XXXII Ciclo

L'Arbitrato ICSID e la tutela internazionale degli investimenti esteri. Il concetto di investimento estero.

TUTOR ACCADEMICO
PROF. DANIELE MANTUCCI

DOTTORANDO DI RICERCA
DOTT. GIOVANNI MARIA NORI

Ad Angelica e Filippo,
alba e tramonto della mia vita.

L'Arbitrato ICSID e la tutela internazionale degli investimenti esteri. Il concetto di investimento estero.

INDICE

Principali abbreviazioni. p. 4.
Finalità e struttura dell'opera. p. 5.

Capitolo 1: La Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 e l'arbitrato sugli investimenti esteri. Cenni storici.

1. La Convenzione di Washington del 18 marzo 1965. p. 8.
2. L'arbitrato ICSID e la protezione diplomatica. p. 12.
3. L'arbitrato ICSID e la Dottrina Calvo. p. 24.

Capitolo 2: Natura e struttura dell'arbitrato ICSID.

1. La Giurisdizione del Centro ICSID. p. 34.
2. L'arbitrato ICSID come arbitrato internazionale sugli investimenti. p. 42.
3. L'arbitrato ICSID come arbitrato amministrato e *floating*: arbitrato e lodo a-nazionale. p. 50.
4. L'arbitrato ICSID come arbitrato di diritto o equità. La questione della legge applicabile. p. 62.
5. Alcuni dati in tema di arbitrato ICSID. p. 65.

Capitolo 3: Il concetto di investimento estero.

1. Il concetto di investimento estero nel diritto internazionale dell'economia. p. 69.
2. L'investimento estero nella teoria economica. Investimenti diretti ed indiretti. p. 74.
3. L'investimento estero diretto e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante. p. 77.

3.1 L'investimento estero diretto e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante, in particolare dei Paesi in via di sviluppo. p. 85.

3.2 Gli interessi dell'investitore e dell'*Host State* e il cd. "clima degli investimenti". p. 89.

Capitolo 4: La definizione di investimento estero nel sistema ICSID.

1. La nozione di investimento estero nei BITs e MITs. p. 99.
2. La nozione di investimento estero nella Convenzione di Washington del 1965. p. 107.

Conclusioni. p. 119.
Bibliografia. p. 125.
Sitografia. p. 146.
Decisioni arbitrali ICSID. p. 147.

Principali abbreviazioni:

Commercio internazionale: Comm. int.

Diritto del commercio internazionale: Dir. comm. int.;

Digesto Discipline privatistiche Sezione Civile: Dig. Disc. Priv. Sez. civ.;

Digesto delle Discipline Pubblicistiche: Dig. Disc. Pubb.;

Digesto delle Discipline Privatistiche sezione commerciale: Dig. Disc. Priv. Sez. comm.;

Rassegna dell'arbitrato: Rass. Arb.;

Rivista critica del diritto privato: Riv. crit. dir. privato;

Rivista dell'arbitrato: Riv. Arb.;

Rivista del Commercio internazionale: Riv. Comm. int.;

Rivista di diritto internazionale privato e processuale**:** Riv. Dir. int. Priv. Proc.;

Rivista di Diritto Internazionale: Riv. Dir. Int.;

Rivista di diritto processuale: Riv. Dir. proc.;

Rivista trimestrale di diritto processuale Civile: Riv. trim. dir. proc. civ.;

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico: Riv. Trim. dir. pubb.;

Carta dei diritti e doveri economici degli Stati, Assemblea delle Nazioni Unite nel 1974: Carta;

Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti esteri: Centro;

Convenzione di Washington del 18 marzo 1965: Conv.;

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: Conv. Vienna;

Fondo Monetario Internazionale: FMI;

Nuovo ordine economico internazionale: NOEI;

Paesi in via di sviluppo: PVS;

Finalità e struttura dell'opera.

Mai come in questi ultimi anni si è discusso così spesso di investimenti esteri e dei connessi regimi normativi di incentivazione e disincentivazione. A partire dalla guerra commerciale dei Dazi ingaggiata tra Stati Uniti e Cina, fino agli accordi tra Italia e Cina sulla famigerata nuova via della seta, i temi del commercio internazionale e, più in particolare degli investimenti esteri sono tornati al centro dell'attenzione politica, mediatica ed economica. Perché non tornare dunque a parlarne anche sotto il profilo giuridico?

Sulla scia di questo rinvigorito *global interest* per gli investimenti esteri, il presente lavoro si pone il duplice obiettivo, da un lato di ricercare una definizione economicamente e giuridicamente attuale del concetto di investimento estero, dall'altro di indagare in merito alla necessità o meno di cristallizzare un concetto (quello di investimento estero) così ampio in una granitica definizione normativa.

Tali interessi di studio e approfondimento, che si collocano in un rapporto di specie a genere, oltre ad essere giustificati dal rinnovato interesse per il diritto internazionale degli investimenti, ritrovano fondamento nel fatto che la ricerca costante di una definizione è una attività che coinvolge ed impegna gli studiosi del diritto, di ogni settore, sin dalle più antiche elaborazioni del pensiero giuridico stesso.

Prendendo le mosse da tale "primordiale" interesse degli studiosi del diritto, occorre, però, dare atto che relativamente a tale questione dell'utilità o meno – per il diritto – di fissare un fatto/atto/situazione in una definizione, la letteratura giuridica si è sempre mostrata divisa, originandosi così diversi e contrapposti orientamenti dottrinali. Nel dettaglio, tale contrasto intestino che affligge la scienza giuridica, trova una (fra le tante) esemplare dimostrazione nella vaga, o in alcuni casi del tutto assente, definizione del concetto investimento estero.

Poste le basi che faranno da fondamenta del presente lavoro, si precisa che gran parte della questione sottesa alla ricerca, si lega inscindibilmente allo studio del testo della Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*). In particolare, con detta Convenzione è stato introdotto, sotto l'egida della Banca Mondiale, il Centro ICSID (*l'International Centre far the Settlement of Investment Disputes*) ed è stata concessa cittadinanza giuridica ad un meccanismo sia conciliativo che arbitrale internazionale e amministrato dal Centro, per la soluzione delle liti sorte tra gli investitori stranieri e gli Stati ospitanti l'investimento estero.

In punto di disciplina, proprio per la predetta Convenzione, l'investimento estero rappresenta uno dei requisiti (*rationae materiae*) richiesti (oltre ad altri) al fine di poter adire la giurisdizione ICSID, poiché, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, i Tribunali arbitrali potranno pronunciarsi solamente in merito alle controversie giuridiche collegate direttamente ad un investimento estero. Ciò nonostante, nel testo della stessa Convenzione, per tutta una serie di ragioni (che si analizzeranno nel corso della presente ricerca), non si è voluto (anche se con opinioni contrastanti) introdurre una definizione del concetto di investimento estero.

Costituita l'intelaiatura dalla quale tale studio muoverà, prima di procedere alla trattazione del tema prescelto, si darà spazio, nel primo capitolo del lavoro, ad una necessaria premessa relativa al contesto storico-economico e ovviamente politico che ha fatto da cornice alle trattative e alla stipula della Convenzione.

A tal fine, il punto di partenza del presente scritto sarà quello di individuare le ragioni che hanno condotto la comunità internazionale a dotarsi di questo strumento di risoluzione delle controversie in materia di investimenti esteri e al contempo si tenterà di verificare le cause che invece hanno determinato il lento declino degli altri strumenti di tutela, come la protezione diplomatica e il ricorso alla giurisdizione nazionale dello Stato ospitante l'investimento.

Fatta tale doverosa introduzione si proverà, nel secondo capitolo del lavoro, a tracciare le principali caratteristiche del Centro e dell'arbitrato in esame, e relativamente a questo ultimo si cercherà di evidenziare la natura dello stesso e i tratti salienti che lo distinguono da qualsiasi altro mezzo di risoluzione alternativo delle controversie in tema di investimenti esteri.

Conseguentemente, si passerà alla trattazione principale del presente scritto, la quale, si svilupperà nel terzo e quarto capitolo e si incentrerà sulla messa a fuoco di una (possibile) definizione economicamente e giuridicamente attuale del concetto di investimento estero.

A tal fine, in prima battuta, si tenterà di individuare le acquisizioni delle diverse dottrine, nel diritto internazionale dell'economia, inerenti al concetto di investimento. In particolare, prendendo le mosse da tali osservazioni, e preso atto della polivalenza della nozione di investimento, si analizzerà il significato di tale concetto secondo la teoria economica, tentando, al contempo, di delineare il ruolo che l'investimento estero ricopre nel processo di sviluppo economico dei Paesi in via di sviluppo e non, andando ad individuare quali possano essere gli interessi delle Parti, investitore privato e Stato

ospitante l'investimento, sottesi a tale tipo di operazioni economiche.

In seconda battuta, si cercherà di individuare la definizione "giuridica" del termine investimento, applicando la teoria del cd. *double keyhole approach*. In tal guisa, si prenderanno in analisi anzitutto le definizioni di investimento contenute nelle varie *national investment law*s, BITs (*bilateral investment treaties*) e MITs (*multilateral investment treaties*). Dopodiché si proverà ad individuare quello che, ai sensi del sistema giuridico ICSID, può essere considerato un investimento, alla luce di quanto disposto in primo luogo dalla Convenzione e dal suo Preambolo, e in secondo luogo dalla ricca ed eterogenea "giurisprudenza" arbitrale formatasi su tale materia.

Dal punto di vista metodologico, tale indagine verrà condotta confrontando in modo dialettico, da una parte, i principi espressi nelle pronunce arbitrali e dall'altra parte i contributi dottrinali, tutto ciò al fine di ricostruire una nozione di investimento estero che sia coerente con l'attuale sistema economico-giuridico. Tale approccio di studio risulta essere essenziale in quanto, come noto, il concetto di investimento è per sua stessa natura fortemente legato, contemporaneamente, sia al sistema economico in cui questo realizza i suoi effetti sia al sistema giuridico quale elemento regolatore del mercato e del sistema economico stesso. Di conseguenza, al mutare di questi due fattori chiave, muta anche il concetto di investimento, il quale si sottolinea, essere per l'appunto un concetto non astorico e pertanto sensibile a tutti gli eventi di natura economica e giuridica che coinvolgono il mercato e gli operatori che in questo ultimo operano.

Capitolo 1: La Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 e l'arbitrato sugli investimenti esteri. Cenni storici.

SOMMARIO: 1. La Convenzione di Washington del 18 marzo 1965. - 2. L'arbitrato ICSID e la protezione diplomatica. – 3. L'arbitrato ICSID e la Dottrina Calvo.

1. La Convenzione di Washington del 18 marzo 1965.

Quando si discute di arbitrato ICSID[1], introdotto e disciplinato dalla Convenzione di Washington del 18 marzo 1965

[1] ICSID è l'acronimo in lingua inglese di *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in lingua francese l'acronimo è CIRDI, ovvero *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*. Sul tema dell'arbitrato ICSID, ad oggi, la Dottrina è vastissima, *ex pluribus*: L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento*, ETS, Pisa, 2012; P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 29 ss.; ID., *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008; A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, in *Bancaria*, 1967, 11, p. 1340 ss.; G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti esteri*, in *Ricerche economiche*, 1966, 1-2-, p. 17 ss.; A. BROCHES, *The Convention on the settlement of investment disputes: some observation on jurisdiction*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966; G. DELAUME, *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, in *Int. Law.*, 1966; A. GIARDINA, *The international centre for settlement of investment disputes between States and National of other States (ICSID)*, in *Essays on International Commercial Arbitration*, (a cura di) P. Sarcevic, London, 1989, p. 218; A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. comm. int.*, I, 2017, p. 133; P. KAHN, *The Law Applicable to Foreign Investments: The contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Indiana L. J.*, 1968; G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, Cedam, Padova, 1970; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Giuffrè, Milano, 1989; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, Ed. provvisoria, Roma, 1983; A. R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford, 2012; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Investment Arbitration - Substantive and Procedural Issues in Investment*, in *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, 2012; G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 614 ss.; ID., *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 13, 1987, p. 13 ss.; M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Rass. Arb.*, 1970, p. 67 ss.; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University press, Cambridge,

(d'ora in poi "Conv.")[2], si è soliti riferirsi all'arbitrato internazionale[3], a-nazionale[4], indipendente[5] ed amministrato[6]

2009; A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, Cedam, Padova, 1984; P. SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *ICLQ*, 1979; A. TANZI e F. CRISTIANI, *International investment law and arbitration an introductory casebook,* Cedam, Assago, 2013; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

[2] Quest'ultima è entrata in vigore il 14 ottobre 1966, mentre in Italia la Conv. è stata ratificata il 29 marzo 1971 ed è entrata in vigore il 28 aprile 1971 (G.U. del 12 gennaio 1971, n. 8).

[3] Sull'internazionalità dell'arbitrato ICSID non ci sono dubbi in dottrina, per tutti si vedano i contributi di P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 2; R. LUZZATTO, *A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Dir. comm. int*., II, 2012, p. 441; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 37; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 67 e 68. Ad ogni modo su tale caratteristica si tornerà in seguito (*infra* cap. 1 § 2).

[4] Sull'a-nazionalità, dell'arbitrato ICSID cfr.: A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, Cedam, Padova, 1999, p. 30 ss.; E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 49 ss.; G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti esteri*, cit., p. 17 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, in *Arbitrato*, (a cura di) L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa, IPSOA, Milanofiori Assago, 2011, p. 456, i quali autori ribadiscono: «L'arbitrato ICSID, infatti, costituisce la forma di arbitrato maggiormente "a-nazionale" e "delocalizzato" esistente». Su tale questione si rinvia al cap. 1 § 3.

[5] Sostengono la tesi della indipendenza dell'arbitrato in esame: M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato, nazionale ed internazionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 698; R. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IV, Torino, 1987, p. 3, il quale scrive: «la Convenzione di Washington del 18-3-1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti fra Stati e privati stranieri, pure assai importante per essere riuscita ad organizzare un arbitrato istituzionalizzato del tutto indipendente da qualsiasi sistema giuridico statale». In senso conforme F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2010, p. 935, i quali definiscono l'arbitrato ICSID come: «procedimento arbitrale internazionale, un procedimento amministrato da un organismo intergovernativo che si caratterizza per la sua completa autonomia ed autosufficienza rispetto a qualsiasi ordinamento giuridico nazionale, incluso quello della sede dell'arbitrato». Il tema verrà trattato anche in seguito, pertanto si rinvia al cap. 1 § 3.

[6] Detto anche istituzionale o istituzionalizzato, sul punto, per tutti, cfr.: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., pp. 116, 117 e 277. L'Autore oltre a definire l'arbitrato ICSID come arbitrato amministrato, fornisce anche un elenco degli attuali arbitrati amministrati, come ad esempio: *l'American Arbitration Association* (AAA), la Corte di Internazionale di Arbitrato della camera di commercio internazionale

dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie (d'ora in poi "Centro") in materia di investimenti esteri[7]. Il Centro, che ha sede presso la Banca Mondiale[8], secondo la dottrina prevalente non può essere considerato un organo giurisdizionale[9], ma tutt'al più un apparato presso il quale

di Parigi (CCI), *London Court of international arbitration* (LCIA), ecc. ecc. Sulle caratteristiche dell'arbitrato ICSID quale arbitrato amministrato, si veda in seguito (*infra* cap. 1 § 3).

[7] Sulle varie differenze sostanziali, processuali e storicistiche tra l'arbitrato commerciale e sugli investimenti, la dottrina si è interrogata diverse volte, sul punto si rimanda a: P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, in *Riv. arb.*, IV, 2017, p. 673; E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, cit., pp. 49 e 51; L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Riv. arb.*, II, 2017, p. 424; J. LEVINE, *Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UNCITRAL Rules*, in *Evolution in investment treaty law and arbitration*, (a cura di) C. Brown e C. Miles, Cambridge, 2011, p. 372 ss. Si tornerà su tale materia nel cap. 1 § 2.

[8] Tecnicamente la Banca Internazionale per la Ricostruzione e il Promovimento economico. Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 67 della Conv. la partecipazione all'ICSID è aperta ai soli Stati membri della Banca Mondiale e a tutti gli altri Stati partecipanti allo Statuto della Corte internazionale di giustizia che sono stati invitati a firmarla dal Consiglio amministrativo a maggioranza dei due terzi del *plenum*. Infatti, in dottrina è stato proprio ribadito che, alla luce di tale norma, la partecipazione alla Banca Mondiale «costituisce un presupposto necessario per l'acquisto della qualità di membro dell'ICSID», in questo senso cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 93. Invero, il ruolo della Banca Mondiale non è limitato alla sola funzione di "sede" operativa del Centro in parola, infatti «il rapporto con la Banca Mondiale svolge un ruolo positivo anche sul piano pratico, dato che l'inadempimento agli obblighi di cui alla convenzione di Washington e in particolare a quello di eseguire una sentenza si rifletterebbe negativamente sull'accesso di un paese alle risorse della Banca stessa», in questi termini G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 35. Tale potenzialità deterrente rappresentata dal rapporto tra la Banca Mondiale e il Centro ICSID, è stata più volte oggetto di approfondimento da parte della dottrina specialistica, *inter alia* cfr. A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 3. In ultimo, il ruolo della Banca Mondiale influisce positivamente anche sui costi (riducendoli) dell'arbitrato ICSID in quanto «il legame tra l'Icsid e la Banca Mondiale produce un ulteriore effetto, che comporta, visto il finanziamento da parte della Banca, dei costi per l'arbitrato Icsid inferiori rispetto all'arbitrato commerciale», opina così U. SEBASTIANI, *La protezione degli investimenti nel diritto internazionale: l'arbitrato Icsid*, in *Comm. int.*, 2006, vol. 30, VIII, p. 9. Ad ogni modo sul tema dei costi dell'arbitrato ICSID si tornerà in seguito (*infra* § 3 cap. 2).

[9] Sul punto si veda E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 46 il quale ribadisce in merito alla natura del Centro ICSID: «non costituisce di per sé un tribunale arbitrale, ma un organo amministrativo al cui interno, di volta in volta vengono costituiti i singoli tribunali arbitrali». Infatti, il Centro offre la propria struttura per «facilitare la costituzione del tribunale arbitrale o eventualmente la costituzione della commissione di conciliazione» così ribadisce L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli*

vengono costituiti e fatti funzionare i singoli tribunali arbitrali e le singole commissioni di conciliazione previsti dalla Conv., e per i quali, dunque, il Centro funge da «cancelleria permanente»[10].

Infatti, preme rammentare che la Conv, in parola ha introdotto due procedure per la soluzione delle controversie in tema di investimenti esteri, una è quella arbitrale, l'altra è quella conciliativa[11]. Tuttavia, per quanto riguarda tale lavoro, ci si soffermerà soltanto sullo studio della procedura arbitrale e non anche di quella conciliativa, in quanto quest'ultima viene utilizzata molto raramente[12].

---

investimenti, cit., p. 187 (nota 16). In tal guisa anche C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, Iuridica, Roma, 2002, p. 267 (nota 18); G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, cit., p. 106; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 77.

[10] In questi termini S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 177. Invero la funzione di cancelliere appartiene – tra le molte svolte – al Segretario Generale ai sensi dell'art. 11 della Conv. Stessa, come puntualizzato da diversi autori in dottrina, a tal riguardo si vedano M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 70; F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 932. Si evidenzia inoltre che il ruolo del Segretario Generale, soprattutto agli albori del sistema ICSID, è stato davvero fondamentale per lo sviluppo del Centro, tantoché lo stesso Segretario è stato definito, da autorevole dottrina, «notaio del Centro» e alle volte anche «controllore dello svolgimento di ogni momento della procedura arbitrale», in questi termini: P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 34. Ad ogni modo per un approfondimento sulla struttura tecnica del Centro cfr.: A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., pp. 1344 e 1345.; C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, Cedam, Padova, 2017, p. 214; A. GIARDINA e P. TORIELLO, *Centro Internazionale per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti (CIRDI)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La Convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, Leone, Milano, 2012, p. 12; T. TREVES, *Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (e istituzioni collegate)*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. II, Torino, 1987.

[11] L'arbitrato trova la sua disciplina al Cap. IV, artt. 36-55 della Conv., mentre la procedura di conciliazione è collocata al Cap. III, artt. 28-35.

[12] Su tale questione E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 20, sottolinea: «La prassi ICSID ha rilevato nel tempo che la forma di gran lunga più utilizzata dell'investitore è l'arbitrato». Anche altri Autori in dottrina hanno riscontrato un maggior utilizzo della procedura arbitrale a differenza di quella conciliativa, per tutti sia concesso rinviare a: M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 335; C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 209; M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* in *L'arbitrato negli appalti pubblici,*

2. L'arbitrato ICSID e la protezione diplomatica.

Prima di approfondire il tema dell'arbitrato ICSID, si richiama alla mente che tale modalità di risoluzione delle controversie non è, e non è stata, l'unica tutela azionabile dall'investitore in caso di controversie in materia di investimenti esteri. Nello specifico, infatti, la protezione diplomatica e la tutela Giurisdizionale dello Stato ospitante l'investimento, prima dell'introduzione dell'arbitrato oggetto di studio, rappresentavano gli strumenti di tutela maggiormente utilizzati dagli stranieri che avevano subito un pregiudizio da parte di uno Stato estero relativamente ai diritti contrattuali nascenti da un investimento.

Nel dettaglio, per quanto concerne la protezione diplomatica[13], occorre rilevare che, pur riconoscendo, come vedremmo più avanti – limitatamente alla materia degli investimenti esteri – la crisi di tale strumento, non è comunque condivisibile l'idea di considerare tale istituto del tutto sostituito dall'arbitrato ICSID[14] o addirittura inutile[15], né sembrerebbe

privati, internazionali, (a cura di) C. Vaccà, Giuffrè, Milano, 2007, p. 172; S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 178. Sempre in merito maggiore alla diffusione e applicazione dell'arbitrato ICSID cfr. anche: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 187, il quale ribadisce che «Dal 1966 al 1974 sono sempre di più gli accordi che contengono la clausola CIRDI; a partire dal 1975 quasi tutti, e risultano molti pochi gli accordi che non la contengono». In tal guisa anche G. DELAUME, *Le Centre international pour le reglement des differends relatifs aux investissements (CIRDI)*, in *Journal du droit international*, 1983, p. 809. Ad ogni modo, a dimostrazione dello scarso utilizzo della procedura conciliativa si ricorda che sui 676 *case* sottoposti al Centro, dal 1966 ad oggi (ottobre 2018), solamente 11 casi sono stati decisi in via conciliativa, praticamente, in percentuale circa 1,60% dei casi totali. Da ciò infatti, si può facilmente evincere che la procedura arbitrale è di gran lunga la più utilizzata dagli investitori, contando ben 665 casi su 676. Per la consultazione completa dei dati si veda il *Caseload ICSID*, anno 2018, in https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload Statistics.aspx

[13] Per protezione diplomatica si intende: «l'azione che uno Stato intraprende nei confronti di un altro Stato per ottenere che questo ultimo accordi ai propri sudditi un trattamento conforme alle regole del diritto internazionale o ripari ai danni derivanti dalla violazione delle norme stesse», in tal guisa A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1349.

[14] Così come sostenuto in dottrina da M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 366, la quale Autrice sostiene che l'arbitrato ICSID abbia una vera e propria funzione sostitutiva rispetto alla protezione diplomatica.

[15] In tal guisa: J. KOKOTT, *The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment*, in *International Law Association*, *Report on the*

essere convincente la tesi per la quale ci sia una certa «fungibilità» tra il procedimento arbitrale e la protezione diplomatica[16] né infine sì condivide quella parte della Dottrina che vorrebbe limitare la funzione della diplomazia ad una specie di ruolo interpretativo dei "nuovi" sistemi di tutela[17]. Al contrario, a mio avviso, invece sembrerebbe condivisibile l'inquadramento dei due sistemi di tutele all'interno di un rapporto di «integrazione e coordinamento reciproco»[18].

Nel dettaglio, l'art. 27 della Convenzione, dispone: «Nessuno Stato contraente può accordare protezione diplomatica o sollevare rivendicazioni internazionali riguardo a una controversia che uno dei suoi cittadini e un altro Stato contraente hanno, di comune intesa, deciso di sottoporre o già sottoposto alla procedura d'arbitrato giusta la presente Convenzione, salvo che, l'altro Contraente, non si conformi alla

seventieth conference (New Dheli), London, 2002, p. 259 ss., il quale non riconosce più nessun ruolo alla protezione diplomatica.

[16] In Dottrina accoglie la tesi della fungibilità E. SAVARESE, *La nazionalità delle società commerciali e la funzione del controllo: alcune riflessioni in margine alla decisione ICSID Tokios Tokelès v. Ucraine*, in *Riv. arb.*, 2005, vol. 15, II, pp. 390-391, il quale riconosce alla luce dell'art. 27 della Conv. una certa: «fungibilità tra il ricorso all' ICSID e l'azione di protezione diplomatica […]. Sempre nello stesso senso ID., *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 21, dove ancor più chiaramente viene detto: «L'arbitrato ICSID si pone pertanto come mezzo alternativo alla protezione diplomatica, che potrà tornare in gioco soltanto quando la decisione definitiva di un arbitrato ICSID non venga rispettata dallo Stato ospite soccombente». Pertanto, ad avviso di chi scrive, più che ruolo alternativo quello della protezione diplomatica sembrerebbe essere integrativo, compensativo o comunque suppletivo a quello ICSID.

[17] Riconosce un ruolo interpretativo della protezione diplomatica V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, Università degli studi di Padova, Padova, 2011, p. 18, la quale sostiene: «Pur ammettendo la crisi della protezione diplomatica quanto meno in materia di investimenti esteri, e riconoscendo che difficilmente una persona fisica o giuridica possa trarre maggiori vantaggi dall'intervento del proprio Stato di origine rispetto ai regimi speciali oggi disponibili, non si può tuttavia non riconoscerle ancora un certo ruolo se non altro ai fini di interpretazione proprio di questi "nuovi" sistemi di tutela».

[18] Così ribadisce P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. int.*, I, 2006, p. 81 ss., il quale scrive: «Occorre inoltre rilevare che, anche nelle fattispecie nelle quali l'individuo ha accesso diretto agli strumenti di ricorso previsti da diversi accordi internazionali, o da altri sistemi speciali, il rapporto fra tali strumenti e la protezione diplomatica non può essere definito sulla base della prassi in termini di pura *alternatività*, ma piuttosto di *integrazione* e *coordinamento reciproco*. Ad esempio, lo stesso sistema ICSID, che, come si è detto, dispone la sospensione dell'esercizio della protezione diplomatica durante l'espletamento della procedura arbitrale, ne consente tuttavia espressamente il ripristino qualora lo Stato parte della controversia "shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute" (art. 27)».

sentenza resa per comporre la controversia. Ai fini dell'applicazione del capoverso 1), la protezione colà menzionata non concerne gli approcci diplomatici unicamente intesi a sveltire la composizione della controversia»[19].

Alla luce di quanto disposto da tale norma si possono trarre due considerazioni.

La prima, meno rilevante per tale lavoro ma comunque meritevole di menzione, attiene al fatto che l'obbligo di astensione dall'esercizio della protezione diplomatica vige soltanto relativamente alla procedura arbitrale ICSID e non anche a quella di conciliazione[20].

La seconda considerazione attiene al fatto che la disposizione *de quo* esclude la possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica qualora si sia deciso di sottoporre, o si sia già sottoposta, la controversia sull'investimento al giudizio del Centro ICSID, ma allo stesso tempo, la norma, ne ammette il ricorso qualora il lodo ICSID non sia rispettato dall'*Host State*. Inoltre, mette conto rilevare che sono sempre ammessi i semplici «approcci diplomatici» o i cd. «passi diplomatici informali»[21] volti ad accelerare il procedimento di composizione della lite, anche se potrebbe essere non semplice comprendere quale sia la linea di confine tra tali attività diplomatiche ammesse e la pura protezione diplomatica vietata in corso di procedimento.

In altre parole, tale norma della Convenzione non vieta *tout court* e apriori il ricorso alla protezione diplomatica in caso di una controversia relativa agli investimenti esteri, ma più semplicemente è volta a impedire il sovrapporsi[22] dei due

---

[19] Per un commento specifico su tale norma, cfr. L. MIGLIORINO, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, in *Riv. Comm. int.*, 1993, p. 127 ss.; G. PANICO, *La rinuncia all'esperimento dei ricorsi interni e all'esercizio della protezione diplomatica nel sistema della convenzione di Washington del 18.03.1965*, in *Studi economico-giuridici in memoria di Antonio Basciu*, Jovene, Napoli, 1986.

[20] Su tale questione cfr. C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 125.

[21] Su tali «passi diplomatici informali» cfr. C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 127-128. C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 271.

[22] In sostanza tale disposizione applica il principio processuale del "*Electa una via non datum recursum ad alteram*", in modo non dissimile da moltissime clausole "*fork in the road*" presenti in diversi trattati internazionali. Sulla clausola "*fork in the road*" la dottrina è troppo vasta per essere richiamata in esteso, per la dottrina italiana si veda: A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, in *Europa e Diritto Privato*, III, 2015, p. 551 e 552 (nota 90), il quale scrive relativamente a questa tipologia di clausola: «costituisce un'applicazione della regola *electa una via non datum recursum ad*

strumenti di tutela in esame solamente nel caso in cui le parti abbiano già manifestato il proprio consenso a sottoporre la controversia alla procedura arbitrale. Conseguentemente le parti rimarranno sempre libere di scegliere di non adire gli arbitri ICSID e di ricorrere invece alla protezione diplomatica, anche se ciò accade raramente nella prassi[23]. Ma a rendere ancora più chiaro il sopracitato rapporto di integrazione e coordinamento tra i due sistemi di tutela in esame[24], è il fatto che l'investitore privato straniero, come già precisato, potrà senz'altro richiedere la protezione diplomatica quando all'esito di un procedimento arbitrale ICSID il lodo non venga rispettato dalla controparte contraente[25].

---

alteram, di modo che, ove l'investitore decida di procedere avanti i giudici statali, perderà definitivamente la possibilità di adire gli arbitri (e viceversa)». Per la letteratura straniera su tale questione si cfr.: M. A. KANTOR, *The Fork in the Road Revisited*, in *Investment Treaty law Current Issues*, vol. I (a cura di) F. Ortino, A. Sheppard e H. Warner, BIICL, London, 2006, p. 182; P. TURNER, *The 'Fork in the Road' Revisited*, in *Investment Treaty law Current Issues*, voI. I (a cura di) F. Ortino, A. Sheppard e H. Warner, BIICL, London, 2006.

[23] Nel dettaglio M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 325 (nota 11), fa notare che solamente un numero ristretto di BITs richiamano la protezione diplomatica in qualità di "unico" strumento per la soluzione delle controversie in materia di investimenti esteri.

[24] A riguardo dunque non si può negare un ruolo compensativo e/o suppletivo della protezione diplomatica rispetto al sistema ICSID, comunque non di certo meramente alternativo. Sulle eccezioni al divieto dell'esercizio della protezione diplomatica si veda: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 204.

[25] Tantoché in dottrina a tal riguardo si è discusso di un «affidamento che la Convenzione offre agli investitori di cui ora si è detto (affidamento relativo alla esecuzione delle sentenze garantite dall'obbligo di esecuzione reciprocamente assunto dagli Stati contraenti e, per quel che ora interessa, dallo Stato di appartenenza dell'investitore), ci si può legittimamente domandare se lo Stato della nazionalità dell'impresa o dell'imprenditore conservi ancora la mera facoltà discrezionale di svolgere le azioni consentite in sede di protezione diplomatica nei casi di illegittimo rifiuto di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze da parte dello Stato terzo soccombente nel giudizio o comunque richiesto della esecuzione della sentenza arbitrale ovvero, viceversa, non abbia un preciso obbligo giuridico di intervenire a tutela dei suoi nazionali e delle sue imprese nei confronti dello Stato che, soccombente nel giudizio arbitrale, si renda inadempiente agli obblighi che derivano dalla sentenza […]. In conclusione, è lecito domandarsi se con i meccanismi di tutela arbitrale introdotti con il CIRDI […] non si sia modificato l'istituto della protezione diplomatica nel senso di un obbligo di intervento […]», in questi termini A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 96. Ad ogni modo, vista la genericità della disposizione in esame sono emersi molti in dubbi applicativi in merito ad essa, i quali però non potranno essere affrontati in tale sede, sul punto si rinvia a L. MIGLIORINO, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, p. 136 ss.; C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 271 (nota 58).

In ultimo, è doveroso sottolineare che le parti non hanno «l'obbligo di deferire ad arbitrato tutta la vicenda relativa all'investimento (*rectius*, ogni domanda da essa scaturente). Esse possono, quindi, validamente prevedere che diversi rimedi coesistano in relazione a diverse domande o diversi aspetti della lite. Con l'effetto, però, di frazionare la decisione relativa ad un'unica vicenda, imporre la difesa in più fori, e creare un rischio, in assenza di misure di coordinamento, di decisioni contrastanti e *double-dipping*»[26]. Pertanto, è evidente che i due sistemi di tutele possono coesistere, o meglio devono essere considerati in un rapporto di coordinamento reciproco.

Detto ciò però, è innegabile che ad oggi, perlomeno nel diritto internazionale degli investimenti, l'istituto della protezione diplomatica è scarsamente utilizzato in quanto viene considerato dagli operatori del mercato come uno strumento di tutela inadeguato[27], e questo per una serie di motivi.

Nello specifico, non potendo dilungarsi eccessivamente su tale tema della protezione diplomatica[28], ai fini della presente indagine è però necessario almeno ricordare le principali ragioni per cui tale strumento di tutela non viene più utilizzato così frequentemente e questo perché tali motivi oltre ad essere le

[26] Così opina L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 42.

[27] Sul tema dell'inadeguatezza della protezione diplomatica come mezzo di risoluzione delle controversie di natura economica si veda: E. M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, The Banks Law, New York, 1915, p. 184. Tale inadeguatezza è stata da tempo denunciata anche dalla letteratura italiana, si veda C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 260 e 290. In particolare, tale dottrina, già evidenziava che «L'istituto della protezione diplomatica delle società rischia di cadere in una posizione di secondo piano, rispetto agli strumenti alternativi di protezione degli investimenti e di soluzione delle controversie relative al trattamento delle società commerciali, se non si accoglie una visione che, nei limiti del possibile, permetta flessibilità di vedute, pur nell'ambito della struttura e dei principi irrinunciabili del diritto internazionale».

[28] Pur essendo un tema di rilevante importanza, come anticipato, non sarà possibile, in questa sede, trattare il tema della protezione diplomatica nel modo più consono ed appropriato, perciò si rimanda ad alcuni dei contributi dottrinali sulla materia, cfr.: F. FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Giuffrè, Milano, 1986; G. BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Cedam, Padova, 1953; A. I. MORESI, *La diplomazia a tutela degli investimenti all'estero: appunti giuridico-economici*; Tip. Laziale, Frascati, 1969; C. F. AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008; A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, in *Protezione diplomatica sviluppi e prospettive*, (a cura di) L. Panella, Giappichelli, Torino, 2009; P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit., p. 68 ss.; C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 53 ss.

cause del declino della protezione diplomatica nel campo degli investimenti esteri rappresentano al contempo alcune delle cause del successo dell'arbitrato ICSID[29].

In *primis* occorre ribadire che il meccanismo arbitrale ICSID, o più in generale il procedimento arbitrale internazionale, sicuramente garantisce agli investitori un ruolo maggiormente «attivo nell'applicazione e nell'esecuzione coattiva del diritto internazionale»[30] rispetto alla protezione diplomatica, dove al contrario l'impresa e/o l'individuo investitore si trovano nelle "mani" del proprio Stato, affidandosi ad una decisione più politica che giuridica, in quanto l'Autorità pubblica ben potrebbe decidere, per mera opportunità politica, di non intervenire a difesa del proprio cittadino[31]. Dunque, da ciò si ricavano due corollari.

Il primo di questi consiste nel fatto che l'investitore straniero, a differenza di quanto accade nei rimedi interstatali, tramite l'arbitrato ICSID ha un «maggiore controllo sulla gestione della controversia»[32], si pensi al semplice fatto di poter stabilire quale strategia difensiva adottare, nonché decidere da chi farsi difendere.

Il secondo consiste nel fatto che la protezione diplomatica offre una tutela troppo discrezionale e poco "prevedibile", dove appunto prevale l'opportunità politica o meno di difendere l'investitore straniero e il suo investimento piuttosto che la sua reale situazione giuridica. Tantoché, come noto, lo Stato non ha mai l'obbligo di attivare la protezione diplomatica verso un proprio cittadino, anzi lo stesso «può rinunciare a far valere i diritti del suo cittadino in vista del perseguimento di un interesse

---

[29] Sulla maggiore efficacia dell'arbitrato ICSID rispetto ai tradizionali mezzi di protezione internazionale degli investimenti esteri (tra cui appunto la protezione diplomatica), cfr. P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 29 ss. Nello stesso senso anche: G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 71, il quale scrive, riferendosi all'arbitrato ICSID: «consente all'investitore privato la possibilità di accesso ad un foro neutrale presso il quale far valere, senza alcuna intermediazione, i propri diritti su un piano di parità con la controparte statale».

[30] Opinano così F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 934.

[31] Sugli effetti del cd. rischio di politicizzazione della controversia a cui si va incontro quando si richiede la protezione diplomatica del proprio Stato si veda: V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, cit., pp. 9 e 10.

[32] Letteralmente E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 190.

politico più generale»[33], pertanto, «il limite della protezione diplomatica [si rinviene] nel fatto che lo Stato può accordarla, ma non è tenuto a farlo»[34].

Infatti, proprio per le suddette ragioni, non sorprende che «gli investitori si sono spesso rivolti verso soluzione alternative alla protezione diplomatica e hanno sollecitato, o accolto con favore, la creazione di strumenti giuridici utili ad aggirare gli ostacoli costituiti dalle formalità e dalle sovrastrutture della interposizione statale»[35] come l'arbitrato internazionale (nello specifico quello ICSID) con cui si ottiene sia una maggiore certezza nell'esecuzione del diritto (nazionale o internazionale pattizio) sia una totale «depoliticizzazione della controversia»[36].

Sempre per quanto concerne il rapporto tra protezione diplomatica e arbitrato ICSID, secondo la dottrina dominante, un altro elemento di favore di questo ultimo si rinviene nel fatto che la procedura arbitrale riesce a garantire una maggiore tutela della riservatezza della controversia[37], rispetto alla protezione

[33] In questi termini A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., pp. 1349 e 1350.

[34] Opina così G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti esteri*, cit., p. 18. Più recentemente e nello stesso senso, si veda A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 96, per il quale la protezione diplomatica «è tradizionalmente assunta, nella dottrina e nella giurisprudenza, come sola potestà, come mera facoltà discrezionale, il cui esercizio è interamente rimesso alle valutazioni di opportunità dello Stato competente». Anche G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, cit., p. 115, sottolinea la non obbligatorietà dello Stato ad azionare la tutela diplomatica in favore di un proprio concittadino privato.

[35] Con queste parole C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 260.

[36] In tal guisa M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 365. Su tale depoliticizzazione della controversia, *ex pluribus*: G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., pp. 16 e 20; P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 276 e 291; A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1356; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 11; I. F. I. SHIHATA, *Towards a grater depoliticization of investment dispute: The roles of ICSID and MIGA*, FILJ, 1986, p. 4 ss.; S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 177.

[37] Si veda P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 17. Nel merito l'Autore sostiene che: «la riservatezza del procedimento arbitrale è un altro fattore apprezzato dagli operatori del commercio internazionale in quanto risponde al desiderio di entrambe le parti di mantenere buone relazioni commerciali, senza l'effetto negativo che potrebbe derivare da una pubblicità della loro controversia e dalla possibile

diplomatica la quale, al contrario, implica un fisiologico coinvolgimento delle Autorità pubbliche sennonché politiche, trascinando così la controversia nel cd. *débat public*. Quindi, secondo tale orientamento dottrinale la riservatezza rappresenta uno dei vantaggi dell'arbitrato, nonché uno dei motivi principali per il quale le parti preferiscono questo strumento di soluzione delle controversie rispetto alla devoluzione alle corti statali e alla protezione diplomatica, e ciò in ragione del fatto che la tutela arbitrale «protegge meglio i loro interessi, la loro reputazione, i loro segreti commerciali ed industriali»[38].

Invero però, in dottrina proprio su tale questione della riservatezza e della trasparenza non sono mancate contrapposizioni. In un variegato panorama di letture dottrinali eterogenee si colloca una parte di studiosi che ha criticato duramente questa riservatezza (a quanto pare eccessiva) della procedura arbitrale poiché questo riserbo favorirebbe le multinazionali a danno dei parlamenti nazionali[39]. In termini ancora più incisivi c'è anche chi, considerando la riservatezza

diffusione di dati e informazioni di natura tecnica ed economica suscettibili di utilizzo ad opera di imprese concorrenti». Nello stesso senso cfr. S. LAZAREFF, *Confidentiality and arbitration: Theoretical and Philosofical reflections*, in *ICC Bull., special supplement*, 2009, p. 81 ss.; F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 827; L. LAUDISA, *Arbitrato e riservatezza*, in *Riv. arb*. 2004, p. 23 ss.; *Contra* G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 72, il quale invece sostiene che i motivi di riservatezza che hanno spinto gli operatori pubblici del mercato degli investimenti esteri a preferire l'arbitrato, in specie quello *ad hoc*, sono in verità motivi «illusori, spesso pretestuosi», nello stesso senso C. CONSOLO, *La riservatezza del processo arbitrale in Italia*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 161 ss.

[38] Con queste parole A. MALATESTA, *Trasparenza e riservatezza nell'arbitrato*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ESI, Napoli, 2019, p. 283.

[39] Tale dottrina viene rievocata da A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 134, il quale appunto, pur dissociandosi da tale orientamento, precisa che diversi studiosi, relativamente al sistema ICSID, sostengono che: «tale sistema consentirebbe alle società multinazionali di sottrarsi alla giurisdizione dei giudici statali , attribuendo a *panels* poco trasparenti, composti per lo più da giuristi d'affari, un potere tale da financo prevalere sulla volontà dei parlamenti nazionali e da comprimere le tutele giuridiche da questi predisposte». Si inscrivono in questa dottrina critica G. MONBIOT, *This Transatlantic Trade Deal is a Full-Frontal Assault on Democracy*, in *The Guardian*, 4 novembre 2013, www.theguardian.com ed anche R. ALFORD, *Scholars Debate Investment Arbitration Chapter in TPP and TTIP*, 7 aprile 2015, in www.kluwerarbitrationblog.com. In materia si veda anche A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, cit., p. 547, il quale specifica che: «La graduale pubblicità data agli arbitrati degli investimenti ha, poi, fatto emergere tentativi di abuso da parte degli investitori e decisioni contraddittorie in relazione alle medesime questioni, anche riguardo all'interpretazione e all'applicazione di analoghe previsioni contenute nei trattati».

un'esigenza tipica del solo arbitrato fra privati e non anche di quello fra Stati e privati (come appunto quello ICSID), ha posto l'accento proprio sull'esigenza di rendere più trasparente l'intera procedura arbitrale visti gli interessi pubblici sottesi alla controversia[40]. Tuttavia, sulla scorta di quanto osservato da una parte della dottrina, «tra i regolamenti arbitrali attualmente in vigore, quello ICSID vanta forse il più alto grado di trasparenza»[41] e che proprio tale "pubblicità" è un aspetto peculiare di quest'ultimo[42], tantoché è pacifico il fatto che tale sistema arbitrale «ha raggiunto uno *standard* di trasparenza assai elevato»[43].

