

(terza) Convenzione di Lomé<sup>568</sup> potesse creare diritti in capo agli individui e che il collegio potesse avere competenza.

La premessa, da cui prende le mosse tale decisione, rileva che un trattato internazionale non rappresenta, nella generalità dei casi, uno strumento invocabile dagli individui ma che, come aveva già messo in luce il caso *Danzig* (riguardante, tuttavia, un giudice interno) non è escluso che un trattato possa creare diritti in capo ai privati e da questi direttamente invocabili quando risulti che questa fosse la volontà degli Stati contraenti<sup>569</sup>. Il collegio si risolve nel concludere che non sussiste alcun ostacolo al riconoscimento dell'effetto diretto dell'articolo 238 poiché la norma soddisfa le condizioni individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza comunitaria per riconoscere l'efficacia diretta di una norma internazionale<sup>570</sup>.

Pertanto, la conclusione cui giunge tale tribunale arbitrale è che l'efficacia diretta di una norma internazionale sia una questione che riguarda tanto un giudice interno che un'istanza arbitrale e che sia quindi una questione di carattere generale che concerne la natura di una norma internazionale<sup>571</sup> indipendentemente dal foro adito chiamato ad applicarla.

A nostro avviso, non è condivisibile che un tribunale arbitrale istituito da un trattato, chiamato ad applicare una norma internazionale, debba porsi la questione dell'efficacia diretta di quella norma. La questione relativa alla natura di una norma e della sua diretta efficacia dovrebbe essere un giudizio cui è tenuto un qualsiasi giudice interno, ma non un arbitro, il cui potere di *jus dicere* si radica nella volontà delle parti e non in un ordinamento nazionale.

Se si guarda alla materia dell'effetto diretto di una norma internazionale o della sua diretta applicabilità, quello che indubbiamente si coglie è che l'ottica di riferimento che ha guidato ogni elaborazione, giurisprudenziale e teorica, si rivolge ai soli giudici nazionali chiamati ad una tale (duplice) valutazione nell'ambito e nei limiti posti dal rispettivo ordinamento di appartenenza.

---

<sup>568</sup> L'articolo 238, par. 1, della Convenzione Lomé III dell'8 dicembre 1984, è la norma attributiva della competenza arbitrale. Esso prevede che “*any disputes between the administration of an ACP member state and an entrepreneur, supplier or provider of services, whether an applicant or a tenderer, on the occasion of the award procedure or performance of a contract financed by the Fund shall be settled by arbitration in accordance with a set of procedural rules adopted by the council of ministers*”.

<sup>569</sup> Il collegio cita quindi la sentenza della CPGI nel caso *Danzig*, ritenendo che “*likewise, treaties, devised for creating legal relationships between subjects of the international legal system, do not generally constitute a source of rights that may be invoked by individuals. This does not prevent their sometimes being able to display such effects. As the Permanent Court of International Justice underlined: The very object of an international agreement, in the intention of the contacting parties, (may) be the adoption, by the parties, of given rules, creating rights and obligations for individuals and liable to be applied by the national courts*”.

<sup>570</sup> Critica, tra l'altro, tale ricorso alla nozione per come elaborata nell'ambito del sistema comunitario, W. B. HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, cit., p. 127.

<sup>571</sup> Tra i pochi studiosi che hanno dedicato una qualche attenzione all'argomento, se non altro a quanto ci risulta, W. B. HAMIDA concorda con la posizione assunta in questa decisione arbitrale, sostenendo che “*les arbitres sont donc appelés à vérifier l'effect direct aussi*”, in *ult. op. cit.*, p. 126.

Per un *arbitral tribunal* dovrebbe risultare irrilevante la valutazione dell'efficacia diretta di una norma internazionale poiché una tale valutazione dovrebbe essere dovuta nella sola misura in cui ad applicare una norma internazionale sia chiamato un giudice nazionale che deve apprezzarne la natura in rapporto all'ordinamento giuridico di appartenenza e nell'ambito di un preciso sistema di fonti e di leggi.

La competenza di un organo arbitrale trova fondamento nel consenso delle parti e, per quanto esista poi un ordinamento che riconosca la facoltà di sottrarre una controversia alla cognizione di un giudice statale, un arbitro si situa al di fuori di un ordinamento interno e non si confronta con un sistema giuridico, né è soggetto ai doveri di un giudice interno, né possiede i relativi poteri<sup>572</sup>. Nell'ottica di un arbitro, inoltre, la legge applicabile ad una controversia è sempre una *foreign law*<sup>573</sup>. L'estraneità di un arbitrato ad un ordinamento nazionale dovrebbe valere, *a fortiori*, quando lo stesso riceva la propria competenza da un trattato internazionale e sia chiamato a valutare la violazione degli obblighi internazionali previsti in sede pattizia.

Nel diritto internazionale degli investimenti, inoltre, il giudizio cui è chiamato l'arbitro internazionale differisce dal compito assegnato ad un giudice interno poiché non è finalizzato a disapplicare una norma interna in contrasto con una norma internazionale ma a valutare se lo Stato si sia reso responsabile per aver violato gli obblighi assunti nel trattato. Pertanto, è solo nella prospettiva di un giudice interno che il procedimento di adattamento e l'effetto diretto di una norma -che trova origine nell'ordinamento internazionale- hanno piena rilevanza.

Pertanto, si ritiene che, nell'ambito del diritto internazionale e della competenza di un *investor-State arbitration* chiamato a valutare se lo Stato di accoglimento abbia o meno violato un obbligo GATS, non dovrebbe entrare in rilievo la capacità della norma internazionale di produrre -sul piano di un ordinamento interno- diritti ed obblighi azionabili dai soggetti privati.

---

<sup>572</sup> Per quanto le funzioni di un arbitro siano di natura giurisdizionale, esso non è un organo della giurisdizione ordinaria ed è ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale (per citare, in maniera neutra, il giudizio espresso dalla giurisprudenza italiana (in Cass. Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro Pad.*, 2001, I, p. 42).

<sup>573</sup> N. SHELKOPLYAS, J. P. GAFFNEY, *The European Community Doctrine of "Direct Effect" and Arbitration: N'er the Twain Shall Meet?*, in *Mealey's Int. Arb. Report*, Vol. 16, 2001, p. 88, sostengono che "An arbitral tribunal whose jurisdiction is based solely on the agreement of the parties is clearly not part of the judicial system of a State and, therefore, should not be subject to the same duties and obligations of national courts and tribunals.[...] instead of forum law, arbitrators are confronted with law governing the substance of the dispute".

### 3.3. BIT e dimensione verticale della tutela in favore dell'investitore

A questo punto, occorre domandarsi quale sia la natura degli obblighi e degli standard di trattamento previsti in un trattato bilaterale e se questi siano disposizioni ad efficacia diretta.

Rispetto a tali norme internazionali, la dottrina si limita a sostenere che i trattati bilaterali siano *self-executing by their terms*<sup>574</sup> e, più che essersi indirizzata alla natura delle norme pattizie, si è invece diretta ad individuare la titolarità dei diritti sostanziali previsti da tali strumenti convenzionali<sup>575</sup>.

Secondo una prima tendenza, espressa nel lodo *Loewen Group*, l'investitore è legittimato ad agire per far valere diritti di cui risulta titolare il proprio Stato, surrogandosi ad esso secondo uno schema che ricalca la protezione diplomatica<sup>576</sup>. In questo senso, i trattati bilaterali rappresentano un mezzo per colmare la distanza tra i diritti indirizzati agli Stati ed i rimedi per far valere tali diritti che vengono riconosciuti in capo agli investitori cui spetta una legittimazione straordinaria per agire e farli valere<sup>577</sup>.

Per una diversa impostazione, il diritto internazionale degli investimenti costituisce un "sistema" di responsabilità internazionale che si caratterizza per il fatto che l'investitore privato faccia valere, nei confronti dello Stato di accoglimento, un proprio diritto e non, invece, un illecito valevole sul piano dei rapporti intergovernativi<sup>578</sup>. Tale tesi<sup>579</sup> ha ottenuto

<sup>574</sup> W. SACHS, *The "New" U.S. Bilateral Investment Treaty*, in *Int'l Tax & Bus. Law*, 1984, p. 197 nota 46, il quale si limita appunto ad affermare che "*BITS are by their terms self enforcing*".

<sup>575</sup> Z. DOUGLAS ha suddiviso tali correnti di pensiero in "*direct rights theory*" e "*derivative rights theory*", in *The Hybrid Foundations of investment treaty arbitration*, cit., p. 162-164.

<sup>576</sup> Nella decisione *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, assunto in ambito NAFTA, il tribunale, nell'analizzare il sistema delineato da tale accordo multilaterale con riferimento ai diritti che i privati possono far valere a livello nazionale davanti ai giudici statali, conclude che "*the two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states*". Così, Award, 26 giugno 2003, par. 233.

<sup>577</sup> Tale teoria "*thus directly places investment treaties as a supplement to the traditional concept of diplomatic protection*", così C. MCLACHALAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International investment Arbitration, Substantive Principles*, cit., p. 62). Al riguardo, si eccepisce che l'investitore non potrebbe surrogarsi e far valere i diritti dello Stato, difettando di soggettività internazionale, né è in grado di spiegare come possa applicarsi sullo schema della protezione diplomatica, difettandone i presupposti e i caratteri tipici dell'istituto. In merito, v. CRESPI RIGHIZZI, *op. cit.*, p. 18.

<sup>578</sup> Tesi espressa, in particolare, da Z. DOUGLAS, *The Hybrid Foundations*, cit., p. 184 ss.; *Ib. The International Law of Investment Claims*, cit., p. 7-8. Aderiscono C. MCLACHALAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International investment Arbitration, Substantive Principles*, cit., p. 64-65 (rispettivamente sub note 88-89 e 93), che citano diversi lodi che avrebbero operato una netta distinzione tra la protezione diplomatica e i trattati sugli investimenti, in cui i privati sono in grado di acquisire direttamente le situazioni giuridiche riconosciute dai trattati bilaterali. In tal senso, v. anche O. SPIERMANN, *Individual Rights, State interests and Power to waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 179 ss.. Per CRESPI RIGHIZZI, la bontà di tale tesi è confermata dal fatto che i trattati sugli investimenti prevedono, accanto all'arbitrato

un espresso accoglimento da parte della giurisprudenza inglese nella recente controversia *Occidental v. Ecuador*, in cui la Corte d'Appello, chiamata a decidere se i diritti che l'investitore stava facendo valere, derivanti dal trattato bilaterale tra Ecuador e Stati Uniti, fossero diritti in capo agli Stati Uniti, ha affermato che “*the functional assumption underlying the investment treaty regime is clearly that the investor is bringing a cause of action based upon the vindication of its own rights rather than those of its National State*”<sup>580</sup>.

Nell'ambito della titolarità di tali situazioni in capo all'investitore, inoltre, è stata avanzata l'ipotesi che un trattato bilaterale operi, sostanzialmente, come un contratto a favore di un terzo e, sebbene non sia stata elaborata in maniera approfondita, tale ricostruzione non sembra affatto priva di fondamento<sup>581</sup>.

Per inciso, questa ricostruzione potrebbe inquadrare meglio, a nostro avviso, il meccanismo dell'*arbitration without privity* in cui il patto arbitrale si perfeziona, secondo l'impostazione prevalente, a seguito dell'accettazione da parte dell'investitore -con il deposito della domanda

---

competente per le controversie Stato-investitore, un arbitrato internazionale cui spetta di risolvere le controversie che dovessero sorgere sul piano interstatale riguardanti l'esecuzione del trattato, p. 18-19 e, in particolare, *sub nota*, 33. P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, cit., p. 74, sembra anch'egli riconoscere che siano gli investitori i titolari di tali diritti. “*Mais la convention bilatérale de promotion et de protection des investissements est conçue pour créer des droits individuels que les tribunaux arbitraux doivent sauvegarder. L'engagement de ne pas nationaliser, c'est donc, aussi et surtout, un engagement que chaque Etat contractant prend vis-à-vis des investisseurs, ressortissants de l'autre Etat contractant*”.

<sup>579</sup> Sebbene non sia questa la sede per dare compiutamente conto del dibattito dottrinale sulla soggettività internazionale degli individui, si consideri che gli individui già da tempo non sono più considerati quali mero oggetto dal diritto internazionale (come sosteneva Bentham e la scuola strettamente positivista). Per rimanere nel nostro ambito, già a partire dai sub-sistemi rappresentati dai Trattati di Amicizia e Navigazione, prima, passando per i Tribunali internazionali come quello Iran-USA, poi, gli individui sono stati trahettati nel sistema internazionale di *adjudication alongside States*. Cfr. Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 7-8. A tutt'oggi, ad ogni modo, non mancano autori che non riconoscono che gli individui possano agire nell'ordinamento internazionale quali soggetti. V. MANN, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, in *BYIL*, 1981, p. 248 – 249; BROCHES, *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in J.C. Schultz, A.J. van den Berg (eds), *The Art of Arbitration*, 1982, p. 63; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, cit., p. 134. In merito agli investimenti stranieri, Z. CRESPI RIGHIZZI sostiene che gli attuali *treaty based arbitrations* si differenzino dai tribunali misti quale quello Iran-USA, in cui la legittimazione attiva dei privati veniva riconosciuta soltanto successivamente all'insorgere della controversia e, per tale ragione, la legittimazione attiva dei privati era un mero riflesso della soluzione negoziata dagli Stati, e non rappresentava il frutto di una posizione giuridica sostanziale direttamente attribuibile all'investitore. *Op. cit.*, p. 22, *sub nota* 38.

<sup>580</sup> *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration and Production co*, 2005, *EWCA Civ 1116*, QB, 2006, QB 432 (CA). Per un puntuale esame del lodo, v. P. CAMERON, *International Energy Investment Law*, cit., pp. 252-259 ed anche pp. 288-290.

<sup>581</sup> DEALUME, secondo il quale è possibile analizzare i trattati bilaterali sugli investimenti come “*pour autrui*” o “*a third party beneficiary arrangements*”, in *ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from ICSID*, 1985, p. 14; T. W. WÄLDE, ritiene che “*the investment treaties set up a tripartite relationship: the two States in the roles of home and host State and the investor in a position that is analogous to a third-party beneficiary*”, Così, in *Investment Treaties: experiences and examples*, in *International Investment Law for the 21st Century*, cit., p. 733.

di arbitrato- dell'offerta unilaterale al consenso arbitrale dello Stato<sup>582</sup>. Non ci sembrano sussistere difficoltà teoriche preclusive nel sostenere che il privato, anziché essere nella posizione di chi accetta un offerta di arbitrato (garantita alla generalità degli investitori dell'altro Stato contraente), si trovi invece nella posizione di un terzo in favore del quale la stipulazione viene fatta (e che rispetto al trattato non può che rimanere estraneo). Anche se è da un patto di arbitrato non nascono situazioni di vantaggio<sup>583</sup>, l'investitore si ritroverebbe nella posizione di chi riceve un potere di natura strumentale. E, in comune con la posizione del terzo in un contratto stipulato in suo favore, si vedrebbe riconosciuto un diritto di azione senza al contempo poter subire una analoga iniziativa da parte dello Stato promittente e, quindi, senza poter subire eventuali effetti pregiudizievoli qualora allo Stato fosse garantito uno speculare potere nei suoi confronti. Per effetto di un trattato bilaterale, all'investitore verrebbe garantito –quale terzo- il diritto-potere di azionare la procedura arbitrale –oltre ai diritti sostanziali cui l'azione arbitrale si riferisce- senza poter essere soggetto all'esercizio di un corrispondente potere statale. In questo senso, allora, un trattato bilaterale impegnerebbe gli Stati contraenti a garantire determinate situazioni giuridiche in favore dei rispettivi investitori, i quali si vedrebbero riconosciuti, altresì, un potere di azione. Tale ricostruzione, infine, sembra essere coerente con il sistema di protezione garantito da un BIT, in cui il potere di disposizione riconosciuto agli investitori viene conferito ai soli fini di un'autotutela di natura risarcitoria (di un proprio diritto se non si voglia disgiungere la legittimazione dalla titolarità della situazione giuridica<sup>584</sup>) e senza poter influire nella sfera giuridica dei rispettivi Stati contraenti<sup>585</sup>.