Ad ogni modo, a prescindere se si ritenga la riservatezza un elemento positivo, oppure no, nella gestione di una controversia sugli investimenti esteri e allo stesso modo tralasciando la questione relativa alla trasparenza nella procedura ICSID[44], ciò che è pacifico è il fatto che tale esigenza

[40] Nel dettaglio Autorevole dottrina si è soffermata sul tema della maggiore trasparenza della procedura arbitrale, cfr.: G. ALPA e V. VIGORITI, *Arbitrato (nuovi profili dell')*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ*., IV, 2011, i quali ribadiscono che: «È condiviso l'assunto che il valore centrale da affermare e difendere, dall'inizio alla fine del contenzioso arbitrale, sia quello della trasparenza, ritenuto dominante per la delicatezza delle situazioni di conflitto, che coinvolgono la sovranità degli Stati, la gestione dei beni pubblici, la tutela della libertà d'impresa e via dicendo. Mentre nei conflitti strettamente privati devoluti ad arbitri l'esigenza prevalente è quella della riservatezza, in questo settore prevale il bisogno di trasparenza, dal primo momento all'ultimo, assumendo la cosiddetta *confidentiality* una connotazione addirittura negativa».

[41] In questi termini A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 137 ss. Tale Autore infatti ribadisce che: «Il Centro di Washington pubblica informazioni su ogni registrazione di richieste di arbitrato, conciliazione e *post-award remedies* e mantiene dei registri su tutti gli sviluppi procedimentali dei diversi procedimenti. Tali registri, regolarmente aggiornati, includono dettagli relativi al settore economico cui si riferisce ciascuna disputa, i nomi degli avvocati che rappresentano le parti, il metodo di costituzione e la composizione del tribunale di ciascuna procedura, sia essa un arbitrato, una conciliazione o un *ad hoc committee procedure*. Ciò consente ad ogni soggetto terzo di accedere alle principali informazioni riguardanti ogni specifica controversia» ed ancora: «Se per la pubblicazione del lodo nella sua interezza è previsto il consenso delle parti, il Centro può tuttavia pubblicare in ogni caso, anche in assenza di tale consenso, degli estratti della *ratio decidendi* delle decisioni. Dalle statistiche emerge che il consenso delle parti alla pubblicazione delle decisioni dei lodi sia in costante aumento».

[42] Come ribadito da M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., p. 169.

[43] Così A. MALATESTA, *Trasparenza e riservatezza nell'arbitrato*, cit., p. 284.

[44] Non potendosi soffermare in modo esaustivo su tali questioni si rimanda a: V. VIGORITI, *Nuove regole sulla trasparenza degli arbitrati degli*

di *privacy* è sicuramente incompatibile, a prescindere dagli orientamenti dottrinali richiamati, con la protezione diplomatica ove la controversia, come già detto, viene addirittura politicizzata e resa decisamente una *res publica*.

Inoltre, un altro elemento che ha concorso a provocare il lento abbandono dell'istituto della protezione diplomatica rispetto al progressivo aumento del ricorso al procedimento arbitrale internazionale è sicuramente quello legato al fatto che in caso di controversia l'investitore straniero prima di poter richiedere l'intervento diplomatico del proprio Stato d'origine è obbligato ad esaurire i cd. "rimedi interni" che lo Stato ospitante l'investimento offre all'investitore stesso[45]. Sulla base di tale "passaggio forzato", intercorre, spesso, un notevole lasso di tempo da quando si presenta la prima istanza alla Giurisdizione locale dell'*Host State* a quando si realizzano i primi effetti delle misure diplomatiche statali, ammesso che lo Stato trovi conveniente prendere le difese dell'impresa coinvolta. In quest'ottica, non sfugge dunque un'altra condizione sfavorevole della tutela diplomatica, e cioè la lentezza del suo procedimento[46]. Condizione per la quale spesso tale tutela non viene più invocata dagli investitori stranieri, i quali, infatti, hanno iniziato a prediligere i più celeri[47] arbitrati internazionali

investimenti, in *Riv. arb.*, 2013, p. 1027 ss.; ID., *La trasparenza negli arbitrati sugli investimenti, le proposte Uncitral*, in *Riv. arb.*, I, 2012, p. 231 ss.

[45] Infatti, la protezione diplomatica a differenza del procedimento arbitrale ICSID è da sempre «rigidamente informata alla regola del previo esaurimento dei rimedi interni» come fatto notare in dottrina cfr. A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, cit., p. 548 e 549. Nello stesso senso si veda: P. PICONE, *Movimenti di capitali e investimenti esteri*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 792; G. STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale. La funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Giuffrè, Milano, 1977; C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 207; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 359 (nota 124); E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 165; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 181.

[46] Tantoché la lentezza della procedura diplomatica, in dottrina, viene da sempre vista come uno dei fattori che disincentivano il ricorso a tale tutela, sul punto si veda: V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, cit., p. 10.

[47] Sulla celerità dell'arbitrato in generale come strumento alternativo di risoluzione delle controversie cfr. M. IACOVIELLO, *L'arbitrato in generale*, in *Arbitrato*, (a cura di) L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa, IPSOA, Milanofiori Assago, 2011, p. 9. Mentre, più nello specifico, relativamente alla maggiore rapidità della procedura dell'arbitrato internazionale si veda anche: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 13.

(tra cui appunto anche quello l'ICSID)[48] come strumenti di tutela dei propri diritti economici e non.

In questo quadro, la preferenza espressa dagli investitori verso l'arbitrato ICSID è motivata dal fatto che in quest'ultima procedura, a differenza della protezione diplomatica, l'esaurimento dei ricorsi interni non è sempre una *condicio sine qua non* per poter accedere alla giustizia arbitrale[49]. In punto di disciplina infatti, l'art. 26 della Convenzione stabilendo che: «Il consenso delle Parti alla procedura d'arbitrato, giusta la presente Convenzione, è, salvo contraria indicazione, presunzione di rinuncia ad ogni altra forma di ricorso. Quale condizione per il consenso ad una procedura d'arbitrato giusta la presente Convenzione, uno Stato contraente può esigere che i ricorsi amministrativi e giudiziari interni siano stati esauriti», ha provocato un «ribaltamento della regola tradizionale, ricavabile da una consolidata norma di diritto internazionale, secondo la quale occorre esperire i mezzi di ricorso interni prima di adire una istanza decisoria internazionale»[50].

Prendendo le mosse da tale assunto, solitamente, l'accesso alla giustizia arbitrale in esame è "diretto", infatti sono rari i casi in cui l'investitore straniero è obbligato ad esaurire i ricorsi interni (cioè ottenere una sentenza definitiva da parte della Giurisdizione locale) prima di poter adire il Centro ICSID, mentre è molto più comune che l'investitore sia obbligato a tentare la ricerca di una soluzione presso le corti interne solamente per un determinato periodo di tempo (generalmente per non più di 18 mesi) senza essere obbligato ad attendere una pronuncia sul merito della vicenda controversa[51].

---

[48] In dottrina, sin dai primi anni di operatività della Conv., si evidenziò la celerità dell'arbitrato ICSID, in questi termini: P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 32. Si veda anche A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1356, la quale precisa, in merito a tale questione della maggiore celerità, che i Tribunali arbitrali ICSID, «sottraendo a qualsiasi influenza politica o diplomatica la disputa […] ne accelerano la soluzione».

[49] Come ricorda anche G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 159, il quale appunto sottolinea come la Convenzione, per tramite dell'art. 26 della stessa, ha stabilito una vera e propria deroga al principio del previo esaurimento dei ricorsi interni. Sul punto si rinvia anche a L. MIGLIORINO, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, p. 127 ss.; G. PANICO, *La rinuncia all'esperimento dei ricorsi interni e all'esercizio della protezione diplomatica nel sistema della convenzione di Washington del 18.03.1965*, cit., *passim*.

[50] In questi termini A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., pp. 18 e 19.

[51] La dottrina ha più volte ribadito il fatto che quasi mai viene previsto, come condizione di accesso all'arbitrato ICSID, il "tradizionale"

Ad ogni modo si suole ribadire che la scelta di vincolare l'investitore a tale "percorso forzato" è comunque rimessa esclusivamente alla volontà degli Stati Contraenti[52], precisando però, che ad oggi tale «*procedural condition*» viene ad essere, frequentemente, per così dire elusa, o meglio superata, con il ricorso alla *most favored nation clause*[53].

esaurimento dei ricorsi interni fino all'ottenimento di una sentenza definitiva da parte delle Corti locali, ma, tutt'al più, si richiede all'investitore di tentare, per un determinato periodo di tempo (solitamente 18 mesi), di ricercare una soluzione tramite il ricorso alla Giurisdizione *in loco*. Su tale questione sia permesso rinviare a: E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 168; C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 207; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 201; L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 47, la quale ha ribadito che «l'art. 26 Conv. consente all'investitore di sottoporre la controversia al Centro senza dover previamente esaurire i rimedi previsti per la soluzione della lite nell' ordinamento dello Stato ospite. È fatto, però, salvo il diritto dello Stato di subordinare l'accesso al Centro a tale condizione nell'accordo compromissorio. I BIT più recenti pongono raramente tale obbligo all'investitore. Taluni prevedono, però, che l'investitore, prima di accedere al foro internazionale, debba portare la controversia dinanzi alle corti dello Stato ospite per un certo periodo di tempo. Secondo dottrina e giurisprudenza, tale previsione è "*from a practical point of view*" "*non sensical*"».

[52] In tal guisa L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 202, il quale puntualizzava che: «la condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni opera, dal punto di vista della Convenzione, solo se espressamente prevista».

[53] Il primo caso, e forse uno dei più controversi, in cui viene applicata tale clausola (meglio nota con l'acronimo di MFN) al fine di superare il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni è quello ICSID Case No. ARB. /97/7, *Emilio Agusto Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, 25 gennaio 2000, per un commento si veda P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 260-263. Sempre in merito agli effetti della clausola MFN relativamente alla formazione del consenso nella procedura arbitrale ICSID, la dottrina è molto vasta, per un contributo molto recente, si veda: L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 426, la quale definisce tale clausola come la disposizione che: «consente di applicare, ai cittadini dello Stato-parte del trattato in cui è contenuta, il miglior trattamento previsto in un diverso trattato concluso tra l'altro Stato-parte ed uno Stato terzo. Laddove applicata a questo ambito [e cioè quello del consenso], la MFN *clause* viene a costituire il fondamento esclusivo del consenso». Si veda anche L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento*, cit., p. 48 (nota 197 e 198) e p. 51 (nota 215), la quale appunto sottolinea che il requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni deve essere inteso come «*procedural condition*» e non come una condizione con la quale lo Stato subordina l'offerta arbitrale, pertanto è possibile, all'investitore straniero, superare tale "ostacolo procedurale" attraverso la clausola della nazione più favorita. La stessa Autrice però richiama una certa Giurisprudenza ICSID altalenate su tale questione. Nel dettaglio, hanno permesso l'applicazione della MFN al fine di superare il requisito del *cooling off period*: ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*,

3. L'arbitrato ICSID e la Dottrina Calvo.

Esaurita tale breve parentesi in tema di protezione diplomatica, come già accennato, preme evidenziare che l'investitore straniero in caso di controversia con l'*Host State* può fare affidamento, oltre ai rimedi già trattati, anche alla tutela giurisdizionale locale. Nel dettaglio, infatti, in un determinato periodo storico e in determinati Paesi, che aderivano alla cd. Dottrina Calvo[54], la giurisdizione nazionale degli *Host States* è stata forse l'unico rimedio disponibile per l'investitore straniero in casi di controversie in tema di investimenti esteri.

Senza entrare nello specifico delle motivazioni storico-sociali nonché economico-giuridiche che portarono all'adozione della cd. Dottrina Calvo[55] da parte di alcuni dei paesi

Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2004; ICSID Case No. ARB/03/10, *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentina Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 giugno 2005; ICSID Case No. ARB/03/19, *Suez AGBA v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2006 ; ICSID Case No. ARB/03/20, *Telefonica S.A. v. The Argentine Republic*, 25 maggio 2006; ICSID Case No. ARB/07 131, *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 24 ottobre 2011; ICSID Case No. ARB/07/17, *Impregilo s.p.A. v. Argentine Republic*, Award, 21 giugno 2011. Hanno invece, escluso l'applicabilità della MFN per superare il requisito dei rimedi interni: ICSID Case No. ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschalt v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 8 dicembre 2008; *Concurring and Dissenting Opinion* di B. STERN in ICSID Case No. ARB/07/17, *Impregilo s.p.A. v. Argentine Republic*, Award, 21 giugno 2011. Per una disamina specifica di questi casi e di come la clausola MFN agisce sul requisito del consenso nell'arbitrato ICSID cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 104-111. Relativamente ai limiti ed eccezioni al funzionamento della clausola MFN sia concesso rinviare a: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 72-81; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 165-170; E. TRIGGIANI, *Il trattamento della nazione più favorita*, Jovene, Napoli 1984.

[54] Sul tema della Dottrina Calvo, la quale prende il nome di colui che la formulò ovvero il diplomatico e giurista Carlos Calvo, la dottrina si è confrontata a lungo, per tutti cfr. C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique: precede d'un expose historique des progres de la science du droit des gens*, Arthur Rousseau editor, Paris, 1896; C. H. SCHREUER, *Calvo's Grandehildren: The Return of Loeal Remedies in Investment Arbitration*, L. Pract. Int'l Courts & Trib. 2005, 1; K. LIPSTEIN, *The Place of the Calvo Doctrine in International Law*, in *British Year Book Int. L.*, 1945, p. 130 ss.

[55] Le origini e le motivazioni che condussero alcuni Stati ad adottare la Dottrina Calvo, sono state a lungo studiate dalla letteratura specialistica per tutto il secolo del '900, e non solo. Pur essendo questo un tema senza dubbio di grande interesse, non potrà però essere trattato, in tale sede, con la dovizia ricostruttiva che gli spetta. Sul punto infatti, sia concesso il rinvio a G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, cit., p. 131, il quale sosteneva che «la Dottrina Calvo […] si ispirò al principio che lo straniero non dovesse godere, nello Stato ove accentrava i propri interessi, di una tutela superiore a quella accordata ai cittadini; gli organi giurisdizionali locali avrebbero dovuto considerarsi sufficienti per assicurare la garanzia dei

dell'America Latina, i quali erano restii ad assumere impegni internazionali in materia di investimenti esteri (e lo resteranno almeno in parte fino ai giorni d'oggi)[56], è doveroso richiamare alla memoria però almeno ciò che ha comportato l'applicazione dei principi di fondo di tale Dottrina nella materia in esame.

Secondo tale approccio nei contratti tra Stati e imprese straniere si doveva prevedere l'inserimento della nota "clausola Calvo" la quale solitamente stabiliva l'esclusivo «deferimento della soluzione delle eventuali controversie ad un tribunale dello Stato ospite, la scelta della legge dello stesso Stato come legge del contratto nonché la rinuncia da parte dell'investitore straniero a richiedere la protezione diplomatica e ad ogni diritto di cui sarebbe risultato titolare sulla base del diritto internazionale: l'unica eccezione ammessa era rappresentata dai casi di "diniego di giustizia", la cui interpretazione restrittiva restringeva il campo di applicazione della protezione diplomatica ai soli e pressoché rari casi di impossibilità di accesso alle giurisdizioni interne»[57].

---

diritti derivanti dai rapporti instaurati». Il medesimo Autore inoltre chiarisce che difatti la Dottrina Calvo, quindi, era basata su due presupposti fondamentali, il primo era quello «dell'eguaglianza degli Stati», il secondo era quello relativo alla «negazione di qualsiasi ingerenza nella reciproca sfera di sovranità».

[56] In tal guisa P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 249, il quale sottolinea proprio tale mancanza di integrazione da parte dei Paesi Sud Americani. Si noti che alcuni dei detti Stati, come si vedrà più avanti, resteranno scettici anche nei confronti della Conv. e di tutto il sistema ICSID, sul punto si veda G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 16, il quale nel 1987 in merito all'adesione dei paesi latino-americani al sistema CIRDI, scriveva: «molto scarsa e poco significativa è la partecipazione dei paesi latino-americani. Questi restano fedeli infatti all'ottica della clausola Calvo e sono restii ad ammettere deroghe alla loro giurisdizione nazionale nei rapporti tra le loro amministrazioni e investitori stranieri». Opinano nello stesso senso C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 271 (nota 30). Tale scetticismo in verità, si è protratto fino a quest'ultimi anni, portando la Bolivia, l'Ecuador e il Venezuela, rispettivamente il 2 maggio 2007, il 6 luglio 2009 e il 24 gennaio 2012, ad avvalersi del diritto di recesso *ex* art. 71 della Conv. Su tale tema si rinvia a E. ZAMUNER, *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. comm. int.*, I, 2017, p. 180.

[57] Opina così sulla funzione della c.d. "clausola Calvo": V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, cit., p. 6. Si veda anche G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 165, il quale scrive: «la "Clausola Calvo", in quanto si limiti a sancire il ricorso obbligatorio alla giurisdizione locale per qualsiasi lamentata violazione del rapporto contrattuale, finisce per coincidere, in concreto, con la regola del previo esperimento dei ricorsi interni». Per ulteriori contributi sulle varie formulazioni della clausola Calvo si veda: K. LIPSTEIN, *The Place of the Calvo Doctrine in International Law*, cit., p. 131 ss.; J. H. RALSTON, *The law and*

Senza potersi trattenere a lungo sul fatto che la suddetta "clausola Calvo" è stata considerata dalla dottrina prevalente come «priva di validità, o perlomeno di efficacia nell'ordinamento internazionale»[58], in sostanza nei paesi che adottavano tale approccio, fortemente nazionalista e tradizionalista, l'investitore straniero era spesso soggetto a decisioni non neutre o comunque non imparziali in quanto frequentemente i sistemi Giurisdizionali locali erano in primo luogo patologicamente dipendenti e/o condizionati dagli altri poteri Statali (in *primis* da quello Esecutivo) e in secondo luogo erano privi dell'adeguata competenza tecnica necessaria per poter affrontare tale complessa materia[59]. Tantoché, parte della Letteratura, in riferimento al sistema giurisdizionale dei Paesi in via di sviluppo (d'ora in avanti "PVS"), hanno parlato di una vera e propria «soggezione politico-psicologica» della magistratura locale nei confronti delle autorità politico e amministrative[60].

Ad ogni modo, la Dottrina Calvo, sulla scorta dell'esigenza dei PVS[61] di riappropriarsi di quella sovranità che gli era stata sottratta o comunque limitata dai paesi occidentali e

procedure of international tribunals, Stanford University Press, Boston, 1926, p. 64 ss.

[58] In questi termini cfr. C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 84, in quanto tale dottrina ritiene che «anche di fronte all'esistenza di una clausola Calvo, non potrà essere impedito l'esercizio dell'azione internazionale promossa dallo Stato che intende tutelare un proprio autonomo interesse», è questo perché il cittadino-investitore non può annullare con la sua volontà (firmando un contratto di investimento munito di "clausola Calvo") il diritto del proprio Stato a cercare riparazione per un illecito.

[59] Autorevole e risalente Dottrina sottolineava tali caratteristiche "negative" della Giurisdizione locale: M. LONGO, *L' Arbitrato come condizione favorevole agli investimenti esteri*, estratto dal *Il diritto dell'economia*, Torino, 1961, p. 736, il quale ribadiva: «Ma si deve soprattutto ricordare che nei confronti dei paesi sottosviluppati tali motivi di diffidenza [relativamente alla magistratura locale] trovano una particolare ragion d'essere per l'indubbia arretratezza tecnica di certe magistrature, per la non scarsa indipendenza delle magistrature stesse e dal fatto che tale scarsa indipendenza si presenta particolarmente pericolosa in quanto gli affari che da parte nostra si conducono nei paesi sottosviluppati son quasi sempre conclusi o con lo Stato o con enti pubblici o con appartenenti a limitatissime *elites* economiche costituenti a loro volta veri e propri forti gruppi di pressione politica anche sulla magistratura». Più recentemente e nello stesso senso si veda C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 207.

[60] In questo senso E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 95.

[61] Tra cui appunto anche quelli dell'America del Sud che erano stati i primi fautori e sostenitori della Dottrina Calvo.

industrializzati, troverà poi una sua codificazione nell'art. 2[62] della *Carta dei diritti e doveri economici degli Stati*[63] approvata presso l'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1974[64]. Invero, se pur meno rilevante, la Dottrina Calvo troverà una sua codificazione anche nel Codice Andino degli Investimenti del 1970, che tra l'altro fu ratificato da alcuni Paesi che, anni dopo, come vedremmo più avanti, recederanno e non faranno più parte del sistema ICSID[65].

Proprio con tale Carta, nello specifico nel Preambolo della stessa[66], si diede «solenne consacrazione»[67] o meglio «costituzione»[68] al *Nuovo Ordine Economico Internazionale*[69]. Ed a

[62] Si veda M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 324. Infatti, nel dettaglio la lett. *c* dell'art. 2 della suddetta Carta recita: «To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means».

[63] D'ora in avanti "Carta".

[64] *Ris. A. G.* 3281 (XXIX) del 12 dic. 1974, *Carta dei diritti e doveri economici degli Stati*, in *United Nations Yearbook*, 1974, 402 ss. Con tale risoluzione la Carta fu approvata con 120 voti favorevoli e 6 voti contrari (tra cui gli Stati Uniti, Germania, Belgio, Lussemburgo, Danimarca, Gran Bretagna) e 10 astensioni (tra cui l'Italia). Pertanto, come fa notare in dottrina F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2017, p. 663, tale Carta è sì, stata espressione di una parte molto consistente della Comunità internazionale, ma allo stesso tempo non era desiderata da quella parte di Stati che generano il maggior flusso di investimenti esteri.

[65] Il Codice in questione fu ratificato dalla Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela. Ed infatti, (come già vista in nota 54) Bolivia, l'Ecuador e il Venezuela usciranno dal sistema ICSID rispettivamente nel 2 maggio 2007, il 6 luglio 2009 e il 24 gennaio 2012. Sul punto sia concesso il rinvio a P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 249 (nota 6).

[66] Tantoché si legge nel Preambolo *de quo*: «Declaring that it is a fundamental purpose of the present Charter to promote the establishment of the new international economic order, based on equality, sovereign equality, interdependence, common interest and co-operation among all States, irrespective of their economic and social systems».

[67] Così Autorevole dottrina F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 662.

[68] In questi termini E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 30.

[69] D'ora in avanti "NOEI". Sull'argomento la dottrina è piuttosto ampia, *ex pluribus*: I. BROWNLIE, *Legal Status of Natural Resources in international law (some aspects)*, in *Recueil des Cours*, Vol. 1, tome 162, 1979, p. 253 ss.; P. PICONE, *Ordine economico internazionale*, in *Diritto internazionale dell'economia*,

questo punto è necessario aprire una, seppure breve, parentesi storica su tale questione.

Nel dettaglio, tale Carta e il NOEI trovavano il proprio antecedente storico, il proprio fondamento, sul movimento, *rectius* sull'esigenza dei PVS e di alcune organizzazioni internazionali[70] di portare avanti rivendicazioni riguardanti la modifica di molti istituti del diritto internazionale consuetudinario nel settore economico, come ad esempio la disciplina dei contratti di concessione in materia di risorse naturali e le clausole in materia di legge applicabile ai contratti di investimento[71]. Ma i temi che erano stati maggiormente messi in discussione dai PVS erano sostanzialmente due, e cioè, da una parte quello relativo all'internazionalizzazione degli investimenti (la quale, secondo i PVS, doveva essere appunto negata), e dall'altra quello relativo al *quantum* piuttosto che all'*an* dell'indennizzo in materia di nazionalizzazioni[72]. Temporalmente parlando tale esigenza andrà accentuandosi nell'arco temporale che va dagli inizi degli anni 60' fino alla metà degli anni 70' circa[73], periodo nel quale, come noto, si stavano registrando le dissoluzioni degli imperi coloniali.

Pertanto, tali rivendicazioni consistevano sostanzialmente nella volontà da parte dei PVS di riappropriarsi della sovranità sulle proprie risorse naturali, dato che quest'ultimi stavano acquisendo una sempre maggiore consapevolezza dell'importanza che tali risorse avevano (e che tuttora hanno) per i sistemi industriali occidentali[74]. Tuttavia, allo stesso tempo, la suddetta consapevolezza era accompagnata da un'ulteriore esigenza di tali Paesi. Nel dettaglio, infatti, preme sottolineare che molti dei PVS che erano stati soggetti al colonialismo

(a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, pp. 155-172; M. FRIGO, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 245 ss.

[70] Tra i vari PVS vanno inclusi senza dubbio i Paesi dell'America Latina (fautori della Dottrina Calvo) e i paesi socialisti, e tra le organizzazioni internazionali va inclusa sicuramente l'OPEC (l'organizzazione dei paesi produttori di petrolio).

[71] Opina così P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 246.

[72] Così F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., pp. 663 e 664.

[73] Su tale tematica si veda P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 676.

[74] Sulla questione cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 249, il quale evidenzia proprio che in tale periodo i PVS stavano acquisendo sempre più consapevolezza di disporre di materie prime essenziali «per il mantenimento del sistema industriale occidentale e del suo tenore di vita».

occidentale non erano, in quel determinato periodo storico, più disposti ad accontentarsi della semplice indipendenza politica dalla *ex*-madrepatria che via via stavano ottenendo, ma ambivano, appunto, anche ad un'indipendenza di tipo economico[75].

Ciò detto, le citate rivendicazioni poste a fondamento del "movimento" dei PVS, chiamato G77 o Gruppo 77[76], prima di sfociare nell'adozione della Carta del 1974 hanno trovato anche ulteriori e diverse espressioni in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. E questo perché, i PVS, in quella importante sede, mediante l'appoggio pressoché stabile e continuo dei paesi socialisti, rappresentavano la maggioranza.

Tra le varie pronunce che richiamavano, e al contempo sostenevano, le rivendicazioni in esame, si ricordano sia la risoluzione n. 1803 del 14 dicembre 1962, la *Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali*[77](approvata mediante *consensus*), sia la successiva risoluzione n. 2158, XXI (sempre in tema di *Permanent Sovereignity over Natural Resources*) del 25 novembre 1966[78].

Successivamente, come anticipato, dato l'inizio del periodo di decolonizzazione, la contestuale crisi petrolifera, i relativi embarghi politici e le diverse nazionalizzazioni[79], tale movimento raggiunse la sua massima espressione nell'adozione della Carta del 1974 la quale però fu preceduta da due specifiche Risoluzioni dell'Assemblea Generale. La prima è la n. 3201 adottata per *consensus* il 1° maggio 1974 con la quale si affermava l'intenzione di «realizzare un nuovo ordine economico internazionale, basato sull'equità, l'uguaglianza sovrana, l'interdipendenza, l'interesse comune e la cooperazione tra tutti gli Stati, al fine di eliminare le diseguaglianze esistenti tra i paesi sviluppati e i Paesi ina via di sviluppo»[80]. La seconda, la n. 3202,

---

[75] Tantoché, in dottrina in molti hanno osservato che in quegli anni alcuni PVS passavano dall'essere soggetti ad un colonialismo di tipo politico ad uno di tipo economico, in questo senso si veda: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 28; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 2.

[76] Si cfr. F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 662.

[77] *Ris. A. G.* 1803 (XVII) del 14 dic. 1962, *Dichiarazione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali*, in *United Nations Yearbook*, 1962, 503.

[78] *Ris. A. G.* 2158 (XXI) del 25 nov. 1966, *Permanent Sovereignity over Natural Resources*, in *United Nations Yearbook*, 1966.

[79] Come quelle Libiche del 1971 delle concessioni petrolifere della *British Petroleum*, della *Texaco Calasiatic* e della *LIAMCO*.

[80] Con queste parole M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 3 (nota 2).

adottata sempre il 1° maggio 1974, la quale, invece, conteneva direttamente il programma per la costituzione del NOEI.

Ma tali risoluzioni insieme alla Carta, nonché il NOEI stesso, con il trascorrere del tempo e l'incessante crescita economica di alcuni PVS «ebbero eco sempre meno intenso»[81]. Infatti, negli anni 80' e 90' si arrivò all'adozione di ulteriori e diverse risoluzioni[82] riguardanti le rivendicazioni in oggetto, ma quest'ultime ebbero una portata ed efficacia minore rispetto alla Carta e alle risoluzioni degli anni 60' e 70', e questo per via di tre ragioni, che rappresentano, tra l'altro, anche le motivazioni per le quali si è assistito al declino della stessa Dottrina Calvo.

Anzitutto, in punto di disciplina si richiama alla mente il fatto che tutte le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite (compresa però anche la Carta), non hanno carattere vincolante ma sono delle semplici raccomandazioni e cioè atti privi di efficacia obbligatoria, o meglio sono solo dichiarazioni di principi[83].

Partendo da questo assunto, per quanto concerne la prima motivazione, di carattere storico-economico, questa attiene alla frammentazione del Gruppo 77. Non può sfuggire infatti, che agli inizi degli anni 80' molti di quei PVS (membri del cd. Gruppo 77) che avevano tanto sostenuto il NOEI, nel frattempo, avevano conosciuto, per tutta una serie di motivazioni non richiamabili in tale sede, una rilevante crescita economica. Il suddetto sviluppo economico fu, per certi Paesi sostenitori del NOEI, così rilevante che non era più possibile considerare alcuni di questi alla stregua di veri e propri PVS, ma al contrario questi ultimi erano divenuti dei cd. «Paesi di nuova industrializzazione»[84]. In particolare, ci si sta riferendo ai seguenti Paesi: Singapore, Messico, Cile, Brasile, Hong Kong, le due Coree, Taiwan ed ovviamente alla

---

[81] Letteralmente F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 662.

[82] Ad esempio: la Dichiarazione sul diritto allo sviluppo (ris. 41/128 del 4 dicembre 1986), la Dichiarazione sulla cooperazione economica internazionale e il rilancio della crescita economica e dello sviluppo (ris. N. S-18/3 del 1° maggio 1990) nonché la Dichiarazione del 50° anniversario delle Nazioni Unite (ris. N. 50/6 del 24 ottobre 1995). Per un elenco più o meno completo delle varie risoluzioni delle Assemblea Generale delle Nazioni Unite in tema di sovranità permanente sulle risorse naturali si rinvia a G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 12 e 13 (nota 5); E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 31 (nota 4).

[83] Si veda sul tema C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 84. In goni caso si cfr. art. 10 Carta delle Nazioni Unite.

[84] Sul processo di evoluzione dei Paesi di nuova industrializzazione e su gli effetti di questa diversificazione cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 32;

Cina. Perciò, preso atto di tale diversificazione economica avvenuta internamente al "fronte" del Gruppo 77, si è assistito ad una contestuale diversificazione degli interessi, delle posizioni e delle strategie economiche dei richiamati Paesi di nuova industrializzazione davanti alle Nazioni Unite, soprattutto in merito alla questione del trattamento degli investimenti stranieri. Diversificazione che, conseguentemente, si è poi tradotta in un indebolimento strutturale del Gruppo 77 e delle rivendicazioni dello stesso, e quindi, a catena, delle stesse risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che avevano dato espressione a tali pretese.

La seconda motivazione, quest'ultima di carattere politico-economico, che ha provocato una ridotta rilevanza delle risoluzioni degli anni 80' e 90', riguarda il fatto che alcuni PVS (sempre agli inizi degli anni 80'), al contrario di quelli che avevano conosciuto una forte industrializzazione, sono stati colpiti da una gravosa crisi finanziaria, la quale ha obbligato gli stessi a riconoscere agli investimenti esteri il ruolo di fattori necessari per la crescita economica[85]. Tale crisi, ha indotto gli stessi PVS ad abbandonare quel tipo di dirigismo nazionalista sostituendolo con una posizione più accomodante nei confronti del capitale straniero, abbracciando così un orientamento politico più liberale in tema di investimenti stranieri, sicché, in quello stesso periodo, che era stato preceduto da una fase storicamente densa di nazionalizzazioni, si assistette, all'inverso, a importanti politiche di privatizzazione di interi settori[86].

Infine, la terza ragione che portò al dissesto della Dottrina Calvo, e dunque delle rivendicazioni del Gruppo dei 77, può essere individuata nell'abbandono (di tale Dottrina) da parte di quegli stessi PVS che ne erano stati, per così dire, i primi fautori e sostenitori, in particolare ci si sta riferendo all'Argentina, la Bolivia e il Venezuela. Abbandono che si è concretizzato con la

[85] Sulla questione si veda la dottrina del tempo G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., pp. 35 e 36, il quale, nel 1987, aveva dettagliatamente messo in risalto tale correlazione. Nello specifico, l'Autore sottolineava: «Nel contesto economico attuale riprende importanza l'investimento diretto come canale di risorse (non solo finanziarie) rispetto ai prestiti esteri, il cui eccesso ha portato all'incapacità di molti paesi in via di sviluppo a far fronte al debito estero accumulato […]. È cambiato correlativamente il cosiddetto "clima degli investimenti" in molti paesi: accantonate certe posizioni estremiste riflesse anche nelle risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU degli anni '70 in materia, gli investimenti privati esteri sono ora più ricercati […]» Più recentemente cfr. M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 5; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 182.

[86] Così come messo in risalto da M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 5.

stipula di diversi BIT in materia di protezione degli investimenti esteri, nonché con la firma della stessa Conv[87], tantoché, secondo certa parte della dottrina, proprio tale adesione dei Paesi Latino-Americani se da un lato stava a rappresentare la fine della Dottrina Calvo, dall'altro lato dimostrava il successo del meccanismo ICSID[88].

Ed è proprio dopo tale "evoluzione" del mercato degli investimenti esteri, che tutti gli Stati, PVS e industrializzati[89], allo scopo di garantire una maggior certezza per l'investitore privato, di favorire il flusso degli investimenti e al contempo di garantire allo Stato la tutela dei propri pubblici interessi, hanno iniziato ad integrare i propri ordinamenti giuridici con sempre più BITs (ad oggi se ne contano oltre 3.200 in tutto il mondo)[90] e MITs fissando

[87] Su tale questione cfr.: S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Dig. Disc. Pubb.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 570, il quale evidenzia: «Non solo, ma un ulteriore elemento della prassi è destinato a rivalutare non poco il valore del trattato bilaterale come strumento di sviluppo progressivo del diritto generale in materia di investimenti esteri. Si tratta del definitivo abbandono, da parte dell'Argentina, della dottrina Calvo, con la conclusione, da parte di tale paese, di un Trattato sulla reciproca promozione e protezione degli investimenti con gli Stati Uniti, avvenuta a Washington, trattato 14 novembre 1991», ed ancora: « Questo mutamento della posizione argentina, confermato dalla firma della Convenzione di Washington del 1965, accompagnandosi ad analogo atteggiamento di altri paesi di quell'area, come la Bolivia e il Venezuela, fa cadere una delle principali argomentazioni addotte dalla dottrina per ridimensionare il valore dei trattati bilaterali ai fini della ricostruzione dell'opimo iuris, quella, cioè, che i paesi dell'America latina non concorrevano a tale prassi».

[88] In tal guisa S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 180 (nota 52).

[89] Infatti, relativamente alla cd. mappa geografica dei BITs sugli investimenti, va rilevato che questi ultimi sono stati stipulati sia tra Paesi industrializzati e PVS sia tra PVS e altri PVS. Sulla questione cfr. L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 13.

[90] Il primo BIT sulla promozione e protezione degli investimenti è quello del 1959 stipulato tra la Repubblica Federale Tedesca e il Pakistan che entrò in vigore il 28 novembre 1962. Per rendere chiara la maggior importanza che i BITs stavano ormai assumendo all'interno del mercato degli investimenti internazionali è sufficiente notare che nell'anno 1989 L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 9 (nota 34), registrava circa non più di 250 BITs, ma già nel 2002 M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 6 riscontrava la presenza di ben 2.181 BITs, successivamente nell'anno 2012 ne sono stati contati circa 2.500 BITs da C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 16, infine nel 2017 siamo arrivati ad avere globalmente ben più di 3.200 BITs così riporta da ultimo P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 677. Per quanto riguarda la situazione italiana in tema di BITs, si veda L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 376, i quali autori contavano, nel 2012, ben 81 BITs stipulati tra l'Italia altri

così in degli strumenti di diritto internazionale la disciplina da applicare all'investimento e all'investitore estero.

Concludendo, si può affermare che, è proprio nel periodo storico trattato che si è registrata la vera ascesa dell'arbitrato ICSID in quanto i BITs e i MITs oltre a generare un «clima favorevole per l'accesso degli investimenti esteri»[91] iniziavano a prevedere la cd. clausola ICSID o CIRDI, e cioè quella disposizione che permette alle parti, in caso di controversia, di deferire quest'ultima al Centro ICSID[92], tanto che ad oggi ormai la presenza di clausole ICSID nei BITs MITs è praticamente una «costante»[93]. Pertanto, condividendo quanto ribadito da autorevole dottrina, si ritiene che l'arbitrato ICSID, insieme agli altri fattori economici e politici già esaminati, abbia contributo al superamento delle criticità degli anni 70' in tema di trattamento degli investimenti esteri tra i vari Paesi industrializzati e PVS[94].

Stati esteri. Per consultare tali dati è sufficiente visitare il sito: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx Mentre è possibile recuperare direttamente il testo dei BITs stipulati dallo Stato Italiano al sito: http://itra.esteri.it/Ricerca_Documenti/wfrmRicerca_Documenti.aspx

[91] Opina così E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 196. Sul cd. "clima degli investimenti" si tornerà nel cap. 2 § 2 del presente lavoro.

[92] Il primo BIT a prevedere una clausola simile è stato quello stipulato tra la Repubblica Federale di Germania e la Costa D'Avorio del 27 ottobre 1966.

[93] In questi termini M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 334.

[94] Considerazioni di P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 291.

Capitolo 2: Natura e struttura dell'arbitrato ICSID.

SOMMARIO: 1. La Giurisdizione del Centro ICSID. – 2. L'arbitrato ICSID come arbitrato internazionale sugli investimenti. - 3. L'arbitrato ICSID come arbitrato amministrato e *floating*: arbitrato e lodo a-nazionale. - 4. L'arbitrato ICSID come arbitrato di diritto o equità. La questione della legge applicabile. - 5. Alcuni dati in tema di arbitrato ICSID.

1. La giurisdizione del Centro ICSID. Cenni introduttivi.

La sfera di giurisdizione[95] dell'arbitrato ICSID è delineata dal contenuto prescrittivo dell'art. 25 della Convenzione, il quale dispone: «Nell'ambito delle competenze dell'Ufficio rientrano le controversie d'ordine giuridico fra uno Stato contraente (od una collettività pubblica od un ente da esso dipendente e all'uopo designato) ed un cittadino di un altro Stato contraente in relazione diretta con un investimento, sottoposte all'Ufficio col consenso scritto delle Parti. Il consenso di cui sopra non può essere ritirato unilateralmente».

Da tale disposizione cardine, pur dettando una disciplina lacunosa[96], si possono ricavare una serie di requisiti che devono

[95] Anzitutto bisogna sottolineare il fatto che leggendo il testo della Convenzione è possibile incorrere in una confusione terminologica. Infatti, all'art. 25 di quest'ultima (nella versione ufficiale in lingua inglese, consultabile all'indirizzo web: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf), viene utilizzato il termine "*jurisdiction*" mentre all'art. 41 il termine "*competence*". Secondo attenta dottrina: E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 46, il termine "*jurisdiction*" farebbe riferimento ai requisiti essenziali necessari per ricorrere al Centro (pur non essendo questo un organo giurisdizionale), mentre il termine "*competence*" farebbe riferimento al potere dei singoli tribunali arbitrali costituiti in seno al Centro. In questo senso anche G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 79 e 80; Va rilevato che tale confusione terminologica nella versione in lingua italiana, consultabile all'indirizzo web: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Convention-in-other-Languages.aspx non sussiste in quanto sia all'art. 25 che all'art. 41 della Convenzione viene utilizzato il termine competenza. Pertanto, nel presente lavoro si farà utilizzo dei termini giurisdizione e competenza intendendoli avere univoco significato.

[96] Infatti, tale articolo non fornisce diverse definizioni, come ad esempio quella del concetto di investimento, di investitore o del criterio con cui determinare la sua nazionalità. Evidenzia tale mancanza dell'art. 25 della Convenzione L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 18, la quale ribadisce «L'art. 25 Conv., però, detta una disciplina assai scarna e, per molti profili, lacunosa. Non definisce, ad esempio, le nozioni di investimento, investitore, nazionalità, né regola in maniera esaustiva

essere soddisfatti affinché gli arbitri ICSID si possano pronunciare in merito ad una controversia ad essi sottoposta.

Nel dettaglio, potranno rientrare nella giurisdizione di quest'ultimi[97] solamente le controversie che abbiano una rilevanza giuridica e che siano collegate direttamente ad un investimento estero (*rationae materiae*)[98]. Ciò significa che la controversia deve essere d'ordine giuridico e cioè deve riguardare diritti ed/o obblighi delle parti (relativi ad un'operazione di investimento estero) inerenti a un contratto di investimento oppure nascenti da una legge nazionale o un trattato internazionale.

Prendendo le mosse da tale assunto, il requisito *rationae materiae* al fine di essere soddisfatto presuppone due condizioni. Per quanto concerne la prima, questa attiene al fatto che la controversia deve essere attuale e *legal*[99] e non «meramente speculativa, accademica»[100], in quanto, probabilmente si è voluto «evitare che il Centro fosse coinvolto in dispute di natura

---

l'esistenza, la validità e la portata dell'accordo arbitrale o delle manifestazioni unilaterali di volontà arbitrale delle parti».

[97] Sui requisiti di giurisdizione la dottrina è pacifica, per tutti si veda: E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 24; C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 215.

[98] La dottrina che si è interrogata su tale requisito è troppo estesa per essere richiamata in *toto*, la più recente è: D. KRISHAN, *A notion of ICSID investment*, in *Transnational Dispute Management*, 2008; N. RUBINS, *The notion of "investment" in international investment arbitration*, in *Arbitrating foreign investment disputes*, (a cura di) N. Horn, 2004, p. 283 ss.; F. YALA, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, 2005; R. DOLZER, *The Notion of Investment in Recent Practice*, in *Law in the Service of Human Dignity, Essays in Honour of Florentino Feliciano*, (a cura di) S. Charnovitz, C. Steger e P. Van den Bossche, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; J. D. MORTENSON, *The meaning of "investment": ICSID's Travaux and the domain of international investment law*, in *Harvard international law journal*, I, 2010, p.257-318; A. GRABOSWSKI, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, 2014-2015.

[99] Su tale questione sia permesso rinviare a M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 71, il quale, in merito alla natura giuridica della controversia, scrive: «rientrano nella competenza del Centro i conflitti di diritto, mentre non vi rientrano i meri conflitti d'interessi, per cui la controversia deve riguardare l'esistenza e l'oggetto di un diritto od obbligazione, ovvero la natura o la misura delle riparazioni dovute per la violazione di un diritto o di una obbligazione».

[100] Opina così L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 26.

politica»[101] coerentemente con l'intento di fondo della Conv. di spoliticizzare il più possibile le controversie inerenti agli investimenti esteri[102]. Per quanto riguarda la seconda condizione, come precisato, la controversia deve essere collegata ad un investimento estero. E proprio questo ultimo sub requisito, relativo al fatto che la controversia sia legata ad un investimento estero, ha generato non pochi dubbi sia in dottrina sia in seno al Centro stesso, in quanto, come si vedrà più avanti, ad oggi non si ha un'univoca definizione del concetto di investimento.

Il secondo requisito necessario affinché si possa adire il Centro è che l'investimento estero sia realizzato da un soggetto, persona fisica o giuridica, di nazionalità diversa da quella dello Stato in cui l'investimento viene ospitato (*rationae personae*)[103].

[101] In questi termini M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 72.

[102] Su tale obbiettivo della Conv. si veda G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., pp. 16 e 20; P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 276 e 291; I. F. I. SHIHATA, *Towards a grater depoliticization of investment dispute: The roles of ICSID and MIGA*, cit., p. 4 ss.; A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1356.

[103] Su tale requisito la dottrina è ampia e i lavori più recenti in dottrina sono diversi, a tal riguardo si vedano: A. DE LUCA *I requisisti di nazionalità degli investitori persone fisiche ai fini della giurisdizione ICSID*, in *Riv. arb.*, 2009, vol. 19, IV, p. 797 ss.; F. PONZANO, *La giurisdizione ICSID rationae personae: il ritorno della dicotomia forma-sostanza in tema di nazionalità dell'investitore persona giuridica*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2016, vol. 30, II, p. 513 ss.; E. SAVARESE, *La legge applicabile alla questione preliminare della legittimazione ad agire in una recente pronuncia arbitrale ICSID*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2006, *passim*; ID., *La nazionalità delle società commerciali e la funzione del controllo: alcune riflessioni in margine alla decisione ICSID Tokios Tokelès v. Ucraine*, cit., p. 369 ss.; A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore e competenza dei tribunali arbitrali ICSID (Commento a lodo arbitrale dell'International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case n. ARB/02/18, 29 aprile 2004)*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2005, vol. 19, II, p. 359 ss.; A. MIGNOLLI, *Vacuum Salt: il primo gran rifiuto di un tribunale I.C.S.I.D.*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 829 ss.

Infine, il terzo e ultimo requisito è quello del consenso (*rationae voluntatis*)[104] definito come la «*piere angulaire*» della competenza del Centro[105].

Quando si discute del requisito della *rationae voluntatis* non si può non richiamare la struttura a doppio consenso della Conv. in esame[106]: il primo, necessario ma non sufficiente[107], è quello formatosi fra gli Stati che hanno firmato e ratificato la Conv. (nel momento in cui essi hanno affermato la volontà di

[104] Su tale terzo e ultimo requisito, al pari dei due precedenti, la dottrina è molto vasta: A. MEZGRAVIS, *The Standard of Interpretation Applicable to Consent and its Revocation in Investment Arbitration*, in *Transnational Dispute Management*, II, 2011, p. 31; J. PAULSSON, *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ss.; M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, in *Dir. comm. int.*, II, 2010, p. 375; C. H. SCHREUER, *Consent to Arbitration,* in *The Oxford Handbook of International Investment*, (a cura di) P. Muchlinski, F. Ortino C. H. Schreuer, Oxford University press, Oxford, 2008; L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 ss.; G. DELAUME, *Consent to ICSID Arbitration,* in *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, (a cura di) J. Norton, M. Andenas e M. Footer, 1998, *passim*; M. DURNEY, *Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: a Perspective from Latin American Cases*, cit., p. 223 ss.; A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, in *Europa e Diritto Privato*, III, 2015, p. 545 ss.; E. ZAMUNER, *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 180 ss.

[105] Si veda il *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, par. 23, reperibile al sito internet dell'ICSID all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/REPORT-OF-THE-EXECUTIVE-DIRECTORS-ON-THE-ICSID-CONVENTION.aspx Tale definizione è riportata praticamente da tutta la Letteratura specialistica, *ex multis*: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 278; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 126; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 337; M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, cit., pp. 375 e 376.

[106] Sul punto si veda U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10, 2009, p. 71; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La Convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., pp. 17 e 18.

[107] E questo perché tale *primary consent* non impone allo Stato contraente né ai suoi cittadini alcun obbligo di avvalersi del meccanismo di risoluzione ICSID, così come ribadito in dottrina, cfr. A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1345; M. RUBINO SAMMARTANO, *L'arbitrato internazionale*, Cedam, Padova, 1989, p. 107; M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., pp. 173 e 174.

diventare parti contraenti), il secondo è quello espresso tra l'investitore privato e lo Stato ospite[108]. In sostanza, con tale *secondary consent*, espresso obbligatoriamente in forma scritta e non revocabile unilateralmente, le parti deferiscono la competenza a dirimere una controversia agli arbitri ICSID.

Pertanto, muovendo da tale assunto, si evince che l'art. 25 della Conv. non disponendo nulla in merito alle modalità o alla natura dell'atto con cui tale *secondary consent* può essere prestato, lascia, quindi, un'ampia libertà alle parti in merito alla forma con cui manifestare il suddetto consenso[109]. Tantoché, per le predette ragioni, occorre domandarsi quali possono essere, compatibilmente con lo stringato disposto dall'art. 25 della Convenzione, le modalità con cui il consenso può essere prestato nella procedura arbitrale ICSID.

A tal riguardo si evidenzia che le modalità con cui il consenso può essere prestato sono sostanzialmente quattro: compromesso *ad hoc*[110], clausola compromissoria contenuta in un contratto d'investimento, clausola arbitrale ICSID contenuta in un BIT o MIT ed infine clausola ICSID prevista da una legge nazionale[111].

---

[108] Come dispone testualmente il Preambolo della Conv. stessa: «Dichiarando che senza espresso consenso in merito, nessuno Stato contraente, in quanto abbia ratificato, accettato od approvato la presente Convenzione, è considerato aver assunto alcun obbligo in quanto riguarda la conciliazione o l'arbitrato». Motivo per cui a tal proposito in dottrina si è parlato di «primary consent» (riferendosi a quello espresso dagli Stati nel firmare e ratificare la Conv.) e «secondary consent» (quello manifestato dagli Stati e gli investitori privati), a tal proposito si veda: C. F. AMERASINGHE, *The Jurisdiction of the international Tribunals,* Brill Nijhoff, 2003, p. 631.

[109] In tal guisa: A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1345, la quale sul punto scrive «Il testo [della Conv.] non contiene alcuna indicazione riguardo al tempo, alla forma ed alla natura giuridica dell'atto con cui il consenso va espresso». In senso conforme si veda: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 205; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 135 e 136; P. SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, cit., p. 381. Per soli fini di chiarezza si ricorda che il requisito del consenso viene esaminato dagli arbitri ICSID in via pregiudiziale rispetto al merito della controversia e se viene contestato dalla parte convenuta il Tribunale si pronuncia con sentenza *ad hoc*, sul punto si veda E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 98.

[110] Ma tale modalità di espressione del consenso viene utilizzata molto raramente. Infatti, la dottrina ha sottolineato che difficilmente le parti concludono accordi compromissori con i quali rimettono agli arbitri ICSID la competenza a decidere una controversia già insorta, in questo senso E. ZAMUNER, *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 181 (nota 20).

[111] Su tali modalità la dottrina è assolutamente pacifica, *ex multis*: C. SCHREUER, *Consent to Arbitration*, p. 832 ss.; A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale*

In riferimento alle diverse modalità con cui prestare il consenso, è intenzione sottolineare che, in forza di quanto riportato nel "*The ICSID caseload – statistics (issue 2018-2)*", si è riscontrato che sul totale delle procedure arbitrali decise, e/o ancora pendenti, dal Centro ben il 60.6 % di queste ritrovano le basi del consenso proprio in un BIT, il 9.2% trova fondamento in una legge sugli investimenti dell'*Host State*, il 13% nei MITs, mentre il restante 16% sui contratti di investimento tra Stato e investitore privato[112]. Dallo studio di tali dati si evince chiaramente la sempre maggior rilevanza dei BITs e MITs quali strumenti con cui le parti[113] manifestano il proprio consenso all'instaurazione di un procedimento arbitrale ICSID[114].

---

internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi, cit., p. 15 (nota 13); A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1346; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 136 e 137; A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, cit., p. 548; M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, cit., p. 376; L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 425 (nota 22 e 23); E. ZAMUNER, *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 181 ss. Ma si pensi anche al caso in cui si è considerato perfezionato un accordo compromissorio con riferimento all'approvazione, da parte di alcune autorità statali, della domanda di autorizzazione alla costituzione di una società locale attraverso cui l'investitore aveva effettuato l'investimento, che conteneva anche la richiesta di arbitrato ICSID, cfr. ICSID Case No. ARB/81/1, *Amco Asia Corporation and Others V. Republic 0f Indonesia*, Decision on Jurisdiction. Sul punto si veda L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 37.

[112] A dimostrazione di quanto detto si vedano anche i dati riportati nel *The ICSID caseload – statistics (issue 2018-2),* pubblicato sul sito: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx

[113] Più che le parti, come meglio si avrà modo di specificare più avanti, è il solo *Host State* che attraverso questi strumenti va a cristallizzare il proprio consenso, mentre l'investitore potrà, se vorrà e non è obbligato a farlo, aderire a quella "offerta unilaterale di consenso" stabilizzata dallo Stato nell'atto normativo in questione.

[114] La prima controversia avente ad oggetto un caso in cui il consenso dello Stato si fondava all'interno di un trattato bilaterale o multilaterale è stato quello di cui all'ICSID Case No. ARB/87/3, *Asian agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Award 21 giugno 1990, in merito a tale controversia si vedano: L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 425 (nota 25); E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit., p. 102. Ormai la dottrina pacificamente ha riconosciuto il ruolo predominante dei BITs e MITs quali strumenti con cui viene maggiormente fondato il consenso nelle procedure arbitrali ICSID, *ex pluribus*: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 279; A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, cit., p. 548; M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, cit., p. 377; M.

Invero, è doveroso richiamare alla memoria che la diffusione dei BITs e MITs costituisce un dato recente nella prassi arbitrale internazionale, atteso che fino ai primi anni novanta il consenso dello Stato all'instaurazione di una procedura arbitrale ICSID veniva fondato su di una clausola compromissoria contenuta nei contratti di investimento[115], e/o in leggi nazionali sugli investimenti[116].

Alla luce di ciò, è chiaro che solamente nel contesto attuale, si è assistito al proliferare dei BITs e MITs come *basis of consent*, i quali se bene conosciuti al momento della stipula della Convezione di Washington, hanno faticato a coagulare il consenso degli Stati, come dimostra la circostanza che la prima controversia per l'instaurazione della quale il consenso era manifestato in un trattato internazionale risale al 1987[117]. In tal

---

R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 341. Ed infine anche L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 38, la quale scrive: «E gli *investment treaty arbitration* (arbitrati fondati sulla accettazione da parte dell'investitore dell'offerta del BIT o del trattato internazionale multilaterale) sono ormai, per numero, la prima forma di arbitrato di fronte al Centro».

[115] Come mostrato dalla Letteratura del tempo, a tal proposito si veda: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 205 (nota 61); G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 143. Ad ogni modo la clausola compromissoria ha continuato, comunque, ha rivestire un importante ruolo (seppur secondario rispetto ai BITs) in tema di consenso per tutta la prima decade del ventunesimo secolo, in questo senso si veda anche L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 37 (nota 126) la quale contava, nell'anno 2012, che circa il 20% dei giudizi ICSID ritrovava le *basis of consent* in una clausola compromissoria. Su tale mutamento storico in tema di manifestazione del consenso sia concesso rinviare a: F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 935.

[116] In merito alla diffusione, in passato, delle leggi interne sugli investimenti si veda il *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, par. 23, in https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/REPORT-OF-THE-EXECUTIVE-DIRECTORS-ON-THE-ICSID-CONVENTION.aspx Rileva uno scarso utilizzo delle medesime nel contesto attuale M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., p. 176.

[117] Si veda il caso ICSID Case No. ARB/87/3, *Asian agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Award 21 giugno 1990. Su tale questione cfr. anche L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 38, la quale testualmente sostiene: «Non fu, invece, discussa o ammessa la possibilità che il consenso dello Stato fosse espresso in un trattato bilaterale o multilaterale di investimento. Tale silenzio deve essere letto alla luce del contesto storico in cui si inserì la Convenzione: i BIT - al tempo, da poco emersi sulla scena internazionale - contenevano prevalentemente clausole per la

modo, si è assistito ad un graduale passaggio da un arbitrato "contrattuale", fondato cioè su clausole compromissorie e compromessi, ad un arbitrato "non contrattuale", basato su di un consenso indiretto contenuto in trattati internazionali, o in misura minore in leggi interne[118].

Pertanto, pur riconoscendo l'importanza del tema generale della giurisdizione ICSID[119], tale tema non potrà essere affrontato nel presente lavoro nella sua globalità, ma si è scelto, per i motivi di cui si è già detto, di limitare l'oggetto di studio al solo concetto di investimento, e cioè il requisito *rationae materiae*. Ma, come anticipato, al fine di tale attività di studio si è dedicato il terzo e il quarto capitolo del presente lavoro, appunto per questo per ora ci si limiterà a ricavare da tali requisiti solamente alcune considerazioni in merito alla natura e ai tratti salienti dell'arbitrato ICSID.

---

soluzione delle controversie sull'interpretazione o l'applicazione del BIT fra gli Stati parti, non clausole per la risoluzione delle controversie fra investitore e Stato. Il silenzio della Convenzione non esprime, quindi, l'intenzione dei *conditores* di non riconoscere efficacia all'offerta arbitrale contenuta in un trattato, ma la circostanza che tale fattispecie era, al tempo, sconosciuta. La validità dell'offerta contenuta in un BIT è, del resto, ormai un dato consolidato nella giurisprudenza arbitrale e nazionale. E gli *investment treaty arbitration* (arbitrati fondati sull' accettazione da parte dell'investitore dell'offerta del BIT o del trattato internazionale multilaterale) sono ormai, per numero, la prima forma di arbitrato di fronte al Centro». In senso conforme anche M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, cit., p. 377.

[118] Su tale evoluzione storica, *ex multis,* cfr. M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 368; M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., p. 174 ss.

[119] La letteratura che si è cimentata in tema di giurisdizione e competenza è vastissima, *ex multis*: L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit.; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. e C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit.; U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, cit.; P. SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, cit.; J. KOVAR, *La compétence du Centre International pour le Réglement des différends relatifs au investissements*, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, 1969; P. REUTER, *Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le reglement des différendes relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, in I*nvestissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, 1969.

2. L'arbitrato ICSID come arbitrato internazionale sugli investimenti.

In primo luogo, l'arbitrato ICSID è considerabile un arbitrato internazionale[120], in quanto gli arbitri ICSID sono competenti a decidere solamente le controversie caratterizzate da determinati elementi di internazionalità. In particolare, ai fini di poter adire i Tribunali ICSID, è necessario che l'investitore debba avere la nazionalità di uno Stato contraente diverso rispetto a quello dello Stato contraente che ospita l'investimento, e che quindi, conseguentemente, l'investimento debba essere realizzato in uno Stato straniero[121], anche se, come fatto notare da attenta dottrina, la Convenzione non specifica letteralmente che l'investimento debba essere realizzato "fisicamente" nel territorio dello Stato ospitante lo stesso[122].

---

[120] Sull'internazionalità dell'arbitrato ICSID non ci sono dubbi in dottrina, per tutti Cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 2; R. LUZZATTO**,** *A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 441; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 37; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 67 e 68. Ad ogni modo si definisce internazionale l'arbitrato che presenti elementi di estraneità rispetto all'ordinamento, sulla base di due criteri uno oggettivo, uno soggettivo, o cumulativamente di entrambi. Ad esempio, si considera internazionale l'arbitrato svolto tra parti le quali hanno la residenza, domicilio o la nazionalità di due Stati distinti (criterio soggettivo); ugualmente si considera internazionale l'arbitrato svolto per dirimere una controversia il cui oggetto sia una vicenda (a prescindere dalla sua natura di investimento, operazione commerciale, ecc.) svolta all'estero, in tal guisa E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia university press, Bologna, 2016, pp. 62 e 63. Inoltre, oltre ai criteri soggettivo e oggettivo, viene in rilievo, secondo una certa parte della dottrina, anche il criterio procedurale, sulla base del quale si considera la procedura applicata, cfr. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Cedam, Padova, I, 2010, p. 209. Sempre sul tema dell'arbitrato internazionale, si riscontrano ulteriori e molteplici contributi della dottrina, *ex multis*: ID., *L' arbitrato internazionale*, cit.; G. RODDI, *L' arbitrato internazionale*, Tramontana, Milano, 1987; S. SPECCHIA, *L' arbitrato internazionale*, Giappichelli, Torino, 2013.

[121] Ed è proprio questo criterio o contatto con più ordinamenti che qualifica l'arbitrato ICSID come internazionale, cfr.: L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 356 ss. Si veda anche L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 (nota 5), la quale esplicitamente scrive: «Di conseguenza, l'arbitrato sugli investimenti si configura come un arbitrato internazionale sia laddove si aderisca ad una teoria soggettiva, incentrata sulle parti, sia che si consideri la prospettiva oggettiva, venendo in rilievo un investimento all'interno di un paese straniero».

[122] Cosa che invece viene prevista in molti BITs, come evidenziato da L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 33 (nota 100). Difatti, in

Sono quindi escluse dalla giurisdizione del Centro sia le controversie tra investitori privati e altri privati sia quelle tra Stati e altri Stati, nonché quelle tra investitori privati aventi la stessa nazionalità dello Stato ospitante l'investimento, in quanto questo ultimo, in tale caso, non sarebbe un investimento estero, mentre è dubbio, e si discute, se possa accedere all'arbitrato ICSID una società parzialmente pubblica, le cui partecipazioni sono detenute in parte da uno Stato e per la restante parte da soggetti privati[123].

Alla luce di quanto riscontrato, la procedura ICSID è stata in dottrina definita "mista" proprio in forza del fatto che le parti di quest'ultima devono essere obbligatoriamente un investitore privato, persona fisica o giuridica, e uno Stato (o i suoi organi o «*constituent subdivision o agency*») nel quale territorio l'investitore ha realizzato l'investimento, per l'appunto, estero[124].

In secondo luogo, merita di essere rilevato il fatto che l'arbitrato in questione è un arbitrato sugli investimenti esteri e dunque non è un arbitrato puramente commerciale[125].

---

accordo con l'Autrice, si registra su tale questione una giurisprudenza non unanime. Nel merito, da una parte, diversi collegi arbitrali non hanno ritenuto necessario che l'investimento si realizzasse "direttamente" sul territorio, ad es. ICSID Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obehodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, Decision of the Tribunal on Objections to jurisdiction, 24 may 1999, p. 78; mentre, dall'altra parte, alcuni hanno ritenuto il requisito della territorialità dell'investimento come fondamentale, cfr. ICSID Case No. ARB/Ol/13, *SGS v. Islamie Republù: of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to jurisdiction, 6 agosto 2003, p. 46; ICSID Case No. ARB/02/6, *SGS v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to jurisdiction, 29 gennaio 2004 p. 99. In dottrina ha reputato fondamentale il requisito della territorialità, per così dire "estera", dell'investimento E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 66.

123 Sulla questione L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 22 ss., la quale ritiene che si debba rispondere a tale quesito in senso negativo, e ciò in ragione del fatto che il contenuto del Preambolo della Convenzione riporta la seguente dicitura «*private international investment*». Si veda anche A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, Vol. 136, 1972, p. 355.

124 In tal senso opinano: L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p.22 ss.; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 34.

125 Sulle varie differenze sostanziali, processuali e storicistiche tra l'arbitrato commerciale e sugli investimenti, la dottrina si è interrogata diverse volte, sul punto cfr.: P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 673; E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, cit., pp. 49 e 51; L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424; ; J. LEVINE, *Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UNCITRAL Rules*, cit., p. 372 ss.

A stretto rigore infatti, pur non essendo così marcate le differenze tra l'arbitrato commerciale e l'arbitrato sugli investimenti[126] è comunque possibile tracciare una linea di confine tra questi due sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. A riguardo, in dottrina si è soliti considerare come arbitrato commerciale internazionale quello «tra soggetti privati (o tra soggetti privati da un lato e Stati esteri, organizzazioni internazionali o entità statali ma agenti *iure privatorum* dall'altro)»[127]. Ed è proprio il fatto che l'arbitrato commerciale è finalizzato a dirimere controversie aventi ad oggetto transazioni commerciali le quali si fondano su di un interesse delle parti sostanzialmente di natura privata, che permette di distinguere questo ultimo dall'arbitrato sugli investimenti che al contrario coinvolge un interesse di natura pubblica[128]. Ma le differenze tra

[126] In tal guisa L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 (nota 1 e 2), la quale scrive: «l'arbitrato sugli investimenti si trova talvolta ad essere assimilato *all'International Commercial Arbitration*. Da questo ultimo, e nonostante sé ne possano confondere le origini, l'*Investment arbitration* si è progressivamente emancipato, tanto da potersi ritenere una tipologia di arbitrato limitrofa ma del tutto distinta». Nello stesso senso opina anche J. LEVINE, *Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UNCITRAL Rules*, cit., p. 372 ss., il quale sottolinea che tale differenza tra l'arbitrato commerciale e quello in materia di investimenti è piuttosto sottile anche in forza del fatto che quello sugli investimenti potrebbe essere disciplinato dalle stesse regole dettate per l'arbitrato commerciale, ad esempio dall'*UNCITRAL Model Law*.

[127] Così opinano M. V. BENEDETTELLI e L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 136 ss. Ad ogni modo sul tema dell'arbitrato commerciale la dottrina è vastissima, *ex pluribus*: P. BERNARDINI, *L' arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. GIARDINA, *L'Arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1991; A. FRIGNANI, *L' arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Cedam, Padova, 2004; R. PILLITTERI, *L' arbitrato commerciale: la procedura, il lodo, le impugnazioni, l'arbitrato irrituale e nelle controversie con la pubblica amministrazione*, EBC, Milano, 1993; W. M. REISMAN, B. RICHARDSON, *Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration, in Arbitration: The Next Fifty Years*, in *ICCA Congress Series*, Vol. 16, 2012; R. LUZZATTO, *A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit. , p. 441 ss.; R. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 1 ss.;

[128] Così argomenta G. KAUFMANN-KOHLER, *Preface*, in *The future of investment arbitration* (a cura di) C. A. Rogers e R. P. Alford, Oxfrod university press, Oxford, 2009. Nello stesso senso P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 673, il quale precisa: «Venendo alla distinzione tra arbitrato commerciale internazionale e arbitrato in materia di investimento vale rilevare come sia condizione necessaria per quest'ultimo che parte del rapporto con il privato investitore da cui sorge la controversia sia uno Stato o una entità controllata dallo Stato. Come si vedrà, in una fase iniziale il rapporto con lo Stato in materia di investimento trova espressione in quel particolare tipo di contratto che dottrina e giurisprudenza statunitensi hanno qualificato come *State contract*. In una fase successiva, il rapporto relativo all'investimento trova la sua regolamentazione nei trattati bilaterali e

i due tipi di arbitrato non si esauriscono solamente nella diversa natura degli interessi coinvolti, ma «anche per la procedura, dal momento che solo rispetto all'arbitrato sugli investimenti ci sarebbe un reale distacco dalla legge statale particolare, connotandosi come una *supranational or a-national form of arbitration*»[129]. In sostanza nell'arbitrato sugli investimenti, e segnatamente in quello ICSID, si verrebbe a realizzare un vero e proprio «dètachement da qualsiasi ordinamento giuridico nazionale»[130], «diversamente da quanto avviene inevitabilmente in diversa misura per l'arbitrato commerciale internazionale»[131], ad ogni modo sul tema del cd. arbitrato a-nazionale si tornerà più avanti.

Pertanto, la distinzione tra l'arbitrato internazionale commerciale e quello sugli investimenti non deve essere ricondotta esclusivamente al mero significato del termine "commerciale" o di quello di "investimento". E ciò in ragione del fatto che si riscontra l'assenza, in riferimento all'arbitrato internazionale, sia di una definizione giuridica univoca del concetto di "commerciale"[132] sia del concetto di

multilaterali aventi ad oggetto la promozione e la protezione dell'investimento privato. Ma la presenza di uno *State contract* non è condizione sufficiente perché l'arbitrato sia qualificabile come relativo ad un investimento considerato che anche il contratto con lo Stato (o una entità statale) può avere natura commerciale ove lo Stato agisca *iure privatorum*. Occorre che lo Stato (o una entità statale) intervenga nel rapporto per il perseguimento di un pubblico interesse, condizione soddisfatta quando oggetto del rapporto con il privato è un "investimento"». Mentre sul concetto di *State contracts* la dottrina è molto vasta, per tutti: P. BERNARDINI, *State Contracts, New Trends in International Trade Law*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 47 ss.; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 39 ss.

[129] L'espressione è di: L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, cit., p. 424 (nota 2). Su tale *dètachement* si veda E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, cit., pp. 49 e 51. Nonché ulteriori differenze sono state evidenziate in dottrina da: K. H. BÖCKSTIEGEL, *Commercial and Investment Arbitration*: *How Different are they Today*?, in *Arbitration International*, 2012, p. 578 ss. e p. 584 ss.; G. BORN e E. SHENKMAN, *Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration*, in *The future of investment arbitration* (a cura di) C. A. Rogers e R. P. Alford, Oxford university press, Oxford, 2009, p. 28.

[130] In questi termini P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 29

[131] Letteralmente G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 20.

[132] In tal guisa cfr. A. CARLEVARIS, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Diritto internazionale privato*, (a cura di) R. Baratta, Giuffrè, Milano, 2010.

"investimento"[133], che poi, proprio tale assenza rappresenta una delle motivazioni alla base di tale lavoro di ricerca.

Ad ogni modo, nonostante tale mancanza sulla quale appunto si tornerà in seguito, è comunque pacifico in dottrina[134] considerare l'arbitrato ICSID al pari di un arbitrato sugli investimenti e non commerciale e ciò non solo per le motivazioni suesposte, ma anche per altre ragioni. In primo luogo, per il tenore letterale del sopra richiamato art. 25 della Convenzione il quale, pur non contenendo una definizione di investimento[135], limita in modo inequivocabile il potere decisionale degli arbitri ICSID alla sola materia degli investimenti. In secondo luogo, per via delle norme procedurali adottate, della legge applicabile, dell'approccio alla giurisdizione e al cd. «*legal framework*»[136].

---

[133] Tale assenza è stata messa in risalto da molti in dottrina, per tutti si veda: M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 33, la quale ha rilevato l'assenza di un concetto unico di "investimento" sia nel diritto internazionale sia in quello interno. Nello stesso senso E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 179.

[134] Per tutti P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 676, l'Autore scrive «Particolare attenzione va data alla Convenzione di Washington con cui è stata creata un'istituzione internazionale, l'ICSID, con il compito di amministrare procedimenti arbitrali per la soluzione di controversie tra lo Stato ospite dell'investimento e un investitore nazionale di un diverso Stato».

[135] Come registrato dalla totalità della dottrina specialistica, *ex multis*: S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 567; L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p.31 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 457; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., pp. 19 e 21; P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 278; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 280.

[136] Sul punto si veda P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 676 il quale ribadisce: «Da qui l'ulteriore differenza con l'arbitrato commerciale, il "*legal framework*" in cui l'arbitrato in materia di investimento è destinato ad operare. Nella fase in cui l'arbitrato è previsto dallo *State contract* saranno applicabili le previsioni contrattuali quanto alle regole applicabili al merito della controversia, inclusa l'eventuale denazionalizzazione del contratto. Nella fase, ormai prevalente, di arbitrato in base al trattato sulla protezione dell'investimento, il "*legal framework*" sarà il diritto internazionale pubblico anche se il diritto dello Stato ospite potrà avere applicazione in particolare per quanto riguarda l'accertamento dei fatti costitutivi della violazione del trattato fatta valere dall'investitore». Anche un altro Autore in dottrina si è soffermato sulla rilevanza del *legal framework* come criterio distintivo tra l'arbitrato commerciale e quello sugli investimenti, cfr. L. MELCHIONDA, *Investment arbitration: a balance between the investor's and the host state's interest*, in *Dir. comm. int.*, I, 2014, p. 28, il quale autore sottolinea: «what is relevant is the legal framework against which the State's actions fall to be assessed: in commercial arbitration the actions of the State are judged in the light of the obligations contained in the contract concluded with the

Detto ciò, tornando alla mancanza di una definizione giuridica univoca del termine "commerciale" in riferimento all'arbitrato internazionale, è doveroso rammemorare che, come sottolinea certa dottrina[137], tale assenza è dovuta al fatto che nella maggior parte dei regolamenti delle istituzioni arbitrali internazionali si è scelto volontariamente di delineare una generica e non dettagliata definizione del concetto "commerciale"[138], in modo tale da lasciare sia maggior flessibilità alle parti nel delineare il contenuto del loro contratto sia maggiore autonomia alle Corti arbitrali nel giudicare sulla propria competenza, tutto ciò al fine di garantire una più estesa tutela e "raggio d'azione" del arbitrato commerciale internazionale.

investor and domestic law, while in investment treaty arbitration the State's conduct is judged against the standards of treatment enshrined in the applicable IPT». Sempre in tema di *legal freamework* si veda: K. H. BÖCKSTIEGEL, *Commercial and Investment Arbitration*: *How Different are they Today*?, cit., p. 579 ss.

[137] Si veda L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 363.

[138] Un esempio eclatante di questa ampiezza della definizione del termine "commerciale" è riscontrabile nella Legge modello UNCITRAL la quale dispone nel Capitolo 1 e all'art. 1: «The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; fi nancing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road». In molti in dottrina hanno osservato tale estensione del termine commerciale all'interno della Legge modello Uncitral, per tutti: J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS, S. KROLL, *Comparative international commercial arbitration*, The Hague, London – New York, 2003. Il testo della Legge modello UNCITRAL è consultabile al sito:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

La stessa *ratio* ha verosimilmente spinto[139] gli addetti ai lavori della Convenzione[140] ad optare per una definizione di investimento il più ampia possibile, tanto ampia che, come già anticipato, una vera e propria definizione di investimento la Convenzione nemmeno la prevede[141].

Infatti, nelle procedure ICSID, al fine di tracciare una linea di confine tra ciò che è considerabile investimento e ciò che non lo è (come ad esempio una mera operazione commerciale realizzata mediante un contratto di compravendita) solitamente si ricorre al cd. *double keyhole approach*[142]. In sostanza, con il cd. doppio test gli arbitri ICSID, al fine di verificare la propria giurisdizione, svolgono due controlli, il primo è rivolto ad accertare se l'attività economica in questione sia classificabile come "investimento" alla stregua dei contratti di investimento conclusi tra le parti contraenti, facendo riferimento anche ai BITs o i MITs[143] di cui queste ultime eventualmente fanno parte. Il

[139] Infatti, è assolutamente condivisibile quanto sostenuto da risalente dottrina M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 72, il quale, relativamente all'indeterminatezza della nozione di investimento (non) contenuta nel testo della Conv., sottolinea che quest'ultima risponde a quell'esigenza, o meglio «desiderio di non circoscrivere il campo d'azione» della Conv. stessa. Nello stesso senso si veda A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1348. Invero, anche in tempi meno risalenti, la dottrina si è nuovamente interrogata sulla *ratio* sottesa all'indeterminazione del concetto di investimento presente nel testo della Conv., a riguardo si veda: M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 34, secondo la quale la mancata definizione del concetto di "investimento" all'interno della Conv. sia dovuto all'esigenza di non delimitare eccessivamente l'ambito della Convenzione stessa e dunque la giurisdizione del Centro ICSID. In senso conforme si veda anche: M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., pp. 180 e 181 (nota 52).

[140] Si veda A. BROCHES, *The Convention on the settlement of investment disputes: some observation on jurisdiction*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, p. 268.

[141] Si cfr. C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., p. 114.

[142] Sulla questione per tutti cfr.: N. RUBINS, *The notion of "investment" in international investment arbitration*, cit., p. 283 ss.; L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p.32 ss.

[143] Poiché solitamente le prime disposizioni dei BITs e dei MITs sono dedicate proprio alle definizioni terminologiche, tra le quali vi è appunto anche quella di "investimento", come ricordano in dottrina: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 182 e 183; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 32, quest'ultima infatti, ribadisce che: «Al preambolo segue normalmente l'articolo in cui sono contenute le definizioni dei termini che ricorrono nella convenzione […]. Le definizioni di investimento, di investitore o di altri concetti chiave non hanno

secondo controllo è invece incentrato a verificare se ai sensi della Conv. in esame l'attività realizzata (oggetto della controversia) possa essere considerata un "investimento" e non una mera attività commerciale. Ma, come precisato, non essendo prevista una definizione di investimento all'interno del testo della Convenzione, tale secondo controllo è notoriamente molto più complesso del primo, in quanto gli arbitri non possono fare riferimento a dei requisiti per così dire normativi che l'investimento deve o non deve avere.

Difatti, ad oggi, sulla questione in esame non si registra ancora una giurisprudenza arbitrale unanime, omogenea, seppur un orientamento prevalente sembra comunque esserci, ed è quello riferito al cd. *Salini Test*[144], su cui però si tornerà più avanti.

Proprio questo complesso sistema ha spinto la dottrina a ribadire che la disciplina degli investimenti esteri derivi da un «complesso articolato di fonti normative (diritto internazionale generale, accordi bilaterali e multilaterali, contratti tra Stati e stranieri e così via)»[145] tantoché parte della dottrina stessa ritiene

---

quindi carattere meramente descrittivo e costituiscono parte integrante del contenuto normativo degli strumenti in questione». Ad ogni modo sull'importanza dei BIT ai fini interpretativi del termine "investimento" si veda anche: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 191. *Contra* G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 94 e 95, infatti l'Autore ritiene, al contrario, che i BITs relativamente alla definizione di investimento «non portano un decisivo contributo alla soluzione del problema» in quanto spesso non contengono proprio la definizione in esame, oppure perché utilizzano un'elencazione vasta e non tassativa. Ed ancora diversamente, milita per una soluzione mediana G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, in *Riv. Dir. Int.*, III, 2017, p. 757, il quale ribadisce che è vero che i BITs «contengono definizioni ampie e generiche di investimento, cui seguono liste solitamente indicative di ciò che costituisce un investimento protetto da quello specifico trattato», ma al contempo è ugualmente veritiero che alcuni BITs, ed in particolare i «più recenti sembrano aver adottato definizioni più specifiche e dettagliate».

[144] Così ribadisce L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., pp.32 e 33 (nota 96), la quale sottolinea però che varie volte l'orientamento prevalente incentrato sul cd. *Salini test* è stato disatteso, infatti, a riguardo si vedano le seguenti pronunce: ICSID Case No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic o/ Tanzania*, Award, 24 luglio 2008, p. 310-318; ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government o/Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, 16 aprile 2009, p. 69 ss. Ad ogni modo su tale *Salini Test* si tornerà nel cap. 4 § 2.

[145] Così scrivono gli AA.: P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, Padova, 2002, p. 21. Similmente cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 29, il quale scrive: «L'investimento straniero […] rimane soggetto alla molteplice e contestuale incidenza di più livelli di regolamentazione giuridica

che sia «impossibile individuare una nozione unitaria di investimento estero»[146].

Preso atto delle predette ragioni e vista la complessità del tema *de quo*, sul concetto di investimento si tornerà in seguito, in quanto, relativamente a tale questione sono stati dedicati il terzo e quarto capitolo del presente lavoro di ricerca.

3. L'arbitrato ICSID come arbitrato amministrato e *floating*: arbitrato e lodo a-nazionale.

Va rilevato che l'arbitrato in esame è un arbitrato amministrato[147] (detto anche istituzionale o istituzionalizzato) e con ciò si intende quel tipo di arbitrato in cui la procedura è disciplinata da norme disposte dai relativi organismi permanenti[148], differenziandosi nettamente da quello che viene contraddistinto come arbitrato *ad hoc* è cioè quel arbitrato in cui tutta la procedura è dettata dalle parti senza il coinvolgimento di nessun organismo o ente esterno[149].

Da tale caratteristica si rendono necessarie delle precisazioni, in *primis* il fatto che sicuramente essendo un arbitrato amministrato, l'istituzione permanente regolatrice, in questo caso il Centro, offre tutta una serie di garanzie sostanziali e procedurali. Ad esempio, in caso di inerzie delle parti in tema

è, per così dire, "incastrato" tra diritto internazionale, legislazione interna e disciplina dettata da autonomi contratti».

[146] Cosi opina E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 179.

[147] Sul tale definizione per tutti cfr.: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., pp. 116 e 117 e p. 277. L'Autore oltre a definire l'arbitrato ICSID come arbitrato amministrato, fornisce anche un elenco degli attuali arbitrati amministrati, come ad esempio: *l'American Arbitration Association* (AAA), la Corte di Internazionale di Arbitrato della camera di commercio internazionale di Parigi (CCI), *London Court of international arbitration* (LCIA), ecc. ecc.

[148] Sulle caratteristiche dell'arbitrato amministrato sono vari i contributi dottrinali, per tutti si veda: A. M. BERNINI, *L' arbitrato amministrato: il modello della Camera di commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1994; V. VIGORITI, *L' arbitrato amministrato*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da F. Galgano, vol. 29, Cedam, Padova, 2013, n. 2, pp. 364 e 369.

[149] Sulle differenze tra arbitrato *ad hoc* e amministrato cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 115 il quale richiama a tal fine l'art. I.2 (a) della Convenzione di Ginevra del 1961. Sempre sulle differenze tra i due tipi di arbitrato cfr.: L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 364 ss.; F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., pp. 922 e 923.

di scelta degli arbitri il Centro ICSID può intervenire rimuovendo tali ostacoli. Nel dettaglio, come si vedrà più avanti, la nomina degli arbitri è rimessa alla volontà delle parti, ma se il Tribunale arbitrale non si è costituito entro 90 giorni dalla registrazione della domanda di arbitrato, il Presidente[150], *ex* art. 38 della Conv., può direttamente, previa consultazione con le parti, nominare gli arbitri non ancora designati.

Inoltre, l'arbitrato ICSID, quale arbitrato amministrato, garantisce alle parti la presenza di un personale qualificato e soprattutto la possibilità di attingere nella scelta degli arbitri da delle liste ricche di nominativi di studiosi e professionisti del settore con comprovata esperienza e autorevolezza[151].

Ma, come noto, un ulteriore vantaggio è sicuramente quello rappresentato dal fatto che l'intervento dei tribunali statali è ridotto al minimo in quanto è limitato alla sola fase esecutiva del lodo. A questo punto del discorso, merita di essere mobilitata la cd. *rule of abstention*[152] è cioè la regola, *ex* art. 26 Conv., per la quale i giudici nazionali, pena la violazione della

[150] Si intende il presidente del Consiglio Amministrativo che è allo stesso tempo il Presidente della Banca Mondiale, *ex* art. 5 della Convenzione, sui poteri e le competenze di tale figura si veda: A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1344.

[151] Infatti, possono far parte dell'elenco degli arbitri e dei conciliatori abilitati ad esercitare le proprie funzioni presso il Centro solo coloro che possiedono i requisiti previsti dall'art. 14 della Convenzione, e cioè solo quei soggetti che godono di alta considerazione morale e che siano profondamente competenti nel campo giuridico, commerciale, industriale o finanziario, e che siano assolutamente indipendenti nell'esercizio delle rispettive funzioni. È preminente, per l'elenco degli arbitri, la competenza giuridica. L'attuale elenco degli arbitri e conciliatori è consultabile al sito: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Panel-Members.aspx

[152] Sull'efficacia e gli effetti della *rule of abstention* cfr.: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 277; F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 934 (nota 23); M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., p. 168 (nota 10); G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 21. Sempre sulla regola del *Judicial abstention* si veda: L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., pp. 82 e 83, la quale Autrice in modo cristallino opina: «L'art. 26 Conv. prescrive, quindi, agli Stati membri di ritrarre la propria sovranità nell'ambito fissato dal combinato disposto degli artt. 26 e 25 Conv. Lo Stato non deve, quindi, esercitare la propria giurisdizione rispetto a controversie comprese nello ambito di applicabilità *rationae personae* e *materiae* della Convenzione e deferite dalle parti ad arbitri».

Conv. stessa[153], non possono pronunciarsi su di una controversia sottoposta ad arbitrato ICSID, tantoché se una delle parti, nonostante il procedimento ICSID, invocasse la giurisdizione dei giudici nazionali, questi ultimi potrebbero solamente dichiararsi incompetenti e rinviare al Centro.

Ovviamente l'arbitrato amministrato presenta anche degli elementi negativi, uno fra questi è quello dei costi[154] in quanto questi sarebbero, rispetto a quelli dell'arbitrato *ad hoc*, più gravosi in quanto oltre agli onorari degli arbitri si andrebbero a sommare i costi fissi dell'istituzione che amministra l'intera procedura, ma su tale punto la dottrina è molto divisa[155].

In questo scenario, non potendo richiamare per esteso le accennate ed eterogenee letture dottrinali che si sono formate in materia, è comunque opportuno ricordare che spesso sono troppo ampie le differenze di costo tra i vari tipi di arbitrati amministrati, sicché non è possibile generalizzare e considerare gli arbitrati amministrati tutti uguali sotto tale profilo. A tal riguardo, infatti, a titolo esemplificativo si rilevano profonde differenze in tema di costi e spese procedurali tra l'arbitrato amministrato dalla ICC Parigina e quello ICSID, in quanto in questo ultimo, a differenza del primo, non si calcolano gli

[153] Rammentando che la Conv. è un trattato internazionale, è la sua violazione potrebbe esporre lo Stato ad un giudizio dinnanzi alla Corte Internazionale di Giustizia. In tal guisa L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 61 (nota 270), la quale precisa: «L'instaurazione o la prosecuzione di un procedimento nazionale sulla materia oggetto dell'accordo, dopo la pronuncia (positiva) sulla giurisdizione del tribunale ICSID, costituisce, di per sé, in linea di principio, un illecito internazionale». Sul punto si richiama ICSID Case No. ARB/00/5, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. V. Bolivarian Republic of Venezuela*, Award 23 settembre 2003 ¶ 205.

[154] Si veda R. SALI, *I costi dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ESI, Napoli, 2019, p. 484.

[155] Una parte della dottrina, cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 366, sostiene che: «Il maggior svantaggio dell'arbitrato amministrato rispetto a quello *ad hoc* è dato dal costo (ossia gli onorari dell'istituzione) il quale può però spesso essere compensato dall'effetto di calmieramento che l'intervento di un'istituzione può avere sugli onorari degli arbitri e su altri costi della procedura, oltre che dalla riduzione del rischio di impugnazione e di procedura di fronte ai tribunali nazionali». *Contra* G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 74, il quale sostiene, al contrario, che l'arbitrato *ad hoc* è molto oneroso e pertanto accettabile solo in caso di controversie da grandi valori. In questo panorama, ma diversamente dalle due tesi sopraesposte, si colloca diversa dottrina, la quale ha reputato che la riduzione di spese, quale elemento di favore dell'arbitrato in generale rispetto ai giudizi ordinari, sia spesso «illusoria» M. LONGO, *L' Arbitrato come condizione favorevole agli investimenti esteri*, cit., p. 734.

«onorari e le tariffe su base percentuale in rapporto al valore della controversia ma [solamente] in funzione dell'effettivo utilizzo dei propri servizi e del tempo speso dagli arbitri per lo studio della pratica e la partecipazione alle riunioni»[156].

Inoltre, sempre in tema di costi, un altro aspetto da considerare è il fatto che nell'arbitrato *ad hoc* «spetta alle parti o agli arbitri fissare l'ammontare delle spese da pagare anticipatamente»[157], conseguentemente, se è pur vero che un aspetto svantaggioso dell'arbitrato amministrato sono gli alti costi, non certamente irrisori[158], è altrettanto veritiero che uno svantaggio dell'arbitrato *ad hoc* è quello rappresentato dal rischio per le parti, di ricevere dagli arbitri richieste di onorari e rimborsi molti alti[159] senza che nessuna Autorità, per così dire interna all'arbitrato[160], possa esperire un controllo di merito su tali costi.