Chiusa questa breve digressione e per concludere la ricognizione riguardante la titolarità delle norme di un BIT, il Progetto Finale risulta in merito alquanto ambiguo ma sembra escludere

---

<sup>582</sup> Nella ben nota definizione di J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, *ICSID Review*, 1995, p. 232; oppure c.d. *arbitrage à consentement dissocié*, come indicato da B. STERN, *Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage International*, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 404. V. anche W. B. HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, cit., p. 15-25.

<sup>583</sup> Quanto, piuttosto, poteri-soggezioni di carattere per lo più strumentale. In questo senso, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 281. Per uno sguardo comparato, v. GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, p. 993 ss.).

<sup>584</sup> E di certo innegabile, infatti, che esista uno stretto collegamento tra *substantive right* e *procedural remedy*. In merito, v. T. W. WÄLDE, *Umbrella clause in investment arbitration*, cit., p. 195.

<sup>585</sup> *Contra*, M. SORNARAJAH, *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, cit., p. 34, sostiene "the theoretical difficulty which attends the creations of rights in third parties to treatie militates against arbitration without privity". L'A. si schiera contro questa ricostruzione anche in *The International Law of foreign investment*, cit., p. 308, dove sostiene che il contratto a favore dei terzi non sia un istituto conosciuto nemmeno dalla *common law*. Tuttavia, il contratto in favore del terzo è stato riconosciuto in Inghilterra a partire dal *Contracts (Rights of Third Parties) Act* del 1999. In merito, v. AA. VV., *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di Alpa, Fusaro, Milano, 2000, p. 194 ss..

la titolarità in capo agli investitori delle situazioni giuridiche create da un trattato in materia di investimenti<sup>586</sup>.

Indipendentemente dal fatto che sia o meno l'investitore il soggetto titolare delle posizioni giuridiche poste da un trattato in materia di investimenti, egli viene comunque "vestito" da un *remedial right* che gli consente di agire e di far valere la responsabilità internazionale dello Stato nel sistema creato dal trattato.

Pertanto, a prescindere da chi sia l'effettivo titolare delle situazioni giuridiche poste da un trattato bilaterale, tali accordi concretizzano una dimensione verticale delle proprie norme in favore dell'investitore, che si vede riconosciuto una legittimazione a agire (straordinaria o meno che sia) per far valere una pretesa risarcitoria dinanzi al *treaty based arbitration*<sup>587</sup>.

In tal senso, potrebbe essere dirimente la legittimazione riconosciuta all'investitore, nel senso che non dovrebbe aver alcun rilievo che una norma pattizia abbia o meno efficacia diretta quando lo stesso trattato riconosca un *right of action* al privato. In altri termini, il regime giuridico creato da un trattato internazionale costituisce un sistema che, per effetto della volontà degli Stati contraenti, garantisce ai privati un diritto d'azione rispetto a norme internazionali che non possono che essere, di fronte alla relativa istanza arbitrale,

---

<sup>586</sup> Il commentario all'articolo 33 del Progetto di Articoli, non prende un'espressa posizione in merito alla possibilità che un privato possa vedersi riconosciuto un diritto proprio. Sembra tuttavia escludere tale possibilità quando, al Commento sub articolo 33 afferma che "*The Articles do not deal with the possibility of the invocation of responsibility by persons or entities other than States, and paragraph 2 makes this clear. It will be a matter for the particular primary rule to determine whether and to what extent persons or entities other than States are entitled to invoke responsibility on their own account. Paragraph 2 merely recognizes the possibility: hence the phrase .which may accrue directly to any person or entity other than a State*" (sottolineatura aggiunta). V. anche C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, cit., p. 65; O. SPIERMANN, *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, cit., p. 185. In merito alla tesi favorevole a riconoscere che i diritti derivanti da un trattato bilaterale siano riconosciuti direttamente in capo agli investitori, Crawford sostiene che per quanto la tesi sia affascinante sia tuttavia priva di rilevanti risvolti pratici. "*This is a fascinating issue, but in the majority of cases it will make no difference to the result*", in *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, cit., p. 355.

<sup>587</sup> Crawford, ad esempio, evidenzia la legittimazione attiva riconosciuta all'investitore, il quale, indipendentemente dal fatto che faccia o meno valere un proprio diritto, può adire l'istanza arbitrale internazionale "*to vindicate a right, arising from the International responsibility of a state, and it does so whether or not the primary obligation is owed to that person or entity*". *Ult. op. cit.*, p. 356. In questo senso, "*to maintain that international law may be invoked only in State-to-State proceedings and representations, and not by alien in an arbitration with a State, is obsolete in theory. In contemporary international law, individuals and corporations have a multiplicity of rights under international law. Individuals and corporations have been invested with such rights by treaties in such diverse fields as [...] investment*". Così, C. SCHWEBEL, *ult. op. cit.*, p. 568.



direttamente azionabili<sup>588</sup>. D'altronde, come già affermato nella sentenza *Barcelona Traction* "Sometimes companies are themselves vested with a direct right to defend their interests against States through prescribed procedures"<sup>589</sup>.

### 3.4. *Treaty obligations e legittimazione attiva in capo all'investitore*

Per restare all'ipotetica eccezione che uno Stato potrebbe invocare con riguardo all'assenza di effetto diretto di una norma GATS, il fatto che all'investitore venga riconosciuto il diritto di far valere in giudizio le situazioni giuridiche poste da un BIT dovrebbe essere sufficiente per rendere priva di alcuna utilità l'interpretazione relativa alla natura delle norme pattizie internazionali.

Allo stesso modo, si potrebbe concludere che se altre norme internazionali trovano ingresso nell'ambito protettivo garantito da un trattato ciò che rileva sia, in ogni caso, la legittimazione ad agire garantita all'investitore dall'obbligo *umbrella* e dal relativo meccanismo arbitrale.

In altri termini, tale *right of action*, di cui l'investitore è l'indiscusso titolare, dovrebbe concretizzare la volontà degli Stati di dar vita a un regime pattizio che garantisce le situazioni giuridiche individuali di ciascun investitore<sup>590</sup>, con riferimento, sia agli obblighi posti direttamente dal trattato in materia di investimenti, che per ogni altro obbligo assunto "with regard to investments" ed incorporato nel trattato tramite un'*umbrella clause*.

A nostro avviso, dovrebbe risultare decisivo il rilievo che lo Stato, quale soggetto di diritto internazionale, sia tenuto a rispettare, per effetto della norma *umbrella*, quelle norme internazionali riguardanti un investimento e rispetto alle quali l'investitore si veda riconosciuto e garantito il meccanismo arbitrale ed il connesso diritto d'azione per far dichiarare la responsabilità conseguente alla violazione di tale obbligo di osservanza. Quindi,

---

<sup>588</sup> T. BUERGENTHAL, con riferimento all'efficacia diretta delle norme internazionali, sottolinea che "while it may well be that domestic courts in some countries might conclude that one or the other treaty provision is self-executing simply because it is capable of being applied without requiring additional national implementing legislation, the decision of an international court that a treaty provision is directly applicable as a matter of international law may well require a showing that the States parties intended to establish a "special régime" or a "special legal order". Self-executing and non self-executing treaties in national and international law, cit., p. 328. In questo senso, ad esempio, la giurisprudenza americana ritiene che quando ad un individuo venga garantita "a private right of action" sia un indice rilevante che la norma sia direttamente invocabile (v. J. JACKSON, *Chapter 8, United States*, in F. G. JACOBS, S. ROBERTS, *The Effect of Treaties in domestic law*, cit., p. 141-170.

<sup>589</sup> V. la già citata sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nella controversia *Barcelona Traction (Belgio v. Spain)*, in *I.C.J. Reports*, 1970, par. 47.

<sup>590</sup> Secondo la pronuncia nel caso *Danzig*, infatti, è la volontà degli Stati a rappresentare l'elemento in base al quale una norma internazionale possa essere indirizzata non agli Stati ma a poter essere dotata di efficacia diretta e, quindi, a poter essere una norma che conferisce diritti ai singoli. Per tale decisione è infatti essenziale che "whether or not a treaty creates such obligations or, as the Court put it, whether such domestic application is "the very object of an international agreement", depends on the intention of the States parties, which is to be determined by an analysis of its terms". Così, T. BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 325.

se si può concludere che un trattato sia *-per se- self-enforcing*, e che lo sia nella misura in cui garantisca un diritto d'azione al privato, la presenza di un'*umbrella clause*, estendendo tale *right of action*, dovrebbe rendere irrilevante l'indagine relativa all'efficacia diretta della norma internazionale incorporata in un BIT per effetto del vincolo *umbrella*.

In aggiunta al fondamento stesso del potere di *jus dicere* in capo ad un arbitrato (e al fatto che questi si collochi al di fuori di un ordinamento giuridico -nel senso prima precisato-) e in aggiunta alla legittimazione ad agire e al diritto d'azione garantito da un BIT ad un investitore straniero, vi sono, in realtà, due ulteriori considerazioni che sembrano decisive per escludere che l'istanza arbitrale debba procedere ad una verifica in merito all'efficacia diretta di una norma internazionale quale quella GATS, attratta al trattato per effetto del vincolo di *osservanza*.

La prima riguarda la modalità mediante la quale un'istanza arbitrale prevista da un BIT applica il diritto internazionale. La seconda attiene alla valutazione che un *treaty based arbitration* deve compiere per constatare se lo Stato di accogliimento abbia o meno violato una *pacta sunt servanda clause*.

### ***segue: treaty obligations ed adattamento del diritto internazionale***

Quanto alla prima considerazione, dal momento che il potere di *jus dicere* dell'istanza arbitrale *treaty-based* non si incardina in un ordinamento statale, le norme internazionali vengono applicate indipendentemente dal diritto interno.

Quando un investitore straniero faccia valere nei confronti dello Stato di accogliimento la violazione di un obbligo assunto dallo Stato in un trattato in materia di investimenti, la sottostante posizione giuridica dell'investitore non trova fondamento nell'ordinamento interno dello Stato quale effetto del procedimento di adattamento del diritto interno al diritto internazionale.

Certamente, i trattati internazionali producono effetti negli ordinamenti interni degli Stati in virtù dei procedimenti di adattamento vigenti e, a seguito di tale adattamento, nei rispettivi ordinamenti interni si producono le modifiche necessarie per assicurare la conformità delle normative interne agli obblighi internazionali di natura pattizia<sup>591</sup>.

---

<sup>591</sup> Per effetto del (più volte citato) principio della separazione tra ordinamenti interno ed ordinamento, dalla stipulazione di un trattato non derivano diritti ed obblighi per i singoli. Ogni ordinamento prevede come regolare le modalità di adattamento al diritto internazionale (generale e pattizio). Il diritto internazionale, infatti, non contiene alcuna previsione in merito ai meccanismi di adattamento, lasciati alla libertà di ciascuno Stato. In generale, v. T. TREVES, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, cit., p. 658. Non è certo possibile in questa sede dare conto delle due principali impostazioni teoriche che regolano le relazioni tra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni e che determinano le diverse modalità di adattamento del diritto interno al diritto internazionale. Per ogni approfondimento, v. F. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre étatique*, Paris, 2001,

Tuttavia, nei procedimenti arbitrali previsti da un trattato in materia di investimenti, il diritto internazionale viene applicato alla controversia promossa da un investitore indipendentemente dal richiamo del diritto internazionale da parte del diritto interno e a seguito di adattamento interno<sup>592</sup>. Dal momento che la controversia portata all'attenzione di un *treaty based arbitration* ha ad oggetto situazioni che hanno origine nell'ordinamento internazionale, come la violazione degli obblighi e degli standard di trattamento sanciti da un BIT, non c'è spazio perché operi un ordinamento interno nel giudizio riguardante la responsabilità internazionale dello Stato<sup>593</sup>. Ed è ugualmente certo che il diritto interno possa venire in rilievo nell'ambito pattizio, come quando si tratti di valutare la conformità di una normativa o di un provvedimento interno all'obbligo del trattamento nazionale.

Allo stesso modo, si consideri che nel sistema creato da un trattato bilaterale, e nel relativo giudizio finalizzato ad accertare la responsabilità internazionale dello Stato, non può trovare applicazione una norma di diritto internazionale privato. Infatti, il fondamento (ed il limite) dell'operatività del diritto internazionale privato è rappresentato da situazioni di carattere privatistico o, comunque, da rapporti che si snodano tra una cerchia omogenea di rapporti paritari. Essendo lo Stato una controparte in posizione di supremazia, chiamato a rispettare obblighi internazionali, i sistemi di diritto internazionale privato non possono regolare tali tipi di rapporti (Stato-investitore) di natura disomogenea<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> La nozione di adattamento, pertanto, non fornisce la spiegazione all'applicazione del diritto internazionale da parte di un *treaty based arbitration*, poiché quest'ultimo non si situa all'interno dell'ordinamento statale, ma al di fuori di esso. Il compito di tale istanza è quello di valutare la conformità della condotta dello Stato rispetto agli obblighi posti dal trattato stesso. Espressamente, v. Z. CRESPI RIGHIZZI, *op. cit.*, p. 21. Per l'A., da ciò consegue, inoltre, che le posizioni giuridiche attribuite agli investitori dal trattato e dall'arbitrato ivi garantito sono fenomeni ed istituti giuridici appartenenti, sì alla vita giuridica internazionale, ma che non si risolvono integralmente nell'ordinamento internazionale (come non si risolvono negli ordinamenti interni). In altri termini, l'ambiente giuridico creato da un trattato internazionale rappresenta, per l'A., un fenomeno giuridico di per se ("*ilots de juridicité non etatique*"), distinto tanto dall'ordinamento internazionale che da quello interno. Cfr. *Ibidem*, p. 24.

<sup>593</sup> In merito, v. CRESPI RIGHIZZI, *op. cit.*, p. 20-21, secondo il quale l'oggetto delle norme previste dai trattati è il modo d'essere dell'ordinamento interno dello Stato nel senso che il giudizio riguarda la conformità del diritto interno agli standard di trattamento degli investimenti previsti dal trattato. Di conseguenza, l'eventuale giudizio di non conformità dell'ordine interno a quanto previsto dal trattato non potrebbe essere impedito da un eventuale recepimento da parte dello Stato di accoglimento. L'A., inoltre, opera un parallelismo tra la posizione del singolo nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti, da un lato, con la posizione del singolo nel diritto comunitario, dall'altro. Tale parallelismo mette in luce come, in entrambi i casi, le parti del giudizio vedano contrapposti Stati a privati e come le norme di un BIT e le norme comunitarie garantiscano, ai privati, una protezione unilaterale. In entrambi i casi, inoltre, è irrilevante il problema dell'adattamento dal momento che le norme comunitarie sono, alla pari delle norme di un BIT, direttamente applicabili e producono "*il proprio effetto nel sistema di origine senza che sia necessaria una loro trasposizione nell'ordinamento interno*". Così, *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>594</sup> In merito, G. SACERDOTI, *I contratti*, cit., p. 198-199; R. LUZZATTO, *Illecito internazionale*, p. 177 ss..