---

[156] In questi termini: P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 39. Sul tema dei costi degli arbitrati amministrati sia permesso rinviare a: ID., *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 136; L. LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. Arb.*, III, 2008, p. 331; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 28, la quale Autrice ha puntualizzato che, ad ogni modo, l'arbitrato ICSID presenta costi comunque ridotti rispetto ad altri istituti arbitrali come quello presso la ICC ovvero la *International Chamber of Commerce* di Parigi, il quale prevede che il compenso degli arbitri sia calcolato sia tenendo conto delle ore lavorate dagli arbitri ma, a differenza dell'arbitrato ICSID, anche tenendo conto del valore della controversia. Sul punto si veda anche P. E. COMEAUX e N. S. KINSELLA, *Protecting foreign investment under international law – legal aspects of political risk*, Oceana Publications, New York, 1996, p. 205.

[157] Con queste parole L. LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 330.

[158] Per un riferimento immediato si confronti la *Schedule of Fees* dell'arbitrato ICSID, consultabile al sito https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx Ai sensi di quest'ultima solamente per registrare una domanda di arbitrato ICSID si deve corrispondere al Centro una *fee* di $ 25.000,00 e una *fee* per i costi amministrativi annuali pari ad $ 42.000,00. Inoltre, per ogni giornata di lavoro degli arbitri, oltre i vari rimborsi spese, quest'ultimi hanno diritto a vedersi corrisposta una *fee* di $ 3.000,00.

[159] Come ribadisce P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 136.

[160] Ad esempio, l'arbitrato ICSID offre proprio un sistema di controllo volto ad evitare simili abusi, infatti in tema di *fees* giornaliere spettanti agli arbitri (pari a $ 3.000,00) la *Schedule of Fees* prevede: «Any request for a higher amount shall be made through the Secretary-General». In altre parole, il Segretario Generale assolve la funzione di garante in tema di *fees* degli arbitri. Inoltre, un altro meccanismo di garanzia che viene previsto nel sistema ICSID è rappresentato dall'art. 60 della Conv. In punto di disciplina, la predetta disposizione riconosce alle Parti la possibilità di prestabilire (qualora volessero), d'intesa con la Commissione o il Tribunale, gli onorari e le spese dei membri.

Perciò, nell'arbitrato amministrato, secondo certa letteratura, «non c'è alcuna relazione economica diretta tra arbitri e parti: l'istituzione sta nel mezzo per rendere più lineari le relazioni tra chi decide e chi è soggetto alla decisione, evitando anche imbarazzi e situazioni di stallo in caso di ritardi o mancati pagamenti»[161].

In ultimo, non si può non richiamare quanto evidenziato da attenta dottrina, e cioè che a differenza di quanto avviene in altre procedure arbitrali in tema di costi e spese procedurali, il sistema ICSID «non ha bisogno di includere nei costi una quota delle spese generali dei suoi uffici, essendo queste coperte dalla Banca mondiale che ospita il Centro nei propri locali»[162].

Superate le questioni connesse all'essere un arbitrato amministrato, quello ICSID viene considerato, come già accennato, anche un arbitrato a-nazionale. Tale qualificazione sembrerebbe essere coerente con un ormai noto sistema di classificazione secondo il quale esisterebbero almeno tre categorie di arbitrati:

1) italiani;

2) esteri, con un preciso ordinamento di riferimento;

3) non italiani, o meglio, a-nazionali, in quanto privi di un collegamento specifico sia con l'ordinamento italiano sia con un altro ordinamento estero[163].

In tal guisa, pur essendo l'arbitrato ICSID un arbitrato internazionale, non ci si può esimere, comunque, dall'interrogarsi su quale nazionalità tale arbitrato debba avere[164]. A stretto rigore infatti, quello ICSID non sembrerebbe

---

[161] Con queste parole R. SALI, *I costi dell'arbitrato*, cit., p. 475.

[162] In questi termini si esprime G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 24 ss. Mette in risalto tale risparmio di spesa anche U. SEBASTIANI, *La protezione degli investimenti nel diritto internazionale: l'arbitrato Icsid*, cit., p. 9, secondo il quale: «il legame tra l'Icsid e la Banca Mondiale produce un ulteriore effetto, che comporta, visto il finanziamento da parte della Banca, dei costi per l'arbitrato Icsid inferiori rispetto all'arbitrato commerciale».

[163] Letteralmente P. BIAVATI, *Commento all'art. 839 c.p.c.*, in *Arbitrato*, (a cura di) F. Carpi, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 881.

[164] Cosi ricorda attenta e autorevole dottrina, si veda: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., pp. 10 e 12; il quale scrive: «Anche l'arbitrato internazionale […] può essere nazionale o straniero rispetto al ordinamento del giudice adito a seconda della qualificazione data da tale ordinamento al procedimento arbitrale (in relazione alla sua sede, alla legge di procedura che lo ha regolato o altri elementi di estraneità) e alla decisione che vi pone termine». In senso conforme A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., pp. 12 e 13, che scrive: «un arbitrato può ben essere "internazionale" pur restando incardinato ed "appartenente" ad un sistema

essere né un arbitrato domestico né propriamente estero, ma tutt'al più un arbitrato a-nazionale, anche se, relativamente a tale questione dell'arbitrato e lodo a-nazionale è doveroso mettere in risalto lo stato liquido delle posizioni che la dottrina ha assunto[165].

Per poter trattare, seppur brevemente, tale fluida questione del c.d. *floating arbitration* sulla quale, come si è accennato si sono registrate diverse divisioni dottrinali, occorre in via preliminare individuare cosa si intende per arbitrato/lodo estero e arbitrato/lodo nazionale o domestico, questione quest'ultima anch'essa discussa[166]. In punto di disciplina, può

---

nazionale. E di fronte ad un arbitrato estero, può essere necessario, ma può anche non esserlo, chiedersi se esso sia puramente domestico ovvero "internazionale"».

[165] La natura di arbitrato a-nazionale o *floating*, pur essendo considerata una «chimera», o ancora una «situazione mitologica», la cui «confutazione […] sembra perfino scontata», viene comunque riconosciuta nella procedura arbitrale ICSID, tantoché, l'arbitrato *de quo* è stato considerato come «Arbitrato privato (realmente) a-nazionale fondato sul diritto internazionale pattizio», in questi termini A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., pp. 15, 16, 30 e 31. Sempre in senso favorevole nel riconoscere il carattere dell'a-nazionalità dell'arbitrato ICSID si sono espressi: E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, cit., pp. 49 e 51; L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 456; M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato, nazionale ed internazionale*, cit., p. 698. Discutono di a-nazionalità dell'arbitrato e del lodo anche T. RENSMAN, *Anational arbitral awards. Legal phenomen or academic phantom?*, in *Journal of international arbitration*, 1998, p. 37 ss.; P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 33 ss.; F. DEL ROSSO, *Il riconoscimento del lodo estero tra esigenze di «ordine pubblico» e divieto di disparità di trattamento*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 423, il quale ribadisce che: «La concettualizzazione di un arbitrato a-nazionale risale ai primi anni 60 (contemporaneamente all'affermarsi dell'idea di una *lex mercatoria*, intesa come autonomo sistema giuridico capace di disciplinare la realtà contrattuale transnazionale)». *Contra* E. F. RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 606 ss.; W. J. HABSCHEID, *La giurisdizione arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. Osservazioni sul nuovo Regolamento del 1998*, in *Riv. arb.*, Vol. 8, IV, 1998, p. 643 ss.; W. J. HABSCHEID, *Nationale oder supranationale Schiedsspruch*e?, in *Zeitschrift fur zivilprozess*, 1957, p. 36 ss.; P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 151 ss., i quali Autori negano invece l'esistenza di un arbitrato del tutto a-nazionale. Infine, altra parte della dottrina ha considerato l'arbitrato ICSID non a-nazionale, ma quale «unico caso di "internazionalizzazione" dell'arbitrato», in questo senso F. A. MANN, *State contracts and State responsibility*, in *A.J.I.L.*, 1960, p. 13, similmente anche G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, cit., p. 99.

[166] Divisioni Dottrinali evidenziate e riprese nel dettaglio da F. DEL ROSSO, *Il riconoscimento del lodo estero tra esigenze di «ordine pubblico» e divieto di disparità di trattamento*, cit., p. 421, il quale sottolinea «La nozione di "lodo estero" è dunque riservata agli interpreti che devono ricavarla dal sistema».

riscontrarsi che, secondo la definizione dell'art. I della Convenzione di New York del 1958[167], per lodo domestico si intende quello il cui procedimento arbitrale ha avuto sede nel stesso Paese in cui verrà richiesto il riconoscimento e l'esecuzione del lodo, mentre al contrario il lodo estero è quello che viene pronunciato all'esito di un procedimento arbitrale la cui sede era stabilita in uno Stato diverso da quello in cui poi si chiederà il riconoscimento e l'esecuzione del relativo lodo[168].

Nella medesima direzione si inserisce una certa parte della dottrina, la quale ribadisce che ciò che rileva, ai fini della qualificazione di un arbitrato come estero piuttosto che domestico, è il criterio della sede arbitrale e non quello del luogo in cui il lodo viene pronunciato o quello del luogo in cui le attività arbitrali si sono effettivamente svolte[169]. A titolo esemplificativo sarà considerato domestico l'arbitrato che ha la propria sede in Italia e il cui lodo viene ad essere eseguito in Italia, viceversa sarà considerato estero l'arbitrato con sede in Spagna il cui lodo viene ad essere riconosciuto ed eseguito in Italia.

In questo scenario, non sembra peregrino classificare l'arbitrato ICSID al pari di un arbitrato a-nazionale. In particolare, a prescindere da dove venga fissata la sede del tribunale arbitrale, che solitamente è a Washington[170], la

---

Ma si veda anche A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., p. 28, il quale sottolinea «che non vi sia un criterio universalmente valido per stabilire a quale ordinamento nazionale appartengono originariamente il lodo e l'arbitrato».

[167] I commenti della Dottrina sulla Convenzione di New York del 1958 sono moltissimi, *ex pluribus*: S. M. CARBONE, *Il riconoscimento degli effetti dei lodi arbitrali nella convenzione di New York del 1958: risultati e prospettive*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, IV, 2011, p. 879-894; R. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, Cedam, Padova, 1968; G. RECCHIA, *La giurisprudenza italiana sulla Convenzione di New York del 1958: cenni sulla giurisprudenza estera*, in *Riv. arb.*, 1973, IV, pp. 195-200.

[168] Sui temi dell'arbitrato nazionale ed estero, molti sono i contributi Dottrinali, per tutti si veda: F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, Vallardi, Milano, 1916; A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., p. 16 ss.; M. RUBINO-SAMMARTANO, *L' arbitrato di diritto interno, l'arbitrato estero e l'arbitrato internazionale*, in *Annales de droit privé*, 2. parte, pp. 121 e 128.

[169] Opina così dottrina maggioritaria: A. ATTERITANO, *Arbitrato estero*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 2007, p. 78 ss.; A. BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 705; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 300; M. BOVE, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 21; ID., *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2018, p. 369; P. BIAVATI, *Commento all'art. 839 c.p.c.*, cit., p. 879; F. AULETTA et Al., in *Diritto dell'arbitrato rituale*, G. Verde (a cura di), Giappichelli, Torino, 2000, p. 396.

[170] Ma, secondo il combinato disposto degli artt. 62 e 63 della Conv. può anche essere la sede della Corte permanente d'arbitrato all'Aia o qualsiasi

procedura dell'arbitrato in esame non muta né tantomeno mutano gli effetti del lodo ICSID[171]. Infatti, l'arbitrato ICSID è un arbitrato dotato di ampia autonomia e autosufficienza[172], tantoché viene studiato come un *arbitrage sans loi* o meglio un *floating arbitration*[173] in quanto è svincolato da tutti gli ordinamenti nazionali, anche se, come già accennato, un legame con gli ordinamenti nazionali potrebbe sorgere e rendersi necessario nel momento in cui il lodo ICSID deve essere eseguito.

Sulla scorta di quanto rilevato, si noti che gli ordinamenti nazionali dinnanzi ad un procedimento di un arbitrato a-nazionale hanno un ruolo limitato. Nel dettaglio, gli ordinamenti giuridici locali possono essere presi in considerazione esclusivamente nei casi in cui le parti vogliano ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo oppure nei casi in cui le parti abbiano interesse a rimuovere gli effetti del lodo stesso[174]. Che poi tale principio è valido generalmente per quasi tutti gli arbitrati a-nazionali (ammesso che c'è ne siano degli altri oltre quello in esame)[175], ma non per l'arbitrato ICSID nel quale

altra istituzione adeguata (pubblica o privata) con cui il Centro abbia concluso una convenzione in proposito.

[171] Come pacificamente riconosciuto in dottrina, per tutti si veda: G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 22, il quale osserva che: «non ha nessuna influenza sulla procedura o sul diritto applicabile nel merito la scelta del luogo di svolgimento dell'arbitrato, dettata solo da considerazioni pratiche sulla scorta della volontà delle parti».

[172] Come ribadito in dottrina da P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 33, il quale scrive: «la Convenzione crea un sistema normativo completo ed autonomo rispetto a qualsiasi ordinamento giuridico nazionale». In senso conforme L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento*, cit., p. 17, la quale sottolinea: «L'autonomia ed autosufficienza del regime dei presupposti di applicabilità del sistema ICSID esprime ed è uno strumento per realizzarne lo scopo: creare un meccanismo neutrale ed indipendente dalle normative statali per la soluzione di talune liti, particolarmente delicate». Infine, anche F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 935; R. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 3; B. BAREL e S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 427.

[173] In tema di *floating arbitration*, *arbitration unbound*, o più semplicemente di arbitrato denazionalizzato/delocalizzato cfr.: J. PAULSSON, *Arbitration Unbound*, *30 ICLQ*, 1981, p. 358 ss.; K. P. BERGER, *International economic arbitration*, *L'AIA 1993*, pp. 480-489; A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., p. 17 ss.; A. REDFERN E M. HUNTER *et al*, *International commercial arbitration*, 2004, par. 2-02.

[174] Si veda sul punto P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 7.

[175] Ad esempio: viene riconosciuto il «carattere autenticamente a-nazionale, sebbene non "privato" dell'arbitrato dell'*Iran/US Claims Tribunal*» in A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit.,

appunto l'annullamento del lodo rientra comunque, ai sensi dell'art. 52 della Convenzione, nella competenza del Centro ICSID, o meglio del cd. Comitato ad *hoc*[176] e non è dunque rimesso come potere ai Giudici degli Stati delle parti coinvolte. Pertanto, gli ordinamenti nazionali, nel procedimento arbitrale in esame, potrebbero avere rilevanza solamente in fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo ICSID, in altre parole le interferenze statali nel procedimento arbitrale ICSID sono praticamente quasi del tutto escluse[177].

A questo punto del percorso, diviene imprescindibile distinguere il procedimento di riconoscimento del lodo ICSID da quello di esecuzione del lodo stesso nel territorio dello Stato aderente alla Convezione e parte della controversia.

Per quanto riguarda il procedimento di riconoscimento, questo avviene sostanzialmente in modo automatico[178] ed *ope*

---

pp. 30 e 31 (nota 37). Mentre, sempre dallo stesso autore viene escluso che la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale possa essere considerata istitutiva di un arbitrato a-nazionale. Nello stesso senso E. F. RICCI, *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 78 ss. *Contra*, a riprova dei contrasti dottrinali in tema di arbitrato a-nazionale, riconosce la natura a-nazionale dell'arbitrato "ginevrino" R. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 2 aprile 1961*, in *Riv. dir. intern. Priv. Proc.*, 1971, p. 81 ss.

[176] Il tema dell'annullamento ICSID ovviamente non potrà essere trattato in questa sede, per tale motivo si rinvia alla dottrina impegnata sul tema: L. BERGAMINI, *La 'controllabilità' interna ed esterna dei lodi ICSID*, in *Riv. arb.*, 2002, vol. 12, I, p. 139-194; G. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo stato della sede e la convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in *Riv. Arb.*, III, 2015, p. 561; A. DE LUCA, *Violazione del principio del contraddittorio e annullamento ICSID: il caso Fraport AG Frankfurt c. Repubblica delle Filippine*, in *Riv. arb.*, 2011, vol. 21, IV, p. 667-712; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 36 a 114; F. LATTANZI, *Convenzione di Washington sulle controversie relative ad investimenti e invalidità delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 521 ss.

[177] Infatti, in dottrina questa sottile "preminenza" dell'arbitrato ICSID nei confronti della Giurisdizione statale è stata più volte sottolineata. Nel dettaglio, si rinvia: A. GARDELLA, *Stato della sede, stato dell'esecuzione del lodo e autonomia privata nell'arbitrato commerciale internazionale: un'analisi critica*, in *Riv. soc.*, V, 2012, p. 970, la quale Autrice ribadisce: «In particolare, l'arbitrato ICSID per gli investimenti e la Corte europea dei diritti dell'uomo sono gli artefici di questo progresso, censurando i comportamenti di interferenza abusiva degli Stati della sede dell'arbitrato nel procedimento arbitrale. Si tratta di uno sviluppo interessante dell'arbitrato internazionale, per la capacità di imporre obblighi di comportamento nei confronti dello Stato della sede, ridimensionandone in ultima analisi la portata di "primary jurisdiction"». E anche da L. G. RADICATI DI BROZOLO, *I rimedi contro le interferenze statali con l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, I, 2015.

[178] In tal guisa P. BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington*, in *Dir. comm. int.*, I, 2012 p. 5, il quale scrive:

legis, infatti ai sensi del primo comma dell'art. 54 della Convenzione: «ogni Stato contraente riconosce vincolanti le sentenze pronunciate secondo la presente Convenzione e ne deve assicurare, sul proprio territorio, l'esecuzione degli obblighi pecuniari imposti nella sentenza come se si trattasse di un giudizio definitivo di un tribunale dello Stato in questione […]», mentre al secondo comma si dispone che «per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza sul territorio d'uno Stato contraente, la Parte interessata deve presentarne copia, certificata conforme dal Segretario generale, al Tribunale competente o ad altra autorità che lo Stato contraente in questione ha designato in proposito»[179]. Perciò, quando si discute dell'efficacia di un lodo ICSID, alla luce del predetto art. 54 della Conv., quest'ultimo si intende avere valore di *res judicata* tra tutti gli Stati contraenti della Conv.[180].

In ragione di tali approdi, si evince che per l'esecuzione del lodo ICSID non è praticamente necessario il procedimento di *exequatur*[181] ma, allo stesso tempo, pur essendo quello ICISID un

---

«L'*exequatur* della sentenza ICSID, che non è ancora atto di esecuzione ma è solo preordinato all'esecuzione stessa, è automatico, l'art. 54 creando un regime speciale, del tutto indipendente da quello disciplinato dalla legge statale per dare riconoscimento a sentenze straniere o a sentenze arbitrali rese all'estero». Nello stesso senso: A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., p. 32; A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 73. G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., p. 33.

[179] Si ricorda che in Italia l'autorità competente per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo ICSID è la Corte d'Appello.

[180] Così opina F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 936. Ma la dottrina è pacifica sul punto, *ex multis*: A. GIARDINA, *L'esecuzione delle sentenze CIRDI*, in *Rass. Arb.*, 1982, p. 69 ss.; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 31; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 101; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 22; P. BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington*, cit., p. 5, tantoché l'Autore ribadisce chiaramente: «L'art. 54 (1) rafforza l'obbligo di riconoscimento ed esecuzione a carico degli Stati contraenti stabilendo che la sentenza ICSID è assimilata ad una decisone "finale" (noi diremmo, ad una sentenza passata in giudicato)».

[181] Sul punto cfr.: A. GIARDINA, *Arbitrato fra Stati e privati stranieri*, in.*Dig. disc. pubb.*, IV, vol. I, Torino, 1987, p. 363, il quale sottolinea riferendosi appunto ai lodi ICSID: «In particolare, non è necessaria alcuna procedura di *exequatur* che implichi una forma, anche ridotta, di controllo sulla sentenza» ed ancora riferendosi alle "sentenze" ICSID: «Ne consegue una grande efficacia delle sentenze in esame che, a differenza delle decisioni dell'arbitrato commerciale internazionale, non necessitano di *exequatur*». Nello stesso senso si veda: A. DE LUCA, *Potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e istanze arbitrali istituite sulla base di accordi di promozione e protezione degli investimenti:*

arbitrato *floating*[182], una volta ottenuto il lodo ed eseguita la sopradescritta procedura di riconoscimento nello Stato sul cui territorio si cerca di procedere, ai sensi dell'ultimo comma art. 54 della Conv. l'*enforcement* della pronuncia arbitrale è disciplinato dalla legislazione nazionale in vigore concernente l'esecuzione delle sentenze. In tal guisa, l'arbitrato ICSID è sì un arbitrato a-nazionale, ma tranne che per la fase dell'esecuzione del lodo, fase nella quale il contatto con un ordinamento giuridico nazionale diventa essenziale ed inevitabile.

Orbene, sia che si consideri o meno l'arbitrato ICSID come un arbitrato a-nazionale, rimangono comunque innegabili alcune considerazioni. In primo luogo, va ricordato nuovamente che è assolutamente indifferente il luogo della sede fisica prescelta per la costituzione del tribunale arbitrale in quanto tale scelta non produce alcun effetto sulla procedura ICSID[183]. In secondo luogo, la procedura di riconoscimento del lodo ICSID è praticamente quasi automatica o meglio sono sufficienti solamente pochi adempimenti formali, i quali, sono comunque ben lontani dal poter essere equiparati ad un vero e proprio procedimento di delibazione di una sentenza o lodo straniero, procedimento questo ultimo, che è certamente più complesso e oneroso in termini di costi e tempistiche[184].

---

quali possibili soluzioni?, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009* (a cura di) A. Oddenino, E. Ruozzi, A. Viterbo, F. Costamagna, L. Mola, L. Poli, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 131; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., pp. 32 e 57; M. BORDONI, *Il default dello Stato nel debito privato ed il diritto internazionale*, Napoli, 2008, p. 190.

[182] Tantoché in dottrina il lodo ICSID è stato proprio definito a-nazionale, o meglio *floating*, in questi termini cfr.: A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., p. 32.

[183] Si veda L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 456; M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., p. 176, il quale meglio specifica: «In ogni caso, non essendovi un problema di legge procedurale applicabile o di giudice dell'impugnazione, la scelta di sede diversa non ha un significativo impatto sull'arbitrato se non in termini di semplicità e opportunità logistica».

[184] A riguardo, in dottrina si è evidenziato: «le disposizioni […] contenute nella Convenzione di Washington de 1965 hanno del tutto eliminato il tradizionale procedimento di delibazione che anche il più avanzato strumento internazionale in materia, e cioè la Convenzione di New York del 1958, neppure escludeva», opina in tal guisa A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 70 ss. Ad ogni modo, sulle caratteristiche del procedimento di delibazione delle sentenze straniere, si rinvia a: R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Cedam, Padova, 1940; C. GHIRARDINI, *Giudizio di delibazione: sentenza arbitrale*

In questo panorama risulta sempre più convincente la tesi che vede nel sistema ICSID un arbitrato basato su di un meccanismo autonomo e operante in una sede imparziale (a prescindere da dove sia collocata), ove i lodi ICSID non possono essere considerati né come lodi domestici né come pronunce arbitrali straniere ma bensì come lodi a-nazionali o *floating*[185], ai quali quindi non si può applicare la Convenzione di New York del 1958[186]. Tuttavia, nei casi, più teorici che pratici, in cui si richiede il riconoscimento ed esecuzione di un lodo ICSID in uno Stato che non sia parte della Convenzione di Washington, si potrà, ed esclusivamente in questi ultimi casi, considerare applicabile la Convenzione di New York del 1958[187].

---

straniera: esecutorietà, Athenaeum, Roma, 1913; V. STARACE, *Delibazione di lodo arbitrale straniero e validità del patto compromissorio*, Giuffrè, Milano, 1965; L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Giuffrè, Milano, 1967.

[185] Si veda A. ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 68 e 69; A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., pp. 32 e 94. In senso favorevole argomenta anche C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 53, la quale ribadisce che il lodo ICSID non può essere trattato né come una sentenza straniera comune che gli Stati devono riconoscere in base alle convenzioni internazionali sottoscritte (tipo quella di New York del 1958), né però può essere equiparato ad una sentenza nazionale. In sostanza l'Autrice ribadisce: «il lodo ICSID resta a-nazionale».

[186] Opinano così: C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 212; F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 936, i quali Autori ribadiscono che: «Il lodo ICSID, in altre parole, non è mai un "lodo straniero" (ai sensi, ad es. della Convenzione di New York del 1958 e della Convenzione di Ginevra del 1961), poiché la sua forza obbligatoria deriva dalla stessa Convenzione di Washington del 1965». Nello stesso senso A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., pp. 102 e 103, il quale scrive: «Allorché il lodo ICSID debba essere eseguito in uno Stato parte della Convenzione di Washington, la Convenzione di New York non troverà alcuna applicazione, prima ancora che a motivo della clausola ex art. VII, c. 1°, a cagione della impossibilità – questa volta indubbia – di considerare il lodo come estero rispetto a quello Stato». Sempre su tale questione e in senso favorevole a quanto riportato cfr: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 290; ID., *CIRDI-Il punto di vista dell'investitore*, in *Rass. Arb.*, 1982, p. 47; B. BAREL e S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 427.

[187] Così precisa P. BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington*, cit., p. 3 il quale scrive che: «sarà inapplicabile la Convenzione di New York quanto al riconoscimento e alla esecuzione di una sentenza ICSID, questa non costituendo sentenza «straniera» secondo la qualificazione data a questo termine dalla Convenzione di New York. Questa sarà invece applicabile al riconoscimento ed esecuzione di una sentenza ICSID in uno Stato che non sia contraente della Convenzione di Washington». In senso conforme: A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, cit., pp. 33 e 102.

4. L'arbitrato ICSID come arbitrato di diritto o equità. La questione della legge applicabile.

Sempre per quanto attiene alla natura dell'arbitrato ICSID, non merita di essere richiamata l'ulteriore partizione, tanto cara alla dottrina italiana, tra arbitrato rituale e irrituale in quanto sembrerebbe avere poco rilievo in tale sede[188]. Al contrario, è invece interessante sottolineare che l'arbitrato ICSID concede, nel quadro della Conv., la possibilità per le parti di determinare la normativa applicabile dal Tribunale arbitrale, prevedendo sia la possibilità di instaurare un arbitrato di diritto che di equità.

A tal riguardo, l'art. 42 della Conv., in tema di legge applicabile alla controversia, al primo comma disponendo: «Il Tribunale risolve la controversia conformemente alle norme di diritto convenute dalle Parti. Se quest'ultime non s'accordano, il Tribunale applica il diritto dello Stato contraente che è Parte della controversia – compreso l'ordinamento concernente i conflitti di legge – e i principi di diritto internazionale nella materia», non fa altro che rimettere la scelta della normativa applicabile alle parti. Dunque, solo nel caso in cui queste ultime non s'accordassero, il Tribunale arbitrale è legittimato ad applicare il diritto dello Stato ospitante l'investimento e i principi di diritto internazionale. Pertanto, la Conv. all'art. 42 – pur essendo tale disposizione piuttosto incompleta[189] – pone in essere, prendendo in prestito le parole di autorevole Dottrina, un «contemperamento fra diritto interno dello Stato ospite e diritto internazionale»[190].

Tale incompletezza dell'art. 42, o meglio tale contemperamento, ha però generato molti dubbi in dottrina e giurisprudenza su quale sia effettivamente il ruolo del diritto internazionale[191]. Nel dettaglio, tale corpo di norme per lungo

---

[188] In tal guisa F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 923; L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, F. Vallardi, Milano, 1937; G. BERNINI, *L'arbitrato*, Clueb, Bologna, 1993, p. 85 ss.

[189] In questi termini A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1352.

[190] L'espressione è di A. GIARDINA, *Arbitrato fra Stati e privati stranieri*, cit., p. 363.

[191] Per un maggiore approfondimento, rispetto a quanto verrà trattato nel presente lavoro, sia concesso di rinviare a: A. GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e proc.*, 1983, p. 677 ss.; M. R. MAURO, *Il ruolo del diritto internazionale ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington in assenza di scelta ad opera delle parti del diritto applicabile alla controversia*, in *Riv. arb.*, Vol. 4, 2004; M. B. GOLDMAN, *Le droit applicabile selon la Convention de la BIRD, du 18 mars 1965, pour le reglement des differends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, in *Investissements etrangers et Arbitrage entre Etats et personnes privées*, 1969, p. 33

tempo è stato applicato solamente in via residuale, e cioè in caso di lacune normative del diritto nazionale o in caso di antinomie tra leggi nazionali e diritto internazionale[192], nonché, da altra parte della dottrina, i principi del diritto internazionale sono stati considerati, rispetto al diritto statuale, in funzione limitativa[193]. Ad oggi però, pur essendo pacifica la prevalenza del diritto internazionale su quello locale in caso di conflitto fra gli stessi[194], una recente interpretazione giurisprudenziale vuole attribuire una autonoma funzione al diritto internazionale al pari di quella del diritto nazionale, andando così oltre alla mera funzione suppletiva in caso di antinomie giuridiche[195].

Allo stesso tempo è doveroso rilevare che il terzo comma del medesimo art. 42 della Conv. recita «Le disposizioni dei capoversi precedenti non pregiudicano la facoltà del Tribunale

---

ss.; A. MIGNOLLI, *Questioni varie in tema di investimenti internazionali ed arbitrato dell'ICSID*, in *Riv. arb.*, 2001, Vol. XI, II, p. 325 ss.

[192] Così opina L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., pp. 212 e 213 (nota 80), il quale precisa che il richiamo al diritto internazionale opera sia in caso di lacune della normativa nazionale sia in caso di antinomie tra diritto nazionale e internazionale, come dimostrato da alcune pronunce arbitrali sul merito: ICSID Case No. ARB/81/2, *Kléckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. Republic of Cameroon*, Decision on Annulment, 3 maggio 1985, (2 ICSID Report, 1994, 95 ss.) Nello stesso senso M. B. GOLDMAN, *Le droit applicabile selon la Convention de la BIRD, du 18 mars 1965, pour le reglement des differends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, in *Investissements etrangers et Arbitrage entre Etats et personnes privées*, 1969, p. 151, per il quale i principi del diritto internazionale si aggiungono a quelli del diritto statale per colmare lacune o per aiutare ad interpretarlo o anche in sostituzione dello stesso.

[193] Si rinvia a: A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., pp. 66 e 67.

[194] Si veda E. MINOLI, *Osservazioni sul recente progetto della BIRS per la risoluzione internazionale di controversie*, in *Riv. arb.*, III, p. 119.; A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1354; M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 81 (nota 24); M. B. GOLDMAN, *Le droit applicabile selon la Convention de la BIRD, du 18 mars 1965, pour le reglement des differends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, cit., p. 151; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., pp. 212 e 213 (nota 80).

[195] Si veda P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 287 (nota 13 e 14), il quale specifica che «più recentemente è emersa una diversa interpretazione di questa parte dell'art. 42 (1), volta a dare maggiore rilievo al richiamo del diritto internazionale, in quanto posto sullo stesso piano del diritto nazionale dall'inciso "come pure" (*and* in inglese)». La giurisprudenza a cui si è fatto richiamo è quella del caso del Comitato *ad hoc*: ICSID Case No. ARB/98/4, *Wena Hotels Limited v. Arab Rpublic of egypt,* Decision on annulment, 5 febbraio 2002, *ILM*, 2002, 933.

di statuire *ex aequo et bono* se le Parti sono d'accordo»[196]. Da ciò risulta evidente la possibilità per gli arbitri ICSID di decidere sia attraverso l'utilizzo di norme scritte sia secondo equità, ma tale scelta è rimessa per l'appunto solamente alla volontà delle parti. Tuttavia, raramente nei BITs vigenti viene prevista la possibilità di fare ricorso all'equità quale criterio decisionale[197]. Tale mancanza è probabilmente dovuta, a mio modesto avviso, al fatto che gli Stati (ma in generale anche la parte privata) preferiscano affidarsi, secondo il noto broccardo latino *dura lex sed lex*, alle norme del diritto internazionale e quelle dell'*Host State,* piuttosto che agli imprevedibili allontanamenti da tali schemi normativi[198] o peggio alle mutevoli regole e principi delle relazioni commerciali internazionali che compongono la cd. *lex mercatoria*[199]. Al contrario, risalente dottrina, riteneva che una

[196] La Dottrina è assolutamente pacifica nel riconoscere la possibilità che un arbitrato ICSID sia deciso secondo equità piuttosto che secondo diritto, sul punto cfr. A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 34 ss.; A. GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, cit., p. 677; P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 127 e 128 ed anche 284; F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 936; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 100.

[197] Su tale questione si veda: C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 212 e 217, il quale però sottolinea che raramente i trattati di investimento prevedono la possibilità che la futura controversia possa essere decisa *ex aequo et bono*. Anche M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 329 (nota 27), registra pochi accordi bilaterali che prevedono tale eventualità, nel dettaglio l'Autrice richiama solamente un accordo, quello tra Paesi Bassi e l'Egitto che testualmente dispone: «the foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree».

[198] Si ricorda infatti, come noto, che genericamente quando viene utilizzato il criterio decisionale dell'equità gli arbitri possono anche non fare riferimento a determinate norme prestabilite ai fini della pronuncia del lodo, anche se ciò non significa che «la sentenza secondo equità debba essere resa senza riferimenti a criteri giuridici», in questi termini A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 37. Infatti, condividendo quanto sostenuto in dottrina F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 923, le decisioni secondo equità non necessariamente prevedono, da parte degli arbitri, la disapplicazione delle norme giuridiche ma piuttosto è possibile che gli arbitri si allontanino dalla normativa (applicando eventualmente anche gli usi del commercio internazionale e/o i principi generali comuni alle due legislazioni statali coinvolte), non disapplicandola del tutto, ma applicandola in funzione del caso concreto. Ancora sui limiti del giudizio secondo equità per tutti cfr. M. DE ZANETTI, *Il lodo*, in *Arbitrato*, (a cura di) L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa, IPSOA, Milanofiori Assago, 2011, p. 188.

[199] Infatti, come evidenzia A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, cit., p. 40, parte della dottrina e giurisprudenza commerciale, reputa la *lex mercatoria* (come sopradescritta) un elemento dal quale «l'arbitro internazionale non può

decisione *ex aequo et bono* potesse «far superare le difficoltà in cui possono imbattersi le parti quando, in fase di trattative per la stipulazione dell'accordo di investimento, debbano scegliere il diritto applicabile»[200], in aggiunta la scelta dell'equità sarebbe anche – sempre secondo la medesima dottrina – vantaggiosa per il tribunale arbitrale stesso, il quale, non si troverebbe obbligato a far fronte all'annosa questione, poc'anzi esaminata, relativa all'applicazione del diritto locale in rapporto ai principi di diritto internazionale.

In estrema sintesi, e per i motivi trattati, l'arbitrato ICSID è definibile come un arbitrato internazionale, non commerciale ma sugli investimenti, amministrato e non *ad hoc*, a-nazionale, il quale può essere tanto un arbitrato di diritto tanto di equità.

5. Alcuni dati in tema di arbitrato ICSID.

Dopo tale breve *excursus*, è necessario fornire alcuni dati dai quali è possibile evincere l'importante ruolo che tale arbitrato riveste nel mercato degli investimenti internazionali. In particolare, ad oggi, come già anticipato, si contano ben 676 *case* sottoposti al Centro, di cui 655 decisi in via arbitrale e 11 decisi in via conciliativa[201].

Detto ciò, considerato che la Conv. in esame è stata firmata da ben 162 Stati e che di questi l'hanno ratificata ben 153 Paesi, tra cui anche l'Italia[202], si può osservare che il sistema ICSID rappresenti «il più vasto sistema per la soluzione delle controversie attinenti agli investimenti internazionali»[203].

---

prescindere almeno per quanto concerne il giudizio reso secondo *bono et aequo*».

[200] In questi termini M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 82.

[201] Consultati in data 02 ottobre 2018, all'indirizzo web: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx

[202] Ad ogni modo, più volte la dottrina non ha mancato di sottolineare la larghissima adesione alla Conv., in questo senso cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 273. Per una lista completa degli Stati firmatari ed aderenti alla Conv. si rimanda alla consultazione del *ICSID Annual Report,* anno 2018, consultabile in https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Annual-Report.aspx Ed anche in aggiunta: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf

[203] Cfr. A. GIARDINA, *Arbitrato fra Stati e privati stranieri*, cit., p. 362.

Allo stesso tempo però, si rileva che questo ultimo sistema di tutela non è utilizzato dall'unanimità dei Paesi e che in alcuni casi è stato anche al centro di tensioni internazionali. A tal riguardo infatti, non può sfuggire che alcuni Stati sono ancora restii ad entrare nel sistema ICSID, ad esempio in Europa non è membro ICSID la Polonia, mentre nell'America Centrale il Messico ha solamente (nel 2018) firmato la Conv. ma non l'ha ancora ratificata, e lo stesso dicasi per la Federazione Russa la quale ha firmato la Conv. nel lontano 1992 ma non la ha mai ratificata. Inoltre, sono ancora più icastici dei predetti limiti del sistema ICSID, i casi del Brasile, India, Libia e Iran i quali sono del tutto estranei al sistema in esame in quanto non hanno né firmato né tantomeno ratificato la Conv.[204]. In aggiunta, è doveroso ricordare che alcuni "nervosismi internazionali" hanno coinvolto anche il sistema ICSID, portando la Bolivia, l'Ecuador e il Venezuela, rispettivamente il 2 maggio 2007, il 6 luglio 2009 e il 24 gennaio 2012, ad avvalersi della facoltà prevista dall'art. 71 della Conv., e cioè quella di esercitare il loro diritto di recesso[205].

Preso atto anche delle debolezze del sistema ICSID, va evidenziato che, come già anticipato, tra i vari Stati aderenti c'è anche quello Italiano. Nello specifico, ad oggi[206] si registrano diversi casi che coinvolgono direttamente lo Stato italiano o un investitore italiano, nel dettaglio i procedimenti con *claimant* di

[204] Anche in dottrina si è messa in risalto questa mancata adesione al sistema ICSID da parte di alcuni Paesi molto rilevanti per il mercato degli investimenti esteri, sulla questione cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 93 e 94. Si veda anche *ICSID Annual Report,* anno 2018, consultabile in https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Annual-Report.aspx

[205] Ma su tale "crisi" del sistema ICSID, sempre se crisi si può definire dato il modesto numero di recessi, non sarà possibile soffermarsi, pertanto si rimanda a cfr. E. ZAMUNER, *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 180; M. DURNEY, *Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: a Perspective from Latin American Cases*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2013, p. 223 ss.; A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, cit., p. 133; G. ZARRA, *The new investor-state dispute settlement mechanisms proposed by EU and Geneva centre for international dispute settlement. A step forward or a hasty reform?*, in *Studi sull'integrazione europea*, II, 2018, p. 389 ss.; D. GALLO, *Portata, estensione e limiti del nuovo sistema di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti nei recenti accordi sul libero scambio dell'unione europea*, in *Dir. Comm. Int.*, IV, 2016, p. 827; R. SABIA e C. TRECROCI, in *Ascesa e declino dell'«investor-state arbitration », fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e free trade agreements multilaterali,* in *Riv. arb.*, I, 2016.

[206] Il sito ufficiale ICSID da cui sono stati reperiti i dati riportati è stato consultato in data 22 marzo 2018 https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx

nazionalità italiana sono 35 mentre i casi in cui lo Stato italiano è stato citato come convenuto ammontano a 7[207].

Invero, prendendo le mosse dai predetti dati relativi al contezioso ICSID, si potrebbe essere facilmente indotti ad obbiettare che i numeri emersi – almeno in termini assoluti – siano esigui, e quindi, al contrario di quanto si è sostenuto, si potrebbe valutare negativamente l'operato di tale sistema arbitrale. In realtà una tale considerazione non sembrerebbe essere condivisibile, per una ragione di buon senso giuridico. A stretto rigore infatti un ridotto (almeno in termini assoluti) numero di conteziosi in essere e/o già conclusi, prova al contrario una rilevante funzione di *deterrence* che il sistema ICSID sembra svolgere, in quanto come insegnato da autorevole dottrina, «l'esistenza di un efficace mezzo di risoluzione di una controversia costituisce spesso il miglior deterrente contro l'insorgere della stessa»[208].

Alla luce di tale sintesi, ancorché breve e schematica, si evince che l'arbitrato ICSID rappresenta uno dei maggiori, se non il principale, strumento di tutela per l'investitore straniero in caso controversie riguardanti gli investimenti internazionali[209]. Tantoché, come già anticipato, ad ulteriore dimostrazione di quanto detto, si rileva che innumerevoli BITs offrono all'investitore la possibilità, in caso di controversie, di

[207] Dunque, ben 42 *case* su 650 (e cioè il 6,46% dei casi totali) coinvolgono lo Stato italiano o comunque un investitore italiano, perciò, a mio avviso, tale istituto ha acquisitato rilievo anche per il nostrano diritto dell'economia.

[208] In questi termini F. SANTOSUOSSO, *L'espropriazione di beni e diritti patrimoniali di cittadini stranieri e la determinazione secondo la giurisprudenza dell'I.C.S.I.D.*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 1996, p. 202.

[209] Sulla rilevanza dell'arbitrato ICSID cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 276, il quale sostiene che: «Con la Convenzione di Washington, in particolare, è stato ridato valore al meccanismo arbitrale quale garanzia di un ordinato sviluppo del processo originato dall'investimento privato straniero, superandosi il diffuso senso di avversione che vari paesi in via di sviluppo avevano maturato nei confronti dell'arbitrato internazionale […]». Nello stesso senso L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 114, la quale ribadisce che «l'ICSID rappresenta l'istituzione arbitrale più importante in virtù delle sue principali caratteristiche».

ricorrere al ICSID[210], così come anche diversi MITs[211], tra cui ad esempio l'*Energy Charter Treaty* (d'ora in vanti ECT) e il *North American Free Trade Agreement* (d'ora in avanti NAFTA)[212].

Allo stesso tempo, come noto, il sistema offerto dal Centro ICSID non è l'unico sistema di risoluzione delle controversie in tema di investimenti esteri, infatti oltre agli già richiamati strumenti di tutela della protezione diplomatica e del ricorso al sistema giudiziario interno dell'*Host State*, diversi BITs, anche se in numero esiguo[213], fanno riferimento all'applicazione dei regolamenti arbitrali dell'UNCITRAL, della Camera di commercio Internazionale di Parigi, della Camera di Commercio di Stoccolma o la Commissione Interamericana di arbitrato commerciale[214].

---

[210] Nel dettaglio, l'arbitrato ICSID risulta essere ad oggi il principale strumento di risoluzione delle controversie sugli investimenti in innumerevoli trattati bilaterali, opina così M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 332. Nello stesso senso F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 819; L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 115. Più in particolare S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 180 (nota 52), la quale Autrice evidenzia che «il rinvio al sistema ICSID è contenuto in almeno venti leggi nazionali e 900 trattati bilaterali sugli investimenti».

[211] Nello specifico, infatti, ben quattro accordi multilaterali di commercio e investimento prevedono la possibilità di ricorre all'arbitrato del sistema ICSID, nel merito: *Cartagena Free Trade Agreement*, *Colonia Investment Protocol of Mercosur*, NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) e il ECT (*Energy Charter Treaty*); sulla diffusione e successo dell'arbitrato ICSID cfr. P. GHAFFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 12, 2011, p. 604.

[212] Per quanto concerne il NAFTA questo è entrato in vigore il 1 gennaio 1994, fra Stati Uniti, Canada e Messico, ed il testo è consultabile al sito:https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement Mentre per quanto riguarda il ECT questo è entrato in vigore dal 16 aprile 1998 (precisando che l'Italia non è più parte del Trattato dal 2016, per via del recesso operato con la Legge di stabilità 2015), e il testo del trattato è consultabile sul sito: http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf

[213] Cfr. M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., pp. 333 e 334, infatti scrive: «La clausola ICSID è assente solo in un numero limitatissimo di accordi, normalmente nei casi in cui uno o entrambi gli Stati contraenti non sono parti della Convenzione […]», ed ancora: «In numero minore di accordi si prevede il ricorso all'arbitrato della Camera di Commercio Internazionale e ancora meno frequentemente presso altri organismi come la Camera di Commercio di Stoccolma o la Commissione Interamericana di Arbitrato commerciale».

[214] Anche L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 219, ribadisce che sono davvero pochi i BITs che richiamano tali altri metodi alternativi al ICSID per la risoluzione delle controversie in materia di

Capitolo 3: Il concetto di investimento estero nel sistema ICSID.

SOMMARIO: 1. Il concetto di investimento estero nel diritto internazionale dell'economia. – 2. L'investimento estero nella teoria economica. Investimenti diretti ed indiretti. – 3. L'investimento estero diretto e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante. – 3.1. L'investimento estero diretto e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante, in particolare dei Paesi in via di sviluppo. – 3.2 Gli interessi dell'investitore e dell'*Host State* e il cd. "clima degli investimenti".

1. Il concetto di investimento estero nel diritto internazionale dell'economia.

Dopo aver trattato sommariamente la disciplina dell'arbitrato in esame e aver svolto alcune brevi considerazioni di carattere generale che rendono più piana la cornice storico-politica di tale Convenzione, nonché le ragioni di carattere economico e giuridico che hanno motivato la comunità internazionale a dotarsi di tale sistema arbitrale, è ora possibile delineare i primi tratti della materia di approfondimento del presente lavoro, e cioè quella degli investimenti esteri.

Prima di procedere nella verifica di quali operazioni secondo la Conv., o meglio secondo la giurisprudenza arbitrale e la dottrina – in quanto, come più volte ribadito, il testo della Conv. non prevede alcuna definizione a riguardo[215] – debbano

investimenti esteri. In particolare, colpisce il fatto che l'Autore registra l'esistenza di un solo BIT che rimanda alla Commissione Interamericana di arbitrato commerciale, nel dettaglio il BIT tra U.S.A. e Panama del 1982.

[215] Come sottolineato dalla totalità della dottrina specialistica, *ex multis*: S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 567; L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 31 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 457; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., pp. 19 e 21; P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 278; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 280. A riguardo, la mancata definizione del concetto di "investimento" all'interno della Conv., secondo la dottrina maggioritaria, è dovuta all'esigenza di non delimitare eccessivamente l'ambito della Conv. stessa e dunque l'estensione della giurisdizione del Centro ICSID, in questo senso, *ex pluribus* A. BROCHES, *The Convention on the settlement of investment disputes: some observation on jurisdiction*, cit., p. 268; C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., p. 114.; M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 72; A. BEGHE'

ritenersi investimenti esteri soggetti alla giurisdizione ICSID, si ritiene necessario approfondire, in modo sintetico, ciò che comunemente viene inteso come investimento nel diritto internazionale dell'economia[216], e nel dettaglio nel diritto internazionale degli investimenti, pur essendo, secondo certa dottrina, «impossibile individuare una nozione unitaria di investimento estero»[217].

A tal riguardo infatti, ad avviso di chi scrive, prendere le mosse dalle acquisizioni del diritto internazionale dell'economia e degli investimenti sembrerebbe essere il corretto *modus operandi* con cui condurre l'attività di ricerca del presente lavoro, e questo perché il significato giuridico del termine investimento è stato, e tuttora è, strettamente connesso allo «sviluppo complesso e contrastato delle relazioni internazionali nell'ambito del diritto internazionale dell'economia», appunto per questo la nozione di investimento è da sempre naturalmente «collegata all'evoluzione del diritto internazionale»[218].

In tal guisa, è utile rammemorare che per diritto internazionale degli investimenti, quale branca del diritto

---

LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1348. Anche dottrina più recente ha ampiamente ribadito tale concetto, a riguardo si rinvia a: M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 34; M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., pp. 180 e 181 (nota 52).

[216] Per diritto internazionale dell'economia, pur essendo «una disciplina dai contorni ancora abbastanza incerti», si intende la disciplina che ha per oggetto di studio l'economia internazionale, e cioè l'insieme dei rapporti giuridici relativi ai flussi internazionali di beni, servizi, capitali e forza lavoro. Ovviamente, sono anche ben note a chi scrive, le due impostazioni contrapposte inerenti all'autonomia o meno del diritto internazionale dell'economia dal diritto internazionale pubblico. Invero però, per motivi di brevità non si potrà approfondire, come meriterebbe, codesta delicata questione in tal sede, pertanto sia concesso il rinvio a P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 32 ss.; C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 11 (nota 1). Che poi tale questione dell'autonomia si rappresenta anche «nel diritto interno quando si tratta di giustificare la validità scientifica di uno studio del diritto dell'economia», opina così G. SACERDOTI, *Lineamenti del diritto internazionale dell'economia*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 110.

[217] Cosi opina E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 179, nello stesso anche M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 34, la quale parla di un «assenza di un concetto unico di "investimento" nel diritto internazionale come nel diritto interno».

[218] Letteralmente, E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 58.

internazionale dell'economia (e pur essendo consci di quella parte della dottrina che al contrario non contempla tale categorizzazione[219]) si intende «l'insieme dei principi e delle regole che disciplinano sia la costituzione e la liquidazione sia il trattamento e la protezione degli investimenti effettuati dagli investitori di uno Stato sul territorio di un altro Stato»[220], nonché, come precisato da diversa dottrina, come «l'insieme di regole volte a sottrarre la materia degli investimenti esteri alla sfera puramente interna dello Stato ospite per "posizionarla" a livello internazionale, cercando di bilanciare l'interesse internazionale alla protezione degli investimenti esteri e l'interesse dello Stato ospite a preservare la propria economia e la propria identità»[221]. Su tale tema preme precisare che, il settore del diritto in esame nasce e si sviluppa nel periodo della decolonizzazione, e cioè quello relativo alle rivendicazioni del NOEI[222], ed infatti è solamente a partire dagli anni 60', e non prima, «che il termine "investimento" fa la sua comparsa nel diritto internazionale»[223].

Tuttavia, pur essendo chiaro cosa comprenda il diritto degli investimenti, è doveroso evidenziare che, al contrario, dubbi si sono sempre nutriti, come anticipato, in merito all'oggetto di studio della suddetta disciplina e cioè gli "investimenti" dato il loro «carattere per così dire atipico»[224]. In

---

[219] Infatti «la stessa categorizzazione "diritto internazionale degli investimenti" non è accolta da tutti gli autori, pur se risulta comunque prevalente», così fa notare S. DI BENEDETTO, *Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto Gatt/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri*, in *Dir. comm. int.*, II, 2013, p. 419 ss. Su tale questione sia concesso il rinvio a M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge university press, Cambridge, 2010.

[220] In questi termini L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 87 ss.

[221] Opina così G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, cit., p. 756, il quale Autore specifica che il diritto internazionale degli investimenti quindi, non può essere considerato semplicemente come l'insieme delle regole internazionali che proteggono gli investimenti e gli investitori esteri nello Stato ospite. Nello stesso senso M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, cit., p. 18 ss.

[222] La questione della decolonizzazione, delle rivendicazioni dei PVS e del NOEI, sono state già precedentemente analizzate, si veda il cap. 1 § 3.

[223] Come ricorda L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 88 (nota 3) richiamando P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, in *R.C.A.D.I.*, Vol. 250, 1994, p. 21 ss. Nello stesso senso cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 58.

[224] Sottolineava il carattere atipico degli investimenti A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1348. Similmente G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti*

particolare, tale concetto, secondo certa parte della dottrina, si è fatto rientrare nell'alveo dei diritti patrimoniali degli stranieri, e segnatamente in quelli di *property rights and interests*, pertanto «The terms investments and property are treated as synonyms and cover all types of interests and rights in property»[225]. Quindi, secondo tale impostazione «la figura degli investimenti esteri non assume rilevanza autonoma rispetto alla più ampia categoria di beni stranieri, nei quali risultano ricompresi»[226], e dunque l'investimento all'estero ben può «esprimersi in un'ampia varietà di forme e sostanziare una molteplice gamma di rapporti, avendo riguardo al settore economico interessato (finanziario, industriale, commerciale), alla natura giuridica del soggetto percipiente (Stato, ente pubblico – autonomo o in rapporto di dipendenza dallo Stato – persona giuridica privata, persona fisica), allo strumento (normativo o negoziale) che disciplina la transazione, al carattere episodico o continuativo del flusso di capitali»[227].

Diversamente, altra parte della dottrina, adottando un criterio d'analisi "evolutivo" della nozione di investimento, ritiene esistente un concetto di investimento "classico" e uno "moderno"[228]. Per quanto attiene al primo, questo corrisponderebbe all'apporto di capitali che si realizza mediante operazioni riferibili a dei contratti di concessione, *joint ventures*, convenzioni di stabilimento, associazioni in partecipazione e/o prestiti ad autorità pubbliche, i cosiddetti «strumenti contrattuali

---

esteri, cit., p. 19, il quale osservava che «il termine investimento abbraccia qualsiasi forma di utilizzazione del capitale».

[225] In questi termini G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and international law*, Stevens & sons, London, 1969, p. 17. Su tale questione, si veda il contributo di S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 568, il quale ricordava che: «La dottrina internazionalista, peraltro, conferma che la nozione di "beni, diritti e interessi" stranieri è ampia al punto, nel diritto internazionale consuetudinario, da ricomprendere tutte le forme, tradizionali e nuove, in cui gli investimenti esteri vengono correntemente realizzati». Ma si consideri anche il contributo di G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 22 ss., secondo cui «il termine investimento sfugge ad una esatta definizione giuridica e ad esso va preferito quello di diritti (reali, contrattuali, obbligatori, patrimoniali) degli stranieri».

[226] Opina così G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 90.

[227] Con queste parole G. PANICO, *Responsabilità internazionale degli Stati per violazioni di obbligazioni assunte verso soggetti privati stranieri in contratti di investimento "denazionalizzati"*, in *Etude dans l'honneur de Roberto Ago*, III, Milano, 1987, p. 249 ss.

[228] Tra i primi sostenitori di tale tesi si veda G. DELAUME, *Le Centre international pour le reglement des differends relatifs aux investissements (CIRDI)*, cit., pp. 800 e 801.

particolarmente raffinati»[229]. Per quanto concerne la qualificazione della nozione di investimento "moderna", questa si verrebbe ad individuare ogni qualvolta l'investimento sia in grado di apportare un contributo allo sviluppo economico dell'*Host State*, prevalendo così il valore economico dell'operazione rispetto alla sua formulazione giuridica esterna, la quale sarebbe appunto "malleabile"[230]. Orbene, raccogliendo il monito lanciato da attenta dottrina, con «tale più ampia definizione [si] vuole infatti ricomprendere non solo le forme tradizionali degli investimenti esteri, ma anche le forme cosiddette nuove»[231], forme nuove come ad esempio gli apporti di informazioni (know-how, conoscenze tecniche, licenze di brevetto) nelle quali non si ha solo destinazione di apporti in capitale, ma anche un contributo allo sviluppo economico del paese interessato.

Ed ancora differentemente, altra dottrina, considerando l'investimento secondo un'accezione dinamica, ha distinto lo stesso dalla nozione di bene ed ha ricompreso nell'investimento più attività economiche, preferendo così una nozione variabile in base all'oggetto e allo scopo dello strumento convenzionale che lo disciplina[232]. Quindi, secondo tale dottrina, il significato giuridico del termine investimento, essendo legato *ab origine* alle attività economiche che ricomprende, andrebbe a mutare di «volta in volta a seconda degli scopi specifici degli strumenti normativi che vi fanno riferimento»[233].

In questo scenario così fluido, considerate le molteplici acquisizioni espresse dalle varie correnti dottrinali e dagli studiosi del diritto internazionale dell'economia (ed in particolare del diritto internazionale degli investimenti), a prescindere dalla tesi a cui si aderisce, non può non condividersi che la disciplina degli investimenti esteri derivi da un «complesso articolato di fonti normative (diritto internazionale

[229] Espressione di P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 246.

[230] Sul punto si cfr. M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 33.

[231] Sintetizzano così S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 567 e anche C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 13.

[232] Opina in questo senso D. CARREAU e P. JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1998. Si veda anche L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 94 (nota 18).

[233] In questi termini M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., pp. 32 e 33.

generale, accordi bilaterali e multilaterali, contratti tra Stati e stranieri e così via)»[234].

Conseguentemente, ai fini dell'obbiettivo di ricerca del presente lavoro, e cioè quello di delineare un concetto di investimento nel sistema ICSID, si analizzerà in *primis* il concetto di investimento secondo la teoria economica (dando rilievo alla capacità o meno, di questo ultimo di incrementare lo sviluppo economico del paese ospitante), in seconda battuta ci si concentrerà sul contenuto di alcuni BITs e MITs[235], nonché su quello delle leggi nazionali di investimento.

2. L'investimento estero nella teoria economica. Investimenti esteri diretti e indiretti.

Esaurita tale breve premessa di carattere sistematico e relativa anche al *modus operandi* prescelto al fine dello svolgimento della presente indagine, si può ora tentare di mettere a fuoco il concetto di investimento secondo la teoria economica.

Nel porre in essere l'analisi del presente lavoro, relativamente al significato giuridico del concetto di investimento, si è deciso comunque di considerare le acquisizioni della teoria economica in quanto «la nozione di "investimento" è economica prima che giuridica», anche se,

[234] Così scrivono gli AA.: P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 21. In senso analogo cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 29, il quale scrive: «L'investimento straniero […] rimane soggetto alla molteplice e contestuale incidenza di più livelli di regolamentazione giuridica è, per così dire, "incastrato" tra diritto internazionale, legislazione interna e disciplina dettata da autonomi contratti».

[235] Come noto infatti, le primissime norme dei BITs e dei MITs sono dedicate alle definizioni terminologiche, tra le quali vi è appunto anche quella di investimento, al punto che parte della dottrina ha evidenziato l'importanza dei BIT ai fini interpretativi proprio del termine investimento, si veda E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 182 e 183; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 32; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 191. *Contra* G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 94 e 95, il quale l'Autore ritiene, al contrario, che i BITs relativamente alla definizione di investimento «non portano un decisivo contributo alla soluzione del problema» in quanto spesso non contengono proprio la definizione in esame, oppure perché utilizzano un'elencazione vasta e non tassativa.

come noto, per «gli economisti è investimento tutto quanto non viene destinato dall'impresa ad attività di consumo»[236].

Prendendo le mosse da questa prima vaga definizione economica di investimento, è evidente che «dal punto di vista economico, il concetto di investimento non è rigidamente definito»[237], tantoché tale indeterminatezza nozionistica si è poi ripresentata altresì nel settore giuridico, anche se a tale definizione si sono poi aggiunte ulteriori classificazioni che lentamente hanno, almeno in parte, ristretto l'ambito di tale concetto.

A tal riguardo infatti, altra dottrina ha sottolineato che si è soliti definire, in "economia", l'investimento anche come «l'attività economica, finalizzata al conseguimento di un profitto; la sua identificazione presuppone, in genere, la coesistenza di tre elementi:

1) un apporto che può assumere forme diverse dal contributo in moneta (ad esempio, un trasferimento di beni);

2) una durata medio-lunga;

3) una remunerazione in funzione dei rischi d'impresa»[238].

Non sfugge però, che anche tale definizione risulta essere piuttosto imprecisa, sicché la stessa potrebbe essere impiegata solamente come primo, seppur metaforico, riquadro in cui delimitare la presente attività di studio. A stretto rigore infatti, la predetta definizione permetterebbe la sola esclusione – dall'alveo degli investimenti – di quelle operazioni esclusivamente monetarie quali ad esempio un acquisto di valuta estera, oppure di quelle speculazioni finanziarie la cui durata è limitata alle poche ore.

In quest'ottica, merita di essere riportata un'altra nota classificazione della letteratura "economica", per la quale si distingue e si trattano diversamente gli investimenti esteri diretti da quelli esteri indiretti, meglio noti come *portfolio investments*.

Afferiscono ai primi tutti «gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati da persone fisiche, imprese commerciali, industriali o finanziarie aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti fra il finanziatore e l'imprenditore o

---

[236] Letteralmente F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 653.

[237] Opina così M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 32. Sul punto si veda anche G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 91.

[238] In questi termini L. ZACCARIA, *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale d'appalto quale investimento*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 398 (nota 16). Sul concetto di investimento si veda anche S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 157 ss.

l'impresa a cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica»[239]. Più dettagliatamente, sono investimenti esteri diretti tutte quelle operazioni che consentono ad un'impresa «di realizzare l'espansione della propria attività attraverso la costituzione, l'acquisizione del controllo di una partecipazione rilevante in società straniere in modo tale da realizzare l'obiettivo della presenza permanente sul mercato estero ed il controllo di una data combinazione di fattori produttivi»[240].

Al contrario, per quanto attiene agli investimenti esteri di portafoglio, questi consistono unicamente in «operazioni finanziarie che hanno ad oggetto l'acquisto di azioni, obbligazioni o altri titoli e si caratterizzano per l'assenza della volontà dell'investitore di partecipare alla gestione dell'impresa»[241].

---

[239] Si cfr. la Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti al tema degli investimenti intracomunitari V. GUCE C 220 del 19 luglio 1997, 15, § 9. Si veda anche: R. MAGLIANO, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Dir. comm. int.*, III, 2018, p. 699 (nota 1).

[240] In questi termini F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 652. Si veda anche la definizione adottata dal Fondo Monetario Internazionale (d'ora in avanti FMI) nel *Balance of payments manual*, 5° ed., p. 86, consultabile sul sito http://www.imf.org/external/np/sta/di/index.htm per la quale «Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated». Precisando che, come evidenziato in dottrina V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, cit., p. 20 (nota 41), tale enucleazione è stata condivisa anche dall'OCSE, la quale ha proposto una definizione di investimento non dissimile: «Direct investment is a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The motivation of the direct investor is a strategic long-term relationship with the direct investment enterprise to ensure a significant degree of influence by the direct investor in the management of the direct investment enterprise», come definito in *Draft OECD Benchmark Definition of foreign investment*, 4° ed., 2008, p. 10, consultabile nel sito http://www.oecd.org/dataoecd/26/50/ 40193734.pdf).

[241] Letteralmente S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 567 (nota 1). In tema di definizioni, caratteri generali degli investimenti diretti e in portafoglio si veda anche M. LAMANDINI, F. PELLEGRINI, *Investimenti diretti e investimenti di portafoglio tra diritto di*

Pertanto, ciò che permette di distinguere gli investimenti esteri diretti da quelli di portafoglio, è l'interesse durevole dell'investitore estero a partecipare effettivamente alla gestione e al controllo di un'impresa nel territorio dello Stato ospite, interesse che difetta negli investimenti indiretti[242]. Quindi, a supporto delle considerazioni sopra svolte, è interessante richiamare quanto disposto dall'art. 3 del D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, che per investimenti diretti intende tutti «gli investimenti effettuati per stabilire o mantenere relazioni durevoli con un'impresa e tali da consentire l'esercizio di un'influenza reale sulla sua gestione, ivi compresi quelli in società capogruppo che controllano direttamente società operative estere ed eccettuati gli investimenti diretti in altri enti o società finanziari»[243].

3. L'investimento estero diretto e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante.

Chiarite le differenze tra investimento estero diretto e indiretto, ai fini della presente ricerca sembra opportuno, in ragione dei rievocati approdi dottrinali per i quali «il criterio di qualificazione dell'investimento verrebbe individuato nel contributo che esso apporta allo sviluppo economico del paese

stabilimento e libera circolazione dei capitali, in *Diritto societario europeo e internazionale*, Utet, Milano, 2017, p. 89 ss.; P. PICONE, *Movimenti di capitali e investimenti esteri*, cit., p. 800 ss.; D. CARREAU, T. FLORY, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, 1990, pp. 558 e 591; J. VOSS, *The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependencies, Intricacies*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, pp. 686 e 687. R.E. LIPSEY, *Foreign Direct investment and the operations of multinational firms: concepts, history and data*, in *NBER Working Paper series*, 2001, p. 17; K. PAJUNEN, *Institutions and inflows of foreign direct investment: a fuzzy-set analysis*, in *Journal of International Business Studies*, 2008, 39, p. 652.

[242] Come pacificamente riconosciuto in dottrina, a riguardo si rinvia a S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 567; G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 92 (nota 34); C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 13; L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 93 (nota 17); D. GALLO, *Corte di Giustizia UE, golden shares e investimenti sovrani*, in *Dir. comm. int.*, IV, 2013, p. 924 ss.; V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, cit., p. 21. In giurisprudenza si cfr. Corte di Giustizia Internazionale, *Case concerning the Factory of Chorzow*, 13 settembre 1928, in *www.icj-cij.org*.

[243] Art. 3 del D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, Approvazione del Testo unico delle norme di legge in materia valutaria, (G.U. 10 maggio 1988, n. 108 - S.O.). Ma si veda anche l'art. 15 della L. 24 maggio 1977, n. 277, relativa all'assicurazione nazionale sugli investimenti all'estero.

interessato»[244], soffermarsi proprio sulla capacità dell'investimento estero diretto di contribuire allo sviluppo economico del Paese ospitante.

Ponendo il fuoco su tale questione, preme rilevare che l'investimento estero diretto è stato da sempre considerato, rispetto all'investimento indiretto, un rilevante fattore di crescita per i PVS, poiché lo stesso favorisce uno sviluppo economico non patologicamente ancorato agli esosi prestiti esteri. Perciò, una delle funzioni principali dell'investimento estero diretto è stata da sempre quella di far compartecipare l'investitore al rischio dell'operazione[245] (ad esempio mediante la costituzione di una società locale che poi sarà titolare della concessione con cui realizzare l'investimento), il tutto senza generare un rilevante debito per gli stessi PVS[246], evitando così di incrementare ulteriormente la schiera dei c.d. paesi del "quarto mondo"[247].

---

[244] In questi termini M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 33, richiamando la tesi sostenuta da G. DELAUME, *Le Centre international pour le reglement des differends relatifs aux investissements (CIRDI)*, cit., pp. 800 e 801.

[245] «L'investimento diretto è l'investimento in cui la remunerazione dell'investitore è legata per una parte sostanziale ai risultati dello sfruttamento dell'impresa» così L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 93 (nota 17).

[246] Sulla questione si veda risalente dottrina, G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., pp. 35 e 36, il quale aveva, già nel 1987, evidenziato proprio nel dettaglio tale potenzialità dell'investimento estero diretto. Nello specifico, l'Autore sottolineava: «Nel contesto economico attuale riprende importanza l'investimento diretto come canale di risorse (non solo finanziarie) rispetto ai prestiti esteri, il cui eccesso ha portato all'incapacità di molti paesi in via di sviluppo a far fronte al debito estero accumulato […].

[247] Sull'indebitamento dei PVS quale fattore determinate del sottosviluppo dei paesi del "quarto mondo", sia concesso rinviare a M. FRIGO, *Problemi dello sviluppo*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 923 ss. Ma la questione del debito dei PVS, è sempre stata un tema di grande interesse sia per gli studiosi del diritto internazionale dell'economia, sia per quelli del diritto internazionale degli investimenti, e questo perché il flusso degli investimenti esteri è strettamente collegato all'andamento finanziario dell'*Host State*. Sulla rilevanza del problema cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 39 ss., la quale osserva che il «problema del debito estero dei Paesi in via di sviluppo, nei confronti creditori statali e di istituzioni finanziarie private, si è andato accentuando a partire dagli anni '70, esplodendo in tutta la sua drammatica urgenza negli anni '80, con la crisi messicana del 1982 cui seguirono le crisi di altri Paesi dell'America latina», e che tale problema «coinvolge direttamente o indirettamente più di 100 Stati per una quota complessiva di debito pari a quasi 3.000 miliardi di dollari». Si ricorda che anche l'Italia si è dotata di una normativa *ad hoc* in materia di debito estero, si veda la legge del 25 luglio 2000, n. 209 recante "Misure per la

In realtà, anche se non sarà possibile trattare la questione del debito "sovrabbondante" dei PVS con la dovizia ricostruttiva che esso richiederebbe, è comunque doveroso non obliare che proprio la «crescita del debito estero resta una delle principali cause del mancato sviluppo di tali Stati [i PVS] che impegnano gran parte delle risorse finanziarie proprio per il pagamento del debito estero»[248]. In questo panorama l'investimento estero diretto, non incrementando il debito estero dell'*Host State*, si inscrive quale mezzo con cui combattere il problema del mancato sviluppo economico dei PVS dovuto al non sostenibile indebitamento estero. Precisando, ancora, che il problema dell'elevato indebitamento estero, non rappresenta solamente una causa di sottosviluppo dei PVS, ma concorre ad aggravare anche il già pericoloso e annoso problema del saldo di questi debiti[249].

Non può sfuggire infatti che, tale questione (del saldo del debito estero) tocchi i gangli vitali non solo dei PVS, ma anche dei Paesi esportatori di capitali, tantoché il problema del debito estero, «coinvolge l'intera comunità internazionale e produce conseguenze dirette anche sull'economia degli Stati industrializzati»[250], senza poi considerare il fatto che alle volte gli stessi Paesi esportatori hanno riscontrato problemi diretti nell'assolvere i propri debiti esteri[251].

Sulla scorta di quanto rilevato, se un PVS – al fine di realizzare un'infrastruttura (un ponte, un autostrada, un porto,

---

riduzione del debito estero dei Paesi a più basso reddito e maggiormente indebitati".

[248] In questi termini C. MANDRINO, *La ristrutturazione del debito dei Paesi in via di sviluppo*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 305 ss. Sulla teoria della correlazione "elevato debito estero-ridotta crescita economica" si cfr. anche P. KRUGMAN, *Financing versus forgiving a debt overbang*, in *Journal of development Economics*, 1988.

[249] Sul tema dell'insolvenza degli Stati, la Dottrina è estesa, *inter alia* A. TANZI, *Sull'insolvenza degli stati nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, I, 2012, p. 66; A. DE LUCA, *Azione collettiva in arbitrato ICSID in caso di controversie sul debito obbligazionario*, in *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici*, (a cura di) G. Adinolfi e M. Vellano, Giappichelli, Torino, 2013, p. 199 ss.; M. VALENTI, *La competenza ICSID nelle controversie relative al debito obbligazionario*, in *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici*, (a cura di) G. Adinolfi e M. Vellano, Giappichelli, Torino, 2013 p. 181 ss.; M. BORDONI, *Default nel debito pubblico ed immunità dello stato estero dalla giurisdizione civile*, in *Riv. dir. int.*, IV, 2006, p. 1031.

[250] Letteralmente C. MANDRINO, *La ristrutturazione del debito dei Paesi in via di sviluppo*, cit., p. 306 ss., a cui sia permesso rinviare sul tema dell'indebitamento estero.

[251] Su tale tema sia concesso il rinvio a G. ADINOLFI e M. VELLANO, *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici,* Giappichelli, Torino, 2013.

ecc.) – decidesse, mediante un contratto di concessione di costruzione e gestione, di appaltare l'opera e, quale corrispettivo, concedere la gestione della medesima infrastruttura alla società estera che l'ha realizzata (magari specializzata in tale settore e con l'obbligo di costituire una società locale, assumere manodopera locale ecc.), al contrario di quanto potrebbe accadere se l'opera venisse realizzata interamente a "debito", il PVS eviterebbe un «appesantimento della bilancia dei pagamenti, sulla quale più non viene a gravare la posta relativa all'eventuale rimborso di capitali mutuati ed al pagamento degli interessi»[252].

In termini più incisivi si rammenta che l'investimento estero diretto non produce solamente il vantaggio (finanziario) di generare un minor indebitamento per l'*Host State*, in quanto lo stesso non si traduce esclusivamente in un flusso di capitali (non a debito) ma l'investimento rappresenta anche un apporto di risorse multiforme e multilivello[253]. In particolare, l'investimento diretto, per sua stessa natura, assicura anche una specie di traslazione della competenza professionale dell'impresa estera, la quale, con grande probabilità, assumendo manodopera e professionisti locali finirà anche per formarli. Inoltre, un altro aspetto vantaggioso per l'*Host State* che decide di ospitare degli investimenti esteri diretti è quello relativo alle somme che questo incasserà dalla società straniera a titolo di imposte[254]. Nonché si pensi al fatto che l'investitore straniero, sempre sul piano fiscale, potrebbe reinvestire parte dei profitti nel Paese ospitante, o in caso contrario pagare le relative imposte sugli utili che, non venendo rinvestiti nell'*Host State*, decide di "rimpatriare"[255].

---

[252] In merito agli effetti positivi dell'investimento estero diretto sulla bilancia dei pagamenti si cfr. A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1342; E. FREY, *Il sistema degli aiuti finanziari internazionali*, in *Mondo Economico*, 41, 1966, p. 297.

[253] Si ricorda che gli investimenti esteri diretti – non incrementando il debito dei PVS stessi nei confronti dei Paesi stranieri esportatori di capitali e al contempo generando ricchezza economica, professionale ed intellettuale per gli stessi – hanno contribuito ad evitare che alcuni PVS passassero dall'essere soggetti ad un colonialismo di tipo politico ad uno di tipo economico. Sul punto si rinvia a E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 28; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 2.

[254] In ogni caso si sottolinea che, spesso «l'ammontare globale dell'imposizione [fiscale] sia gli stessi criteri di determinazione del reddito» che l'impresa straniera produce all'estero sono stabiliti di comune accordo tra quest'ultima e l'*Host State*, in questi termini G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, cit., pp. 29 e 30.

[255] Su tale questione preme distinguere, da un lato il problema del regime fiscale applicabile ai dividendi, e dall'altro lato il tema dei vincoli al "rimpatrio" degli utili. Nel dettaglio, infatti, si registrano casi di normative,

A tal riguardo, è doveroso ricordare che proprio in virtù delle predette caratteristiche (dell'investimento estero diretto), la fusione e/o l'acquisizione (totale o parziale, ma comunque di controllo) di un'impresa estera da parte di un'altra impresa – finalizzata alla costituzione di un'impresa multinazionale – «rientra nel quadro del investimento estero diretto da intendersi come partecipazione al capitale di imprese straniere accompagnata da un'effettiva partecipazione alla gestione di una attività produttiva, con trasferimento di conoscenze, capacità e controllo manageriale»[256].

Invero, è interessante notare che, al pari della vaghezza che connota il concetto di investimento, anche la definizione di impresa multinazionale è da sempre stato al centro di un singolare dibattito dottrinale e legislativo[257]. Pur non potendo

particolarmente ostili, le quali non prevedono per i dividendi generati dagli investimenti esteri la libera trasferibilità al paese d'origine dell'investitore. Al contrario, sussistono casi di discipline locali che non prevedono vincoli al "rimpatrio" dei dividendi, le quali pertanto vengono considerate molto più favorevoli all'investimento. Un esempio di normativa bicefala, incentivante e limitante al contempo, si rinveniva in quanto disposto dall'art. 1 della risalente (ed abrogata) Legge 7 febbraio 1956, n. 43 meglio nota come "legge sugli investimenti italiana". Nello specifico l'art. 1 della Legge 7 febbraio 1956, n. 43, recante disposizioni in materia di investimenti di capitali esteri in Italia, (G.U. 21 febbraio 1956, n. 43), poi abrogata dall'art. 42, D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, citata in G. SACERDOTI, *Norme italiane sui rapporti economici con l'estero*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 1087 ss., disponeva che non fosse imposta alcuna limitazione al trasferimento all'estero dei dividendi e gli utili realizzati mediante investimenti condotti da cittadini italiani residenti all'estero e/o stranieri destinati (in Italia) alla creazione di nuove imprese produttive o nell'ampliamento di analoghe imprese già esistenti. Al contempo all'art. 2 della medesima legge veniva disposto che per gli investimenti diversi da quelli indicati all'art. 1 (e cioè quelli non diretti ma di portafoglio) un limite, pari al ad un'aliquota dell'8% dell'intero capitale investito, al trasferimento degli utili all'estero.

[256] In questi termini G. SACERDOTI, *Multinazionali (imprese),* in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm*, vol. X, Torino, 1994, p. 119. Nello stesso senso N. ACOCELLA, *Imprese multinazionali e investimenti diretti*, Giuffrè, Milano, 1975; R.E. LIPSEY, *Foreign Direct investment and the operations of multinational firms: concepts, history and data*, cit., *passim*; G. PELLICELLI, *L'impresa multinazionale*, Giappichelli, Torino, 1981.

[257] Come noto, «a causa della estrema varietà di forme e strutture che possono presentare [le imprese multinazionali]» si è da sempre riscontrata, in Letteratura, una difficoltà nel definire correttamente tale tipologia di impresa, in questi termini O. PORCHIA, *Gli attori nel diritto internazionale dell'economia*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 52, nello stesso senso G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 699. Dal punto vista economico, per imprese multinazionali si intendono: «senza preoccupazione di eccessivo rigore classificatorio, grandi imprese la cui attività è di regola notevolmente integrata, operanti in più Stati attraverso imprese produttrici di beni o

trattare tale questione con la dovizia ricostruttiva che gli compete, nel presente lavoro si ritiene che l'elemento qualificante e distintivo di tale tipologia di impresa, aldilà delle possibili definizioni, vada ricercato «nell'unità dell'organismo economico in contrapposizione alla pluralità delle organizzazioni giuridiche nelle quali tale organismo economico accentrato svolge l'attività di impresa»[258].

Per tali ragioni, parte della dottrina, che qui si intende condividere, ha da sempre ritenuto che la forma classica in cui gli investimenti esteri diretti si manifestano «è costituita dalla [costituzione della] grande impresa», non escludendo però, al contempo, che gli stessi investimenti siano (anche se più di rado) realizzabili «anche da soggetti di dimensioni medio-piccole comunque diversi dai grandi gruppi multinazionali»[259].

---

erogatrici di servizi ivi situate e di cui sono titolari, di solito, singole società di diritto locale» così G. SACERDOTI, *Multinazionali (imprese)*, cit., p. 119. Dal punto di vista giuridico, si considera impresa multinazionale quella che «svolge in maniera strutturata attività di rilievo economico in stati diversi da quelli di origine», opina così A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 61. Diversamente G. PELLICELLI, *L'impresa multinazionale*, cit., p. 205 individua almeno tre elementi necessari affinché si possa parlare di impresa multinazionale: la molteplicità di unità produttive; la presenza di strategie comuni tra le varie unità operative e la rilevanza dell'elemento estero. Relativamente ad altre valide definizioni del concetto di impresa multinazionale, sia permesso il rinvio a: N. ACOCELLA, *Imprese multinazionali e investimenti diretti*, cit.; D. CARREAU e P. JUILLARD, *Droit international économique*, cit., p. 32 ss.; C. D. WALLACE, *Legal control of the Multinational enterprise*, The Hague, Nijhoff, 1982, p. 20. In tema di imprese multinazionali si veda anche: P. PUSTORINO, *Imprese multinazionali e diritto internazionale: regime giuridico e responsabilità*, in *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale* (a cura di) M.B. Deli, M.R. Mauro, F. Pernazza e F.R. Traisci, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012; C. GULLOTTA, *Etica e globalizzazione: riflessioni sui Principi Ocse del 2011 per le imprese multinazionali e sui Principi ONU in tema di affari e diritti umani*, in *Dir.comm.int.*, 2012; D. CORAPI, *Imprese multinazionali*, in *Digesto IV*, vol. VII, Torino, 1993; ID, *Gli attori privati del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, II, 2017, p. 271; F. FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, cit.; L. MARI, *Le imprese internazionali*, Milano, 1983.

[258] Opina così A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Giuffrè, Milano, 1995. In senso analogo F. FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, cit., *passim*.

[259] In questi termini C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 31. Nel dettaglio, gli Autori sostengono tale maggiore facilità di investimento all'estero per le PMI in ragione di due fattori incentivanti, da un lato la liberalizzazione delle economie dei maggiori Paesi, e dall'altro lato la deregolamentazione delle operazioni all'estero. Sulla questione si veda anche F. FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, cit., *passim*.

Prendendo le mosse da quanto emerso, e quindi preso atto della rilevanza dell'impresa multinazionale quale investimento estero diretto, per onestà scientifica, è doveroso evidenziare che in determinati casi la costituzione di un'impresa multinazionale può provocare anche effetti negativi a danno sia delle economie statali dal cui tessuto economico l'investimento si origina, sia del sistema economico dell'*Host State* su cui l'operazione impatta.

A tal riguardo, come più volte ribadito in dottrina, non è raro discutere di multinazionali che, per via della loro politica industriale, danno adito a «preoccupazioni sindacali in ordine a eventuali trasferimenti di posti di lavoro» o che procedano al «rimpatrio di utili e di altri proventi (piuttosto che rinvestirli in loco), aggravando così il cronico deficit delle bilance di pagamento [degli Host State]»[260]. In particolare, l'investimento estero diretto, quando viene realizzato da multinazionali nelle forme e negli effetti di una delocalizzazione piuttosto che internazionalizzazione, se da un lato favorisce lo sviluppo economico dell'*Host State*, dall'altro lato, al contrario, espone il sistema economico del Paese "esportatore" del capitale sia ad «un possibile aumento della disoccupazione»[261], sia alla possibilità «di perdere una quota di potere economico, poiché quando un'impresa si decentra all'estero il potere dello Stato d'origine su di essa può indebolirsi»[262].

Ad ogni modo, al netto del fatto che in determinati casi l'investimento estero diretto può provocare effetti non sempre favorevoli per lo Stato "esportatore" e per l'*Host State*, l'investimento estero, qualora sia ben regolamentato e controllato, realizza tutta una serie di esternalità positive (dirette e indirette)[263], che concorrono ad un miglior (dal punto di vista qualitativo) e maggior (e dunque anche dal punto di vista quantitativo) sviluppo economico del PVS. Conseguentemente, non sorprende che il flusso degli investimenti esteri diretti si sia

[260] La dottrina ha più volte messo in risalto le richiamate criticità in ordine al *modus operandi* di certe imprese multinazionali, sul punto cfr. G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, cit., pp. 703 e 704; C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 43.

[261] In questi termini, F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., p. 653 (nota 3), il quale Autore, in tema di delocalizzazione, richiama il noto caso delle imprese tessili Italiane le quali delocalizzando in Paesi dell'Est Europa o in Asia, hanno licenziato molti propri dipendenti italiani, provocando un collasso del settore e del connesso livello occupazionale.

[262] Si veda C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., pp. 43 e 44.

[263] In merito ai vantaggi che l'investimento estero diretto genera a favore dell'economia dello Stato ospitante si veda A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1342.

principalmente canalizzato nella costituzione di imprese multinazionali, tanto da «indurre governi e organizzazioni internazionali ad abbandonare l'atteggiamento di noncuranza assunto inizialmente e dedicarvi una certa attenzione»[264]. Allo stesso modo, non stupisce che la dottrina abbia da sempre ritenuto che, tra gli apporti dei privati favorevoli allo sviluppo dei paesi emergenti, l'investimento estero diretto rappresenti «il fattore più incisivo»[265].

Alla luce dei predetti vantaggi che l'investimento estero diretto genera per il sistema economico del paese ospitante, lo stesso è ormai considerato, secondo un consolidato orientamento dottrinale[266], uno strumento di crescita indispensabile non solo per i PVS ma anche per le economie "evolute", tantoché, spesso, gli investimenti diretti, ribaltando il tradizionale flusso di investimenti, sono effettuati da dei *ex* PVS, come la Cina (tramite le *State-owned enterprises*) e i paesi medio-orientali (attraverso i propri fondi di investimento sovrani)[267]. In particolare, proprio in ragione del predetto ribaltamento, attenta dottrina, che qui si condivide, ha indicato che tale inversione ha comportato anche

[264] Letteralmente C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 45.

[265] Con queste parole M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 68.

[266] A riguardo si vedano i contributi di R. MAGLIANO, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, cit., pp. 699 e 700; A. BORIN, R. CRISTADORO, E. MATTEVI, *Investimenti diretti esteri e qualità delle istituzioni*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 230, 2014, Banca d'Italia, p. 18; T. HANEMANN e M. HUOTARI, *EU-China Fdi: working towards reciprocity in investment relations*, *Rhodium Group e Mercator Institute for China Studies*, 2018; S. ALVARO e P. CICCAGLIONI, *I Fondi Sovrani e la regolazione degli investimenti nei settori strategici*, in *Discussion Papers Consob*, 2012, p. 24 ss.; D. TERRIACA, *Fondi di ricchezza sovrana. Ruolo e strategie nel nuovo scenario globale*, Nuova Cultura, Roma, 2017.

[267] Difatti, come sottolineato in dottrina, tale approccio all'economia da parte dei richiamati Paesi, viene comunemente fatto rientrare nel cd. "mercantilismo" e cioè quel fenomeno «tipico delle economie maggiormente arretrate, ove si riscontra un ruolo decisivo dello Stato che partecipa attivamente nel mercato, coordinando tutti gli interventi e acquistando direttamente partecipazioni anche mediante i Fondi Sovrani» in questi termini R. MAGLIANO, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, cit., p. 700. Su tale questione sia permesso rinviare a S. ALVARO e P. CICCAGLIONI, *I Fondi Sovrani e la regolazione degli investimenti nei settori strategici*, cit., p. 24. Si veda anche D. TERRIACA, *Fondi di ricchezza sovrana. Ruolo e strategie nel nuovo scenario globale*, cit., *passim*.

il ritorno in auge delle *State-owned enterprises*, andandosi così a rievocare lo spettro di un «"Nuovo" capitalismo di Stato»[268].

In questo scenario, è evidente che «le economie emergenti rivestono oggi un ruolo più rilevante non solo come mercati di destinazione dei flussi d'investimento estero, ma anche come originatori di investimenti destinati ad altri paesi, avanzati ed emergenti»[269]. A tal riguardo, si pensi «che nel 2016 gli investimenti cinesi in Europa hanno superato di quattro volte quelli europei in Cina»[270].

In conclusione, l'investimento estero diretto – ad oggi – è pacificamente riconosciuto (pur non dimenticando le criticità analizzate) quale fattore determinate per lo sviluppo economico sia dei Paesi appartenenti alle economie più evolute sia dei PVS. Ed è proprio nei sistemi economici di questi ultimi che l'investimento estero diretto sprigiona effetti maggiormente positivi per la crescita economica del Paese stesso, e pertanto, tali effetti sono meritevoli di un adeguato approfondimento.

3.1 L'investimento estero diretto e il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante, in particolare dei Paesi in via di sviluppo.

Come noto, i PVS pur essendo spesso ricchi di materie prime e varie risorse naturali sono solitamente legati ad uno sviluppo economico fiacco e comunque non graduale in quanto questi ultimi sono caratterizzati da sistemi politici instabili, ordinamenti giuridici primitivi[271] e il loro tessuto imprenditoriale è spesso privo di realtà dotate di capacità tecnologiche ed organizzative tali da sostenere una crescita

[268] Opina così L. BORLINI, *La disciplina delle state-owned enterprises nel diritto del commercio internazionale tra stallo degli accordi commerciali multilaterali e accordi preferenziali di nuova generazione*, in *Dir. comm. Int.*, IV,2017, p 968, il quale evidenzia che: «la proporzione di imprese partecipate dallo Stato con una quota almeno pari al 50% delle azioni tra le Fortune Global 500 è stimata essere cresciuta dal 9,8% nel 2005 al 22,8% nel 2014, per un profitto complessivo di 389,3 miliardi di dollari statunitensi e cespiti di proprietà per un valore complessivo di 28,4 trilioni di dollari statunitensi».

[269] In questi termini A. BORIN, R. CRISTADORO, E. MATTEVI, *Investimenti diretti esteri e qualità delle istituzioni*, cit., p. 18, i quali hanno anche sottolineato che tra il 1990 e 2010, lo stock mondiale di investimenti esteri è aumentato di dieci volte.