***segue: umbrella clauses aperte e obbligo internazionale di pacta sunt servanda***

Se quanto detto riguarda l'applicazione del diritto internazionale per gli obblighi posti direttamente da un trattato sugli investimenti, occorre ora svolgere un'ulteriore considerazione (la seconda) con riguardo all'obbligo *umbrella*.

Anzitutto, alla pari di ogni altra *treaty obligation*, il giudizio in merito alla violazione di quest'obbligo e della sottostante norma internazionale, non passa, come detto, per l'ordinamento interno dello Stato di accoglimento poiché l'investitore pretende che lo Stato sia chiamato a rispondere, nello stesso ordinamento internazionale, dell'obbligo di *pacta sunt servanda*.

Nel sistema di protezione garantito da un *investment treaty*, il diritto internazionale (tutto) viene applicato direttamente, rappresentando la base giuridica autosufficiente alla luce della quale l'istanza arbitrale deve pronunciarsi per valutare la conformità della condotta dello Stato rispetto agli obblighi previsti dallo stesso trattato bilaterale e rispetto ad ogni altra *treaty-obligation it has assumed or entered with regard to investments*.

Con specifico riguardo alla norma *umbrella*, ciò che vale è solo l'obbligo di *pacta sunt servanda* ed è solo questa la *condicio sine qua non* per la quale lo Stato deve rispondere della violazione di un obbligo giuridico internazionale. Se nell'ordinamento internazionale ogni obbligo pattizio è *per se* obbligatorio, è del tutto irrilevante che tali norme internazionali pattizie siano state trasposte nell'ordinamento interno dello Stato di accoglimento e che tale ordinamento ne riconosca o meno un effetto diretto.

Pertanto, qualora uno Stato dovesse eccepire il mancato effetto diretto dell'obbligo assunto nel quadro dell'accordo GATS, tale eccezione dovrebbe inevitabilmente cedere di fronte all'obbligatorietà di ogni obbligo nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale. E tale obbligatorietà può essere fatta valere dall'investitore perché è lo stesso diritto internazionale degli investimenti che attribuisce al privato una legittimazione attiva con riguardo alle posizioni giuridiche poste direttamente dal trattato o che trovano ingresso in tale ambiente giuridico grazie ad un impegno *umbrella*.

Pertanto, la norma internazionale -richiamata tramite il varco rappresentato dall'*umbrella clause*- viene valutata al solo fine di appurare se sia stato disatteso il vincolo di osservanza posto dallo stesso BIT. E, come detto, un *investor-State arbitration* viene chiamato a valutare il rispetto di norme internazionali, non al fine di disapplicare eventuali norme interne contrastanti, ma di liquidare il danno subito dall'investitore a seguito della mancata ottemperanza ad un obbligo internazionale.

Infatti, quando l'investitore lamenti la violazione di norme internazionali potrà richiedere un solo rimedio, ossia l'accertamento della violazione del trattato e la conseguente condanna a pagare una somma a proprio favore, essendo esclusi gli ulteriori rimedi previsti dalle norme internazionali sulla responsabilità internazionale degli Stati. Come visto, quando il rimedio

dell'esecuzione in forma specifica non sia espressamente escluso dal trattato in rilievo, si ritiene che la *restitution*, per quanto astrattamente garantita, non sia, di fatto, un rimedio nelle disponibilità di un investitore<sup>595</sup>.

Qualora un investitore voglia far eseguire un lodo che preveda il ripristino della situazione persistente - come ad esempio l'abrogazione di una legge emanata in violazione di una norma di diritto internazionale, quale quella GATS nella nostra ipotesi, - è comunque necessario, ai sensi dell'articolo 35 del Progetto Finale, che il risarcimento in forma specifica sia materialmente possibile e che non sia eccessivamente onerosa per lo Stato autore dell'illecito. Tale rilievo, di fatto, preclude qualsiasi risarcimento in forma specifica.

In merito, si consideri, ad esempio, quanto stabilito dal lodo *LG&E v. Argentina*. In tale decisione, il tribunale, in risposta alla richiesta dell'investitore di ingiungere all'Argentina di modificare il regime giuridico riguardante il settore del gas, ha rigettato la richiesta della società ricorrente, ritenendo che l'accoglimento della richiesta avrebbe comportato il riconoscimento di una *restitution* lesiva della sovranità statale<sup>596</sup>.

Per effetto di un'*umbrella clause* aperta, pertanto, nel sistema creato da un trattato sugli investimenti possono essere incorporate altre *treaty-obligations* e al privato viene offerta la possibilità di giovare del medesimo meccanismo arbitrale e della medesima tutela risarcitoria garantita dal trattato ogni qual volta lo Stato di accoglimento abbia violato un obbligo internazionale, indipendentemente dalla natura della norma internazionale in rilievo e sempre che tale norma rientri nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del trattato e, quindi, costituisca un obbligo assunto *with regard to investments*.

Qualora si accolgano le nostre conclusioni, può dunque sussistere una discrasia tra le valutazioni cui sia chiamato un giudice interno e quelle cui possa essere autorizzato un tribunale arbitrale *treaty-based*. Quando nel trattato esista una *fork in the road provision*, infatti, un giudice nazionale non potrà decidere in merito alla violazione di un altro obbligo internazionale come quello evocato nella nostra ipotesi. Il differente potere previsto in capo ai due fori, ovviamente, presuppone che un giudice interno possa decidere della violazione di un obbligo previsto da un trattato in materia di investimenti (questione tutt'altro che pacifica<sup>597</sup>)

<sup>595</sup> V. *retro*, in questo capitolo, sezione II, par. 2.3.

<sup>596</sup> "The judicial restitution required in this case would imply modification of the current legal situation by annulling or enacting legislative and administrative measures that make over the effect of the legislation in breach. The Tribunal cannot compel Argentina to do so without a sentiment of undue interference with its sovereignty. Consequently, the Tribunal arrives at the same conclusion: the need to order and quantify compensation". Così, par. 87, *LG&E v. Argentina*, Award, cit..

<sup>597</sup> Negli ordinamenti ad impostazione dualistica, infatti, "the rights created by the BIT will not be capable of direct vindication as such before national courts". Così, v. C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration*, cit., p. 107. In generale, v. anche T. WÄLDE, A. KOLO, *Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law*, ICLQ, 2001, p. 811, secondo i quali, quand'anche un giudice interno non possa, pur anche in presenza di una *fork in the road provision*, decidere controversie direttamente riconducibili agli obblighi di trattamento previsti da un BIT, è tuttavia probabile che abbia la possibilità di garantire a tali diritti l'equivalente tutela prevista dall'ordinamento interno.

e che l'ordinamento in rilievo non ritenga che gli Accordi di Marrakech siano norme ad efficacia diretta.

Tale potenziale non corrispondenza<sup>598</sup> tra il potere di accertamento in capo ad un giudice interno e quello in capo ad un'istanza arbitrale internazionale, tuttavia, non ci sembra problematico poiché l'esistenza di due sistemi separati è la mera proiezione di quanto voluto (o forse sarebbe meglio dire di quanto non previsto) dagli Stati contraenti di un trattato bilaterale in cui sia presente un'*umbrella clause* aperta.

### 3.5. Accordo GATS e norme ad effetto diretto

Se questa è l'unica conclusione che si ritiene di dover trarre in favore della tesi in esame e, quindi, che un *treaty based arbitration* non possa e non debba esprimere alcuna valutazione in merito alla natura della norma internazionale incorporata in un BIT per effetto di un'*umbrella clause* aperta, resta lecito domandarsi quale conclusione potrebbe trarre un'istanza arbitrale qualora si voglia pretendere che la stessa debba apprezzare, per ipotesi, se un obbligo GATS abbia o meno efficacia diretta.

Questa indagine, che non si condivide, presuppone che per poter garantire la tutela risarcitoria, conseguente al mancato adempimento di un obbligo GATS, la norma importata debba presentare caratteristiche proprie di efficacia diretta<sup>599</sup>.

Per mero interesse teorico (e per noi *a fortiori*) si può dimostrare la percorribilità di un'azione come quella ipotizzata in ragione della natura delle norme dell'Accordo GATS. Tuttavia, le differenze esistenti nei diversi ordinamenti interni non consentono di fissare soluzioni unitarie. Si può allora procedere ad un'indagine che, anziché prendere spunto da un determinato ordinamento interno (quale quello di uno qualsiasi Stato di accoglimento<sup>600</sup>),

---

<sup>598</sup> T. W. WÄLDE, nel tentare di sostenere che anche un giudice interno dovrebbe poter applicare, alla pari dell'istanza arbitrale prevista dal trattato, l'articolo 26 dell'ECT, sostiene che “*if such obligations are enforceable by article 26 investment arbitration, then there is no reason why National courts should not also have to respect them [...] there is no reason to have a separate system of law for arbitral tribunals [...] and other national courts*”. Così, in *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *JWIT*, 1995, p. 62.

<sup>599</sup> L'incorporazione per effetto della norma *umbrella*, pertanto, se risulta sufficiente ad ampliare la competenza *ratione materiae* del *treaty based arbitration*, non è invece sufficiente per applicare direttamente quella norma. L'arbitro dovrà quindi valutare autonomamente se la norma incorporata abbia o meno una sua diretta efficacia.

<sup>600</sup> In tal senso, si può ritenere che l'arbitro dovrebbe valutare l'efficacia diretta della norma internazionale sulla base di quanto previsto dall'ordinamento e dalla giurisprudenza dello Stato di accoglimento in cui il lodo dovrà presumibilmente essere eseguito. In questo caso, il trattato internazionale, contenente la norma internazionale, deve essere stato ratificato dallo Stato di accoglimento. Dovrebbe invece aver ben poca rilevanza una ricognizione alla luce della *lex arbitrii* (qualora non coincida con la *lex executionis*) rispetto alla quale non ci sembrano sussistere valide ragioni per sostenere che l'arbitro debba procedere ad un tale apprezzamento sulla base dell'ordinamento in cui ha sede l'arbitrato.

proceda ad una sorta di comparazione tra i più importanti obblighi GATS, da un lato, e i principi generali che la dottrina ha elaborato per individuare se una norma internazionale abbia o meno efficacia diretta, dall'altro (e che un arbitrato *treaty based* potrebbe quindi applicare per valutare la natura della norma internazionale).

L'idoneità di una norma pattizia internazionale ad esplicitare un'efficacia diretta – in un ordinamento interno – viene fatta generalmente dipendere dal suo tenore<sup>601</sup>. In particolare, si ritiene che una norma internazionale sia direttamente applicabile, e possa essere invocata da un individuo –dinanzi ad una giurisdizione interna–, quando la norma, per essere applicata, non necessiti di alcun complemento normativo<sup>602</sup> o, comunque, possieda un'autonoma forza obbligatoria<sup>603</sup> come quando, ad esempio, imponga un obbligo di *non facere*<sup>604</sup>. Specularmente, una norma non viene ritenuta direttamente applicabile quando attribuisca semplici facoltà<sup>605</sup>.

Se si volge l'attenzione alla giurisprudenza che più di ogni altra ha elaborato il concetto di effetto diretto di una norma, la sentenza *Van gend*<sup>606</sup> ha posto una chiara equazione tra l'effetto diretto della norma e la creazione di diritti soggettivi, tutelati in un foro interno (e, ove sussista la competenza, nel foro comunitario). Questa equazione, a sua volta, rinvia al concetto di effetto diretto enucleato nel caso *Danzig*<sup>607</sup>.

---

<sup>601</sup> Espressamente in tal senso, v. G. VENTURINI, *Sulla diretta applicabilità delle norme del GATT*, cit., p. 804, la quale evidenzia, inoltre, come l'impostazione che ricerca nella struttura della norma il criterio della sua diretta applicabilità non sia la sola e che, a questa, si possa affiancare un'impostazione "di relazione", che non prescinde dalla legislazione interna nel cui sistema la norma internazionale viene introdotta.

<sup>602</sup> V. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 278; nello stesso senso, v. N. Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 3rd ed., Paris, 1987, p. 215.

<sup>603</sup> Cfr. W. N. VERHOEVEN, *La notion d'applicabilité directe' du droit international*, *Rev. belge dr. intern.*, 1980, p. 260.

<sup>604</sup> Tra gli altri, v. T. BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 333. In tal senso si può anche richiamare la giurisprudenza italiana che (prima che il *revirement* del 1981 la allineasse definitivamente alla posizione del giudice comunitario) aveva riconosciuto l'efficacia diretta di alcune norme GATT evidenziandone il carattere di obbligo di *non facere* a carico dello Stato. V. Cass. Sez. un., 21 maggio 1973, n. 1455, *Amministrazione delle finanze c. Manifattura lane Marzotto e figli S.p.A.* e, in senso conforme, Cass. Sez. un., 20 ottobre 1976, n. 3616. In merito, v. G. G. VENTURINI, *ult. op. cit.*, p. 804 ss.

<sup>605</sup> Oppure imponga obblighi che non possano ricevere esecuzione in quanto non sussistono le procedure previste per la loro attuazione, oppure se l'applicazione della norma internazionale necessiti di adempimenti di carattere costituzionale. V. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 278; nello stesso senso, v. N. Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 3rd ed., Paris, 1987, p. 215.

<sup>605</sup> In tal senso, v. VERHOEVEN, *La notion d'applicabilité directe' du droit international*, *Rev. belge dr. intern.*, 1980, p. 260.

<sup>606</sup> La ben nota decisione *Van Gend en Loos*, causa 26/62, 5 febbraio 1965, in *Raccolta*, IX, p. 5.

<sup>607</sup> Esiste tuttavia una differenza tra il caso *Danzig* e il caso *Van Gend* poiché la CGCE va oltre a quanto espresso dalla Corte internazionale. Quest'ultima "*recognizes that individuals as such can be accorded rights under international agreements and that they are entitled to the direct enforcement of these rights by national courts. The Community Court thus went substantially beyond the holding of the Permanent Court of International Justice in the Danzig case. That case decided no more than that the States parties to a treaty may agree to ensure that its provisions shall be directly applied in the domestic courts. The Van Gend decision recognized, by contrast, that the directly applicable provisions of the EEC Treaty confer immediately*

La giurisprudenza comunitaria ha poi esteso la propria valutazione al di fuori degli atti propriamente comunitari, interpretando l'effetto diretto di un trattato internazionale concluso della Comunità mediante i parametri più stringenti previsti dal "*purpose and nature test*", con riguardo al trattato, e dall'"*unconditional test*", con riguardo alla singola norma in rilievo<sup>608</sup> (almeno rispetto ad accordi che non presentino natura asimmetrica<sup>609</sup>).

La recente prassi, tuttavia, sembra indicare che il primo dei due test non rappresenti più una ricognizione decisiva fintanto che il trattato in rilievo "*contains provision that directly govern the position of individuals*"<sup>610</sup>.

Guardando all'Accordo GATS, la natura stessa dell'accordo riguarda una disciplina che, a differenza del GATT, non consente di disgiungere il prestatore dalla fornitura del servizio (a differenza del prodotto che è separabile dal produttore). E, difatti, l'accordo in questione contiene continui riferimenti ai singoli individui-prestatori di servizi.

Nell'Accordo GATS, la stessa clausola della nazione più favorita (articolo II) e quella del trattamento nazionale (articolo XVII) pongono in essere degli obblighi che ogni Stato è tenuto ad accordare –espressamente- ai servizi e ai prestatori di servizi. Il riferimento ai fornitori di servizi e ai prestatori di servizi è poi contenuto in materia di *Regolamentazione Interna* (articolo VI, par. 2, lett. a), di *Riconoscimento* (articolo VII, comma terzo), di *Monopoli e prestatori esclusivi di servizi* (articolo VIII) o nell'ambito degli obblighi specifici con riferimento, come visto, all'*Accesso al Mercato* (articolo XVI, par. 2). Rispetto a quest'ultimo

---

*enforceable rights on individuals as such and that the application of these rights by the domestic courts cannot depend upon any further action or inaction by the Member States. In that sense, individuals are the subjects of directly applicable Community law*". Così, T. BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 326.