[270] Secondo quanto rilevato da T. HANEMANN e M. HUOTARI, *EU-China Fdi: working towards reciprocity in investment relations*, *Rhodium Group e Mercator Institute for China Studies*, 2018.

[271] Sull'instabilità del sistema politico dei PVS cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 95

economica costante[272]. In tale ottica ora delineata, i PVS data, da un lato la loro ricchezza di materie prime[273] e, dall'altro lato il loro bisogno di sviluppo economico, attraggono molti degli investimenti che i Paesi più industrializzati realizzano all'estero, generando così un vero e proprio flusso di capitali Nord-Sud[274].

Nel dettaglio, i PVS al fine di incrementare e rendere sostenibile la propria crescita economica necessitano, come detto, dell'afflusso di capitali stranieri[275], ma non solo. In particolare, questi ultimi abbisognano sia di risorse economiche in senso stretto sia di tecnologie, *know-how*, macchinari e competenze tecniche nonché della capacità imprenditoriale di determinati operatori economici internazionali[276]. Tale ulteriore necessità è giustificata dal fatto che, come già anticipato, i PVS scontano l'assenza di operatori economici nazionali capaci di realizzare quelle opere e/o infrastrutture necessarie a garantire uno sviluppo armonico del Paese stesso. Infatti, tali Paesi risultano essere, la maggior parte delle volte, non in grado di sfruttare al meglio le proprie risorse e materie prime[277],

---

[272] In merito alla situazione dei PVS, si veda P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 674.

[273] Sulla capacità dei PVS di attrare gli investimenti si veda: L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 2; il quale sostiene: «Il capitale, è noto, tende a fluire verso quei luoghi dove sono facilmente disponibili ricchezze naturali e la redditività dell'investimento è alta. Gli Stati in via di sviluppo costituiscono sotto questo profilo l'area migliore».

[274] Sull'argomento dei flussi di capitale a fini di investimento si cfr. F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 814, i quali Autori individuano tanti flussi di investimento quanti sono i punti cardinali. Inoltre, gli stessi Autori ribadiscono però: «L'investimento diretto nei Paesi in via di sviluppo (Nord-Sud) è stato spesso realizzato al fine di acquisire materie prime, una manodopera locale meno onerosa e l'apertura di nuovi mercati di sbocco sicché, da qualche decennio, si trova al centro di un ampio dibattito».

[275] Sull'esigenza dei PVS di disporre di capitale straniero, si rinvia a L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 1, il quale sottolinea «Per portare avanti i loro programmi di sviluppo economico molti Stati, in particolare quelli in via di sviluppo, fanno ricorso al capitale straniero» e ancora «Difficilmente un Paese povero è in grado di accrescere con le sue forze il capitale e le conoscenze tecniche necessarie per procedere nello sviluppo economico». In senso conforme A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1341 ss.

[276] Opina così P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 245, il quale ha rimarcato che proprio una delle finalità dei PVS, in tema di investimenti stranieri privati, è quella di assicurarsi «un flusso di capitali, di tecnologie e di capacità manageriali in gradi di garantire al paese un ordinato sviluppo economico e sociale».

[277] «A sua volta lo Stato, che ha bisogno di attrarre risorse economiche ma anche tecnologie e capacità organizzative per valorizzare le risorse del

trovandosi così, ad esempio, a vivere quella situazione paradossale per la quale quest'ultimi risultano essere a tutti gli effetti titolari di rilevanti giacimenti energetici e/o risorse varie, ma allo stesso tempo incapaci di sfruttarli perché privi delle conoscenze tecniche necessarie[278].

Ad ogni modo, per chiarezza scientifica, mette conto rilevare che ovviamente gli investimenti esteri non rappresentano gli unici fattori di crescita economica di un PVS. Difatti, è innegabile che lo sviluppo di un Paese sia legato alle scelte di politica economica che questo ultimo decide di adottare[279], ma è altrettanto vero che alimentano e sostengono tale crescita anche gli investimenti stranieri[280] che lo stesso Stato decide di ospitare. In sostanza, l'investimento straniero deve essere interpretato come uno dei vari e diversi fattori, e dunque non l'unico e di certo non il più importante, che concorrono a determinare e incrementare lo sviluppo economico di un Paese.

In ultimo, un'ulteriore questione che si ritiene meritevole di trattazione è quella relativa alla libertà o meno – da parte degli *Host States* – di ammettere o non ammettere gli investimenti di soggetti stranieri nel proprio territorio. Prima di affrontare tale problema, è prodromico rammentare che gli investimenti esteri solitamente possono riguardare una molteplicità di settori economici. Nello specifico infatti gli investimenti esteri possono coinvolgere diverse aree dell'economia, come ad esempio quelle: dell'agricoltura, della produzione delle armi, delle telecomunicazioni, del trasporto, del turismo, dell'energia, delle operazioni bancarie e finanziarie, delle costruzioni edili, dell'estrazione degli idrocarburi e quello più in generale minerario/estrattivo. Tuttavia, non si può oscurare il fatto che alcuni di questi settori economici, come ad esempio quello della produzione di armi e armamenti, dell'energia o quello bancario, sono comunemente considerati a rilevanza strategica da parte degli Stati sovrani, tantoché, come ribadito da certa parte della dottrina, spesso questi settori sono preclusi agli investitori

proprio sottosuolo» così ribadisce P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 674.

[278] Opina così E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 28.

[279] Ci si riferisce ad esempio alle scelte di politica monetaria, politica fiscale, politica industriale ed ecc. Ma in questa sede non sarà possibile analizzare tutte le varie e possibili correlazioni tra le scelte di politica economica e lo sviluppo di un Paese.

[280] Sull'importanza degli investimenti stranieri in tema di sviluppo economico si veda per tutti: W. A. LEWIS, *Teoria dello sviluppo economico*, Feltrinelli, Milano, 1963, p. 255 ss.; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 182; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 5.

stranieri[281]. Infatti, ogni Stato è sempre libero di ammettere o non ammettere gli investimenti di soggetti stranieri nel proprio territorio, poiché «non esiste quindi un diritto ad investire in un Paese straniero di cui un soggetto privato possa ritenersi automaticamente titolare»[282].

Sulla scia di quanto rilevato è chiaro quindi che gli investimenti esteri svolgono una funzione trainante sia per le economie degli Stati in via di sviluppo (flusso Nord-Sud), sia per i Paesi cd. industrializzati (flusso Nord-Nord)[283], di conseguenza al fine di determinare con precisione quando si possa o meno parlare di "contributo allo sviluppo economico" dell'*Host State*, diviene necessario svolgere alcune brevi considerazioni in ordine a quali e quanti possono essere gli interessi sottesi alle Parti coinvolte in merito alle operazioni economiche in esame.

---

[281] Si veda C.H. SCHREUER e R. DOLZER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 79 ss.; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 110.

[282] Opina così F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 818. Su tale libertà degli Stati la dottrina è assolutamente pacifica, *ex multis*: S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 573, il quale osserva: «il diritto internazionale generale non pone in discussione la libertà di ogni Stato di ammettere o meno la costituzione di investimenti stranieri nel suo territorio, principio che si applica d'altronde all'ammissione ed al soggiorno degli stranieri e dei loro beni in genere»; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 105, la quale scrive: «Il diritto internazionale generale riconosce la libertà assoluta degli Stati di decidere riguardo all'accesso degli stranieri sul proprio territorio». Nello stesso senso anche: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 184; L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 97.

[283] Ad esempio, in Italia, che certamente non è un PVS, se si prende in considerazione il settore delle costruzioni in generale, compreso dunque l'indotto diretto e indiretto, si può notare che tale comparto industriale vale circa il 9,6% del Pil, ed occupa circa 1 milione e 300 mila lavoratori, rappresentando ben il 46% di tutti gli investimenti in conto capitale del Paese. I dati soprariportati sono quelli offerti dalla ricerca Fillea Cgil consultabile al sito:http://www.filleacgil.net/images/cannata/EVENTI/120418_RapportoCostruzioni/120411_RapportoFilleaFDVcostruzioni.pdf A tal riguardo, il rapporto ANCE 2017 ha evidenziato la presenza delle imprese di costruzione italiane nel mondo. In particolare, le imprese (italiane) operanti all'estero nel settore delle costruzioni in generale (Aeroporti, Edilizia, Ferrovie, Impianti idroelettrici, Impianti smaltimento rifiuti, Metropolitane, Opere idrauliche, Pali e fondazioni, *Power, oil & gas*, Strade, ponti, Porti) sono sempre più rilevanti in termini di produzione e fatturato. Letteralmente «le imprese italiane sono presenti in 90 Paesi con 686 cantieri, per un valore totale di oltre 90 miliardi e un portafoglio lavori in netta crescita (da 46,5 a 52 miliardi, +13%)» e «Il 2016 è stato il dodicesimo anno consecutivo di crescita per il sistema italiano delle costruzioni. Le 43 imprese che hanno partecipato al Rapporto Ance hanno conseguito un fatturato estero pari a oltre 14 miliardi, con un aumento, rispetto al 2015, del 17,8%». Dati consultabili al sito: http://www.ance.it/docs/docDownload.aspx?id=40223

3.2 Gli interessi dell'investitore e dell'*Host State* e il cd. "clima degli investimenti".

Dopo aver evidenziato il ruolo determinante degli investimenti esteri nell'incrementare il processo di sviluppo economico dell'*Host State*, e segnatamente dei PVS, si ritiene utile trattare, in quanto collegata a quella dello sviluppo economico, la questione relativa alla dualità o meglio conflittualità degli interessi coinvolti in un'operazione di investimento estero. E tale indagine è necessaria, poiché solamente se si mettono in luce gli interessi delle Parti coinvolte nell'operazione di investimento estero (in senso lato) si può verificare se concretamente l'operazione possa determinare o meno lo sviluppo economico dell'*Host State* e quindi essere considerata un investimento (in senso stretto).

Anzitutto, è doveroso premettere che si è parlato di dualità di interessi poiché da un lato vi sono quelli dello Stato ospitante l'investimento e dall'altro quelli dell'investitore straniero privato[284]. In particolare, tale contrapposizione di interessi, rappresenta uno «tra i più delicati problemi in materia di protezione degli investimenti», ed è per questo che diviene necessario ricercare un «felice equilibrio»[285] tra questi ultimi in quanto sono entrambi meritevoli di ricevere un'eguale tutela. Infatti, i diritti nascenti in capo agli investitori meritano di essere debitamente garantiti al pari di quelli perseguiti dagli Stati ospitanti l'investimento[286], i quali spesso però, a differenza dei

[284] Sulla dualità degli interessi coinvolti in materia di investimenti internazionali si veda: P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 30, il quale precisa che: «mentre la società straniera ricerca una protezione del proprio investimento in termini che inevitabilmente si traducono in limitazioni della sovranità dello Stato ospite, questo ultimo – spesso appena uscito da un difficile processo di decolonizzazione – non è certo più disponibile a rinunciare alle proprie prerogative sovrane».

[285] Si esprimeva così P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 30,

[286] In senso conforme F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 817 i quali Autori sottolineano che devono essere sempre contemperati due opposti interessi, entrambi meritevoli di tutela, da una parte quello dello Stato di destinazione dell'investimento, dall'altro quello dell'impresa transnazionale. Recentemente la dottrina si è interessata molto di questa tema, in particolare sul bilanciamento tra gli interessi dell'*Host State* e quelli dell'investitore straniero sia concesso rinviare a L. MELCHIONDA, *Investment arbitration: a balance between the investor's and the host state's interest*, cit., p. 27 ss.; A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale*

primi, perseguono interessi non solo economici ma anche di altra natura[287], come ad esempio quelli relativi: alla cultura, alla conservazione e protezione del patrimonio storico-artistico, la salute e il benessere dei propri cittadini, ecc. ecc.

Conseguentemente, a mio avviso, in ragione di questa diversità e moltitudine di interessi e diritti, spesso in conflitto tra loro[288], e delle caratteristiche della moderna economia globale sempre più caratterizzata dalle influenti imprese multinazionali[289], non sorprende che da uno di questi investimenti possa insorgere una controversia tra le parti coinvolte[290]. Tuttavia, è interessante rilevare che non è sempre l'investitore la parte "debole" del rapporto di investimento. Al contrario, alle volte è il soggetto Statale, soprattutto nei casi di investimenti esteri riguardanti il patrimonio culturale[291] o nei

dell'economia, in *Istituzioni di diritto internazionale*, (a cura di) S. M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria, 3 ed., Giappichelli, Torino, 2006, p. 499 ss.

[287] Su tale questione si veda G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, cit., p. 764, il quale ribadisce che: «vi è la consapevolezza che l'intreccio tra investimenti esteri e cultura, […], si verifica spesso nella pratica».

[288] Sulla contrapposizione, in tema di investimenti esteri, tra gli interessi del privato investitore e lo Stato contraente, cfr. M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 321, la quale scrive: «Il rapporto di investimento che lega un investitore straniero a uno Stato si contraddistingue per la presenza di parti con prerogative differenti e interessi spesso tra loro antitetici». Nello stesso senso P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 674; S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 176.

[289] Tipologia di impresa, quella multinazionale, che è fortemente presente anche nel tessuto economico italiano. A titolo esemplificativo, si vedano i dati riguardanti il settore edile nazionale riportati nel Rapporto ANCE 2017 http://www.ance.it/docs/docDownload.aspx?id=40223

[290] E' sufficiente confrontare i dati che emergono dal: *The ICSID caseload – statistics (issue 2018-1)*, pubblicato sul sito: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx Nel dettaglio, secondo l'annuale resoconto statistico del Centro, sono stati sottoposti ai Tribunali ICSID circa 650 controversie. Ma il dato maggiormente significativo è quello relativo al fatto che nell'anno 2017 si è registrato il più alto numero di casi sottoposti alla giurisdizione ICSID, ben 53 casi. In dottrina è stata più volte ribadita l'instabilità dei rapporti di investimento tra privati e Stati stranieri, e di conseguenza la facilità con cui insorge una controversia in materia di investimenti esteri, *ex multis* S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 176.

[291] Ad esempio, attenta dottrina ha riscontrato la difficoltà degli Stati sovrani a "fare impresa" nel settore del ripristino dei beni culturali, sul punto si veda: G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, cit., p. 766, il quale scrive: «Allo stesso tempo, il recupero, la protezione, la preservazione, il restauro delle opere d'arte e in alcuni casi lo sviluppo di progetti legati ai beni archeologici,

casi di PVS coinvolti in trattive con imprese multinazionali[292], a trovarsi ad essere la parte "debole" all'interno del rapporto di investimento.

A questo punto del percorso, non sorprende quindi che da tali investimenti, e ineluttabilmente tra gli interessi dell'investitore da un lato e quelli dello Stato ospitante dall'altro, si possono generare tutta una serie di problematiche, soprattutto in determinati settori come ad esempio quello edile noto per l'elevato tasso di contenzioso internazionale[293]. Nel dettaglio, gli investimenti esteri nel suddetto settore, che sul piano giuridico assumono la veste contrattuale del contratto di concessione e il contratto di appalto internazionale, scontano, visti gli elevati rischi economici, politici e sociali inerenti tali operazioni, un'elevatissima conflittualità[294].

---

monumentali, culturali e naturali in genere comportano costi non indifferenti per gli Stati. Questi hanno spesso difficoltà a "fare impresa" e subiscono perdite tali da determinare l'abbandono dei tesori esistenti sul proprio territorio».

[292] Su tale questione si veda P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, cit., p. 674, il quale sostiene che: «Le prerogative sovrane dello Stato, spesso un paese in via di sviluppo con un sistema giuridico primitivo e privo di capacità tecnologiche ed organizzative, cedono il passo negli accordi in esame al potere economico e contrattuale della parte privata. Gli interessi delle due parti sono antagonistici». In senso analogo cfr. O. PORCHIA, *Gli attori nel diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 53 e 54, la quale sottolinea che le «imprese multinazionali, per la forza economica che detengono, sono in grado di coordinare all'origine, le scelte e il comportamento degli Stati», tanto da poter, secondo A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, cit., p. 63, «influenzare in modo anche decisivo l'economia nazionale». Anche altra dottrina ha evidenziato che i PVS «corrono sempre il rischio di assistere a pesanti ingerenze da parte dei centri decisionali di queste grandi imprese e indirettamente degli Stati d'origine [di queste ultime]», in questi termini C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 44.

[293] A riprova della forte conflittualità degli interessi coinvolti nel settore delle costruzioni si veda M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., p. 188 (nota 67) il quale autore richiama infatti, una nutrita serie di pronunce arbitrali ICSID che hanno per oggetto controversie relative a progetti e contratti di costruzione.

[294] In tal guisa C. CALABRESI, *Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. comm. int*., 2009, p. 755; la quale ha registrato che: «il tasso di conflittualità nei contratti internazionali di appalto è elevato, potendosi dunque affermare che il contenzioso è la regola». Nello stesso senso si veda anche: L. CAPUCCI, *Rules for pre arbitral referee, rules for expertise e dispute board rules della international chamber of commerce e loro impiego negli appalti internazionali*, in *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali* (a cura di) C. Vaccà, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 204 e 205, per il quale nei contratti di appalto «l'insorgere della lite è un evento quasi fisiologico»; D. L. MARSTON, *The internationalisation of ADR*, in *International Construction law Review*, 2005, p. 22.

Per individuare a titolo esemplificativo quali potrebbero essere le problematiche a cui l'investitore privato e lo Stato contraente possono andare incontro, a mio avviso, tra i tantissimi casi di controversie sottoposte al Centro in grado di rappresentare questa contrapposizione di interessi, o meglio di diritti, si richiama il recente[295] e ancora pendente caso *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*[296].

Procedendo per sommi capi, la questione in esame vede coinvolto lo Stato Argentino da un lato e la società Salini Impregilo S.p.A. in qualità di investitore dall'altro. L'investimento consisteva nella realizzazione di un'infrastruttura o meglio nella costruzione, gestione e manutenzione di una *toll road* e un ponte.

Nell'anno 1997 diverse imprese straniere tra cui anche la Salini Impregilo S.p.A. costituivano un apposito consorzio al fine di aggiudicarsi la realizzazione di tale infrastruttura, e così avvenne. Lo stesso anno, il consorzio si aggiudicava la realizzazione di tale opera mediante un contratto di concessione di durata pari a 25 anni. Dal punto di vista economico la sola impresa di costruzioni italiana per la realizzazione di tale infrastruttura investì circa 36 milioni di dollari.

Conseguentemente il consorzio in esame costituì la *Puentes del Litoral S.A.*, una società con sede in Argentina, ma i cui *shareholders* erano per l'appunto società straniere e tra queste anche la multinazionale italiana Salini Impregilo la quale possedeva, direttamente e indirettamente, circa il 26% delle azioni di *Puentes*. Il 17 giugno 1998 i consorziati cedettero i loro diritti e obblighi derivanti dal contratto di concessione a *Puentes* e pertanto, il 14 settembre 1998, *Puentes*, in qualità di concessionario sottoscrisse il contratto di concessione in esame.

Nel 2002 iniziano a sorgere i primi problemi. Come noto, in quegli anni l'Argentina verteva in piena crisi economica, la quale aveva provocato una forte svalutazione monetaria del *peso*[297]. Nel dettaglio infatti, lo Stato in esame, al fine di scongiurare un proprio *default*, emanò nel 2002 una *Emergency*

[295] Anche se i fatti per cui tale ricorso all'arbitrato ICSID è stato presentato risalgono a circa il 2001.

[296] ICSID Case No. ARB/15/39, *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic,* Decision on jurisdiction, 23 febbraio 2018.

[297] Sulla vicenda della crisi Argentina e le varie controversie che ne sono scaturite con gli investitori esteri, poi decise dal Centro ICSID, si vedano *ex multis* i seguenti contributi: M. VALENTI; *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali icsid contro l'argentina: due soluzioni contrapposte*, in *Riv. dir. int.*, I, 2008, p. 114 ss.; M. BORDONI, *Default nel debito pubblico ed immunità dello stato estero dalla giurisdizione civile*, cit., p. 1031; A. DE LUCA, *L'arbitrato ICSID e l'azione collettiva: alcune osservazioni a margine del caso Abaclat*, in *Riv. arb.*, 2012, vol. 22, I, p. 159 ss.

law con la quale abrogava la legge sulla convertibilità del 1991 che aveva stabilito tra *peso* e dollaro statunitense un rapporto di cambio fisso di 1:1, tantoché il *peso* arrivò ad essere scambiato per 1,40 *pesos* per dollaro statunitense[298].

Come ovvio, tale situazione generò una riduzione dei profitti derivanti dal pedaggio della *toll road* in gestione alla Salini Impregilo provocando a quest'ultima non indifferenti danni. La stessa sorte fu patita, in modo più o meno simile, da moltissime altre imprese concessionarie straniere[299], che, come la società di costruzioni italiana, avevano realizzato investimenti in quel periodo facendo affidamento su quella pregressa situazione economica-giuridica. Nonché, per chiarezza, si ricorda che da questa stessa situazione di crisi si generano ulteriori contenziosi anche in altri settori, oltre a quello delle concessioni pubbliche, che convolsero diversi investitori stranieri, tra cui molti cittadini italiani[300].

Tale situazione costrinse il governo Argentino a cercare una soluzione, andando così a costituire un'agenzia *ad hoc*: la UNIREN, la quale aveva il compito di rinegoziare le concessioni di servizi pubblici e delle infrastrutture, come quella del caso in esame.

---

[298] Come precisa M. VALENTI; *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali icsid contro l'argentina: due soluzioni contrapposte*, cit., p. 118, «successivamente, lasciato fluttuare liberamente, il tasso di cambio raggiunse il livello di 3,30 *pesos* per 1 dollaro USA».

[299] A titolo esemplificativo si citano alcuni casi tra i più rilevanti: ICSID Case No. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, lodo del 12 maggio 2005; ICSID Case No. ARB/02/1, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, lodo del 3 ottobre 2006; ICSID Case No. ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, lodo del 22 maggio 2007.

[300] Si sta facendo riferimento a tutte le controversie sorte tra l'Argentina e gli investitori italiani relativamente al processo di ristrutturazione del debito posto in essere unilateralmente dal paese sudamericano. Sul punto, una delle controversie più significative che ha coinvolto circa 60.000 *bondholders*, è quella: ICSID Case No. ARB/07/5, *Abaclat and others v. Argentine Republic*; i commenti a tale caso in dottrina sono stati diversi, *ex pluribus*: A. DE LUCA, *L'arbitrato ICSID e l'azione collettiva: alcune osservazioni a margine del caso Abaclat*, cit., p. 159 ss.; M.C. DE GIOVANNI DI SANTA SEVERINA, *Prima vittoria per i 60.000 obbligazionisti italiani sull'Argentina: l'ICSID apre le porte ai diritti derivanti dai sovereign bonds scambiati sui mercati finanziari secondari (Commento a Articolo 25(1) della Convenzione di Washington del 1965 - Articolo 1(1) del Trattato bilaterale di promozione e protezione degli investimenti tra Italia e Argentina (BIT))*, in *Il diritto del commercio internazionale,* 2011, vol. 25, IV, p. 1061-1075. Altri casi che hanno coinvolto investitori italiani, riguardanti lo stesso processo di ristrutturazione del debito, sono: ICSID Case No. ARB/07/8, *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic*; ICSID Case No. ARB/08/9, *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic.*

In seguito, a marzo del 2002, l'Argentina iniziò le rinegoziazioni con la *Puentes del Litoral S.A.*, la quale, nel periodo compreso tra l'anno 2002 al 2012, domandò all'Argentina ben 25 volte una rinegoziazione del contratto in parola, e il Governo dal canto suo arrivò a negoziare ben due *memorandum* d'intesa e quattro accordi transitori per tentare di ripristinare l'equilibrio economico del contratto di concessione. Ma stando a quanto sostenuto nella richiesta di arbitrato avanzata dalla Salini Impregilo nessuno di questi sei accordi fu mai messo in atto dall'Argentina.

Dopodiché, data la mancanza di una effettiva rinegoziazione, l'11 giugno 2013, *Puentes del Litoral S.A* instaurò un procedimento amministrativo contro l'Argentina[301]. Nel giugno 2014 il consiglio di amministrazione di *Puentes* decise di sciogliere la società, cosicché, nell'agosto 2014, a tale decisione del CDA fece seguito un decreto statale[302] Argentino con il quale si risolse il contratto di concessione in oggetto.

Alla luce di ciò, la Salini Impregilo, il primo settembre 2015, depositò la formale richiesta di arbitrato al Centro ICSID, affermando, per sommi capi, che l'Argentina avesse, con la sua condotta, violato lo «*standard of fair and equitable treatment, the most favoured nation clause (MFN), the standard of nondiscrimination and the standard of non-expropriation contained in the BIT*».

Ad oggi il caso è ancora pendente ed il Tribunale ICSID si è pronunciato solo relativamente alla propria giurisdizione, la quale è stata accertata, mentre tutte le questioni nel merito della vicenda devono essere ancora discusse. Difatti è indubbio che in questo caso si possa parlare di un vero e proprio investimento estero, vista la natura e la durata dell'operazione, il rilievo economico e l'annesso grado di rischio, nonché la rilevanza per lo sviluppo economico del Paese.

Tale controversia lascia trasparire in modo esemplare uno dei tanti problemi connessi al tema degli investimenti esteri e

[301] Denunciando le varie violazioni del contratto di concessione. Qualche tempo dopo, il 30 maggio 2014, su iniziativa di *Puentes* si instaurò un ulteriore giudizio dinnanzi ai Tribunali Argentini, cfr. ICSID Case No. ARB/15/39, *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic,* Decision on jurisdiction, 23 febbraio 2018, p. 7.

[302] Tra le varie motivazioni che lo Stato argentino utilizzo nell'emanazione del decreto in parola si richiamavano la bancarotta di *Puentes* e la risoluzione di scioglimento avvenuta nel giugno 2014 ad opera del CDA stesso di *Puentes*, cfr. ICSID Case No. ARB/15/39, *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic,* Decision on jurisdiction, 23 febbraio 2018, p. 7, tantoché la concessione del ponte verrà successivamente affidata ad un altro operatore economico.

cioè quello per cui tali operazioni sono legate indissolubilmente a quello che viene definito il cd. "clima degli investimenti"[303].

Infatti, quando si discute di investimenti esteri, è noto che la realizzazione o meno di questi viene solitamente decisa dall'investitore sulla base della presenza o meno di molteplici fattori di rischio di varia natura: giuridico-politico, economico e sociale. Tali fattori di rischio concorrono a determinare il cd. "clima degli investimenti"[304]. Purtroppo però, tali fattori per loro stessa natura non sono immutabili, anzi spesso sono proprio soggetti a cambiamenti durante il lasso di tempo che intercorre da quando l'investitore pone in essere l'investimento a quando questo ultimo esaurisce la propria portata economica e cessano tutte le attività direttamente e indirettamente collegate ad esso.

Ed è proprio nei casi di mutamento di tali fattori e dunque di mutamento anche del cd. "clima degli investimenti" che aumenta il cd. *country risk,* il quale viene debitamente valutato (cd. *country rating*) dagli investitori[305] prima di realizzare un'operazione in un mercato estero[306].

Ad ogni modo, visto che l'elemento del rischio (come meglio si vedrà più avanti) assume un importante ruolo nella determinazione del concetto di investimento, a titolo esemplificativo, sembrerebbe essere utile descrivere brevemente la natura e le caratteristiche di questi fattori, a partire da quello giuridico-politico. Per quanto concerne tale fattore di rischio, si evidenzia che lo stesso è presente in tutti quegli Stati che vantano

---

[303] Per "clima" si intende quel insieme di fattori che formano il quadro entro il quale gli investimenti stessi si trovano a dover operare in un determinato Stato e in un determinato momento storico-politico, in tal guisa cfr. A. FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University press, New York – London, 1962, p. 34 ss. Il tema del clima degli investimenti da tempo è oggetto di interesse nel diritto internazionale dell'economia, ad esempio si veda la risoluzione dell'O.N.U. n. 824 del dicembre 1954, nella quale si raccomandava ai paesi importatori di capitali (e cioè i PVS) di creare, per l'appunto, un clima più favorevole agli investimenti mediante una revisione dell'impianto normativo e amministrativo. Sul punto si cfr. A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1341 (nota 10).

[304] Opinano così L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 2; I. F. I. SHIHATA, *Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme*, in *I.L.*, 1987, p. 687 ss.

[305] In realtà il *country rating* più che dagli investitori stessi (persone fisiche o persone giuridiche che siano) viene solitamente ad essere realizzato da terze figure specializzate in questa attività, si pensi ad esempio alle agenzie internazionali di *rating*, al FMI o, nel contesto nazionale, dalla SACE S.p.a. del gruppo Cassa depositi e prestiti S.p.a.

[306] Sul *country risk* sia concesso rinviare a F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., pp. 833 e 834.

ordinamenti giuridici eccessivamente stratificati nei quali appunto, il *modus legiferandi* del Legislatore si caratterizza per essere "bulimico" e "compulsivo", comportando così una non facile intelligibilità della normativa, in spregio al principio di certezza del diritto. Un sistema giuridico di tale tipologia, rappresenta uno scenario eccessivamente incerto[307] per gli investitori esteri, i quali molto probabilmente decideranno di investire altrove.

Riprendendo le fila del discorso, tale fattore è stato definito giuridico-politico in ragione del fatto che la natura di tale tipologia di rischio è bicefala[308]. Tale tesi è suffragata dal fatto che l'incertezza giuridica è quasi sempre effetto dell'instabilità politica e delle tensioni geopolitiche a cui lo stesso Stato è soggetto. Appunto per questo, i Paesi caratterizzati dal susseguirsi di svariati Governi elettoralmente deboli risultano poco attrattivi per gli investitori stranieri, in quanto la politica economica interna ed estera[309] di tali Stati risulterebbe fortemente condizionata dalla precarietà governativa e quindi il flusso degli investimenti stranieri ne risulterebbe negativamente

[307] Come noto l'incertezza non è certamente considerata come una condizione positiva all'investimento, soprattutto quando questo ultimo viene ad essere realizzato da soggetti stranieri i quali si trovano ad operare in un sistema economico-giuridico che non conoscono. Sugli effetti diretti e indiretti che l'incertezza provoca in tema di investimenti, si veda: J. M. KEYNES, *Trattato sulla probabilità*, (a cura di) A. Pasquinelli, S. Marzetti Dall'Aste Brandolini, Clueb, Bologna, 1994. Ma si veda anche G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 429 s., il quale scriveva «impresa e mercato hanno bisogno di regole certe», questo al fine di evitare «il rischio che l'ordine del mercato degeneri in disordine del mercato».

[308] Come ribadito da autorevole e risalente dottrina, G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti esteri*, cit., p. 24, che precisava: «il rischio politico si ricollega ad un atto politico (legge costituzionale, legge ordinaria, atto politico in senso stretto, atto *extra ordinem*,) emesso successivamente all'effettuazione dell'investimento, ovvero ad un atto o ad una serie di atti amministrativi, che anche se fondati su fonti preesistenti ed anche se singolarmente legittimi, per i modi e tempi in cui siano posti in essere appaiono frutto di una decisione politica unitaria, relativa all'esercizio dei poteri amministrativi, che risulti adottati o sia divenuta manifesta solo successivamente all'investimento».

[309] Si ricorda infatti, che lo Stato – mediante la propria politica interna ed estera – nei confronti degli investimenti esteri ben può assumere tre distinti atteggiamenti: «di ostilità con conseguente divieto degli investimenti, di indifferenza, di incentivazione degli investimenti», in questi termini G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti esteri*, cit., p. 20. Sulle politiche di incentivazione e disincentivazione degli investimenti esteri si veda anche, *ex multis*: F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 818; S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 573; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 105: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 184.

influenzato. Non stupisce allora che ogni incertezza politica o tensione geopolitica non viene ben accolta dai mercati e di conseguenza dagli operatori di questi ultimi e questo perché, come già anticipato, tali fattori rappresentano dei veri e propri rischi in grado di ostacolare e frenare l'attività imprenditoriale ed economica[310].

Un altro fattore di rischio rilevante per il "clima degli investimenti" è sicuramente quello relativo all'efficacia ed efficienza del sistema giurisdizionale del Paese ospitante l'investimento. Difatti, è ovvio che un apparato giudiziario lento o addirittura corrotto possa rappresentare un grande disincentivo per l'investitore straniero, il quale, in caso di controversie legali si troverebbe costretto a confrontarsi con un sistema di tutele giurisdizionali per l'appunto inefficace, tanto da ricercare, se possibile, una soluzione alternativa come ad esempio l'arbitrato[311].

Sul punto corrono alla mente quegli studi della dottrina economica che hanno ampiamente dimostrato la significativa relazione «tra i flussi in entrata di FDI [*foreign direct investment*] ed i fattori economico-politici inerenti allo stato di diritto ed al potere giudiziario»[312]. Ed è proprio in riferimento a questi fattori,

---

[310] Le incertezze politiche e le tensioni geopolitiche sono state recentemente valutate dalla Ernst & Young Global Limited, tramite il proprio rapporto *Global Capital Confidence Barometer*, del 18 aprile 2018, consultabile al sito: https://cdn.ey.com/echannel/gl/en/services/transactions/ccb18/pdf/Global-Capital-Confidence-Barometer-Edition-18.pdf In tale rapporto si è rilevato che circa la metà dei dirigenti e amministratori delle società multinazionali coinvolte da tale analisi, hanno dichiarato che l'incertezza politica e le tensioni geopolitiche rappresentano gravi rischi l'attività aziendale. Testualmente si riporta che: «Uncertainties out of their direct control are unsettling executives, but understanding the issues is the first step in being able to navigate these risks. From political uncertainty to geopolitical tensions and currency volatility to rising protectionism, executives have a broad array of external threats to navigate. While the impact of increasing tensions on the political stage has unsettled the wider capital markets, any destabilizing effects have yet to be felt in corporate earnings or optimism about the economy. Rising geopolitical tensions and increasing electoral share for populist parties are a concern for businesses. With policy becoming harder to predict, nearly half of executives see policy uncertainty as a key risk to their business and a similar number cite geopolitical tensions».

[311] In dottrina, diversi autori hanno evidenziato, soprattutto con riferimenti ai PVS, l'effetto negativo e disincentivante di un apparato giudiziario lento, corrotto o comunque politicizzato, sulla questione si veda: M. LONGO, *L' Arbitrato come condizione favorevole agli investimenti esteri*, cit., p. 736; C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, cit., p. 207; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 95.

[312] Si cfr. M. BIANCO, C. LUCARELLI e F. J. MAZZOCCHINI, *Arbitrato ed efficienza economica*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ESI, Napoli, 2019, p. 588, nonché gli studi di J.L. STAATS e G. BIGLAISER, *Foreign*

in specie all'ultimo di questi, che si è generata l'esigenza da parte della comunità internazionale di dotarsi di sistemi di tutela dell'investimento estero alternativi, o meglio complementari, sia alla Giurisdizionale nazionale sia alla protezione diplomatica, che, come già visto, in tale materia si sono rilevati strumenti di tutela non più idonei. Sicché, la dottrina specialistica, ha da sempre riconosciuto che la Conv. – tramite l'operato dell'arbitrato ICSID – ha proprio facilitato «il flusso di investimenti privati nei paesi del terzo mondo», andando così a generare un «clima favorevole al trasferimento di risorse e tecnologie da fonti private alle economie dei paesi in via di sviluppo»[313].

Allo stesso modo, come si ha già avuto modo di chiarificare nella parte introduttiva del presente lavoro, il clima degli investimenti è mutato, in senso favorevole, non solo con l'avvento della Conv., ma anche per via della sempre maggiore tutela offerta dai BITs e MITs[314]. Dunque, prendendo le mosse da tale assunto, considerando, come già più volte delucidato, che la disciplina degli investimenti esteri derivi da un «complesso articolato di fonti normative (diritto internazionale generale, accordi bilaterali e multilaterali, contratti tra Stati e stranieri e così via)»[315], e richiamando la tesi dottrinale per la quale il significato giuridico del termine investimento varia «di volta in volta a seconda degli scopi specifici degli strumenti normativi che vi fanno riferimento»[316], a tale punto della trattazione diviene necessario interrogarsi sulla portata di tali atti normativi internazionali e sulle definizioni, in questi contenute, del termine investimento.

---

direct investment in Latin America: The importance of Judicial strength and rule of law, in *International studies Quarterly*, 2012, p. 193 ss.

[313] Letteralmente G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, cit., pp. 14 e 15. In senso conforme anche A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1356.

[314] Opina così E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 196.

[315] Con queste parole AA.: P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 21.

[316] In questi termini M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., pp. 32 e 33, la quale Autrice richiama, appunto, la tesi sostenuta da D. CARREAU e P. JUILLARD, *Droit international économique*, cit. Sul punto si veda anche L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, cit., p. 94 (nota 18).

Capitolo 4: La definizione di investimento estero nel sistema ICSID.

SOMMARIO: 1. La nozione di investimento estero nei BITs e MITs. – 2. La nozione di investimento estero nella Convenzione di Washington del 1965.

1. La nozione di investimento estero nei BITs e MITs.

Definito il ruolo e il quadro in cui operano gli investimenti esteri, esaurita la trattazione relativa alla definizione economica dell'investimento e del relativo concetto di "sviluppo economico", nonché degli interessi sottesi alle operazioni di questo tipo, si può ora procedere all'analisi dei più rilevanti MITs e BITs al fine di individuare, sempre che vi sia, un *trait d'union* in merito alla nozione di investimento.

Anzitutto, preme precisare che, dal punto di vista metodologico, nel presente scritto, si aderisce a quella impostazione dottrinale per la quale sia i BITs che i MITs apportano, tramite le definizioni di investimento che gli stessi offrono, un rilevante contributo alla determinazione del possibile significato del termine "investimento"[317]. In punto di disciplina, tale rilevanza delle predette fonti internazionali è dovuta al fatto che la prima parte di tali trattati è dedicata alle definizioni terminologiche, tra le quali vi è appunto anche quella di "investimento", e che, come noto, tali definizioni «non hanno quindi carattere meramente descrittivo e costituiscono parte integrante del contenuto normativo degli strumenti in questione», pertanto «facilitano la comprensione di nozioni ancora incerte nel diritto internazionale consuetudinario e contribuiscono in tal modo al consolidamento di teorie che possono svilupparsi in quest'area»[318].

[317] Parte della dottrina milita in favore del predetto orientamento, *ex multis* si vedano i contributi di: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 182 e 183; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 32; L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 191. *Contra* G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 94 e 95. Aderisce ad un'impostazione mediana G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, cit., p. 757, il quale ribadisce che è vero che i BITs «contengono definizioni ampie e generiche di investimento, cui seguono liste solitamente indicative di ciò che costituisce un investimento protetto da quello specifico trattato», ma al contempo è ugualmente veritiero che alcuni BITs, e segnatamente i «più recenti sembrano aver adottato definizioni più specifiche e dettagliate».

[318] Opina così M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., pp. 32 e 38.

Tuttavia, si è consci del fatto che i trattati *de quo*, a volte, contengono definizioni molte ampie del termine "investimento"[319] e che gli stessi, anche quando si riscontrano tendenze uniformi, non sono comunque sufficienti «ad affermare l'esistenza di norme internazionali generali in quanto gli accordi in questione non rappresentano l'unica pratica rilevante in materia di investimenti»[320]. Nondimeno, le criticità poc'anzi richiamate non devono indurre a considerare come irrilevanti tali fonti pattizie, e ciò per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, è vero che tali fonti internazionali contengono spesso definizioni del concetto di investimento generiche, ma è altrettanto vero che «sarebbe del tutto vano cercare di identificare una nozione di investimento estero ai sensi del diritto internazionale non scritto»[321]. In secondo luogo, come sottolineato recentemente in dottrina, tale "vaghezza" nozionistica dei trattati *de quo* – relativamente al concetto di investimento – con il tempo è stata superata, in quanto sempre più trattati, e segnatamente i più recenti, «sembrano aver adottato definizioni più specifiche e dettagliate»[322].

Invero, tale maggiore precisione nozionistica dei BITs e MITs si è andata sviluppando non solo negli ultimi anni. Infatti, già più risalente dottrina aveva mostrato che dallo studio di tali trattati era emersa «la tendenza ad elencare dettagliatamente le operazioni, i beni, i diritti che rientrano nella nozione di investimento»[323]. Nel dettaglio, la menzionata letteratura, al fine di mettere in evidenza questa meticolosità dei testi dei BITs, richiamava un passato ed icastico accordo tra Repubblica Federale di Germania e Sudan del 7 febbraio 1963, il quale includeva nel termine investimento, tra le diverse cose[324], anche:

---

[319] Critica mossa da diversi Autori in dottrina, per tutti sia concesso rinviare a G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., pp. 94 e 95, il quale ritiene che i BITs relativamente alla definizione di investimento «non portano un decisivo contributo alla soluzione del problema» in quanto spesso non contengono proprio la definizione in esame, oppure perché utilizzano un'elencazione vasta e non tassativa.

[320] In questi termini L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 25.

[321] In tal guisa S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, cit., p. 568.

[322] Opina così G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, cit., p. 757.

[323] In questi termini L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 32.

[324] «The term "investment" shall comprise every kind of asset and more particulary, though not exclusively: (a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens pledges, usufructs and similiar rights; (b) shares or other kinds of interest in

«(d) copyrights, industrial property rights, technical processes, trade-names and goodwill». In aggiunta, è interessante rilevare che, oltre alla modernità dimostrata da tale trattato con il richiamo ad alcuni diritti della proprietà intellettuale (know-how, brevetto, ecc.) e industriale (avviamento, segni distintivi, ecc.), il suddetto BIT si caratterizzava per una rilevante minuzia terminologica.

Esaurita tale breve premessa in ordine alla rilevanza che i BITs (e come vedremmo anche i MITs) hanno assunto relativamente al diritto internazionale degli investimenti, ed in particolare in merito alla nozione stessa di investimento, è utile ricordare che proprio in merito a tale definizione i BITs e i MITs si possono dividere in quattro macrocategorie.

Appartengono alla prima categoria quegli accordi che definiscono in modo del tutto generico il termine investimento, e cioè quelli che contengono la cosiddetta *asset-based definition* di investimento. I trattati della seconda classe sono al contrario quelli che adottano una nozione dettagliata (ma elastica) del termine in esame. Quelli della terza specie, oltre a definire ciò che è investimento, chiariscono anche ciò che non è investimento. In ultimo, i trattati riconducibili alla quarta tipologia sono quelli che «anziché dare degli investimenti una definizione, generale o dettagliata che sia, fanno semplicemente rinvio alla legislazione dello Stato ospite»[325].

Un esempio lampante di trattato rientrante nella prima categoria di BITs e MITs, e cioè quelli dalle definizioni generiche, è il Trattato bilaterale tra Repubblica federale tedesca e l'Etiopia del 21 aprile 1964, il quale dispone: «The term "investment" shall comprise all categories of assets»[326]. In altre parole, tali trattati

companies; (c) titles to money or to any performance having an economic value;».

[325] Tale classificazione viene accolta da diversi e autorevoli studiosi della materia, si veda G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 95, ma anche L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., pp. 28 e 31. Invero tale classificazione è stata ampiamente riconosciuta anche dalla dottrina meno risalente: M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 38 ss.; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 61 ss.

[326] Tantoché, come evidenziato in dottrina E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 61, questa prima tipologia di BIT adotta quello che è stato definito come il «every kind of asset approach». Si vedano anche le definizioni contenute all'art. 8 del trattato del 1959 tra la Repubblica federale tedesca e il Pakistan, nonché quella all'art. 1.1 del BIT stipulato tra i Paesi Bassi e il Senegal del 1979, o ad esempio la definizione contenuta nell'accordo Romania-Sudan dell'8 dicembre 1978.

adottando l'*asset-based definition* di investimento definiscono lo stesso come "*every kind of asset*"[327].

Come già ribadito però, tali trattati, nel corso degli anni '90, hanno lentamente iniziato ad "estinguersi" in favore di un incremento dei trattati dalle definizioni più dettagliate e al contempo elastiche, e cioè di quei BITs e MITs che appartengono alla seconda tipologia della classificazione proposta[328].

Infatti, proprio tale seconda categoria di atti viene frequentemente utilizzata dallo Stato italiano, il quale nei propri BITs è solito impiegare la seguente formula: «per investimento si intende ogni bene investito da un investitore di una parte Contraente nel territorio dell'altra Parta Contraente, in conformità con la sua legislazione, indipendentemente dalla formula giuridica prescelta. Questo termine indica in particolare ma non esclusivamente:

a) Beni mobili ed immobili, nonché ogni altro diritto di proprietà *in rem*, come pegno, garanzia o ipoteca;

b) Azioni, obbligazioni, ed altri titoli, nonché depositi e ogni altra forma di partecipazione;

c) Crediti finanziari o qualsiasi altro diritto per il servizio avente valore economico;

d) Diritti di proprietà intellettuale, inclusi in particolare diritti d'autore, diritti di proprietà industriale come ad esempio diritti di brevetto, marchi commerciali, *designs* industriali, denominazioni commerciali, nonché *know-how*, segreti commerciali e avviamento commerciale;

e) Diritti per l'esercizio di attività imprenditoriali, conferiti per legge, per contratto o sulla base di qualsiasi licenza o concessione, rilasciati in conformità con la legislazione, incluso il diritto di prospezione; coltivazione, estrazione, o sfruttamento di risorse naturali»[329].

---

[327] Sul punto cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 459.

[328] Tale "estinzione", tale mutamento della prassi e della legislazione internazionale in favore di formule più dettagliate ma al tempo stesso più elastiche del termine "investimento" è ben nota in dottrina, cfr. M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 39; E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 61; S. DI BENEDETTO, *Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto Gatt/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri*, cit., p. 420 ss.

[329] Tale definizione è contenuta nel vigente BIT stipulato tra Italia e Federazione Russa il 9 aprile 1996, il quale tra l'altro è uno dei pochi a non richiamare l'arbitrato ICSID quale possibile arbitrato azionabile in caso di controversie, in quanto la Federazione Russa ha solamente firmato la Conv. nel lontano 1992 ma poi non ha mai proceduto a ratificarla.

Definizioni simili si possono rinvenire anche in altri BIT, come quello tra Italia e Repubblica popolare cinese del 28 gennaio 1985, quello tra Italia e Argentina del 22 maggio del 1990, per il quale rientrano nel novero degli investimenti (in aggiunta all'elenco soprariportato) anche le operazioni di sottoscrizione di obbligazioni, e titoli pubblici, e anche le forme di partecipazione societarie indirette e/o minoritarie. Ma si veda anche il recente BIT concluso tra Italia e Panama il 6 febbraio 2009, il quale include anche il denaro, titoli di credito e qualsiasi altro titolo o documento di Stato o pubblico[330]. Formule analoghe a quella soprariportata, va ribadito in ultimo, compaiono anche negli «accordi di tutti gli Stati Europei e generalmente anche nei BITs statunitensi»[331].

Dal testo dei BITs rievocati, si può facilmente evincere che l'Italia ed anche gli altri Paesi esportatori di capitali, prediligono adottare una definizione di investimento piuttosto puntuale (soprattutto in tema di diritti inerenti alla proprietà intellettuale) ma al tempo stesso elastica in quanto l'elenco delle operazioni contemplate non è esclusivo. A tal riguardo infatti, si deve evidenziare che, nonostante questa elasticità dovuta alla formula "non esclusiva" delle definizioni contenute nei BITs, si può affermare, ai fini della presente indagine, che si è registrata una notevole evoluzione del termine investimento. Nondimeno, non si può però considerare definitivamente superato il "*every kind of asset approach*" per il quale «The term "investment" shall comprise all categories of assets». Tuttavia, occorre rilevare che tale approccio è stato ridimensionato, in quanto, ad oggi, anche nei trattati in cui si fa riferimento a tale ampia nozione, spesso questa è «seguita da una qualificazione che tende a restringerne l'ampiezza»[332], come dimostrato dai testi di alcuni MITs, quali l'ECT e il NAFTA.

In particolare, nell'ECT, entrato in vigore dal 16 aprile 1998 (dal quale l'Italia ha notificato il recesso con efficacia a partire dal 2016), all'art. 1, par. (6), si riscontra ancora una

[330] Ma si veda anche il più risalente accordo bilaterale tra Italia e Marocco del 18 luglio 1990, il quale specifica che alcune tipologie di investimento (come i diritti inerenti alla proprietà intellettuale o quelli derivanti da concessioni e licenze pubbliche ad esempio), sono tali solo se contemplati in un contratto approvato da un'apposita Autorità governativa locale.

[331] In questi termini M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., pp. 40 e 41, (note 32 e 33). In particolare, l'Autrice richiama ad esempio il BIT tra Regno Unito e Argentina del 1990, quello tra Canada e Ungheria del 1991, nonché quello tra Stati Uniti ed Egitto del 1982.

[332] In questi termini E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. pp. 61 e 62.

definizione di investimento piuttosto ampia, per la quale «Investment means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor»: definizione che però viene in *primis* limitata al settore energetico, e poi legata a tutta una serie di operazioni[333].

Si pone nello stesso solco poc'anzi delineato, anche il NAFTA, entrato in vigore il 1° gennaio 1994, il quale adottando una *enterprise-based definition* di investimento[334], ha enucleato una definizione del termine investimento piuttosto dettagliata. In particolare, al capitolo 11, sezione C, art. 1139 dello stesso trattato[335], oltre ad esservi una definizione minuziosa di ciò che

[333] Nel dettaglio, "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes: (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges; (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise; (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment; (d) Intellectual Property; (e) Returns; (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector. Relativamente alle correlazioni tra investimenti e ECT cfr. E. GAILLARD, *Investments and investors covered by energy charter treaty*, in *Investment arbitration and the energy charter treaty,* (a cura di) C. Ribeiro, Jurisnet LLC, New York, 2006, p. 62 ss.; L. CASCONE, *Effetti dell'esclusione dell'umbrella clause dal campo di applicazione dell'accordo arbitrale ai sensi dell'energy charter treaty e rapporti con le altre previsioni del trattato*, in *Riv. arb.*, I, 2016.

[334] In questi termini L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, cit., p. 460, i quali specificano che la definizione investimento contenuta nel NAFTA è limitata ai soli investimenti esteri diretti.

[335] Per il quale «investment means: (a) an enterprise; (b) an equity security of an enterprise; (c) a debt security of an enterprise: (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise; (d) a loan to an enterprise: (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise; (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise; (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d); (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean, (i) claims to money that arise

si intende per investimento, vi è anche un elenco di operazioni che vengono tassativamente escluse dal novero degli investimenti (come quelle relative ai contratti commerciali per la vendita di beni o servizi), così come sono esclusi anche i relativi finanziamenti di operazioni meramente commerciali. Contrariamente, i prestiti alle imprese (purché affiliate all'investitore straniero e comunque di durata pari ad almeno 3 anni) sono considerati investimenti[336].

Un altro trattato multilaterale che ha contribuito alla consolidazione di un concetto di investimento più dettagliato è la Convenzione istitutiva della *Multilateral Investment Guarantee Agency* (d'ora in avanti MIGA), entrata in vigore nel 12 aprile 1988, la quale, all'art. 12, anche se non ha previsto una vera e propria definizione di investimento poiché contiene solamente un elenco delle «operazioni di investimenti ammissibili al beneficio della garanzia internazionale»[337], ha permesso di distinguere due delle condizioni principali che devono essere presenti affinché si parli di investimento e cioè un impegno di medio o lungo termine e il «high developmental impact in the host country»[338].

---

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)».

[336] Sul NAFTA sia concesso rinviare a L. MIGLIORINO, *La promozione e la protezione degli investimenti nell'accordo nord americano di libero commercio del 1992 (NAFTA)*, in *Dir. comm. Int*., 1994, p. 221 ss.

[337] Come precisa L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, cit., p. 35. Sulla portata e gli effetti dell'introduzione della Convenzione MIGA, *inter alia* si cfr. A. TITA, *Un nuovo strumento di protezione degli investimenti all'estero: la MIGA*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 1986, p. 469 ss.; T. TREVES, *La convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 1 ss.

[338] (a) Eligible investments shall include equity interests, including medium- or long-term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board. (b) Loans other than those mentioned in Section (a) above are eligible for coverage (i) if they are made to finance or are otherwise related to a specific investment or project in which some other form of direct investment is present, whether or not guaranteed by the Agency and regardless of when such other investment was made, or (ii) as may be otherwise approved by the Board by special majority. (c) The Board, by special majority, may extend eligibility to any other medium- or long-term form of investment. (d) Guarantees shall generally be restricted to investments the implementation of which begins subsequent to the registration of the application for the guarantee by the Agency or receipt by the Agency of other satisfactory evidence of investor intent to obtain guarantees from the Agency. Such investments may include: (i) a transfer of

In conclusione, è dunque innegabile la consolidata tendenza degli strumenti convenzionali *de quo* ad adottare una definizione di investimento dettagliata se pur non esclusiva[339], tantoché tali definizioni, come si è già detto, «facilitano la comprensione di nozioni ancora incerte nel diritto internazionale consuetudinario e contribuiscono in tal modo al consolidamento di teorie che possono svilupparsi in quest'area», anche se ciò non significa che le disposizioni pattizie, nel loro insieme, «provino l'esistenza di un concetto di investimento universalmente accolto»[340]. Tuttavia, un *trait d'union* tra i vari BITs e MITs, relativamente alla nozione di investimento, sembra esserci. Nel dettaglio infatti, in quasi tutti i trattati, bilaterali o multilaterali, vengono incluse nel novero degli investimenti le proprietà immobiliari e mobiliari (azioni e/o più genericamente gli interessi di un investitore in un'impresa e/o la costituzione di una impresa multinazionale), i diritti di proprietà intellettuale, i diritti nascenti in forza di concessioni, alle volte titoli di debito e prestiti e ovviamente tutti i redditi prodotti dagli investimenti e le attività associate agli stessi, nonché si sono delineate anche alcune caratteristiche che tali investimenti devono avere, quali una durata nel tempo medio lunga e un contributo allo sviluppo economico del paese.

foreign exchange made to modernize, expand, or develop an existing investment, in which case both the original investment and the additional investment may be considered eligible for coverage; (ii) the use of earnings from existing investments which could otherwise be transferred outside the host country; (iii) the acquisition of an existing investment by a new eligible investor; (iv) existing investments where an eligible investor is seeking to insure a pool of existing and new investments; (v) existing investments owned by an eligible investor where there is an improvement or enhancement of the underlying project or the investor otherwise demonstrates medium- or long-term commitment to the project, and the Agency is satisfied that the project continues to have a high developmental impact in the host country; and (vi) such other investments as may be approved by the Board by special majority. (e) In guaranteeing an investment, the Agency shall satisfy itself as to: (i) the economic soundnes of the investment and its contribution to the development of the host country; (ii) compliance of the investment with the host country's laws and regulations; (iii) consistency of the investment with the declared development objectives and priorities of the host country; and (iv) the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment.

[339] Per tutti G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 95

[340] In questi termini M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., pp. 38 e 45.

2. La nozione di investimento estero nella Convenzione di Washington del 1965.

Come già anticipato la Convenzione di Washington del 1965, non prevede nulla, o quasi, relativamente alla definizione del termine "investimento". Tale indeterminatezza era stata voluta dagli estensori della Conv. *de quo* per diversi motivi.

In primo luogo, tale vaghezza, come rilevato da risalente dottrina, è dovuta al «desiderio di non circoscrivere il campo d'azione» della Conv. stessa[341], garantendo così un'ampia estensione della giurisdizione del Centro ICSID. In secondo luogo, la mancata definizione del concetto di investimento è legata anche ad una ragione di natura squisitamente politico-economico. In particolare, preme rilevare che all'interno della *Legal committee on settlement of investment disputes*, e cioè la commissione (costituita dalla Banca Mondiale) a cui era stata affidata la redazione del testo finale della Conv., vi erano due orientamenti che in merito alla definizione di "investimento" militavano per due soluzioni contrapposte. Da un lato, vi erano i fautori di una definizione di investimento vaga e ampia, mentre dall'altro lato vi erano i sostenitori di una definizione più dettagliata[342]. Tale impasse, che rappresentava la contrapposizione di interessi in essere tra Paesi esportatori e importatori di capitali, verrà superato solamente con l'intervento del Regno Unito. Nello specifico, il succitato Paese «avanzò una proposta dimostratasi risolutiva: la Convenzione non avrebbe fornito una espressa definizione di investimento e le parti avrebbero stabilito quali controversie sottrare alla competenza dei Tribunali del Centro attraverso una specifica notifica effettuata dopo la ratifica della Convenzione, nei confronti degli altri Stati contraenti»[343].

---

[341] Letteralmente M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., p. 72. Nello stesso senso si vedano *ex multis* A. BROCHES, *The Convention on the settlement of investment disputes: some observation on jurisdiction*, cit., p. 268; C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., p. 114.; A. BEGHE' LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, cit., p. 1348; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 34; M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID,* cit., pp. 180 e 181 (nota 52).

[342] Come noto, gli Stati esportatori di capitali, al contrario dei PVS, propendevano per non adottare nessuna definizione del concetto di investimento. Sulla questione si cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 59 (nota 1 e 3).

[343] Come ricordato da E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 60. In punto di disciplina, ai sensi dell'art. 25, comma 4,

In realtà, proprio in riferimento alla suddetta dichiarazione "escludente" *ex* art. 25 comma 4 della Conv., mette conto rilevare che tale notifica «non ha effetto su accordi arbitrali già perfezionati», e che qualora lo Stato notificante stipulasse «un accordo arbitrale comprensivo di controversie che la notifica indicava come non soggette ad arbitrato, l'impegno espresso dallo Stato nell'accordo arbitrale prevale sul contenuto della notifica»[344].

Ciò detto, l'art. 25 comma 4, nonostante abbia permesso il superamento dello stallo creatosi dalla contrapposizione degli interessi tra Stati importatori ed esportatori in merito al fatto se adottare una definizione (dettagliata o meno) di investimento, non ha però sciolto i dubbi inerenti alla questione di che cosa debba intendersi per investimento. Infatti, la notifica "escludente" *de quo* persegue la mera funzione di estromettere – in base agli interessi dello Stato notificante – alcune categorie di controversie dalla competenza del Centro. Pertanto, ben potrebbero essere escluse categorie di controversie concernenti gli investimenti esteri che, a condizioni normali, sarebbero invece, a pieno titolo, arbitrabili in quanto rientranti nella Giurisdizione ICSID. Di conseguenza, si potrebbe sostenere che la funzione dell'art. 25 comma 4 è semplicemente quella di permettere ad alcuni Stati, pur aderendo alla Convenzione, di escludere determinati settori – quindi certi investimenti – dalla

---

«Ogni Stato contraente ha la facoltà, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della Convenzione oppure ad una data ulteriore, di portare a conoscenza dell'Ufficio la o le categorie di controversie da esso giudicate sottoponibili alla competenza dell'Ufficio. Il Segretario generale ne dà immediata notizia a tutti gli altri Stati contraenti. Detta notifica non costituisce il consenso di cui al capoverso 1)». Nel merito, preme evidenziare che diversi Paesi hanno effettuato la suddetta notifica esercitando così il diritto *ex* art. 25 comma 4. L'elenco completo delle notifiche è consultabile https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Notifications-Concerning-Classes-of-Dispute-(ICSID8D).aspx

[344] Come ribadito in dottrina, per tutti si cfr. L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p.29, (nota 76). Invero anche la giurisprudenza arbitrale ICSID è pacifica sul punto ICSID Case No. ARB/74/2, *Alcoa Minerals of Jamaica Inc v. Government of Jamaica*, Decision on Jurisdiction, 6 luglio 1975, YBCA, 1979,206 (per estratti); ICSID Case No. ARB/74/3, *Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica*, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 luglio 1975, 1 ICSID Reports, 1993,298; ICSID Case No. ARBI74/4, *Reynolds Jamaica Mines Limited and Reynolds Metals Company v. Government of Jamaica* (non pubblicata); ICSID Case No. ARB/02/5, *PSEG Global Inc., The North American Coal Corp., and Konya Ilgin Elektrik tretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic 01 Turkey*, Decision on Jurisdiction, 4 giugno 2004.

arbitrabilità ICSID, lasciando difatti, irrisolto il problema di che cosa debba intendersi per investimento.

Precisato ciò, oltre a quanto appena richiamato, l'art. 25 della Conv., chiarisce semplicemente che gli arbitri ICSID possono pronunciarsi solamente in merito alle «controversie d'ordine giuridico […] in relazione diretta con un investimento […]». Ed è proprio in ragione di tale genericità che la dottrina e la giurisprudenza arbitrale hanno tentato, in un continuo e costante dialogo, di gettare luce su che cosa debba intendersi per investimento[345].

Prima di addentrarsi nei predetti approdi dottrinali, occorre preliminarmente ricordare che, al netto delle considerazioni e delle definizioni di investimento emerse tra le varie correnti del diritto internazionale degli investimenti e della teoria economica, nel sistema ICSID non sono considerabili quali investimenti esteri tutta una serie di operazioni. In particolare, muovendo dal presupposto che «il concetto di investimento estero implica, *in re ipsa*, che il soggetto che effettua l'apporto appartenga ad uno Stato diverso da quello in cui viene eseguito», non hanno quindi rilevanza nel sistema in esame tutti gli investimenti realizzati da un investitore che appartiene allo stesso Stato in cui l'investimento viene ospitato[346].

---

[345] Come già anticipato la dottrina che si è interrogata sul significato del termine investimento è molto vasta, *ex multis*: D. KRISHAN, *A notion of ICSID investment*, in *Transnational Dispute Management*, cit.; N. RUBINS, *The notion of "investment" in international investment arbitration*, in *Arbitrating foreign investment disputes*, cit., p. 283 ss.; F. YALA, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, cit.; R. DOLZER, *The Notion of Investment in Recent Practice*, cit.; J. D. MORTENSON, *The meaning of "investment": ICSID's Travaux and the domain of international investment law*, cit., p.257 ss.; A. GRABOSWSKI, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, cit., *passim*.

[346] Sul tema della nazionalità dell'investitore straniero si veda quanto detto relativamente al requisito *rationae personae* al cap. 2 § 1 del presente lavoro. Ad ogni modo, non potendo approfondire la richiamata questione si vedano: A. DE LUCA *I requisisti di nazionalità degli investitori persone fisiche ai fini della giurisdizione ICSID*, cit., p. 797 ss.; F. PONZANO, *La giurisdizione ICSID rationae personae: il ritorno della dicotomia forma-sostanza in tema di nazionalità dell'investitore persona giuridica*, cit., p. 513 ss.; E. SAVARESE, *La legge applicabile alla questione preliminare della legittimazione ad agire in una recente pronuncia arbitrale ICSID*, cit.; ID., *La nazionalità delle società commerciali e la funzione del controllo: alcune riflessioni in margine alla decisione ICSID Tokios Tokelès v. Ucraine*, cit., p. 369 ss. A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore e competenza dei tribunali arbitrali ICSID (Commento a lodo arbitrale dell'International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case n. ARB/02/18, 29 aprile 2004)*, cit., pp. 359-399; A. MIGNOLLI, *Vacuum Salt: il primo gran rifiuto di un tribunale I.C.S.I.D.*, cit., p. 829 ss.

In aggiunta a ciò anche i prestiti ufficiali da parte dello Stato di appartenenza dell'investitore e i finanziamenti della Banca Mondiale o delle Istituzioni finanziarie multilaterali in generale (come l'*International Development Association*) non sono considerabili investimenti ai sensi della Conv. ICSID[347].

Precisato tale ambito, ed espunte tali operazioni dal quadro degli investimenti esteri, si possono ora esaminare le varie impostazioni, dottrinali e giurisprudenziali, che si sono formate in ordine al concetto di investimento. Senza pretese di esaustività, per quanto concerne la dottrina, quest'ultima ha manifestato diverse teorie in merito al significato del termine investimento.

Un primo orientamento specifica che non esisterebbe una nozione di investimento autonoma rispetto a quella che emerge dalla volontà delle parti e in particolare di quella adottata nei BITs vigenti tra le stesse[348].

Al contrario, secondo un opposto approccio, il cd. *typical characteristics approach*, viene riconosciuta una nozione oggettiva di investimento contenuta nella Conv. la quale però sarebbe legata a dei fattori, non indefettibili, caratteristici della nozione di investimento stessa, la cui presenza dovrebbe essere verificata da parte degli arbitri ICSID stessi[349].

Più recente dottrina, ha invece sposato il cd. *outer limit approach* o *double keyhole approach*, per il quale, tramite il *twofold test* o *double barrelled test*, una determinata attività economica può essere considerata investimento solo se viene definita come tale nell'accordo tra le parti, e se, contemporaneamente, soddisfa i requisiti impliciti della Conv.[350].

Per quanto concerne le acquisizioni giurisprudenziali, limitando l'oggetto di indagine alle sole pronunce che in qualche modo hanno contributo alla costruzione di un concetto di investimento, va rilevato che sono stati considerati investimenti sia quelli esteri diretti che quelli di portafoglio. A tal riguardo, preme richiamare la decisione del Tribunale arbitrale nel noto caso *Fedax v. Venezuela*, per la quale l'emissione di cambiali da parte dello Stato venezuelano fu considerata un investimento in

---

[347] Sul punto si veda C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, cit., p. 15.

[348] In questi termini D. KRISHAN, *A notion of ICSID investment*, cit.; ID., *A notion of ICSID investment*, in *Investement treaty arbitration*, 2005, p. 61.

[349] Per tutti si veda C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., p. 121.

[350] Sia concesso rinviare a L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p.32 (nota 94 e 95); E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. pp. 78 e 79.

quanto, da un lato, l'operazione era finalizzata al perseguimento di interessi Statali e, dall'altro, le cambiali rientravano nella definizione «every kind of asset», in particolare in quella «title to money», contenuta nel BIT tra i Paesi Bassi e il Venezuela[351].

Sempre sulla scia di tale pronuncia, è interessante notare che nel lodo *Ceskoslovenska Obchodn' Banka v. The Slovak Republic* anche le garanzie statali collegate a dei prestiti bancari, essendo legate all'investimento principale secondo il ben noto principio del «general unity of the investment», sono state considerate investimento[352].

Altra singolare pronuncia è quella relativa al caso *Mihaly v. Sri Lanka*, nella quale non furono considerate alla stregua di un investimento le semplici spese di natura precontrattuale riferite ad una lettera d'intenti. Invero tale esclusione, che si condivide, è dovuta al fatto che non possono ritenersi investimenti ai sensi della Conv. ICSID le mere spese sostenute dall'investitore straniero al fine di condurre delle trattative, appunto precontrattuali, qualora queste ultime non siano poi seguite, o meglio sfociate nella stipulazione di un contratto definitivo di investimento[353].

Un'altra storica pronuncia che ha contribuito più di tutte alla definizione del termine investimento è senza dubbio quella relativa alla nota vicenda *Salini v. Marocco*[354]. Dal lodo *de quo*, da cui poi prenderà il nome il noto *Salini test*, viene a definirsi ciò

---

[351] Come disposto nel ICSID Case NO. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Repubblic of Venezuela*, Decision of the Tribunal on objections to Jurisdiction, 11 luglio 1997, sulla questione cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 67; L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 30 (nota 82).

[352] In particolare, si veda ICSID Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodn' Banka v. The Slovak Republic*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 maggio 1999, ove il Tribunale arbitrale rigettò l'eccezione dello Stato slovacco per il quale non si doveva considerare investimento l'aver concesso una garanzia (da parte del proprio Ministero delle finanze) relativamente ad un prestito erogato da un investitore straniero ad un istituto bancario slovacco.

[353] Cfr. ICSID Case No. ARB/00/2, *Mihaly international corporation v. Sri Lanka*, Award, 15 marzo 2002, con nota di L. ZACCARIA, *Mihaly International Corporation: un nuovo caso di incompetenza di un tribunale ICSID*, in *Riv. arb.*, 2003, vol. 13, I, pp. 157 e 159.

[354] ICSID Case NO. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Marocco*, Decision on jurisdiction, 23 luglio 2001, con relativa nota di L. ZACCARIA, *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale d'appalto quale investimento*, cit., p. 398 ss. Su tale pronuncia si veda anche F. YALA, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, cit., *passim*; A. GRABOSWSKI, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, cit., *passim*.

che può essere considerato un investimento ai sensi dell'art. 25 Conv., in particolare si può considerare investimento l'attività che:

a) implichi un cospicuo contributo economico;

b) abbia una certa durata nel tempo;

c) comporti per l'investitore un rischio;

d) contribuisca allo sviluppo economico del Paese.

Prendendo le mosse dai citati requisiti introdotti dal *Salini test*, mette conto rilevare che, per quanto concerne il cospicuo contributo economico, in realtà, la Conv. non ha mai previsto espressamente tale requisito in quanto non ha stabilito valori minimi e massimi dei capitali investiti[355]. Tuttavia, anche qualora si volessero includere nella giurisdizione ICSID le operazioni di modesto rilievo economico, sembra comunque difficile immaginare una reale arbitrabilità di tali controversie stanti i rilevanti, seppur non esagerati – almeno in senso relativo – costi dell'arbitrato *de quo*[356].

Per quanto attiene alla durata minima dell'investimento, a differenza della Conv. che non prevede letteralmente una durata minima dell'operazione di investimento, la dottrina maggioritaria ha invece graniticamente ritenuto che la durata dell'investimento sia uno degli elementi essenziali dello stesso, poiché, secondo tale orientamento si può parlare di investimento solamente se la durata di questo ultimo è ricompresa trai 2 e 5

---

[355] Come rilevato da G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, cit., p. 99 (nota 52). Mentre è stata considerata irrilevante l'origine (locale o straniera) dei capitali stessi, cfr. ICSID Case No. ARB/05/7, *Saipem s.p.a. c. The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and recommendation on provisional measures, 21 marzo 2007, con nota di E. SAVARESE, *In margine al caso Saipem: tra allargamento della nozione di espropriazione e coordiamento "successivo" di giurisdizioni (Commento a ICSID - Tribunale arbitrale, 21 marzo 2007, caso arb. No. 05/07; Saipem s.p.a. c. Bangladesh)*, in *Dir. comm. Int.*, 2007, vol. 21, IV, p. 933 ss.

[356] Essendo già stato ampimante trattato il tema dei costi dell'arbitrato ICSID, sia concesso rinviare a quanto già detto nel cap. 2 § 3 del presente lavoro nonché a P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, cit., p. 39; ID., *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, cit., p. 136; L. LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 331; C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, cit., p. 28, Ad ogni modo si cfr. anche la *Schedule of Fees* dell'arbitrato ICSID, consultabile al sito https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx Secondo la quale, la *fee* di registrazione per depositare una domanda di arbitrato ICSID è pari ad $ 25.000,00 mentre la *fee* per i costi amministrativi annuali è pari ad $ 42.000,00, infine si consideri che per ogni giornata di lavoro degli arbitri, oltre i vari rimborsi spese, questi ultimi hanno diritto a vedersi corrisposta una *fee* di $ 3.000,00.

anni almeno[357]. A tal riguardo, e in senso favorevole alle conclusioni espresse nella pronuncia del *Salini test* in tema di durata dell'investimento, sia concesso rilevare che queste ultime ritrovano fondamento oltreché negli già richiamati approdi della Letteratura economica (si veda cap. 3 § 2)[358], anche in un *Draft* della Convenzione[359]. In punto di disciplina, secondo quanto previsto da tale *Draft* predisposto dalla Banca Mondiale si potevano considerare investimenti solamente le attività economiche aventi una durata pari o superiore ad almeno 5 anni. Tuttavia, l'anzidetto termine però fu poi espunto e quindi non venne mai introdotto nella versione definitiva della Conv.[360]. Ciò nonostante, il predetto *Draft*, merita comunque di essere rievocato almeno quale possibile mezzo complementare di interpretazione ai sensi dell'art. 32[361] della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969[362].

Qualcosa di simile a quanto suesposto in tema di durata dell'investimento, può essere detto in merito al requisito del contributo allo sviluppo economico che l'investimento estero deve apportare all'*Host State*. Infatti, non può sfuggire che tale

---

[357] In questo senso cfr. L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p.33 (nota 98).

[358] Parte della dottrina, ha sottolineato che, dal punto di vista economico l'investimento viene usualmente inteso come «l'attività economica, finalizzata al conseguimento di un profitto; la sua identificazione presuppone, in genere, la coesistenza di tre elementi: 1) un apporto che può assumere forme diverse dal contributo in moneta (ad esempio, un trasferimento di beni); 2) una durata medio-lunga; 3) una remunerazione in funzione dei rischi d'impresa», in questi termini L. ZACCARIA, *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale d'appalto quale investimento*, cit., p. 398 (nota 16). Si veda anche S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, cit., p. 157 ss.

[359] Si veda il *Draft Convention on the settlement of investement disputes between States and National of other States*, del 11 settembre 1964.

[360] Su tale questione cfr. E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 60 (nota 4).

[361] Ricordando però che «è pacifica la prevalenza dei mezzi di cui alla regola generale [e cioè quelli di cui all'art. 31] rispetto ai mezzi di interpretazione ex art. 32, cui il ricorso è ammesso in via supplementare» in questi termini L. MAROTTI, *L'interpretazione autentica dei trattati in materia di investimenti*, in *Dir. Comm. Int*., III, 2018, p. 656, e in senso analogo M. STARITA, *L'interpretazione dei trattati che determinano frontiere,* in *Riv. Dir. Int.*, II, 2015, p. 337 ss. *Contra* J. KLABBERS, *International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?*, in *Netherlands Int. Law Review*, 2003, p. 267 ss.

[362] Convenzione adottata a Vienna il 23 maggio 1969, ratificata in Italia con l. 12 febbraio 1974 n. 112 ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980. D'ora in avanti Conv. Vienna.

requisito, tra l'altro uno dei più controversi[363], pur non essendo previsto nel testo della Conv., viene invece accolto nel Preambolo della stessa, il quale richiama «la necessità di una cooperazione internazionale per lo sviluppo economico e l'importanza assunta, in tale ambito, dagli investimenti privati internazionali». Pertanto, in forza della rilevanza interpretativa che assumono i Preamboli in materia di trattati e Convenzioni internazionali[364], non è peregrino prevedere come requisito essenziale di una operazione di investimento la capacità di questo ultimo di contribuire allo sviluppo economico dell'*Host State*. Tantoché, sulla scorta delle conclusioni del *Salini Test*, non è stata, ad esempio, considerata come investimento, proprio perché in difetto del requisito del contributo allo sviluppo economico, un'operazione economica consistente nell'apertura di uno studio legale[365].

[363] Infatti, preme ribadire che la Giurisprudenza arbitrale ICSID si è mostrata, in merito alla necessarietà o meno di tale requisito, in parte divisa o comunque non pacifica. Oltre ad essere stato richiesto nel lodo *Salini v. Marocco*, il requisito del contributo allo sviluppo economico fu considerato essenziale *inter alia*, nei lodi: ICSID Case No ARB/99/7, *Mr. Patrick Mitchell v. Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1° novembre 2006 e ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, Decision on Jurisdiction, 17 maggio 2007. Invero quest'ultima decisione sarà poi annullata, nel ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government o/Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, 16 aprile 2009, nella quale non è stato considerato essenziale il contributo allo sviluppo economico del Paese. Ugualmente, tale requisito non ha trovato applicazione anche in ICSID, cfr. ICSID Case No. ARB/05/3, *L.E.S.I. s.p.A. and ASTALDI s.p.A. v. Algeria*, Decision, 12 luglio 2006, ove il Tribunale arbitrale ha qualificato il contributo allo sviluppo economico non quale specifico requisito per la sussistenza di un investimento, poiché lo stesso sarebbe implicito negli altri tre criteri indicati. Anche in altre pronunce arbitrali non si è considerato il contributo allo sviluppo economico dell'*Host State* quale elemento della nozione di investimenti, cfr. ICSID Case No. ARB/07/20, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, Decisione del 14 luglio 2010, par.111; ICSID Case No. ARB/98/2, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, Decisione dell'8 maggio 2008, par. 232.

[364] In ragione di quanto previsto ai sensi dell'art. 31 della Conv. Vienna. Sugli effetti dell'art. 31 della Conv. Vienna, la Dottrina è molto ampia, *ex pluribus*: A. CRIVELLARO, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti internazionali*, in *Dir. comm. int.*, IV, 2001, p. 792; M. VALENTI, *Gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, Giappichelli, Torino, 2009.

[365] Si cfr. ICSID Case No ARB/99/7, *Mr. Patrick Mitchell v. Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1° novembre 2006, ove l'apertura di uno studio legale da parte di un cittadino americano, poi chiuso per via dell'intervento delle forze dell'ordine locali non è stato considerato un investimento tutelabile data l'assenza di un valido contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante.

Al contrario però, a dimostrazione dell'altalenante andamento della Giurisprudenza ICSID in materia, si evidenzia che il noto lodo *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia* per il quale, proprio poiché in difetto del requisito del contributo allo sviluppo economico, non fu considerata un investimento l'operazione di recupero di beni archeologici, fu poi stato annullato nel relativo giudizio di annullamento[366].

In ultimo, per quanto riguarda il requisito del rischio (quale elemento necessario di un investimento), si registrano diverse pronunce e orientamenti, anche contrastanti, della Giurisprudenza ICSID. Nello specifico, secondo una parte di quest'ultima, si è ritenuto tale requisito, in verità, al più come un sub-requisito, e cioè un fattore (quello del rischio) implicito, e cioè contenuto per sua stessa natura in ogni relazione contrattuale di lungo termine[367]. Al contrario, secondo un diverso approdo il requisito del rischio, *rectius* il requisito della regolarità dei profitti (tema strettamente connesso al requisito del rischio), non è stato pacificamente riconosciuto quale elemento necessario dell'investimento. A riguardo si richiama il lodo del caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic o/ Tanzania*, nel quale è stata considerata un investimento anche un'operazione economica con basso profilo di rischio e guadagno cd. *loss leader*[368].

Preso atto delle discordanti posizioni che si sono formate in merito ai dibattuti requisiti dell'investimento cristallizzati nel

---

[366] ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, Decision on Jurisdiction, 17 maggio 2007, decisione poi annullata, nel ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government o/Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, 16 aprile 2009. Sul punto cfr. G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, cit., p. 757. Si veda anche ICSID Case No. ARB/98/2, *Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, 8 maggio 2008, nella quale decisione, invece, il recupero delle partecipazioni societarie (confiscate) del giornale *El Clarín* (uno dei più importanti giornali del Cile e che quindi aveva contribuito allo sviluppo economico, sociale e culturale del Paese) è stato considerato un investimento tutelato.

[367] In questo senso si vedano i casi: ICSID Case No. ARB/00/6, *Consortium R.FC.C. v. Kingdom o/ Morocco*, Decision on jurisdiction, 16 luglio 2001; ICSID Case No. ARB/03/11, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic o/ Egypt*, Award, 30 luglio 2004; ICSID Case No. ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic o/ Pakistan*, Decision on jurisdiction, 14 novembre 2005. In dottrina si veda L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., p. 33 (nota 99).

[368] Si veda a riguardo ICSID Case No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic o/ Tanzania*, Award, 24 luglio 2008.

c.d. *Salini Test*[369], si sottolinea che tale decisione, secondo certa parte della dottrina, «non ha dettato alcun test, né ha trasformato gli elementi utilizzati per la sua ricostruzione in necessari elementi costitutivi della nozione di investimento»[370]. In altre parole, tale dottrina, ritiene che la pronuncia *de quo* (e le altre che l'hanno preceduta)[371] abbia solamente fornito degli «elementi che devono essere apprezzati da ciascun Tribunale», i quali organi giudicanti però, sarebbero tenuti a dare rilievo anche ad altri elementi tra cui gli interessi e la condotta delle parti ed anche le definizioni di investimento contenute nei trattati di investimento[372].

A stretto rigore, nonostante il riportato orientamento dottrinale, che si condivide solo in parte, non può comunque negarsi che la decisione in esame sia attualmente la pronuncia ICSID che, avendo dettato degli "elementi" dettagliati ed in linea con la natura e lo scopo della Conv. stessa (i quali tra l'altro alle volte coincidono anche con quelli richiesti da alcuni trattati multilaterali, come ad esempio il requisito della durata medio-lunga dell'investimento[373] e quello del contributo allo sviluppo

[369] Come ricorda L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento,* cit., pp. 32 e 33 (nota 96), a riguardo si vedano le seguenti pronunce: ICSID Case No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic o/ Tanzania*, Award, 24 luglio 2008; ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government o/Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, 16 aprile 2009, p. 69 ss.

[370] In questi termini E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 66 (nota 21). *Contra* M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 347 (nota 83); L. ZACCARIA, *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale d'appalto quale investimento*, cit., p. 398 ss.; ID., *Mihaly International Corporation: un nuovo caso di incompetenza di un tribunale ICSID*, in *Riv. arb.*, 2003, vol. 13, I, p. 157.

[371] ICSID Case NO. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Repubblic of Venezuela*, Decision of the Tribunal on objections to Jurisdiction, 11 luglio 1997; ICSID Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodn' Banka v. The Slovak Republic*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 maggio 1999.

[372] Opina così E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, cit. p. 67 ss., il quale precisa che, anche certa Giurisprudenza ICSID non ha ritenuto gli "elementi" dettati dal *Salini test* quali "elementi" necessari affinché si possa parlare di investimento, cfr. ICSID Case, No. ARB/03/6, *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, inc. v. Republic of Ecuador*, Decisione del 31 luglio 2007.

[373] Si evidenzia che ai sensi del capitolo 11, sezione C, art. 1139 del NAFTA, i prestiti alle imprese sono considerati investimenti, e non operazioni meramente commerciali, solo se hanno una durata superiore ai 3 anni.

economico[374]), ha contribuito ad arricchire e delineare con il maggior grado di precisione il concetto di investimento estero.

Sulla scorta dei citati sforzi profusi dalla Giurisprudenza ICSID, ad oggi sembrerebbe pacifico considerare come investimenti esteri le operazioni riguardanti le proprietà immobiliari[375] e mobiliari (anche di minoranza)[376], la sottoscrizione di titoli di debito[377] (anche sovrani)[378], la sottoscrizione di contratti di appalto[379], gli accordi/concessioni per lo sfruttamento di risorse naturali[380], e addirittura i prestiti bancari se legati all'investimento principale secondo il ben noto principio del «general unity of the investment»[381].

In conclusione, non è ancora possibile discutere di una definizione univoca del concetto di investimento estero, ma, al più, si possono rinvenire solamente diversi "frammenti" terminologici dello stesso. Tuttavia, in ragione di quanto emerso dalla vivace discussione condotta in seno ai Tribunali ICSID e dalle definizioni, più o meno flessibili, che si sono formate

---

[374] Si veda l'art. 12 della MIGA il quale richiede, affinché si possa parlare di investimento che lo stesso determini un «high developmental impact in the host country».

[375] *Inter alia* ICSID Case No. ARB/84/3, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, 14 aprile 1988.

[376] *Ex pluribus* ICSID Case No. ARB/87/3, *Asian agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Award 21 giugno 1990.

[377] *Ex multis* si veda il citato lodo ICSID Case NO. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Repubblic of Venezuela*, Decision of the Tribunal on objections to Jurisdiction, 11 luglio 1997.

[378] Si veda la pronuncia relativa alla controversia che ha coinvolto circa 60.000 *bondholders*: ICSID Case No. ARB/07/5, *Abaclat and others v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 agosto 2011, con note di A. DE LUCA, *L'arbitrato ICSID e l'azione collettiva: alcune osservazioni a margine del caso Abaclat*, in *Riv. arb.*, 2012, vol. 22, I, p. 159 ss.; M.C. DE GIOVANNI DI SANTA SEVERINA, *Prima vittoria per i 60.000 obbligazionisti italiani sull'Argentina: l'ICSID apre le porte ai diritti derivanti dai sovereign bonds scambiati sui mercati finanziari secondari (Commento a Articolo 25(1) della Convenzione di Washington del 1965 - Articolo 1(1) del Trattato bilaterale di promozione e protezione degli investimenti tra Italia e Argentina (BIT)),* in *Dir. comm. Int.*, 2011, vol. 25, IV, p. 1061 ss.

[379] Si cfr. la richiamata pronuncia ICSID Case NO. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Marocco*, Decision on jurisdiction, 23 luglio 2001.

[380] Si veda, *ex multis* ICSID Case No. ARB/74/3, *Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica*, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 luglio 1975, 1 ICSID Reports, 1993,298.

[381] Tale principio è stato riconosciuto in varie sentenze, *inter alia*: ICSID Case No. ARB/72I1, *Holiday Inns S.A. and Others V. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 1° luglio 1973; ICSID Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obchodn' Banka v. The Slovak Republic*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 maggio 1999.

nell'intrecciato tessuto normativo filato dai vari BITS e MITs, sembra possibile riconoscere che i predetti "frammenti" terminologici abbiano concorso a determinare un "nucleo duro" e per così dire "grezzo" del concetto di investimento[382]. In particolare, tali "frammenti" si sono tra loro uniti sulla base di alcuni elementi "attrattori"[383], i quali, nella loro funzione e veste di elementi dell'investimento estero, hanno permesso il consolidarsi del richiamato nucleo del concetto di investimento.

[382] Beni mobili e immobili, titoli di debito anche pubblici, proprietà intellettuale, contratti di appalto e concessioni, prestiti bancari e le attività collegate a queste, ecc.

[383] La durata medio-lunga dell'operazione, il contributo allo sviluppo economico del Paese ospitante, l'assunzione di un concreto rischio operativo e la compatibilità con la normativa locale e la regola generale della buona fede. Sulla compatibilità dell'investimento alla normativa locale e alla regola generale della buona fede, si veda ICSID Case No. ARB/03/25, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Award, 16 agosto 2007; ICSID Case No. ARB/06/5, *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, Award, 15 aprile 2009, sul tema cfr. G. ZARRA, *Corruption in international investment arbitration: in defence of the «zero tolerance» approach*, in *Dir. comm. Int.*, IV, 2017, p. 1037 ss.; A. DE LUCA, *Violazione del principio del contraddittorio e annullamento ICSID: il caso Fraport AG Frankfurt c. Repubblica delle Filippine*, cit., p. 667-712.

Conclusioni.

Come anticipato nella prima parte della presente ricerca, ove venivano illustrate le finalità e gli obbiettivi dello scritto, si è precisato che lo stesso si è rivolto, sin dalla sua genesi, in modo particolare allo studio delle questioni giuridiche sottese al problema della qualificazione dell'investimento estero, ma, a livello più generale, si è tentato anche di trovare una possibile risposta a quella primordiale domanda, o meglio esigenza, del giurista di rinvenire per determinati atti/fatti/situazioni una precisa definizione[384].

Ciò detto, pare opportuno precisare che cosa si debba intendere per "definizione". A riguardo, la definizione altro non è che «la formulazione per mezzo di altri termini delle condizioni di applicazione di un termine»[385], o meglio è «l'espressa attribuzione di un significato a una parola»[386]. Pertanto, sulla scia di quanto detto, nel settore giuridico la definizione legislativa può essere considerata «tautologicamente la definizione di un termine (rappresentato da un singolo vocabolo o da una espressione composta da un complesso di vocaboli ben formato) che viene posta nel contesto di una legge o, più genericamente, di un documento normativo»[387].