<sup>608</sup> Rispetto ad accordi diversi dagli atti comunitari primari, il test elaborato dalla Corte è stato infatti più stringente, prevedendo che "*a provision in an agreement concluded by the Community with non-member countries must be regarded as being directly applicable when, regard being had to its wording and the purpose and nature of the agreement itself, the provision contains a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects to the adoption of any subsequent measure*". Così, sentenza *Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd*, 1987, in *Raccolta*, 1987, 3719. In generale, v. P. PESCATORE, "*The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law*", *Europ. L. Rev.*, 1983, p. 170. V. anche quanto espresso dalla Corte nel caso C-104/81, *Hauptzollamt Mainz/Kupferberg*, 1982; *Hermès International v. FHT Marketing Choice*, C-53/96, in *Raccolta*, 1988, I-3603, par. 28. V. inoltre C. DORDI, *The Direct Effect of the agreements concluded by the EU: some inconsistencies in ECJ case Law?*, in *The Absence of Direct Effect of the WTO in the EC and in other Countries* (a cura di), *cit.*, p. 2 e gli ulteriori riferimenti citati.

<sup>609</sup> Infatti, a differenza di quanto garantito dalla stessa giurisprudenza comunitaria con riguardo agli Accordi di Marrakech, per quanto concerne gli accordi di cooperazione e di associazione della Comunità, prima, e dell'Unione, dopo, la diretta efficacia di tali accordi viene riconosciuta essendo accordi speciali di natura asimmetrica. Per una critica a tale differente valutazione, v. P. MENGOZZI, *I diritti e gli interessi delle imprese, il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e le prerogative delle istituzioni della Unione Europea: verso una dottrina comunitaria delle political questions?*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2006, p. 155.

<sup>610</sup> Per tale conclusione, F. G. JACOBS, *Direct Effect and Interpretation of International Agreements in the Recent Case-Law of the European Court of Justice*, in A. DASHWOOD, *Law and Practice of the EU External Relations*, London, 2008, p. 32; in merito v. anche C. DORDI, *The Direct Effect of the agreements concluded by the EU: some inconsistencies in ECJ case Law?*, *cit.*, p. 4-7.



obbligo, inoltre, l'Accordo disciplina la circolazione *cross-border* con semplici obblighi di *non facere*.

Tali continui e diretti riferimenti ai prestatori di servizi, rendono evidente, nell'accordo GATS, l'esigenza di tutelare gli individui nei confronti dello Stato, tenuto a dare piena attuazione alla normativa internazionale<sup>611</sup>. Orbene, se si vuole rimane nell'ambito delle conclusioni della breve ricognizione comparata appena svolta, è indubbio che diverse norme GATS non sono programmatiche (e la loro esecuzione non necessita di alcun complemento normativo interno), risultano chiare, precise e incondizionate e pongono delle regole di condotta che regolano la posizione degli investitori e che a questi si indirizzano.

In questo senso, pertanto, il trattato GATS "*directly governs the position of individuals*" e, alla pari di quanto già successo con riferimento all'Accordo TRIPs e alla possibilità garantita ai privati (da parte di alcuni ordinamenti interni) di far valere tali obblighi dinanzi al giudice azionale<sup>612</sup>, non dovrebbero sussistere ostacoli a concludere che siano norme internazionali direttamente invocabili dagli investitori<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> V. F. MARELLA, *Tutela dei singoli e diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 93.

<sup>612</sup> Per le aperture della giurisprudenza austriaca e tedesca con riferimento alla diretta applicabilità di alcune norme dell'Accordo TRIPs, v. A. REINISCH, *GATT/WTO Law in Austrian Legal Order*, cit., p. 270-273. In merito, si veda anche L. MANDERIEUX, *Issues related to the judicial implementation of the TRIPs Agreement within the EU*, in *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, cit., p. 159 ss. Inoltre, non sono mancati riconoscimenti –anche in ambito comunitario– in favore della diretta applicabilità di alcune sue disposizioni, giudicate "*sufficiently clear and precise and does not depend upon the adoption of any subsequent act*". In tal senso, si espresse l'Avvocato Generale Tesauro con riferimento all'articolo 50(6) dell'accordo TRIPs, venendo però contraddetto dalla sentenza della Corte, nella causa *Hermès International*, 16 giugno 1988. Cfr. A. LUPONE, *Gli Aspetti della Proprietà Intellettuale attinenti al Commercio Internazionale*, in *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, (a cura di G. VENTURINI), Milano, 2000, p. 143-150. La dottrina è pacificamente orientata in favore dell'efficacia diretta di alcune norme TRIPs e tale accordo viene anzi individuato come "*an out standing example of the role that private parties are able to pay in international law*" e ne viene riconosciuta un'efficacia diretta (ESPOSITO, *op. cit.*, p. 447; D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit International économique*, cit., p. 162. Vista la natura privatistica dell'Accordo, in effetti, tale riconoscimento è di certo meno problematico. Per tale osservazione, A. LUPONE, *op. cit.*, p. 148).

<sup>613</sup> Si sostiene che le norme dell'Accordo GATS, per effetto dell'applicazione combinata della clausola della nazione più favorita e di quella del trattamento nazionale, quando applicabili ai prestatori di servizi, darebbero vita a degli *economic substantive rights* direttamente invocabili dai soggetti privati. Nel riporta tale ipotesi, SANTA MARIA, in *Diritto Commerciale Europeo*, cit., p. 385, sembra (ma non è chiaro) fare riferimento a CHARNOWITZ, *The WTO and the rights of the individual*, in *Intereconomics*, 2001. Quest'ultimo, tuttavia, non pare esprimere tale posizione. Egli afferma che "*The WTO gives economic actors an entitlement to substantive rights in domestic law, ossia "property rights or a legal guidance or fan opportunity to an economic actor. The GATS applies the traditional most-favoured nation and national treatment principles but does so with a twist. In the GATT, they apply to products, but in GATS, these principles are also applied to economic actors, namely "service suppliers"*", p. 99. Successivamente egli conclude che "*the innovator and service supplier do not acquire the substantive rights directly from TRIPs and GATS, but rather from Government via the implementation of their WTO obligations*". *Ibidem*, p. 100.

#### 4. Coerenza della tesi rispetto al *Dispute Settlement Understanding*

L'ultima parte dell'indagine deve necessariamente volgersi al meccanismo di risoluzione delle controversie garantito in sede multilaterale e all'*Intesa sulle Norme e le Procedure che Disciplinano la Risoluzione delle Controversie* (nell'acronimo inglese, come noto, *Dispute Settlement Understanding*),<sup>614</sup> per verificare se la nostra ipotesi sia coerente con quanto prevedono gli Accordi di Marrakech.

La funzione di tale sistema è quello di garantire la certezza degli Accordi, pur anche se in un'ottica giuridica e diplomatica, imponendo agli Stati membri –quale effetto del *single undertaking*<sup>615</sup>- di rivolgersi unicamente ai meccanismi previsti dall'Intesa per verificare l'esistenza di una violazione (o dell'annullamento del pregiudizio dei propri benefici commerciali o di un impedimento al perseguimento degli obiettivi) degli Accordi multilaterali<sup>616</sup> da parte di un altro Stato membro.

Allo stato attuale, come detto, le innovazioni del sistema multilaterale del commercio non hanno inciso, negli ordinamenti interni, sulla posizione dei singoli che rimangono ancora sottoposti ai rispettivi “schermi statuali”<sup>617</sup>.

In merito, è necessario domandarsi se la centralità del meccanismo intergovernativo previsto dall'Intesa possa essere tradotta in termini di esclusività con riferimento ad altri fori internazionali e per controversie non limitate agli Stati membri (anche se, già il sistema previsto dall'Intesa non si pone in via esclusiva e conosce comunque delle eccezioni<sup>618</sup>). Occorre quindi valutare se nell'ambito del DSU esista una qualche preclusione che possa impedire un procedimento arbitrale come quello qui ipotizzato.

Con riferimento alle disposizioni dell'Intesa e, in particolar modo, alle norme cardine che rappresentano le fondamenta della soluzione elaborata dall'OMC<sup>619</sup>, non si rinviene alcuna

<sup>614</sup> Per la quanto mai ampia bibliografia in merito, si rimandare ai lavori di G. ADINOLFI, *La soluzione delle Controversie dell'OMC ed il Contenzioso Euro-Statunitense*, in *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., p. 155 ss. F. BESTAGNO, *Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, a cura di U. DRAETTA, M. FUMAGALLI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 185 ss..

<sup>615</sup> Ma anche dall'articolo 23 dell'Intesa, denominato Consolidamento del Sistema Multilaterale.

<sup>616</sup> Tale sistema preclude agli Stati membri che pure si ritengano lesi in un proprio diritto o beneficio di poter agire unilateralmente per la difesa dei propri interessi.

<sup>617</sup> Cfr. In merito, C. ESPOSITO, *International Trade and National legal orders: the problem of direct applicability of WTO Law*, in MENGOZZI (ed.), *International Trade on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 429 ss.; F. MARELLA, *op. cit.*, p. 52.

<sup>618</sup> Infatti, la stessa Intesa prevede che le disposizioni in materia contenziosa contenute negli Accordi contemplati, contrastanti con la disciplina generale dell'intesa, prevalgano in quanto *lex specialis*. V. articolo 1, paragrafo 2 del DSU. Per un approfondimento dell'*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* che, oltre a disciplinare le possibili fasi nelle quali si sviluppa il procedimento contenzioso, prevede le funzioni e le competenze degli organi che intervengono nel procedimento stesso, si rimanda a \_\_\_\_\_.

<sup>619</sup> Ci si riferisce, anzitutto, all'articolo 7 (parr. 1 e 2), che prevede che spetti al *Panel* esaminare la controversia ed analizzare le disposizioni dell'OMC al fine di aiutare il DSB a formulare le raccomandazioni o le decisioni previste dall'Intesa. In secondo luogo, si fa riferimento all'articolo 22 dell'Intesa

preclusione che possa ostacolare l'esperibilità di un'azione da parte di un investitore che voglia far valere –dinanzi ad un'istanza che si situa al di fuori di tale sistema- l'avvenuta lesione delle proprie situazioni giuridiche in conseguenza della violazione di una norma GATS. Tale possibilità, oltre a non essere espressamente preclusa dagli Accordi non si rifletterebbe negativamente sulla natura del meccanismo previsto, che si pone in termini esclusivi, ma con riferimento alle sole controversie tra Stati e nell'ambito dei soli rapporti intergovernativi.

Ciò detto, si tratta ora di ripercorrere, in un certo qual modo, le principali obiezioni che la prassi comunitaria ha individuato per respingere l'effetto diretto degli accordi del WTO (tralasciando, ovviamente, considerazioni di natura politica, anche se queste sono in parte presenti nella stessa elaborazione giurisprudenziale). In questo senso, la valenza delle principali obiezioni che sono state sollevate in tale ambito (centralità delle negoziazioni e garanzie di reciprocità) sono di rilievo ai soli fini dell'indagine stante la concreta irrilevanza dell'ordinamento comunitario per un tribunale arbitrale internazionale chiamato ad esprimersi sulla sussistenza o meno di un risarcimento a seguito della violazione di un obbligo di diritto internazionale pattizio.

Nell'ambito delle preoccupazioni sottese agli orientamenti sfavorevoli a riconoscere efficacia diretta agli Accordi OMC, quella principale è rappresentata dalla necessità di non privare gli Stati membri della possibilità offerta dall'articolo 22 del DSU di trovare (sia pure a titolo provvisorio) intese e soluzioni negoziate di mutuo beneficio<sup>620</sup>. E, in questo senso, basti solo pensare a come tale preoccupazione abbia indirizzato la stessa elaborazione comunitaria del “*nature and purpose test*” finalizzata a verificare l'efficacia diretta degli Accordi multilaterali<sup>621</sup>.

Un giudizio di legittimità ad opera di un tribunale internazionale, per contro, non avrebbe lo scopo, né il potere, né l'effetto di disapplicare la normativa interna contrastante. La legittimazione dell'investitore, nella nostra ipotesi, non potrebbe influire in alcun modo con il raggiungimento di una soluzione negoziata o sulle opzioni garantite dall'Intesa allo Stato soccombente. In questo senso, è essenziale quanto già chiarito in merito alla possibilità che un *treaty based arbitration* non abbia il potere di emettere un provvedimento che possa in qualche modo ingiungere allo Stato, che abbia violato un norma dell'Accordo GATS, di

---

che tratta delle conseguenze derivanti dall'accertamento che uno Stato membro abbia posto in essere misure contrarie agli Accordi.

<sup>620</sup> L'allora Segretario del WTO Ruggiero, nella dichiarazione resa l'8 marzo 199 al Consiglio Generale, aveva sottolineato che la struttura del sistema di risoluzione dei conflitti predisposto dall'OMC si fonda sulla libertà lasciata agli Stati membri di raggiungere un accordo di mutuo soddisfacimento. Cfr. S. MANSERVINI, *Ancora una pronuncia della Corte di giustizia sul tema degli effetti delle disposizioni di diritto internazionale pattizio*, cit., p. 638.

<sup>621</sup> A tal fine, è sufficiente citare la decisione *Portogallo v. Consiglio*, oppure la sentenza *Léon Van Parys*.

modificare in senso conforme la propria legislazione<sup>622</sup>. L'istanza adita andrebbe solo ad accertare l'avvenuta violazione di un obbligo internazionale a danno dell'investitore provvedendo, nel caso, alla condanna del *quantum* dovuto a scopo risarcitorio. Il controllo di legittimità da parte dell'istanza arbitrale è infatti funzionale al solo accertamento e alla liquidazione del danno patito dall'investitore senza che la stessa possa disapplicare o pretendere che lo Stato di accoglimento revochi o modifichi l'atto normativo interno risultato contrario alle disposizioni GATS.

La natura del sistema multilaterale è stato concepito quale meccanismo esclusivo nei rapporti interstatali, ed estendere la competenza di un *treaty based arbitration*, all'accertamento del rispetto degli obblighi previsti in sede multilaterale, non potrebbe alterare l'equilibrio normativo sul quale si fonda il sistema di Marrakech. Pertanto, non si invaderebbe lo spazio negoziale legittimamente previsto dal DSU che lascia libere le parti in disputa di raggiungere una soluzione concordata di soddisfazione reciproca pur senza ricondurre a legalità il quadro normativo dello Stato soccombente (almeno *medio tempore*)<sup>623</sup>.

Per quanto possa anche essere di natura politica<sup>624</sup>, occorre considerare l'ulteriore argomentazione in base alla quale gli effetti diretti degli Accordi sono stati negati in ambito comunitario, ossia l'assenza di reciprocità<sup>625</sup>.

In merito, il vincolo di osservanza reciprocamente assunto dagli Stati contraenti di un BIT nei confronti dei rispettivi investitori dovrebbe essere in grado di garantire la reciprocità dei sottostanti obblighi multilaterali incorporati nello strumento bilaterale. In termini generali, pertanto, la reciprocità intrinseca in un trattato in materia di investimenti dovrebbe far tacere eventuali obiezioni in merito, considerando, a *fortiori*, che l'assenza di reciprocità ha rilievo con riferimento ad un sindacato di legittimità e al conseguente potere di annullamento riconosciuto in capo ai giudici interni.

Rimane da considerare un'ultima questione. Come noto, la giurisprudenza della CGCE se, inizialmente, si è pronunciata sul rilievo da attribuire alle norme degli Accordi di Marrakech, si è poi diretta alle determinazioni adottate dal DSB con riferimento alla compatibilità con gli accordi OMC agli atti interni statali (o comunitari). E la prassi, anche in tal caso, ha negato

<sup>622</sup> In tal senso, v. *retro sub* nota 325.

<sup>623</sup> In questo senso, sono dunque prive di rilievo, per la nostra tesi, le perplessità espresse da quella parte della dottrina con riferimento al mancato riconoscimento degli effetti diretti degli accordi in ambito europeo e per i quali il controllo di legittimità degli atti comunitari nei confronti delle norme del sistema multilaterale degli scambi potrebbe alterare il compromesso sul quale si fonda il sistema di risoluzione garantito. A tal riguardo, v. E. CANNIZZATO, *Accordi configgenti nel diritto comunitario?* in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 155 ss..

<sup>624</sup> Riguardanti la ben nota necessità di non dover indebolire la posizione dell'UE nella ricerca di una soluzione reciprocamente conveniente con importanti *partners* commerciali che non riconoscono effetto diretto agli Accordi. In tal senso, v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 390.

<sup>625</sup> L'assenza di reciprocità è la seconda argomentazione sulla quale ha fatto leva la giurisprudenza comunitaria per fondare il proprio "*nature and purpose test*". In merito, v. il caso *Kupferberg*, che, tra l'altro, differenzia tra gli accordi di associazione e di *partnership* economica, da un lato, e gli accordi multilaterali OMC, dall'altro.

l'efficacia diretta alle determinazioni assunte dall'organo di risoluzione delle controversie nell'ambito di contenziosi instaurati al fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti a seguito dell'adozione, o del mantenimento in vigore, di atti legislativi comunitari incompatibili con l'OMC<sup>626</sup>.

Ci si potrebbe chiedere allora chiedere se, per mezzo di una norma *umbrella*, l'investitore possa far valere la decisione di un *Panel* che abbia constatato l'incompatibilità delle misure interne con le disposizioni degli Accordi. In tutta evidenza, il vincolo di osservanza, riguardando un obbligo assunto *with regard to investments*, non potrebbe incorporare nel trattato la raccomandazione assunta dal DSB di rendere una normativa interna conforme agli Accordi (vista anche la facoltà lasciata in capo allo Stato di "non poter" o di "non voler" ottemperare).

Per avviarsi a concludere, occorre ora rilevare che, a seguito della violazione di un impegno GATS, le due istanze giurisdizionali, il DSB, da un alto, ed un *treaty based arbitration*, dall'altro, potrebbero emettere decisioni contrastanti.

Tuttavia, l'accertamento di cui viene investita un'istanza arbitrale si esaurisce nella sola violazione del trattato in materia di investimenti e dell'obbligo *umbrella*; la sottostante sottostante *causa petendi*, pertanto, verrebbe incardinata quale mera *investment treaty claim*<sup>627</sup>.

Inoltre, l'azione dinanzi all'istanza arbitrale verrebbe promossa dall'investitore e non da uno Stato membro dell'OMC che potrebbe avere interesse ad instaurare un contenzioso parallelo in sede multilaterale. L'azione dell'investitore, quindi, non dovrebbe essere identica a quella che potrebbe far valere un Stato membro che volesse pretendere di portare lo Stato di accoglimento davanti al DSU per l'avvenuta violazione del medesimo obbligo GATS. Tecnicamente la *essential basis of the claim*, fondata su di un trattato in materia di

---

<sup>626</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza *Biret*, Corte CE, 1 gennaio 2000, causa T-174/00, *Biret c. Consiglio dell'Unione Europea*, in *Raccolta*, 2000, II-17 dove il ricorrente sosteneva di aver subito dei danni a seguito dell'adozione e del mantenimento in vigore di atti legislativi comunitari che vietavano la commercializzazione di carni trattate con ormoni. Si ricorda che durante il procedimento d'appello di questa decisione, l'Avvocato generale Alber si era espresso in favore dell'accoglimento del ricorso, ritenendo che le decisioni e le raccomandazioni del DSB, dopo la scadenza del termine assegnato per armonizzare la normativa interna, potevano essere invocate in giudizio dai privati. Secondo l'Avvocato generale, pertanto, potevano essere utilizzate quale parametro sulla base del quale doveva essere valutata la legittimità dei comportamenti delle istituzioni comunitarie. Cfr., Conclusioni del 15 maggio 2003 nella causa C-93/02, *Biret International SA c. Consiglio dell'Unione Europea*, in *Raccolta*, 2003, p. 890. La Corte di giustizia, invece, ha seguito l'orientamento contrario già espresso nel caso *Portogallo c. Consiglio*. Nello stesso senso, si era espresso l'Avvocato Tizzano nel caso *Van Payrs* e, anche in questo caso, la Corte non si è discostata dal precedente indirizzo. V. Conclusioni del 18 novembre 2004, causa C-377/02, *NV Firma Leon Van Payrs*, in *Raccolta*, 2004, p. 345. Per un approfondimento, v. P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 156-157; A. ALEMANNI, F. DI GIANNI, *Non contractual liability of the Community regarding WTO obligations*, in *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, cit., p. 142-145.

<sup>627</sup> Sempre che l'investitore, come detto, riesca a dar provare la competenza dell'istanza arbitrale e che l'obbligo GATS e la sua violazione da parte dello Stato di accoglimento abbiano un'incidenza qualificata nei confronti dell'investimento protetto dal trattato.

investimenti, e la diversità delle parti in causa non dovrebbero far concludere per un'ipotesi tecnica di *litis pendenza* tra il procedimento Stato-investitore, da un lato, e quello tra gli Stati membri dell'OMC, dall'altro.

Ciò nonostante, è evidente che, sulla stessa violazione, lo Stato di accoglimento potrebbe essere tenuto a rispondere di fronte a due diverse istanze e si potrebbe comunque intravedere un'ulteriore ipotesi di *parallel litigation*<sup>628</sup> e, in tal caso, un *investor-State arbitration* si concretizzerebbe -per la prima volta- quale foro che si affianca ad un'altra istanza internazionale piuttosto che ad un foro interno<sup>629</sup>.

Tuttavia, ciò rappresenterebbe l'ennesimo effetto conseguente all'attuale struttura del diritto internazionale in cui manca una connessione accentrata od integrata<sup>630</sup> tra i diversi fori pur previsti dai diversi sub-sistemi di diritto che oramai compongono l'ordine giuridico internazionale<sup>631</sup>.

## 5. Conclusioni

Si ritiene di aver dimostrato che, alle condizioni messe in evidenza in questa sezione, un investitore possa invocare, per effetto di un'*umbrella clause* di tipo aperto, l'avvenuta violazione di un obbligo internazionale che non trova origine in un trattato in materia di investimenti.

Negare tale facoltà dovrebbe far concludere che il sistema previsto dall'OMC possa inficiare l'obbligatorietà delle norme internazionali nonostante gli Accordi multilaterali non contemplino nessuna esplicita preclusione al riguardo e nonostante esista un'istanza internazionale competente a decidere della violazione dell'obbligo internazionale proprio sulla base del principio di *pacta sunt servanda*. In tal modo, si consentirebbe ad uno Stato, che pure abbia espresso il proprio consenso arbitrale, di non dover rispondere della violazione di *any obligation with regard to investments*.

<sup>628</sup> Su cui v. Z. DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of investment treaty arbitration*, cit., p. 236-281; C. MCLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, cit., p. 299 ss..

<sup>629</sup> La *ratio* dell'introduzione di un *State-investor arbitration*, e degli stessi trattati bilaterali, infatti, è stata quella di garantire l'investitore con un foro neutrale e di non lasciarlo solo di fronte ai giudici interni dello stato di accoglimento. E, di certo, questa ragione sfugge nell'ambito di un arbitrato che possa conoscere impegni GATS.

<sup>630</sup> "International law, because it lacks a centralized structure, does not provide fora with an integrated judicial system operating in an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects of components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not in others. Così, *Prosecutor v. Tadic, Decision on Jurisdiction*, 2 ottobre 1995, cit..

<sup>631</sup> Infatti, "there is frequently a parallelism of treaties, both in their substantive content and in their provisions for settlement of disputes arising thereunder". *Southern Bluefin Tuna (Australia v. New Zealand, Award on Jurisdiction*, 4 agosto 2000, in *ILR*, p. 508.

Un'*umbrella clause* aperta può quindi fungere da raccordo con altri strumenti pattizi riguardanti gli investimenti stranieri che, seppur non finalizzati ad una regolamentazione sovranazionale in chiave protettiva e promozionale del bene *foreign investment*, facciano comunque discendere, dalle rispettive regole di condotta, effetti che incidono direttamente su quegli investimenti stranieri rientranti nell'ambito di applicazione di un trattato bilaterale nella cui cornice sia presente un *treaty based arbitration* dotato di ampia competenza.

Stando alle ragioni di opportunità sottese all'orientamento della giurisprudenza comunitaria, in particolare, l'eventuale estensione della competenza di un arbitrato *State-investor*, come detto, non priverebbe gli organi legislativi ed esecutivi degli Stati membri dell'OMC della possibilità di trovare soluzioni negoziate, né li esporrebbe ad azioni che non siano sorrette da una logica bilaterale e di esposizione reciproca.

I rimedi offerti dai due sistemi sono infatti strutturalmente diversi e la prospettiva *policy-oriented* del sistema multilaterale degli scambi potrebbe pacificamente convivere con il sistema bilaterale degli investimenti la cui sfera protettiva è, per contro, di natura retrospettiva e compensativa. I rimedi offerti dal diritto internazionale degli investimenti, infatti, si limitano a riconoscere il solo risarcimento del danno subito dall'investitore essendo strutturalmente inadeguati a sanare il contrasto normativo sulla base del quale si sia consumata la violazione degli obblighi internazionali portati al giudizio di un *treaty based arbitration*.

In questo senso, allora, la tutela accordata ad un investitore che faccia valere la violazione di un obbligo GATS potrebbe essere assimilata agli altri istituti che già garantiscono ai singoli una tutela indiretta, quali quelli rappresentati dai procedimenti interni azionabili in materia di *antidumping* o di sovvenzioni all'esportazione.

In conclusione, tale ricognizione, che ha riguardato la responsabilità internazionale degli Stati in conseguenza di mutamenti del quadro normativo interno, ha tentato di dare ulteriore concretezza ai timori già paventati dalla dottrina con riguardo alle interpretazioni evolutive cui si prestano diversi obblighi previsti dai *bilateral investment treaties* e che già hanno indotto diversi Stati a rivedere i propri modelli di accordi bilaterali e a procedere con maggiore cautela nell'attuale mercato, pur fortemente concorrenziale, degli investimenti stranieri.

## BIBLIOGRAFIA

- A.A. V.V., *La codificazione della responsabilità internazionale degli stati alla prova dei fatti: problemi e spunti di riflessione* (a cura di) M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO, Milano, 2006
- AA. VV., *Copyright Law Handbook, Middle East Countries*, Vol.1, Washington, p. 105 ss.
- AA. VV., *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'OMC*, Napoli, 1998
- AA. VV., *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di Alpa, Fusaro, Milano, 2000
- AA. VV., *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, (a cura di C. Dordi), Torino, 2010
- Abi-Saab, nella *Dissenting Opinion*, 28 ottobre 2011
- ADINOLFI G., *La soluzione delle Controversie dell'OMC ed il Contenzioso Euro-Statunitense*, in *L'Organizzazione Mondiale del Commercio* (a cura di G. Venturini), Milano, 2004, p. 155 ss.
- AGO R., *La colpa dell'illecito internazionale*, in *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1976, vol. I, p. 271 ss.
- AGO R., *Third Report on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, Vol. II, t. I.
- AL FARUQUE A., *Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contract, The Quest for Equilibrium and Stability*, in *Jour. World Inv. Trade*, 2007, p. 113 ss.
- ALEMANNO A., DI GIANNI F., *Non contractual liability of the Community regarding WTO obligations*, in *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries* (a cura di dordi), Torino, 2010, p. 142 ss.
- ALVIN I., *Contracting with sovereignty*, Oxford, 2011
- AMADOR F. V. G., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Alien*, Leiden, 1974
- AMADOR F. V. G., *State Responsibility in case of "stabilization" clauses*, in *Journ. Trans. Law & Policy*, 1993, p. 30 ss.
- AMADOR F. V. G., *State Responsibility in case of "stabilization" clauses*, in *Journ. Trans. Law & Policy*, 1993, p. 30 ss.
- AMADOR F. V. G., *The Changing Law of International Claims*, Vol. I-II, New York –London- Rome, 1984
- AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *The British Year Book of International Law*, 1977, p. 227 ss.
- AMERASINGHE C. F., *Local remedies in International law*, Cambridge, 2004
- AMERASINGHE C. F., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967
- ASAMOAH F., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague
- ASANTE S. K. B., *Stability Of Contractual Relations In The Transnational Investment Process*, in *Int. Com. Law Quarterly*, 1979, p. 400 ss.
- ASANTE S. K. B., *Reconstructing Transnational Mineral Agreements*, in *A.J.I.L.*, 1974, p. 234 ss.



- ASANTE S., *Stability and contractual relations in transnational investment process*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, p. 400 ss.
- ATSEGBUA L., *International Arbitration of Oil Investment Disputes: The Severability of Doctrine and Applicable Law issues Revisited*, in *AJICL*, 1993, p. 643 ss.
- BALLARINO T., *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2001
- BENCHENEB A., *Sur l'évolution de la notion d'investissement*, in *Souveraineté étatique et marches internationaux à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, 2000
- BERGAMINI L., *Il caso Noble Venture e "the umbrella clause problem"*, in *Riv. Arb.*, 2007, p. 124 ss.
- BERGEN K. P., *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrator*, in *Vand Journ. Trans. Law*, 2004, p. 1348 ss.
- BERLIN D., *Les contrats d'Etats (state contracts) et la protection des investissements internationaux*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1987, p. 197 ss.
- BERNARDINI P., *Development Agreements with Host Governments*, in R. Pritchard (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, The Hague, 1996, p. 162 ss.
- BERNARDINI P., *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, in *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, p. 98 ss.
- BERNARDINI P., *The Renegotiation of Investment Contract*, in *ICSID Review*, 1998, p. 411 ss.
- BESTAGNO F., *Le clausole di salvaguardia economica nel diritto internazionale*, Milano, 1998.
- BESTAGNO F., *Le implicazioni dell'allargamento dell'Unione europea per l'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Le nuove sfide per l'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione* (a cura di G. VENTURINI, G. COSCIA, M. VELLANO), Milano, 2005, p. 29 ss.
- BESTAGNO F., *Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, a cura di U. DRAETTA, M. FUMAGALLI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 185 ss..
- BLADWIN N., *The treatment of contract-related claims in treaty based arbitration*, in *Mealey's Int. Arb. Rep.*, 2006, p. 35 ss.
- BLECK-MANN A., *Self-executing treaty provisions*, in *Enc. Public int. Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 2000
- BLESSING M., in *State Arbitrations: Predictably Unpredictable Solutions*, in *Journ. Int., Arb.*, 2005, p. 233 ss.
- BLYSCHAK P.M., *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract versus Breaches of Treaty*, in *Jour. Int. Arb.*, 2010, p. 21 ss.
- BÖCKSTIEGEL K. H., *Applicable Law to State Responsibility under the Energy Charter Treaty and Other Investment Protection Treaty, Investment Arbitration and Energy Charter Treaty*, New York, 2006
- BÖCKSTIEGEL K.-H., *Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice*, *Arbitration International*, Vol.1, N° 2, 1985, p.. 180 ss.
- BODANSKY D., CROOK J.R., *Introduction and Overview to Symposium: the ILC's State responsibility Articles*, in *AJIL*, 2002, p. 783 ss.
- BORTOT F., *Esperienze internazionali -Crisi economico-finanziarie in Argentina: dall'euforia della convertibilità al panico dell'instabilità in Bancaria*, 2003, p. 90 ss.
- BOUCHEZ L. J., *The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises*, *Journal of International Arbitration*, 1991, p 81 ss.

- BROCHES A., *Choice-of-Law Provisions, in Contracts with Governments*, in *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1971, Vol. I, p. 64 ss.
- BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and nationals of other States*, in *Recueil des Cours*, vol. 136, 1972, p. 331 ss.
- BROCHES S., *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in J.C. Schultsz, A.J. van den Berg (eds), *The Art of Arbitration*, 1982, p. 63 ss.
- BRONFMAN K., *Fair and equitable treatment: an evolving standard*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2006, p. 611 ss.
- BROWNLIE I., *State Responsibility*, Vol. I, Oxford, 1983
- BROWNLIE, in *Principles of Public International Law*, in *Recueil des Cours*, 1979, p. 271 ss.
- BUERGENTHAL T., *Self-executing and non self-executing treaties in national and international law*, in *RCADI*, 1992, p. 327 ss.
- CAMERON P., *International Energy Investment Law, The Pursuit of Stability*, Oxford, 2010
- CANNIZZATO E., *Accordi configgenti nel diritto comunitario?* in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 155 ss..
- CARLEVARIS A., *La competenza dei tribunali arbitrali internazionali tra violazione dei trattati sugli investimenti e violazione delle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 442 ss.
- CARLEVARIS A., *La competenza dei tribunali Internazionali tra violazioni dei trattati sugli investimenti e violazione delle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 431 ss.
- CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international éconogénérale mique*, Paris, Dalloz, 2003
- CATALDI F., *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Dig. IV/Pubblico*, 1997, p. 391 ss..
- CATTAN H., *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, New York, 1967
- CAVALLINI C., *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, *Riv. arb.* 1994, p. 113 ss.
- CHARNOWITZ C., *The WTO and the rights of the individual*, in *Intereconomics*, 2001, p. 97 ss.
- CHOUDHURY B., *Evolution or devolution? Defining Fair and equitable treatment in international investment law*, in *Journal of world Investment and Trade*, 2005, p. 297 ss.
- CHOWDHRY S.R., *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Permanent Sovereignty over Natural Resources in Association Reports of the Sixtieth Conference*, Montreal, 1982, p. 197 ss.
- CHOWDHURY S. R., *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Substratum of the Seul Declaration*, in *International Law and Development*, P. de Waart et al. (ed), Dordrecht, 1988, p. 61 ss.
- CHRISTENSON G. A., *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, in *International Law of State Responsibility for Injures to Aliens*, (a cura di Lillich), University Press of Virginia, 1983, p. 325 ss.
- COHEN SMUTNY A., *State Responsibility and Attribution. When is a State Responsible for the Acts of State Enterprises? Emilio Agustiin Maffezzini v. The Kingdom of Spain*, in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, 2005, p. 17 ss.
- CONDORELLI L., *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974
- CONDORELLI L., KRESS C., *The Rules of Attribution: General Considerations*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 221 ss.
- CONDORELLI L., *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des cours*, 1984

- COSTAMAGNA F., *Investor's rights and State regulatory autonomy: the role of the legitimate expectation principle in the CMS v. Argentina case*, in *Transnational Dispute Management*, 2006, p. 1 ss.
- COTULA L., *Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Towards a Rethink of Stabilization Clauses*, in *J. World Energy L. & Bus*, 2008, p. 158 ss.
- COTULA L., *Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development*, *OECD Global Forum on international investment*, 27-28 marzo 2008, consultabile sul sito <http://www.oecd.org/investment/gfi-7>
- CRAWFORD J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2008, p. 108 ss.
- CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002
- CREMADES B., MALADENA I., *Parallel proceedings in international arbitration*, in *Arbitration International*, 2008, p. 527 ss.
- CRESPI RIGHIZZI Z., *Diritto Internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID*, in *Riv. dir. Int.*, 2009, p. 5 ss.
- CURTIS C. T., *The Legal Security of Economic Development Agreements*, in *Harv. Int'l L. J.*, 1988, p. 317 ss.
- CURTIS T., *The Legal Security of Economic Development Agreements*, in *Harv. Int'l L. J.*, 1988, p. 347 ss.
- D'ALBERTI M., *Concessioni Amministrative*, in *Enc. Dir.*, p. 1 ss.
- D'ASPROMONT LYNDEN J., *Les travaux de la Commission du droit international relatifs aux actes unilatéraux des Etats*, in *RGDIP*, 2005, p. 163 ss.
- DAVID E., *Primary and Secondary Rules*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 27 ss.
- DE ARÉCHAGA E. J., *International Law in the Past Third of a Century*, in *Recueil des Cours*, 1978, p. 1 ss.
- DE ARECHAGA J., *State responsibility for the nationalization of foreign-owned property*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1978, p. 180 ss.
- DELAUME G. R., *Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes*, *Law and Practice*, luglio 1983, p. 39 ss.
- DELAUME G., *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, in *International Lawyer*, 1966, p. 70 ss.
- DELAUME G., *Transnational contracts, applicable law and settlement of disputes*, New York, 1975
- DELAUME G.R., *State Contracts and Transnational Arbitration*, in *AJIL*, 1981, p. 806; R. HIGGINS, *The Taking of Property by the State*, in *Recueil des Cours*, 1982, p. 263 ss.
- DINH N. Q., DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, 3rd ed., Paris, 1987
- DOLZER R., *Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties*, in *International Lawyer*, 2005, p. 90 ss.
- DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International investment law*, Oxford, 2008
- DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, Boston, 1995

- DORDI C., *The Direct Effect of the agreements concluded by the EU: some inconsistencies in ECJ case Law?*, in *The Absence of Direct Effect of the WTO in the EC and in other Countries* (a cura di), Torino, 2010, p. 1 ss.
- DOUGLAS Z., *The Hybrid Foundations of investment treaty arbitration*, in *BYIL*, p. 151 ss.
- DOUGLAS Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009
- DUGAN C. F., WALLACE D., SABAHI B., *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008,
- DUGARD, J. R., *First report on diplomatic protection*, A/CN.4/506, p. 6 ss., in <http://www.un.org/law/ilc/>
- DUPUY P.M., *Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 173 ss.
- ECKHOUT P., *EU External relations Law*, Oxford, 2011
- EL CHIATI A. Z., *Protection of Investments in the context of petroleum agreements*, in *Recueil des Cours*, 1987, p. 13 ss.
- EL CHIATI A. Z., *Protection of Investments in the context of petroleum agreements*, in *Recueil des Cours*, 1987, p. 1 ss.
- EL KOSCHERI A. S., *Le régime juridique créé par les Accords de participation dans le domaine pétrolier*, in *Recueil des Cours*, 1975, p. 221 ss.
- ELIAN G., *Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international*, in *Recueil des Cours*, 1976, p. 149 ss.
- ENDICOTT M., *Remedies in Investor State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards*, in *New Aspects of International Investment Law*, 2007, p. 520 ss.
- ESPOSITO C., *International Trade and National legal orders: the problem of direct applicability of WTO Law*, in MENGOLZI (ed.), *International Trade on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 429 ss.
- F. FRANCONI, *The rights of access to justice under customary international law*, in *Access to justice as a human rights* (a cura di), Oxford, 2007
- FARUQUE A. A., *Validity and efficacy of stabilisation clauses. Legal protection vs. functional value*, in *Journal of International Arbitration*, 2006, p. 330 ss.
- FATOUROS A., in *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York-London, 1962,
- FAZZALARI E., *L'Arbitrato*, Torino, 1997
- FEIT M., *Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, 28 *Berkeley J. Int'l L.*, 2010, p. 167 ss.
- FEIT M., *Responsibility of the State Under international Law for Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, in *Berkeley Jour. Int'l Law*, 2010, p. 34 ss.
- FERRARIO P., *The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: is there any reasons for this Doctrine to exist?*, in *Jour. Int. Arb.*, 2009, p. 647 ss.
- FIETTA S., *Expropriation and fair and Equitable Treatment. The Developing Role of Investors' "Expectations"*, in *International Investment Arbitration*, 2006, p. 2 ss.
- FOIS P., *Il principio pacta sunt servanda e i contratti tra Stati e privati stranieri*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 633 ss.
- FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999

- FOURET J., KHAYAT D., *Centre International pour le règlement de droit International (Le CIRDI)*, in *Revue québécoise de droit International*, 2006, p. 297 ss.
- FRANCK S. D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.*, 2005, p. 1572 ss.
- FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, in AV. VV., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. GABRIELLI, II, Torino, 1999
- FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964
- FRIGNANI A., *L'Arbitrato Commerciale Internazionale*, Padova, 2004
- GAFFNEY J. P. , LOFTIS J. L., *The Effective Ordinary Meaning of BITs and Jurisdiction of Treaty Based Tribunals To Hear Contractual Claim*, in *JWIT*, 2007, p. 6 ss.
- GAILLARD E., *Chronique de la jurisprudence CIRDI*, in *Journal de Droit Int.*, 1999, p. 278 ss.
- GAILLARD E., *Identify or Define?, Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in *International Investment Law for the 21 st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer* (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009, p. 401 ss.
- GAILLARD E., *Investments and investors covered by Energy Charter Treaty*, in *Investment arbitration and the Energy Charter Treaty* (a cura di RIBEIRO), New York, 2006, p. 62 ss.
- GAILLARD E., *L'arbitrage sur le fondement des traites de protection des investissements*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 869 ss.
- GAJA G., *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al GATT 1994" gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 409 ss.
- GAJA G., *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967
- GALLINS G., *Bilateral Investment Protection Treaties*, in *Journ. of Energy & Natural Resources Law*, 1984, p. 84 ss.
- GALLUS N., *An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, in *Arb. Int.*, Vol., 24, 2008, p. 166 ss.
- GANDOLFI L., *Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, p. 993 ss.
- GATTINARA G., *The Relevance of WTO law in the US Legal System*, in *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries*, (a cura di C. Dordi), Torino, 2010, p. 275 ss.
- GEIGER R., *The Unilateral Change of Economic Development Agreements*, in *Int. Comp. L. Quarterly*, 1974, p. 84 ss.
- GIARDINA A., *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?*, in *Rev. Arb.*, 2003, p. 647 ss.
- GIARDINA A., *State contracts: national versus international law?*, in *Italian Yearbook Int'l L.*, 1980.81, p. 147 ss.
- GRITÒN SALIAS M. C., *Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings?*, in *International Investment Law for The 21<sup>st</sup> Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009, p. 493 ss.
- HAERI H., *A Tale of Two Standards: Fair and Equitable Treatment and the Minimum Standard in International Law*, in *Arb. Int.*, 2011, p. 27 ss.
- HAMIDA W. B., *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse Parigi, 2003

- HAMIDA W. B., *La clause relative au respect des engagements*, in Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la Neuve, 2006, p. 53 ss.
- HAMIDA W. B., *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements*, in *Journal de droit international*, 2008, p. 199 ss.
- HANOTIAU B., *Complex-Multicontract–Multiparty Arbitrations*, *Arb. Int.* 1998, p. 15 ss.
- HANSEN T. B., *The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements*, in *Va. J. Int'l. L.*, 1987-1988, p. 1031 ss.
- HANSEN T. B., *The legal effect given stabilization clauses in economic development agreement*, in *Virginia Journal of International Law*, 1988, p. 1015 ss.
- HARB A. M., *The Wrongful Acts Of Independent State Entities and Attribution to States In International Arbitration*, p. 6, consultabile al sito: [http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Asser\\_Harb\\_Attribution\\_To\\_States.pdf](http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Asser_Harb_Attribution_To_States.pdf).
- HARTLEY T. C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2003
- HIGGINS R., *The taking of property by the State: recent developments in international law*, in *Recueil des Cours*, vol. 176, 1982, p. 243 ss.
- HOBER K., *State Responsibility and Attribution*, in *International Investment Law* (a cura di Muchlinski, Ortino, Schreuer), Oxford, 2008, p. 553 ss.
- HOBER K., *Where's my Umbrella? A look inside the umbrella clause*, *Panel Discussion*, in *Investment Treaty Arbitration and International Law, Panel Discussion*, TJ Grierson Weiler ed., Vol. I, 2008, p. 49 ss.
- HOROWITZ M., *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, in *Harvard Law Review*, 1974, p. 917 ss.
- HOWSE R., *Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts*, consultabile al sito: [www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/](http://www.iisd.org/itn/2011/04/04/freezing-government-policy-stabilization-clauses-in-investment-contracts-2/)
- HUNTER M., SINCLAIR A., CAMERON M., *Aminoil revisited: Reflections on a Story of Changing Circumstances*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Tod Weiler (ed.), 2005, p. 347 ss.
- IRRERA A., *Conflicting Jurisprudence in International Investment Arbitration, The Argentina Cases*, in *Il Nuovo Dir. Soc.*, 2010, p. 30 ss.
- IWASAWA, J., *The Doctrine of self-executing Treaties in the United States: a critical analysis*, in *Virginia journal of International law*, 1986, p. 627 ss.
- JACKSON J. H., *Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. The Status of treaties*, in *Am. Journ. Int'l. L.*, 1992
- JACOBS F. G., *Direct Effect and Interpretation of International Agreements in the Recent Case-Law of the European Court of Justice*, in A. DASHWOOD, *Law and Practice of the EU External Relations*, London, 2008, p. 32 ss.
- JACQUE J. P., *L'internationalisation doit résulter de la volonté des parties*, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit International public*, in *LGDJ*, 1972, p. 278 ss.
- JENNINGS R., *State contracts in International law*, in *BYIL*, 1961, p. 156 ss.
- JENNINGS R., WATTS A., *Oppenheim's International Law*, London, 1992
- JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, in *Recueil des Cours*, 1994, p. 73 ss.

- KIRSHNER O., *An impressionistic tour of international investment codes, 1948-1994*, in *The Bretton Woods-GATT system: retrospect and prospect after fifty years*, ed. by Orin, 1996
- KISSAM L. T., LEACH E. K., *Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts*, in *Fordham L. Rev.*, 1969, p. 209 ss.
- KLEIN BRONFMAN M., *Fair and equitable treatment: an evolving standard*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2006, p. 611 ss.
- KOLO A., WÄLDE T. W., *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects, Applicable Legal principles and Industry Practices*, in *Jour. World Inv. Trade*, 2000, p. 5 ss.
- KORTMANN B., FABBER D., *Contract and third parties*, in *Towards a European civil code*, 1994, p. 237 ss.
- KOZULJ R., *Crisis de la industria del gas natural en Argentina*, Cepal, 2005
- KRIEBAUM U., *Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009
- KRISHAN D., *A notion of ICSID investment*, in *Transnational Dispute Management*, 2008, p. 27 ss.
- KUNOY B., *Singing in the rain. Developments in the interpretation of umbrella clauses*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2006, p. 299 ss.
- LALIVE J. F., *Contrats entre Etats ou enterprisés étatiques et personnes privées. Développements récents*, in *Recueil des cours*, 1983, p. 9 ss.
- LALIVE P., *Abrogation or alteration*, in *the Business lawyer*, 1962, p. 442 ss.
- LALIVE P., *Arbitration with Foreign States or State-Controlled Entities*, in *Private Investors Abroad*, New York, 1989
- LALIVE P., *Reflexion sur l'état et ses contrats internationaux*, 1976
- LANKARANI EL ZEIN L., *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001
- LEADLEY J., FARM W., *There is no Group of companies Doctrine in English Law*, in *Int. Arb. Law Review*, 2004, p. 4 ss.
- LEBEN C., *La partecipazione allo sviluppo economico di uno Stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*, Relazione presentata al Convegno *Il nuovo diritto internazionale degli investimenti*, Napoli 26 maggio 2008, par. 40-41 (reperibile al sito [http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Leben-Charles-26\\_05\\_2008.pdf](http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Leben-Charles-26_05_2008.pdf).)
- LEBEN C., *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, in *Recueil des cours*, 2003, p. 197 ss.
- LEBOULANGER P., *Grouper d'Etat(s) et arbitrage*, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 415 ss.
- LEBOULANGER P., *Les Contrats entre états et entreprises étranger*, 1985
- LEEKES A., *The Relationship between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: the ICSID Approach*, *Univ. Toronto Faculty Law Review*, 2007, p. 35 ss.
- Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, *Institut of Interantional Law*, 18<sup>th</sup> Commission, Sessione Rodi, 2011, in *Yearbook of Institute of International Law*, 2011
- LILLICH R. B., *International law of State responsibility for injuries to aliens*, Charlottesville, 1983

- LILlich R. B., *The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements: Reexamining the Concept of "Internationalization"*, in Lillich-C. Brower (eds), *International Arbitration in the Twenty-First Century: Towards Judicialization and Uniformity*, 1993, p. 123 ss.
- LUPONE A., *Gli Aspetti della Proprietà Intellettuale attinenti al Commercio Internazionale*, in *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, (a cura di G. VENTURINI), Milano, 2000, p. 140 ss.
- LUZZATTO R., *Responsabilità e colpa nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1968, 53 ss.
- MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats; Trente années d'activité du CIRDI*, Editions du Juris-Classeur, Paris 2004, n. 747, p. 572 ss.
- MANDERIEUX L., *Issues related to the judicial implementation of the TRIPs Agreement within the EU*, in *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in other Countries* (a cura di Dordi) Torino 2010, p. 159 ss.
- MANIRUZZAMAN A.F., *International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: a prognostic view*, in *Wis. Int'l. L. J.*, 2001-2002, p. 1 ss.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M. *Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements*, in *I.E.L.T.R.*, 2005, p. 99 ss.
- MANN F. A., *On the Legal Aspects of Money*, Oxford, 2005
- MANN F. A. , *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, in *BYIL*, 1981, p. 246 ss.
- MANN F. A., *International investments agreements, business and human rights: key issues and opportunities*, *International Institute for Sustainable Development*, 2008, consultabile sul sito [http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa\\_business\\_human\\_rights.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf).
- MANN F. A., *State Contracts and International Responsibility*, in *American Journal of Int. Law*, 1960, p. 572 ss.
- MANN F. A., *Theoretical approach towards the Law Governing Contracts between States and Private Persons*, in *RBDI*, 1975, p. 562 ss.
- MANN. F. A., *State contract and State responsibility* , in *American Journal of International Law*, 1960, p.572 ss.
- MANSERVISI S., *Ancora una pronuncia della Corte di giustizia sul tema degli effetti delle disposizioni di diritto internazionale pattizio*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 636 ss.
- MARELLA F., *Tutela dei singoli e diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 93 ss.
- MAURO M. R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003
- MAYER P., *Contract claims et clauses juridictionnelles de traités relatif à la protection des investissements*, in *JDI*, 2009
- MAYER P., *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'État*, in *Jour. Droit Int.*, 1986, p. 5 ss.
- MCDUGAL M., *Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study*, in *Natural Law Forum*, 1956, p. 53 ss.
- MCLACHLAN C., *Investment treaties and general international law*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 361 ss.
- MCLACHLAN C., *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden-Boston, 2009



- MCLACHLAN C., SHORE L., WEINGER M., *International Investment Arbitration, Substantive principles*, Oxford, 2007
- MILES C. S., *Where's My umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate*, in *Investment Treaty Arbitration and International Law, Panel Discussion*, TJ Grierson Weiler ed., Vol. I, 2008, 2008, p. 3 ss.
- MILLER F.P., VANDOME A., MCBREWSTER J., *Coalition Provisional Authority*, VDM Verlag Dr. Mueller e.K. (ed.), 2010
- MOMATZ D., *State Organs and Entities Empowered to exercise Elements of Governmental Authority*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 455 ss.
- MONACO R., *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Torino, 2009
- MONTEBAULT B., *La stabilisation des contrats d'état à travers l'exemple des contrats pétroliers: le retour des dieux su l'Olympe?* in *RDAI*, 2003, p. 593 ss.
- MONTT S., *State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford, Portland, Oregon, 2009
- MORTENSON J. D., *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *Harv. Int'l L.J.*, 2010, p. 297 ss.
- MUCHLINSKI P., *"Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*, in *ICLQ*, 2006, p. 18 ss.
- MÜLLER D., *The Work of Garcia Amador on State Responsibility for Injury caused to Aliens*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 45 ss.
- N. DAVID, *Les clauses de stabilité dans le contrat pétroliers. Question d'un praticien*, in *Jour. droit int.*, 1986, p. 85 ss.
- NEWCOMBE A., PARADELL L., *Law and practice of investment treaties: standard of treatment*, Kluwer, 2009
- NIYONZIMA M., *African investment codes and African economic integration*, in *Annual conference of the African society of international and comparative law*, 1994, p. 182 ss.
- NOUVEL Y., *Les entités dans la jurisprudence du CIRDI*, in Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la Neuve, 2006, p. 18 ss.
- NWOGUGU E. I., *Legal Problems of foreign investments*, in *Recueil des Cours*, 1976, p. 167 ss.
- O'BRIEN J., *International Law*, London, 2001
- PAASIVIRTA E., *International and Stabilization of Contract versus State sovereignty*, in *BYIL*, 1989, p. 150 ss.
- PAASIVIRTA E., *Partecipation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Helsinki, 1990
- PAASIVIRTA E., *The Energy Charter Treaty and Investment Contract*, in *The Energy Charter Treaty*, 1994, p. 349 ss.
- PARRA A. R., *Applicable Substantiv Law in ICSID Arbitration initiated under Investment Treaties*, *ICSID Review*, 2001, p. 20 ss.
- PARRA A. R., *ICSID and the rise of bilateral investment treaties: will ICSID be the leading arbitration institution in the early 21s t century?*, in *ASIL Proceedings*, 2000, p. 41 ss.

- PARRA A., *Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes*, in *ICSID review*, vol. 7, 1992, p. 428 ss.
- PATIL W., *Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 435 ss.
- PAULSSON J., *Arbitration Without Privity*, *ICSID Review*, 1995, p. 232 ss.
- PAULSSON J., *Denial of Justice in international law*, 2005
- PAVONI R., *Norme self-executing in materia di diritti umani e diritto umanitario e violazione del diritto di accesso alla giustizia nella recente prassi statunitense*, in *Accesso alla Giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, a cura di Francioni, Gestri, Ronzitti, Scovazzi, Milano, 2008, p. 305 ss.
- PAZARCI H., *Responsabilite internationale des Etats in materie contractuelle*, 1973
- PELLET A., *The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 75 ss.
- PELLONPÄÄ M., FITZMAURICE M., *Taking of property in the practice of the Iran-United States Claims Tribunal*, *NYIL*, 1988, p. 68 ss.
- PERERA M. S., *Stable Investment Contracts in the developing world: from myth to reality*, in *Sri Lanka Int'l. L.*, 2002, p. 97 ss.
- PESCATORE P., "The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law", *Europ. L. Rev.*, 1983, p. 170 ss.
- PETER W., *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, 1986
- PETER W., *Stabilization clauses in State Contracts*, in *RDA*, 1998, p. 875 ss.
- PICONE P., LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002
- PIETRANGELI F., *L'esecuzione su beni di entità separate dello Stato straniero, in forza di sentenza arbitrale emessa nei confronti di quest'ultimo, anche alla luce della Convenzione di Codificazione delle Nazioni Unite sulla Immunità Giurisdizionale degli Stati e dei loro beni*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 443 ss.
- PISILLO-MAZZESCHI R., *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, in *German Y.I.L.*, 1992, p. 45 ss.
- POTTS J. B., *Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization*, *Vir. Journ. Int'l. Law*, 2011, p. 1037 ss.
- POUDRET J. F., *Comparative law of international arbitration*, *Jean-François Poudret et Sébastien Besson*, London, 2007
- POUDRET J. F., *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, *J.D.I.*, 1995, p. 893 ss.
- QURESHI A., *The Economic Emergency Defense in Bilateral Investment Treaties: a Development Perspective*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009, p. 631 ss.
- RADICATI DI BROZOLO L., *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano, 1992
- RADICATI DI BROZOLO L., *Protezione diplomatica delle società e degli azionisti e trattato di amicizia Italia-Stati Uniti: il caso Raytheon-Elsi dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Dir. com. int.*, 1990, p. 391 ss.

- RAU A. SCOTT, *Arbitral Jurisdiction and the dimensions of consent*, in *Arb. Int.*, 2008, p. 199 ss.
- REGLI J. P., *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et persone privées*, Genève, 1983
- REINISCH A., *Expropriation*, in *International Investment Law* (a cura di Muchlinski, Ortino, Schreuer), Oxford, 2008, p. 410 ss.
- REINISCH A., *Legality of expropriation*, in REINISCH, *Standards of Protection*, Oxford, 2008
- REINISCH A., *Umbrella clauses*, Seminario sulla protezione internazionale degli investimenti, [http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf](http://intlaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf)
- REINISCH A., *Necessity in Investment Arbitration*, in *Neth. Yearbook Int'l L.*, 2010, p. 397 ss.
- REISMAN M., *International Law and Internationalized Contract*, in *Am. J. Int'l L.*, 1980, p. 134 ss.
- RIGAUX F., *Des dieux et des héros: Réflexions sur une sentence arbitrale*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1978, p. 435 ss.
- ROSENBERG J.W., *State as Party to Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 400 ss.
- RUBINS N., *Groups of Companies Doctrine and the New York Convention*, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: the New York Convention in Practice*, (a cura di Gaillard- Di Pietro), 2008, p. 449 ss.
- RUVAN A., MARGRETE S., NASSIB N. Z., *Bibliography on recent national investment codes*, in *ICSID Review*, vol. 7, 1992, p. 512 ss.
- SACERDOTI G., *Application of GATT by domestic Courts*, in *LYIL*, 1976, p. 224 ss.
- SACERDOTI G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des cours*, 1997, p. 251 ss.
- SACERDOTI G., *Contratti tra uno Stato e una persona straniera*, in *Enc.giur.*, p. 1 ss.
- SACERDOTI G., *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972
- SACERDOTI G., *La trasformazione del GATT nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. comm. Int.*, 1995, p. 73 ss.
- SACHS W., *The "New" U.S. Bilateral Investment Treaty*, in *Int'l Tax & Bus. Law*, 1984, p. 197 nota 46, il quale si limita appunto ad affermare che *"BITS are by their terms self enforcing"*.
- SALERNO F., *Diritto Internazionale, Principi e norme*, Padova, 2008
- SALVANESCHI, L. *L'Arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999
- SALVATI P., *Il criterio dello sviluppo economico dello Stato ospite come elemento della nozione di investimento: riflessioni a margine del caso Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, in *Dir. Com. Scambi Int.*, 2010, p. 723 ss..
- SAMUELSON E., EBERE S., *Working Paper on GATS Negotiations on Domestic Regulation: Could a Foreign Investor Use GATS Disciplines in a BIT Claim? Discussion Draft of May 19, 2010* (Harrison Institute For Public Law Georgetown Law, consultabile al sito: [www.boell.org/downloads/Sweeney\\_MFT\\_Umbrella\\_MFN\\_5-18-10.pdf](http://www.boell.org/downloads/Sweeney_MFT_Umbrella_MFN_5-18-10.pdf)).
- SANTA MARIA A., *Diritto Commerciale Europeo*, Milano, 2008
- SANTOSUOSSO L., *L'espropriazione di beni o diritti patrimoniali di cittadini stranieri e la determinazione dell'indennizzo secondo la giurisprudenza dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1996, p. 195 ss.
- SANTULLI F. *Le statut international de l'ordre étatique*, Paris, 2001
- SCHACHTER O., *International Law in Theory and Practice*, Boston-London, 1991

- SCHILL S. W., *Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law*, New York, 2006, p. 7 ss.
- SCHRAMKE H. J., *The interpretation of the Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*, in *TDM*, 2007, p. 134 ss.
- SCHREUER C., *Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, in *Transnational dispute management*, 2006, p. 12 ss.
- SCHREUER C., *Fair and equitable treatment (FET): interactions with other standards*, in *Transnational Dispute Management*, 2007, p. 17 ss.
- SCHREUER C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *J. World Trade*, 2005, p. 357 ss.
- SCHREUER C., *The ICSID Commentary*, Cambridge, 2001
- SCHREUER C., *The ICSID Commentary*, Cambridge, 2009
- SCHREUER C., *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *JWIT*, 2004, p. 231 ss.
- SCHREUER C., WEINIGER M., *A Doctrine of Precedent? in International Investment Law* (a cura di Muchlinski, Ortino, Schreuer), Oxford, 2008, p. 1188 ss.
- SCHREUER C., *Investment treaty Arbitration and Jurisdiction over contract claims: the Vivendi I Case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA*, in *Bilateral Investment Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler ed., 2005. p. 33 ss.
- SCHREUER C., KRIEBAUM U., *At What time legitimate Expectations Exist?*, in *A liber Amicorum: Thomas Wälde, Law Beyond Conventional Thought*, London, 2009, p. 34 ss.
- SCHREUER C., *Non pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 325 ss.
- SCHWEBEL S. M., *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, 1987
- SCHWEBEL S. M., *Justice in international law*, Cambridge, 1994
- SCHWEBEL S. M., *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, in *Justice in International Law*, 1987, p. 111 ss.
- SCOVAZZI T. (a cura di), *Corso di Diritto Internazionale*, parte II, Milano, 2006
- SEPÚLVEDA A. B., *Diplomatic and Consular Protection: the Rights of the State and the Rights of the Individual in the "Lagrand" and "Avena" Cases*, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 1097 ss.
- SHANY Y., *Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, in *Am. Int'l L.* 2005, p. 835 ss.
- SHAUSS, A., *Sub Article 27*, in *Les Conventions de Vienne sur le Droit Des Traiteés*, (a cura di Corten, Kélin), Vol. I, Bruxelles, 2006, in particolare, p. 1118 ss.
- SHELKOPLYAS N., GAFFNEY J. P., *The European Community Doctrine of "Direct Effect" and Arbitration: N'er the Twain Shall Meet?*, in *Mealey's Int. Arb. Report*, 2001, p. 88 ss.
- SHIHATA I. F., *Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in Case of the Involvement of State Parties*, in Shihata, Wolfensohn (eds.), *The World Bank in a Changing World*, 1995
- SHIHATA I., PARRA A. R., *The Experience of the International Centre for Settlement Investment Disputes*, *ICSID Review*, 1999, p. 308 ss.
- SHUBBER S., *The Law of Investment in Iraq*, Netherlands, 2005

- SINCLAIR A., *The Origins of the Umbrella Clause in the International law of Investment Protection*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 411 ss.
- SORNARAJAH M., *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, in *Int. Arb.*, 1997, p. 120 ss.
- SORNARAJAH M., *Supremacy of renegotiation in international contracts*, in *Journal of International Arbitration*, 1988, p. 100 ss.
- SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Cambridge, 2010
- SORNARAJAH M., *The Myth of International Contract Law*, in *Jour. of World Trade Law*, 1981, p. 187 ss.
- SPERDUTI R., *Sulla colpa nell'illecito internazionale*, in *Com. Studi*, vol. III, 1950.
- SPIERMANN O., *Individual Rights, State interests and Power to waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 179 ss.
- SPIERMANN O., *The "LaGrand" case and the individual as a subject of International Law*, in *Austrian Journal of Public and International Law*, 2003, p. 197 ss.
- Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, 11 marzo 2008  
[www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p\\_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf)
- STERN B., *Responsabilité internationale, Répertoire de droit international public*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1998
- STERN B., *The Elements of Internationally Wrongful Acts*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet, Olleson), Oxford, 2010, p. 310 ss.
- STERN B., *Trois arbitrage, un meme problem, trios solutions: les nationalizations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international*, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 3 ss.
- STERN B., *Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage International*, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 404 ss.
- STEVENS P., *National Oil Companies and International Oil Companies in the Middle East: Under the Shadow of Government and the Resource Nationalism Cycle*, in *J. World Energy L. & Bus.*, 2008, p. 145 ss.
- STROZZI G., *Diritto dell'Unione Europea, Parte istituzionale*, 2009, p. 239 ss.
- SUREDA A. R., *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009, p. 830 ss.
- SUREDA A. R., *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit., p. 830 ss.
- T. B. HANSEN, *The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements*, in *Va. J. Int'l L.*, 1987-1988, p. 1015 ss.
- TESAURO G., *Diritto Comunitario*, Padova, 2008
- TESAURO G., *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976
- TESON F. R., *State contracts and oil expropriations: the Aminoil-Kuwait arbitration*, in *Virg. Jour. Int'l L.*, 1984, p. 323 ss.

- TISNE P., *The ICJ and Municipal Law: the Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U. S. Courts*, in *Ford. Inter. Law Jour.*, 2006, p. 865 ss.
- TORRES CAZORLA M., *La historia jamás contada de los actos unilaterales de los Estados: de los ensayos nucleares al asunto de la República Democrática del Congo contra Ruanda*, in *REDI*, 2006, p. 257 ss.
- TREVES T., *Diritto Internazionale*, Milano, 2005
- TSCHANZ P., *The contributions of the Aminoil award to the law of state contracts*, in *The international lawyer*, 1984, p. 245 ss.
- TSCHANZ P., *The contributions of the Aminoil award to the law of state contracts*, cit., p. 277; F. R. TESON, *State contracts and oil expropriations: the Aminoil-Kuwait arbitration*, in *Virg. Jour. Int'l L.*, 1984, p. 323 ss.
- TUDOR I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, cit., Oxford, 2008
- TURPIN P., *Public Contracts*, in *Enc. Of Comp. Law*, vol. 7, cap. IV, p. 56 ss.
- UNCTAD, *Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, UNCTAD/ITE/ITT/2006/5, New York, Geneva, 2007
- VALENTI M., *Lo stato di necessita nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 114 ss.
- VALENTI M., *Gli Standard di Trattamento nell'Interpretazione dei Trattati in Materia di Investimenti Stranieri*, Torino, 2009
- VAN HARTEN G., *Investment Treaty Arbitration and Public Policy*, 2007, p. 132 ss.
- VASCIANNIE S., *The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice*, in *British Year Book of International Law*, 1999, p. 108 ss.
- VELLANO M., *Osservazioni in tema di diritta applicabilità del GATT: opportunità di una svolta interpretativa*, in *Giur. it.*, 1995, I, cc. 1154
- VENTURINI G., *Atti unilaterali (diritto internazionale)*, in *Enc. Giur.*, III, 1988
- VENTURINI G., *Sulla diretta applicabilità delle norme del GATT*, in *Riv. dir. int.*, 1983, p. 784 ss.
- VENTURINI G., *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004
- VERHOEVEN W. N. , *La notion d'"applicabilité directe" du droit international*, *Rev. belge dr. intern.*, 1980, p. 260 ss.
- VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, p. 202 ss.
- W. BEN HAMIDA, *MFN Clause and Procedural Matters: Seeking solution from WTO Experiences*, in T. Weiler, (ed.), *Investment Treaty Arbitration: A Debate and Discussion*, 2008, p. 243 ss.
- WAIBEL M., *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*, in *AJIL*, 2007, p. 722 ss.
- WÄLDE T. M., *The "umbrella (or sanctity of contract/pacta sunt servanda) clause in investment arbitration: a comment on original intentions and recent cases*, in *Transnational Dispute Management*, 2004, p. 74 ss.
- WÄLDE T. W., *International Energy Investment*, in *Energy Law Jour.*, 1996, p. 214 ss.
- WÄLDE T. W., *Nouveaux Horizons pour le Droit International des Investissements dans le contexte de la Mondialisation de l'Economie. Etudes de questions spécifique* (a cura di), Parigi, 2004

- WÄLDE T. W., *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration, Controversial Issues*, in *World Inv. & Trade*, 2004, p. 392 ss.
- WÄLDE T. W., *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *JWIT*, 1995, p. 62 ss.
- WÄLDE T. W., *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in *The Energy Charter Treaty*, 1994, p. 287 ss.
- WÄLDE T. W., *Interpreting Investment Treaties: experiences and examples*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (a cura di Binder, Kriebaum, Reinisch, Wittich), Oxford, 2009
- WÄLDE T. W., NDI G., *Stabilizing international Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*, in *Texas Intl' L. Journal*, 1996, p. 225 ss.
- WÄLDE T. W., *Nouveaux Horizons pour le Droit International des Investissements dans le contexte de la Mondialisation de l'Economie. Etudes de questions spécifique* (a cura di), Parigi, 2004
- WÄLDE T. W., *Revision of Transnational Investment Agreements: Contractual Flexibility in Natural Resources Development*, *Lawyer of the Americas*, 1978, p. 265 ss.
- WÄLDE T. W., SABAHI B., *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, in *Oxford Handbook of International Investment Law*, cit., p. 1048 ss.
- WÄLDE T. W., *The umbrella clause in investment arbitration – a comment on original intentions and recent cases*, in *J. World Trade Inv.*, 2005, p. 206 ss.
- WEIL P., *Les Clauses de Stabilisation ou d'intengibilité insérées dans Les Accords de Développement Économique*, in *Melanges Offerts A Charles Rousseau*, A. Pedone (ed.), 1974, p. 301 ss.
- WEIL P., *Problèmes relatif aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des cours*, 1969, p. 101 ss.
- WESTBERG J., MARCHAIS B., *General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists*, in World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Washington, 1992, p. 161 ss.
- WESTBERG J., MARCHAIS P., *Pacta sunt servanda and State contracts – A commentary*, in *Foreign Investment Law Journal*, 1992, p. 477 ss.
- WONG J., *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, *Geo. Mason L. Rev.*, 2006, p. 173 ss.
- YACKEE J. W., *Pacta Sunt Servanda and State Promises To Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality*, in *Fordham Int'l L. J.*, 2008, 2009, p. 1550 ss.
- YALA F., *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p. 20 ss.
- YALA F., *The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Jour. Int., Arb.*, 2005, p. 125 ss
- ZAMBRANO V., *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali, tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, 2009
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La Convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004

## SENTENZE E LODI ARBITRALI

Se non diversamente indicato, tutti i lodi arbitrali e le sentenze qui di seguito citati sono consultabili al sito internet <http://italaw.com/>

- Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5  
*Alex Genin and others v. Republic of Estonia*, Award, 25 giugno 2001  
*Aminoil v. Kuwait* del 14 luglio 1987, in 21 *I.L.M.*, 1982  
*Aramco v. Lybia*, in 27 *I.L.R.*, 1963, p. 168 ss.  
*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5 (v. sito <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>)  
*Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 luglio 2006  
*Barcelona Traction*, sentenza 5 febbraio 1970, in *I.C.J. Reports*, 1970, p. 30 ss.  
*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, *Decision on Jurisdiction*, 14 novembre 2005  
*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 agosto 2009  
*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 luglio 2008  
*Bridas SAPIC, Bridas Energy International ltd and International Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turmekistan and Concern Balkannebitgazsenagat*, ICC case 9059, *Partial Award*, 25 giugno 1999  
*Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control*, ICSID Case No. ARB/07/9, *Objections to Jurisdiction*, 29 maggio 2009  
*Cable Television of Nevis. v. Federation of St. Kitts and Nevis*, ICSID Case No. ARB/95/2, Award, 13 gennaio 1997  
*Canada Post United Parcel Services of America Inc v. Government of Canada*, Lodo nel Merito, 24 maggio 2007  
*Ceskoslovenska Obchodni Banka AS v. Slovak Republic*, ICSID, ARB/97/4, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 24 maggio 1999  
*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. the Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, *Decision on Objections to Jurisdiction*, 24 maggio 1999  
*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, *Decision on Jurisdiction*, 17 luglio 2003  
*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 maggio 2005  
*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3)*, *Decision on Annulment*, 3 luglio 2002  
*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, Award, 21 novembre 2000  
*Consortium Groupement LESI-DIPENTA S.p.A. v. Algeria*, ARB/03/8, Award, 10 gennaio 2005



- Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, *Decision on Jurisdiction*, 16 luglio 2001
- Corte d'Appello inglese, *City of London v. Sancheti*, EWCA Civ, 2008
- Dissenting Opinion Of Judge Mohamed Shahabuddeen* del 17 febbraio 2009
- Dow Chemical* del 23 settembre 1982, in YCA, 1984, p. 131 ss.
- El Paso Energy Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, *Decision on Jurisdiction*, 27 aprile 2006
- EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, *Award*, 2 febbraio 2006
- Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, (ICSID Case ARB/01/3), *Award*, 22 maggio 2007
- Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, (ICSID Case ARB/01/3), *Decision on the Application for the Annulment of the Argentine Republic*, 30 luglio 2010
- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID case ARB/96/3, *Decision on Jurisdiction*, 11 luglio 1997
- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), *Award*, 9 marzo 1998
- Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, *Award on Merits*, 16 dicembre 2002
- Genin and others v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, *Award*, 25 giugno 2001
- Germany v. United States of America*, sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, 2001, *ICJ Report*, 2001, p. 466 ss.
- Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, *Final Award*, 27 novembre 2000
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, *Award*, 16 giugno 2010
- Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, *Award*, 3 luglio 2008
- Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1 (quest'ultimo consultabile al sito <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.)
- ICC Case No. 3493, *SPP (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt*, 16 febbraio 1983, in *I.L.M.* 752, 1983
- Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, (ICSID Case No. ARB/03/3), *Decision on Jurisdiction*, 22 aprile 2005
- International Fruit* del 12 dicembre 1972, Cause riunite 21-24, in *Raccolta* 1972, p. 1219 ss.
- International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, UNCITRAL, *Arbitral Award*, 26 gennaio 2006
- Iran-USA Oil Field of Texas Inc. v. The Islamic public of Iran et al.*, *Award*, 12 dicembre 1982
- Italsolfar v. Centre International de lutte Contre la sécheresse dans le Sahel*, *Partial Award*, 28 febbraio 1992, case n. 7081, (estratto) in *ICC Bull.*, 1994, p. 51ss.
- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, *Decision on Jurisdiction*, 28 giugno 2006
- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, *Award*, 6 novembre, 2008
- Joint Venture Yashalar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, ICC Case 9151, *Award*, 8 giugno 1999

- Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, *Decision on Jurisdiction and Liability*, 14 gennaio 2010
- Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11), *Award*, 6 agosto 2004
- L.E.S.I. S.p.A. e ASTALDI S.p.A. c République algérienne démocratique et populaire*, ICSID No. ARB/05/3, *Award*, 4 novembre 2008
- Lanco International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/6, *Decision on Jurisdiction*, 8 dicembre 1998
- Léon Van Payrs*, sentenza 1 marzo 2005, causa C- 377/02, in *Raccolta*, 2005, p. 130 ss.
- LG&E V. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, *Decision on Liability*, 3 ottobre 2006
- LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, *Award*, 25 luglio 2007
- LIAMCO v. Lybia*, lodo del 12 aprile 1977, in *Rev. Arb.*, 1980, p. 136 ss.
- Lodo ICC n. 3879 del 5 marzo 1984, in *YBCA*, 1986, p. 127 ss.
- Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, *Award*, 26 giugno 2003
- M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, ARB/03/6, *Award*, 31 luglio 2007
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, *Decision on Jurisdiction*, 17 maggio 2007
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10 –*Decision on the Application for the Annulment*, 16 aprile 2009
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10
- Metalpar SA and Buenos Aires SA v. Argentina*, ICSID Case. No. AB/03/5, *Award*, lodo 6 giugno 2008.
- Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, *Award*, 12 aprile 2002
- Nicaragua e Stati Uniti sulle Attività Militari e Paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, 27 giugno 1986, in *C.J.I., Recueil*, 1986
- Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, *Award*, 12 ottobre 2005
- Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, *Award*, 16 dicembre 2003
- Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, *Final Award*, 1 luglio, 2004
- P. Petrobub c. Consiglio*, sentenza 9 gennaio 2003, in causa C-76/00, in *Raccolta*, 2003, p. 1 ss.
- Pan American Energy LLC & BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, *Decision on Preliminary Objections*, 27 luglio 2006
- Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, *Award*, 30 luglio 2009
- Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, *Award*, 11 settembre 2007
- Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, *Award*, 9 febbraio 2004
- Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, *Decision on the Application for Annulment of the Award*, 1 novembre 2006

- Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, Arb. No. 126/2003, Award, 29 marzo 2005
- Petrogab v. Gabon*, in *Rev. Arb.*, 1989, p. 309 ss.
- Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 aprile 2009
- Portogallo c. Consiglio*, sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/96, in *Raccolta* 1999, p. 839 ss.
- Republic of Ecuador v. Occidental Exploration and Production co*, 2005, EWCA Civ 1116, QB, 2006, QB 432 (CA).
- Revere Copper*, in 17 *I.L.M.*, 1978, p. 1342 ss.
- Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, 26 novembre, 2009
- Romanek v. Uzbekistan*, par. 202; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 2 maggio 2008
- S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, *First Partial Award*, 13 novembre 2000
- Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 giugno 2009
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, *Decision on Jurisdiction*, 23 luglio 2001
- Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Partial Award*, 17 marzo 2006
- Sapphire International Petroleum Limited v. National Iranian Oil Company*, 15 marzo 1963, in *I.L.R.*, 136, p. 184 ss.
- Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 settembre 2007
- Serbian Loans*, in *P.C.I.J.*, ser. A, No. 20/21, 1929
- Sergei Paushok, Cjsc Golden East Company, Cjsc ostokneftegaz Company, v. The Government Of Mongolia*, Award On Jurisdiction and Liability, 28 aprile 2011, UNCITRAL Rules
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, *Decision on Jurisdiction*, 6 agosto 2003
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, *Decision on Jurisdiction*, 29 gennaio 2004
- Southern Bluefin Tuna (Australia v. New Zeland, Award on Jurisdiction*, 4 agosto 2000, in *ILR*, p. 508 ss.
- Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 Dicembre 2011
- Texaco v. Lybia*, in 17 *I.L.M.*, 1978, p. 24 ss.
- The Road Rehabilitation in the State of Utopia*, caso n. 9954, *Final Award*, 21 dicembre 2001
- Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, *Decision on Liability*, 27 dicembre 2010
- Toto Costruzioni Generali v. Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, *Decision on Jurisdiction*, 21 settembre 2009
- Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 2 maggio 2008
- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Jurisdiction*, 29 giugno, 1999
- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Award on Merits*, 8 dicembre 2000