Coerentemente con quanto appena rilevato, e condividendo quell'orientamento dottrinale per il quale lo scopo delle definizioni legislative è quello di «precisare il significato dei termini adoperati in altri enunciati giuridici»[388], l'intervento definitorio del legislatore assume la funzione di mezzo con il quale ridurre la «vaghezza tipica della maggior parte delle parole e quindi dei discorsi nell'uso ordinario»[389]. Quindi, le

---

[384] In merito alla necessità di avere delle definizioni nella scienza giuridica si cfr. S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, in *Grammatica e diritto*, (a cura di) S. Pugliatti, Giuffrè, Milano, 1978, p. 235, il quale già – primo fra molti – aveva evidenziato l'importante collegamento tra le definizioni e gli interessi umani giuridicamente rilevanti.

[385] Opina così U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Il linguaggio del diritto*, (a cura di) U. Scarpelli, P. Di Lucia, LED, Milano, 1994, p. 311.

[386] Letteralmente A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ*., V, Torino, 1989, p. 149.

[387] In questi termini G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 154.

[388] Si veda M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 5 ss.

[389] Tale finalità, o meglio tale intervento del Legislatore mira a rispondere a quella domanda di certezza, «legata all'esigenza dei singoli di sapere quale sarà la qualificazione giuridica delle proprie azioni» G. PINO, *Linguaggio giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero*

definizioni esprimerebbero una «sintesi di valenza aggregativa: ogni scienza tende a creare il suo particolare modo di esprimersi, e l'introduzione di termini ed espressioni tecniche, non soltanto è inevitabile, ma giova alla sua precisione e rigore»[390], sicché, non sembrerebbe peregrino riconoscere un valore positivo alle definizioni, ed è per questo che le stesse sono «non soltanto opportune ma necessarie»[391].

Tale positività o utilità delle definizioni però, come si era già detto, non è mai stata pacificamente riconosciuta nella Letteratura giuridica, tanto è vero che parte di quest'ultima, al contrario, si è mostrata scettica verso l'utilizzo di definizioni stringenti, e favorevole invece – in certi settori – all'utilizzo delle cosiddette clausole generali[392]. Come noto, queste ultime sarebbero quelle clausole[393] che lascerebbero ai giudici (anche a quelli "privati" come gli arbitri ICSID), o comunque all'interprete, «una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto»[394].

---

giuridico e al diritto positivo, (a cura di) G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, Torino, 2013, p. 275.

[390] Con queste parole A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Giappichelli, Torino, 1975.

[391] Sul punto si veda P. PERLINGERI, *Diritto Civile nella Legalità Costituzionale secondo il sistema Italo-Comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, p. 229, il quale precisa ulteriormente «il ricorso alle definizioni è, in molte ipotesi, insostituibile e quasi sempre utile, poiché contribuisce a ridurre i margini di discrezionalità interpretativa». Nello stesso senso M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragramatica*, in *An. Dir.*, 1995, p. 109 ss.

[392] Parte della dottrina auspicava l'utilizzo delle clausole generali per via della loro "indeterminatezza intenzionale", cfr. S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1987, p. 709 ss.; ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 e 89. Ma si veda anche P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1689 ss., secondo l'Autore le clausole generali costituiscono uno strumento «ineliminabile» della tecnica legislativa, tantoché «dopo che sono state abbandonate la tentazione e l'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica», le norme a contenuto indeterminato risultano «indispensabili all'attività dei giudici, una volta rimosso il pregiudizio che attraverso norme a contenuto elastico ed indeterminato dai giudici possa favorirsi l'arbitrio e la pretesa creativa di diritto». Sulla scorta di tali considerazioni, la medesima dottrina, ha sottolineato che le locuzioni come «correttezza», «buona fede», «lealtà», «buon costume», sembrerebbero essere «indispensabili nella società moderna, ed anzi meglio rispondenti alla pluralità di tradizioni e orientamenti che in essa convivono».

[393] Sul tema delle clausole generali la dottrina è molto estesa, si vedano *ex multis* P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998 p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1984, p. 539 ss.

[394] In questi termini P. PERLINGERI, *Diritto Civile nella Legalità Costituzionale secondo il sistema Italo-Comunitario delle fonti*, cit., p. 223.

A seguito di tali approdi è comunque imperativo rammemorare che «nessun ordinamento può evitare di ricorrere a "clausole generali", ma al contempo nessun ordinamento potrebbe basarsi esclusivamente su clausole generali»[395], questo perché da un lato sia la tecnica delle clausole generali che quella di tipo regolamentare (o per fattispecie astratte) «non sono antitetiche ma si combinano di volta in volta»[396].

Tali considerazioni, anche se di origine e cultura giuridica tipicamente interna, ben si collegano comunque al problema, di natura internazionale, della definizione del concetto di investimento estero. A tal riguardo, come più volte ricordato, si evidenzia che il problema della mancata definizione del termine investimento ha una natura marcatamente politico-economica. In particolare, i Paesi esportatori di capitali – sin dai tempi dei lavori preparatori della Convenzione di Washington – hanno mostrato un forte disinteresse nell'adozione di una definizione dettagliata di investimento estero, e questo per l'ovvia ragione di ottenere per i propri investitori una tutela sempre ampia dinnanzi al Centro ICSID.

Allo stesso tempo, è vero anche che gli stessi redattori della Convenzione, come più volte ribadito, hanno strizzato l'occhio ad una "non-definizione" del concetto di investimento, in modo tale da riservare ai Tribunali ICSID il potere, di volta in volta, di colmare quel "vuoto" normativo. E così di fatto è stato.

Prendendo le mosse da quanto appena rilevato, pur condividendosi l'idea, perlomeno ai tempi della redazione Convenzione, di evitare un intervento legislativo stringente[397] in

[395] In questi termini G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It*., 2011, p. 1704 ss., ma nello stesso senso, si vedano anche i contributi di M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione,* in *Riv. critica dir. privato,* 2011, p. 345 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto,* in *Riv. critica dir. privato,* 2011, p. 473 ss.

[396] Condividendo quanto sostenuto da P. PERLINGERI, *Diritto Civile nella Legalità Costituzionale secondo il sistema Italo-Comunitario delle fonti*, cit., p. 226.

[397] Che poi il tema relativo all'opportunità o meno di evitare interventi legislativi invasivi del mercato ha da sempre coinvolto la dottrina nazionale si veda: V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm*., 2004, I, pp. 181 e 190, il quale scriveva sul problema della regolamentazione che questa: «si traduce in un problema politico, nel senso che il potere politico sia capace di stabilire un codice di regole non una legislazione puntuale ed invasiva, ma principi precisi e univoci […]». Ma anche P. PERLINGERI, *Diritto Civile nella Legalità Costituzionale secondo il sistema Italo-Comunitario delle fonti*, cit., p. 570, il quale parlando del mercato lo definisce così: «il mercato è per definizione, un'istituzione economica e giuridica ad un tempo, rappresentata dal proprio statuto normativo, come tale caratterizzato da scelte politiche». Ed è per questo che il mercato non viene considerato un luogo naturale ma bensì artificiale in quanto condizionato dal contesto sociale, culturale e normativo,

merito alla definizione del termine "investimento estero", oggi, al contrario, in forza anche del rinnovato dinamismo del mercato degli investimenti, nonché in ragione dei nuovi (dis)equilibri economici mondiali, sembrerebbe invece necessario tornare a parlare del concetto di investimento estero. Dialogo, quello sui confini e gli elementi essenziali dell'investimento estero, che dovrà essere condotto acquisendo quanto fino ad oggi si è consolidato nei rammentati sforzi profusi dalla dottrina e dalla giurisprudenza ICSID, in modo tale da costruire una definizione di investimento che sia il più possibile certa[398] e condivisa tra i Paesi membri della Convenzione, ma anche tale da permettere a tutti i Paesi non membri ICSID[399] di poter superare quella loro strutturale diffidenza avverso lo strumento arbitrale *de quo*.

Preso atto delle ragioni per le quali il dialogo sul significato del termine "investimento estero" dovrebbe essere ripreso, sembrerebbe possibile affermare che, almeno oggi, concepire una definizione del concetto di investimento estero possa essere utile, o comunque non sembra più sostenibile la tesi secondo la quale una definizione in questa materia sia solo di intralcio all'operato del Centro ICSID, e questo per due ordini di motivi. In primo luogo, l'esigenza di una definizione si rinviene ed è provata dagli evidenti sforzi, sopportati dalla dottrina e giurisprudenza arbitrale ICSID, finalizzati all'enucleazione dei caratteri essenziali dell'investimento estero. Tantoché, a stretto

in questo senso: N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 11, il quale discute di *locus artificialis* e non *naturalis*. Sul punto cfr. anche, *ex pluribus*: P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 325 ss.; P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia?,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 887 ss.

[398] Il problema della qualificazione, della ricerca della normativa maggiormente adeguata a disciplinare un fenomeno, è un passaggio necessario in quanto ogni "mercato" – compreso quello degli investimenti esteri – necessità di norme che da un lato lo legittimino e dall'altro lo regolino, come insegnato da autorevole dottrina: G. OPPO, *Impresa e mercato*, cit., p. 429 s., il quale scriveva «impresa e mercato hanno bisogno di regole certe», questo al fine di evitare «il rischio che l'ordine del mercato degeneri in disordine del mercato». Nello stesso senso si veda anche: N. IRTI, *Diritto ed economia, Problemi e orientamenti teorici*, Padova, Cedam, 1999; G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Giuffré, Milano, 1997, p. 153.

[399] Si sottolinea che alcuni Stati sono ancora restii ad entrare nel sistema ICSID, ad esempio in Europa non è membro ICSID la Polonia, mentre nell'America Centrale il Messico ha solamente (nel 2018) firmato la Conv. ma non l'ha ancora ratificata, e lo stesso dicasi per la Federazione Russa la quale ha firmato la Conv. nel lontano 1992 ma non la ha mai ratificata. Inoltre, si evidenziano che, ancor più significativi sono i casi del Brasile, India, Libia e Iran i quali sono del tutto estranei al sistema in esame in quanto non hanno né firmato né tantomeno ratificato la Conv.

rigore, l'adozione di una definizione certa del termine investimento estero provocherebbe – almeno in parte – una maggiore tutela degli investitori, in quanto questi ultimi avrebbero così una maggiore capacità di prevedere l'ammissibilità o meno dei propri ricorsi ICSID (in punto di competenza), evitandosi di conseguenza inutili (e soprattutto onerosi) giudizi dichiarati poi inammissibili. In secondo luogo, perché l'art. 25 comma 4 della Conv. non sembrerebbe aver avuto quell'effetto sperato. E cioè, non sembrerebbe – almeno in modo rilevante – aver favorito l'ingresso di quei Paesi che, già nel lontano 1965, si erano mostrati cinici nei confronti dell'ICSID e che difatti lo sono rimasti fino ad oggi (basti pensare alla mancata adesione del Brasile, dell'India, della Polonia e di altri rilevanti Paesi).

In questo scenario, considerate le utilità che si conseguirebbero con l'introduzione di una definizione del termine investimento, oggi i tempi sembrerebbero essere maturi e favorevoli all'accoglimento di una definizione di investimento estero. Definizione però che dovrebbe rinvenire la sua genesi in quel "nucleo duro" (a cui si è fatto precedente riferimento) del concetto di investimento così come definito dalla giurisprudenza arbitrale e dalla dottrina richiamata, in modo tale da non creare una situazione di *shock* per il sistema ICSID, anche perché la gemmazione di una definizione non può avvenire in totale discostamento dal quadro da cui si è originata l'esigenza definitoria stessa.

E se è pur vero che, come profusamente sostenuto da autorevole dottrina, i mutamenti economici comportano degli speculari mutamenti dei concetti di diritto[400], ciò non deve indurre a ritenere il diritto, e segnatamente quello che si esprime nelle forme delle definizioni legislative scritte, uno strumento vetusto. E ciò lo hanno magistralmente dimostrato i testi e le definizioni di alcuni BITs e MITs, i quali, se pur risalenti nel tempo, non si sono rilevati anacronistici, anzi, questi ultimi, semmai, hanno abilmente messo in risalto quella correlazione storica che lega il diritto all'economia e che li conduce a non essere mere sfere separate e contrapposte, ma, al contrario, realtà strettamente intersecate[401], ove il diritto, appunto, non può fare altro che ricevere e tutelare la materia economica[402].

---

[400] Su tale questione si veda T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, a cura di T. Ascarelli, Giuffrè, Milano, 1959, p. 46.

[401] Come evidenziato da P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 265.

[402] Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 33.

In conclusione, visto che «la certezza del diritto è una meta tendenziale che non sempre è raggiungibile in concreto», e che quindi «il diritto è [e rimane sempre] una necessità»[403], non si comprende perché si debba rifiutare una definizione di investimento estero laddove questa sia utile, ma anche coerente con i pregressi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali dai quali la stessa ha tratto ragione e struttura, non obliando, in ultimo, che il diritto è, e dovrà sempre essere, sintesi dei problemi ma anche delle soluzioni degli uomini[404].

[403] In questi termini F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2017, pp. 7 e 3.

[404] Opina così P. PERLINGERI, *Diritto Civile nella Legalità Costituzionale secondo il sistema Italo-Comunitario delle fonti*, cit., p. 5.

Bibliografia

P. ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti esteri*, Cedam, Padova, 2002;

P. ACCONCI, *Il collegamento fra stato e società quale presupposto per la competenza del tribunale Iran-Stati Uniti*, in *Dir. comm. int.*, I, 1998, p. 135;

N. ACOCELLA, *Imprese multinazionali e investimenti diretti*, Giuffrè, Milano, 1975;

G. ADINOLFI e M. VELLANO, *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici,* Giappichelli, Torino, 2013*;*

R. ALFORD, *Scholars Debate Investment Arbitration Chapter in TPP and TTIP*, 7 aprile 2015, in www.kluwerarbitrationblog.com;

G. ALPA e V. VIGORITI, *Arbitrato (nuovi profili dell')*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, IV, 2011;

S. ALVARO e P. CICCAGLIONI, *I Fondi Sovrani e la regolazione degli investimenti nei settori strategici*, in *Discussion Papers Consob*, 2012;

G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Giuffrè, Milano, 1997, p. 153;

C. F. AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxfrod university press, Oxford, 2008;

C. F. AMERASINGHE, *The Jurisdiction of the international Centre for the Settlement of Investment Disputes*, in *Indian J. Intl. L.*, 1979;

C. F. AMERASINGHE, *The Jurisdiction of the international Tribunals*, Brill Nijhoff, 2003;

A. ANTONIETTI, *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2006, p. 427 ss;

T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, a cura di T. Ascarelli, Giuffrè, Milano, 1959, p. 46;

R. ASTORGA, *The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence*, in *Max Planck United Nations Yearbook*, Vol. 11, 2007;

A. ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Giuffrè, Milano, 2009;

A. ATTERITANO, *Arbitrato estero*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 2007;

M. AUDIT e M. FORTEAU, *Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration?,* in *Journal of International Arbitration*, 2012, p. 585 ss.;

F. AULETTA et Al., in *Diritto dell'arbitrato rituale*, (a cura di) G. Verde, Giappichelli, Torino, 2000;

L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, F. Vallardi, Milano, 1937;

B. BAREL e S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 427;

A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello stato*, in *Europa e Diritto Privato*, III, 2015;

A. BARLETTA, *L'exequatur dei provvedimenti cautelari arbitrali stranieri (tendenze e prospettive di riforma)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, IV, p. 1193;

A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, in *Protezione diplomatica sviluppi e prospettive* (a cura di) L. Panella, Giappichelli, Torino, 2009;

G. BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Cedam, Padova, 1953;

S. BATTINI, *Il «caso Micula» diritto amministrativo e entanglement globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, II, 2017, p. 325;

A. BEGHÉ LORETI, *La Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati*, in *Bancaria*, 1967, 11, p. 1340 ss.;

A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 149;

M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato, nazionale ed internazionale*, Cedam, Padova, 2000;

M. V. BENEDETTELLI e L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 136 ss.;

S. DI BENEDETTO, *Modelli giuridici di eccezione e integrazione di valori non commerciali: dall'esperienza del diritto Gatt/OMC ai regimi di protezione degli investimenti esteri*, in *Dir. comm. int.*, II, 2013, p. 419 ss.;

L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato Icsid. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento*, ETS, Pisa, 2012;

L. BERGAMINI, *Il caso Nobles Ventures e 'the umbrella clause problem'*, in *Riv. arb.*, 2007, vol. 17, i, p. 107-134;

L. BERGAMINI, *Treaty v. Contract Claims di fronte ai tribunali ICSID*, in *Riv. arb.*, 2005, vol. 15, I, p. 159-188;

L. BERGAMINI, *La 'controllabilità' interna ed esterna dei lodi ICSID*, in *Riv. arb.*, 2002, vol. 12, I, p. 139-194;

L. BERGAMINI, *La tutela cautelare negli arbitrati ICSID*, in *Riv. arb.*, 2002, vol. 12, II, p. 413-440;

K. P. BERGER, *International economic arbitration*, *L'AIA 1993*, p. 480-489;

P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 33 ss.;

P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000;

P. BERNARDINI, *State Contracts, New Trends in International Trade Law*, Giappichelli, Torino, 2000;

P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008;

P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981;

P. BERNARDINI, *CIRDI-Il punto di vista dell'investitore*, in *Rass. Arb.*, 1982, p. 41 ss.;

P. BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington*, in *Dir. comm. int.*, I, 2012, p. 3;

P. BERNARDINI, *Principi unidroit e arbitrato internazionale*, in *Dir. comm. int.*, IV, 2012, p. 907;

P. BERNARDINI, *Investimento straniero e arbitrato*, in *Riv. arb.*, IV, 2017, p. 673;

A. M. BERNINI, *L' arbitrato amministrato: il modello della Camera di commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1994;

G. BERNINI, *L'arbitrato*, Clueb, Bologna, 1993;

M. BIANCO, C. LUCARELLI e F. J. MAZZOCCHINI, *Arbitrato ed efficienza economica*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ESI, Napoli, 2019, p. 588,

P. BIAVATI, *Commento all'art. 839 c.p.c.*, in *Arbitrato*, (a cura di) F. Carpi, Zanichelli, Bologna, 2008;

P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 151 ss.

A. BJORKLUND, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, 113 Penn State L. Re., 2009, p, 1269 ss.;

K. H. BÖCKSTIEGEL, *Commercial and Investment Arbitration*: *How Different are they Today*?, in *Arbitration International*, 2012, p. 578 ss. e p. 584 ss.;

A. BONFANTI, *Soluzione delle controversie in materia di investimento e tutela dei diritti umani: il ruolo dell'amicus curiae dinanzi all'ICSID*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, I, p. 179-183;

E. MONTEFIORE BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, The banks law, New York, 1915.

M. BORDONI, *Default nel debito pubblico ed immunità dello stato estero dalla giurisdizione civile*, in *Riv. dir. int.*, IV, 2006, p. 1031;

M. BORDONI, *Il default dello Stato nel debito privato ed il diritto internazionale*, Napoli, 2008;

A. BORIN, R. CRISTADORO, E. MATTEVI, *Investimenti diretti esteri e qualità delle istituzioni*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 230, 2014, Banca d'Italia, p. 18 ss.;

L. BORLINI, *La disciplina delle state-owned enterprises nel diritto del commercio internazionale tra stallo degli accordi commerciali multilaterali e accordi preferenziali di nuova generazione*, in *Dir. Comm. Int.*, IV,2017, p 968 ss.;

G. BORN e E. SHENKMAN, *Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration*, in *The future of investment arbitration* (a cura di) C. A. Rogers e R. P. Alford, Oxford university press, Oxford, 2009, p. 28;

M. BOVE, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in *Riv. arb.*, 2006;

M. BOVE, *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2018;

A. BRIGUGLIO, *L' arbitrato estero: il sistema delle convenzioni internazionali*, Cedam, Padova, 1999;

A. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2003, p. 81 ss.;

A. BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 705

A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, Vol. 136, 1972;

A. BROCHES, *The Convention on the settlement of investment disputes: some observation on jurisdiction*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, p. 268;

A. BROCHES, *The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in RUBIN e NELSON, *International Investment Disputes: Avoidance and Settlment*, *ASIL*, 1985, *Studies in Transnational Legal Policy*, n. 20, p. 80 ss.;

C.N. BROWER, M. OTTOLENGHI, P. PROWS, *The Saga of CMS: Res Judicata, Precedent and the Legitimacy of ICSID Arbitration*, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (a cura di) C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, Oxford university press, Oxford, 2009, p. 843 ss.;

I. BROWNLIE, *Legal Status of Natural Resources in international law (some aspects)*, in *Recueil des Cours*, Vol. 1, tome 162, 1979, p. 253 ss.;

V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, p. 181 ss.;

C. CALABRESI, *Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. comm. int.*, Vol. 23, IV, 2009, p. 753-820.;

N. J. CALAMITA et al. (eds.), *The future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2013;

C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique: precede d'un expose historique des progres de la science du droit des gens*, Arthur Rousseau editor, Paris, 1896;

S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 157 ss.;

L. CAPUCCI, *Rules for pre arbitral referee, rules for expertise e dispute board rules della international chamber of commerce e loro impiego negli appalti internazionali*, in *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali* (a cura di) C. Vaccà, Giuffrè, Milano, 2007, p. 203-241;

S. M. CARBONE, *Il riconoscimento degli effetti dei lodi arbitrali nella convenzione di New York del 1958: risultati e prospettive*, in *Riv. Dir. int. Priv. proc.*, IV, 2011, p. 879-894;

S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, (a cura di) *Istituzioni di diritto internazionale*, 3 ed., Giappichelli, Torino, 2006;

D. CARREAU e P. JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 32 ss.;

D. CARREAU, T. FLORY, P. JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 558 e 591;

F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, Vallardi, Milano, 1916;

L. CASCONE, *Effetti dell'esclusione dell'umbrella clause dal campo di applicazione dell'accordo arbitrale ai sensi dell'energy charter treaty e rapporti con le altre previsioni del trattato*, in *Riv. arb.*, I, 2016;

A. CARLEVARIS, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Diritto internazionale privato*, (a cura di) R. Baratta, Giuffrè, Milano, 2010;

A. CARLEVARIS, *Consolidazione di procedimenti arbitrali nell'arbitrato in materia di investimenti internazionali.*, in *Riv. arb.*, 2006, vol. 16, I, p. 197-218;

A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore e competenza dei tribunali arbitrali ICSID (Commento a lodo arbitrale dell'International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case n. ARB/02/18, 29 aprile 2004)*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2005, vol. 19, II, p. 359-399;

M. CICOGNA, *Le controversie fra Stati committenti ed imprese estere appaltatrici: l'arbitrato ICSID*, in *L'arbitrato negli appalti pubblici,*

privati, internazionali (a cura di) C. Vaccà, Giuffrè, Milano, 2007, p. 166-201;

P. CIOCCA, *Un diritto per l'economia?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 887 ss.;

E. COMEAUX e N. S. KINSELLA, *Protecting foreign investment under international law – legal aspects of political risk*, Oceana Publications, New York, 1996;

L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Giuffrè, Milano, 1967;

C. CONSOLO, *La riservatezza del processo arbitrale in Italia*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 161 ss.;

D. CORAPI, *Imprese multinazionali*, in *Digesto IV*, vol. VII, Torino 1993;

D. CORAPI, *Gli attori privati del commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, II, 2017, p. 271;

G. A. CORTESI, *Falsità delle prove scoperte dopo la decisione arbitrale e rimedi esperibili nel sistema ICSID*, in *Dir. Comm. Int.*, II, 2015, p. 547-561;

L. CREMA, *Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi alla giurisdizione ICSID*, in *Riv. Dir. int. Priv. proc.*, 2008, vol. 44, I, p. 111-132;

Z. CRESPI REGHIZZI, *Diritto internazionale e diritto interno nelle controversie sottoposte ad arbitrato ICSID (International Law and Domestic Law in Disputes Submitted to ICSID Arbitration)*, in *Riv. Dir. int. Priv. proc.*, 2009, vol. 45, I, p. 5-44;

A. CRIVELLARO, *Principi unidroit e arbitrati internazionali tra naturale propensione a farne uso e limitata autonomia nel determinare il diritto applicabile*, in *Dir. comm. int.*, IV, 2012, p. 917;

A. CRIVELLARO, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti internazionali*, in *Dir. comm. int.*, IV, 2001, p. 777 ss.;

L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto,* in *Riv. critica dir. privato,* 2011, p. 473 ss.;

G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1704 ss.;

M. DE BELLIS, *Il «caso Micula» regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, II, 2017, p. 355;

E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014;

G. DELAUME, *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, in *International Lawyer*, 1966;

G. DELAUME, *Le Centre international pour le reglement des differends relatifs aux investissements (CIRDI)*, in *Journal du droit international*, 1983, pp. 775-843;

G. DELAUME, *Consent to ICSID Arbitration,* in *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, (a cura di) J. Norton, M. Andenas e M. Footer, 1998;

F. DEL ROSSO, *Il riconoscimento del lodo estero tra esigenze di «ordine pubblico» e divieto di disparità di trattamento*, in *Riv. arb.*, 2012;

A. DE LUCA, *L'arbitrato internazionale treaty-based sugli investimenti esteri*, in *Comunicazione e Studi*, Vol. XXIII, 2007, 977 ss., 984-1015;

A. DE LUCA, *L'arbitrato ICSID e l'azione collettiva: alcune osservazioni a margine del caso Abaclat*, in *Riv. arb.*, 2012, vol. 22, I, p. 159-226;

A. DE LUCA, *Violazione del principio del contraddittorio e annullamento ICSID: il caso Fraport AG Frankfurt c. Repubblica delle Filippine*, in *Riv. arb.*, 2011, vol. 21, IV, p. 667-712;

A. DE LUCA, *Azione collettiva in arbitrato ICSID in caso di controversie sul debito obbligazionario*, in *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici* (a cura di) G. Adinolfi e M. Vellano, Giappichelli, Torino, 2013, p. 199-224;

A. DE LUCA, *Potenziali conflitti tra giurisdizione comunitaria e istanze arbitrali istituite sulla base di accordi di promozione e protezione degli investimenti: quali possibili soluzioni?*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009* (a cura di) A. Oddenino, E. Ruozzi, A. Viterbo, F. Costamagna, L. Mola, L. Poli, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 117-140;

A. DE LUCA, *I requisisti di nazionalità degli investitori persone fisiche ai fini della giurisdizione ICSID*, in *Riv. arb.*, 2009, vol. 19, IV, p. 797-837;

M.C. DE GIOVANNI DI SANTA SEVERINA, *Prima vittoria per i 60.000 obbligazionisti italiani sull'Argentina: l'ICSID apre le porte ai diritti derivanti dai sovereign bonds scambiati sui mercati finanziari secondari (Commento a Articolo 25(1) della Convenzione di Washington del 1965 - Articolo 1(1) del Trattato bilaterale di promozione e protezione degli investimenti tra Italia e Argentina (BIT)),* in *Il diritto del commercio internazionale,* 2011, vol. 25, IV, p. 1061-1075;

M. DE ZANETTI, *Il lodo*, in *Arbitrato*, (a cura di) L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa, IPSOA, Milanofiori Assago, 2011, p. 179 ss.;

C. DI GESÙ, S. GRATO e M. LA MALFA, *La protezione degli investimenti all'estero*, Iuridica, Roma, 2002;

A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1984, p. 539 ss.;

M. B. DELI, *Investimenti esteri. Tutela degli (diritto internazionale)*, in S. CASSESE e G. NAPOLITANO, *Dizionario di diritto pubblico*, 2005, p. 3260 ss.;

R. DOLZER, *The Notion of Investment in Recent Practice*, in *Law in the Service of Human Dignity*, *Essays in Honour of Florentino Feliciano*, (a cura di) S. Charnovitz, C. Steger e P. Van den Bossche, Cambridge University Press, Cambridge, 2005;

C. DUGAN, C. D. WALLACE, N. RUBINS, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, New York, 2009;

M. DURNEY, *Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: a Perspective from Latin American Cases*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2013, p. 223 ss.;

A. FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University press, New York – London, 1962;

M. FERRANTE, *Su alcuni aspetti della Convenzione di Washington per la risoluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Rass. Arb.*, 1970, p. 67 ss.;

C. FOCARELLI, *Giurisdizioni Internazionali*, Cedam, Padova, 2017;

F. FRANCIONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Giuffrè, Milano, 1986;

E. FREY, *Il sistema degli aiuti finanziari internazionali*, in *Mondo Economico*, 41, 1966, p. 297;

A. FRIGNANI, *L' arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Cedam, Padova, 2004;

M. FRIGO, *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 245 ss.;

M. FRIGO, *Problemi dello sviluppo*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 925 ss.

G. GAGLIANI, *Pro bono pacis? Le interazioni tra diritto internazionale degli investimenti e patrimonio culturale*, in *Riv. Dir. Int.*, III, 2017, p. 756;

E. GAILLARD, *Investments and investors covered by energy charter treaty,* in *Investment arbitration and the energy charter treaty* (a cura di) C. Ribeiro, Jurisnet LLC, New York, 2006, p. 62 ss.;

L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Riv. arb.*, II, 2017, p. 424;

F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2010;

D. GALLO, *Portata, estensione e limiti del nuovo sistema di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti nei recenti accordi sul libero scambio dell'unione europea*, in *Dir. Comm. Int.*, IV, 2016, p. 827;

D. GALLO, *Corte di Giustizia UE, golden shares e investimenti sovrani*, in *Dir. Comm. Int.*, IV, 2013, p. 924 ss.;

A. GARDELLA, *Stato della sede, stato dell'esecuzione del lodo e autonomia privata nell'arbitrato commerciale internazionale: un'analisi critica*, in *Riv. soc.*, V, 2012, p. 970;

T. GAZZINI e E. DE BRABANDERE, *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Leiden, 2012;

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2017, p. 3.;

P. GHAFFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 12, 2011, p. 604;

C. GHIRARDINI, *Giudizio di delibazione: sentenza arbitrale straniera: esecutorietà*, Athenaeum, Roma, 1913;

C. F. GIANCOLA, *Gli effetti del lodo ICSID. La convenzione di Washington del 1965. Disciplina per le controversie in materia di investimenti internazionali*, Leone, Milano, 2012;

A. GIARDINA, *Arbitrato fra Stati e privati stranieri*, in *Dig. Disc. Pubb.*, IV, vol. I, Torino, 1987;

A. GIARDINA, *L'exécution des sentences du Centre international pour le réglement des différend relatifs aux investissements*, in *Rev. Crit. Dir. Int. Privé*, 1982, p. 273 ss.;

A. GIARDINA, *L'esecuzione delle sentenze CIRDI*, in *Rass. Arb.*, 1982, p. 69 ss.;

A. GIARDINA, *The international centre for settlement of investment disputes between States and National of other States (ICSID)*, in *Essays on International Commercial Arbitration*, in *Essays on International Commercial Arbitration*, (a cura di) P. Sarcevic, London, 1989, p. 218;

A. GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID*, in *Riv. Dir. Int. Priv. proc.*, 1983, p. 677-693;

A. GIARDINA, *L'Arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1991;

A. GIARDINA e P. TORIELLO, *Centro Internazionale per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti (CIRDI)*, in *Enc. giur.* Treccani, IV;

M. B. GOLDMAN, *Le droit applicabile selon la Convention de la BIRD, du 18 mars 1965, pour le reglement des differends relatifs aux*

investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in *Investissements etrangers et Arbitrage entre Etats et personnes privées*, 1969, p. 133 ss.;

A. GRABOSWSKI, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, 2014-2015;

U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10, 2009;

G. GUARINO, *L'arbitrato extra-statuale come istituto di garanzia degli investimenti esteri*, in *Ricerche economiche*, 1966, 1-2-, p. 17 ss.;

C. GULLOTTA, *Etica e globalizzazione: riflessioni sui Principi Ocse del 2011 per le imprese multinazionali e sui Principi ONU in tema di affari e diritti umani*, in *Dir. comm. int.*, 2012;

W. J. HABSCHEID, *La giurisdizione arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. Osservazioni sul nuovo Regolamento del 1998*, in *Riv. arb.*, Vol. 8, IV, 1998, p. 643 ss.;

W. J. HABSCHEID, *Nationale oder supranationale Schiedsspruche?*, in *Zeitschrift fur zivilprozess*, 1957, p. 36 ss.;

V. L. HELFER, *Exiting treaties*, in *Virginia Law Review*, 2005, p. 1579 ss;

A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, I, 2017, p.133;

M. HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993;

M. IACOVIELLO, *L'arbitrato in generale*, in *Arbitrato*, (a cura di) L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa, IPSOA, Milanofiori Assago, 2011, p. 1 ss.;

N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2009;

N. IRTI, *Diritto ed economia, Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Padova, 1999;

M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragramatica*, in *An. Dir.*, 1995, p. 109 ss.;

M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 5 ss.;

P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, in *R.C.A.D.I.*, Vol. 250, 1994, p. 21 ss.;

P. KAHN, *The Law Applicable to Foreign Investments: The contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Indiana Law Journal*, 1968, p. 18 ss.;

M. A. KANTOR, *The Fork in the Road Revisited*, in *Investment Treaty law Current Issues*, voI. I (a cura di) F. Ortino, A. Sheppard e H. Warner, BIICL, London, 2006;

G. KAUFMANN-KOHLER, *Preface*, in *The future of investment arbitration* (a cura di) C. A. Rogers e R. P. Alford, Oxford university press, Oxford, 2009;

J. M. KEYNES, *Trattato sulla probabilità*, (A cura di) A. Pasquinelli, S. Marzetti Dall'Aste Brandolini, Clueb, Bologna, 1994;

M. KINNEAR ET AL., *Building international investment law: the first 50 years of icsid*, Wolters Kluwer, 2016;

J. KLABBERS, *International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?*, in *Netherlands Int. Law Review*, 2003, p. 267 ss.;

G. KOJANEC, *Investimenti all'estero: regime giuridico e garanzie internazionali*, Cedam, Padova, 1970;

J. KOKOTT, *The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment*, in *International Law Association*, *Report on the seventieth conference (New Dheli)*, London, 2002, p. 259 ss.;

J. KOVAR, *La compétence du Centre International pour le Réglement des différends relatifs au investissements*, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, 1969;

D. KRISHAN, *A notion of ICSID investment*, in *Transnational Dispute Management*, 2008;

D. KRISHAN, *A notion of ICSID investment, in Investement treaty arbitration*, 2005;

P. KRUGMAN, *Financing versus forgiving a debt overbang*, in *Journal of development Economics*, 1988;

G. LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 105 ss.;

S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Giuffrè, Milano, 2011;

M. LAMANDINI, F. PELLEGRINI, *Investimenti diretti e investimenti di portafoglio tra diritto di stabilimento e libera circolazione dei capitali*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, Utet, Milano, 2017, p. 89 ss.;

F. LATTANZI, *Convenzione di Washington sulle controversie relative ad investimenti e invalidità delle sentenze arbitrali*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 521 ss.;

L. LAUDISA, *I costi dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. Arb.*, III, 2008, p. 329;

L. LAUDISA, *Arbitrato e riservatezza*, in *Riv. arb.* 2004, p. 23 ss.;

K. LAURENCE, *La nazionalità delle società: il criterio del controllo nel sistema arbitrale ICSID*, in *Il risparmio*, 1994, vol. 42, VI, p. 1419-1438;

S. LAZAREFF, *Confidentiality and arbitration: Theoretical and Philosofical reflections*, in *ICC Bull.*, *special supplement*, 2009, p. 81 ss.;

J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS, S. KROLL, *Comparative international commercial arbitration*, The Hague, London – New York, 2003;

W. A. LEWIS, *Teoria dello sviluppo economico*, Feltrinelli, Milano, 1963;

J. LEVINE, *Navigating the parallel universe of investor-State arbitrations under the UNCITRAL Rules*, in *Evolution in investment treaty law and arbitration*, (a cura di) C. Brown e C. Miles, Cambridge, 2011, p. 372 ss.;

M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione,* in *Riv. critica dir. privato,* 2011, p. 345 ss.;

R.E. LIPSEY, *Foreign Direct investment and the operations of multinational firms: concepts, history and data*, in *NBER Working Paper series*, 2001, p. 17;

K. LIPSTEIN, *The Place of the Calvo Doctrine in International Law*, in *British Year Book Int. L.*, 1945, p. 130 ss.;

M. LONGO, *L' Arbitrato come condizione favorevole agli investimenti esteri*, estratto dal. *Il diritto dell'economia*, Torino, 1961**;**

R. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958*, Cedam, Padova, 1968;

R. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Dig. Priv. Sez. Comm.*, IV, Torino, 1987;

R. LUZZATTO**,** *A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale***,** in *Dir. comm. int.*, II, 2012, p. 441;

R. LUZZATTO**,** *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 2 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 1971, p. 81 ss.;

R. MAGLIANO, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Diritto del commercio internazionale*, III, 2018, p. 699 ss.;

A. MALATESTA, *Trasparenza e riservatezza nell'arbitrato*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ESI, Napoli, 2019;

C. MANDRINO, *La ristrutturazione del debito dei Paesi in via di sviluppo*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 305 ss.;

F. A. MANN, *State contracts and State responsibility*, in *A.J.I.L.*, 1960, p. 13;

S. MARCHISIO, *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Dig. Disc. Pubb.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 567-588;

L. MARI, *Le imprese internazionali*, Milano, 1983;

L. MAROTTI, *L'interpretazione autentica dei trattati in materia di investimenti*, in *Dir. Comm. Int.*, III, 2018, p. 651 ss.;

F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2017;

D. L. MARSTON, *The internationalisation of ADR*, in *International Construction law Review*, 2005, p. 22;

A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Giappichelli, Torino, 1975;

M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Giappichelli, Torino, 2003;

M. R. MAURO, *Il ruolo del diritto internazionale ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington in assenza di scelta ad opera delle parti del diritto applicabile alla controversia*, in *Riv. arb.*, Vol. 4, 2004;

M. R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID. (New Issues concerning Arbitration between States and Foreign Investors in the Recent Practice of ICSID Tribunals),* in *Riv. Dir. int. Priv. proc.*, 2006, Vol. 42, I, p. 67 ss.;

M. R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, III, 2016, p. 725;

L. MELCHIONDA, *Investment arbitration: a balance between the investor's and the host state's interest*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, I, 2014, p. 27 ss.

A. MEZGRAVIS, *The Standard of Interpretation Applicable to Consent and its Revocation in Investment Arbitration*, in *Transnational Dispute Management*, II, 2011, p. 31;

L. MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Giuffrè, Milano, 1989;

L. MIGLIORINO, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, in *Riv. Comm. int.*, 1993, p. 127 ss.;

L. MIGLIORINO, *La promozione e la protezione degli investimenti nell'accordo Nord americano di libero commercio del 1992 (NAFTA)*, in *Dir. comm. Int.*, 1994, p. 221 ss.

A. MIGNOLLI, *Questioni varie in tema di investimenti internazionali ed arbitrato dell'ICSID*, in *Riv. arb.*, 2001, Vol. XI, II, p. 325 ss.;

A. MIGNOLLI, *Vacuum Salt: il primo gran rifiuto di un tribunale I.C.S.I.D.*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 829 ss.;

E. MINOLI, *Osservazioni sul recente progetto della BIRS per la risoluzione internazionale di controversie*, in *Rass. Arb.*, 1965, III, p. 119;

L. MOLA, *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 87 ss.;

R. MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Cedam, Padova, 1940;

G. MONBIOT, *This Transatlantic Trade Deal is a Full-Frontal Assault on Democracy*, in *The Guardian*, 4 novembre 2013, www.theguardian.com;

A. I. MORESI, *La diplomazia a tutela degli investimenti all'estero: appunti giuridico-economici*; Tip. Laziale, Frascati, 1969;

J. D. MORTENSON, *The meaning of "investment": ICSID's Travaux and the domain of international investment law*, in *Harvard international law journal*, I, 2010, p. 257-318;

A. MOURRE, *La convenzione arbitrale*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno e internazionale*, (a cura di) M. V. Benedettelli, C. Consolo, L. G. Radicati di Brozolo, Cedam, Padova, 2010, p. 573 ss.;

A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 61 ss.;

G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 429 ss.;

K. PAJUNEN, *Institutions and inflows of foreign direct investment: a fuzzy-set analysis*, in *Journal of International Business Studies*, 2008, 39, p. 652;

G. PANICO, *Contratti di investimento all'estero e arbitrato tra stati e stranieri*, Ed. provvisoria, Roma, 1983;

G. PANICO, *La rinuncia all'esperimento dei ricorsi interni e all'esercizio della protezione diplomatica nel sistema della convenzione di Washington del 18.03.1965*, in *Studi economico-giuridici in memoria di Antonio Basciu*, Jovene, Napoli, 1986;

G. PANICO, *Responsabilità internazionale degli Stati per violazioni di obbligazioni assunte verso soggetti privati stranieri in contratti di investimento "denazionalizzati"*, in *Etude dans l'honneur de Roberto Ago*, III, Milano, 1987, p. 249 ss.;

A. R. PARRA, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1997, p. 287 ss.

A. R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford university press, Oxford, 2012;

J. PATTON, *A Case for Investor-State Arbitration Under the Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership*, *4 Arb. Brief*, 2014, p. 75 ss.;

J. PAULSSON, *Arbitration Unbound*, 30 *ICLQ*, 1981, 358;

J. PAULSSON, *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ss., p. 234;

J. PAULSSON, *The Role of Precedent in International Arbitration, Arbitration Under International Investment Agreements*, (a cura di) K. Yannaca-Small, New York, 2010, p. 699 ss.;

G. PELLICELLI, *L'impresa multinazionale*, Giappichelli, Torino, 1981;

P. PERLINGERI, *Diritto Civile nella Legalità Costituzionale secondo il sistema Italo-Comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006;

P. PICONE, *Movimenti di capitali e investimenti esteri*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 781-795;

P. PICONE, *Ordine economico internazionale*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 155-172;

P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, Padova, 2002;

R. PILLITTERI, *L' arbitrato commerciale: la procedura, il lodo, le impugnazioni, l'arbitrato irrituale e nelle controversie con la pubblica amministrazione*, EBC, Milano, 1993;

G. PINO, *Linguaggio giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, (a cura di) G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Giappichelli, Torino, 2013, p. 275;

F. PONZANO, *La giurisdizione ICSID rationae personae: il ritorno della dicotomia forma-sostanza in tema di nazionalità dell'investitore persona giuridica*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2016, vol. 30, II, p. 513-534;

O. PORCHIA, *Gli attori nel diritto internazionale dell'economia*, in *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) G. Porro, Giappichelli, Torino, 2006, p. 33 ss.;

M. POTESTÀ, *Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento*, in *Dir. comm. int.*, II, 2010, p. 375;

P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. int.*, I, 2006, p. 68 ss.;

P. PUSTORINO, *Imprese multinazionali e diritto internazionale: regime giuridico e responsabilità*, in *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, (a cura di) M.B. Deli, M.R. Mauro, F. Pernazza e F.R. Traisci, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2012;

S. PUGLIATTI, *Spunti metodologici*, in *Grammatica e diritto*, (a cura di) S. Pugliatti, Giuffrè, Milano, 1978, p. 235;

L. RADICATI DI BROZOLO, A. CARLEVARIS, P. DI GIOVANNI, M. SABATINI, E. TORNESE, *L'arbitrato internazionale ed estero*, in

Arbitrato, (a cura di) L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa, IPSOA, Milanofiori Assago, 2011, p. 355 ss.;

L. G. RADICATI DI BROZOLO, *I rimedi contro le interferenze statali con l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, I, 2015;

J. H. RALSTON, *The law and procedure of international tribunals*, Stanford University Press, Boston, 1926;

G. RECCHIA, *La giurisprudenza italiana sulla Convenzione di New York del 1958: cenni sulla giurisprudenza estera*, in *Rass. Arb.*, IV, 1973, p. 195-200;

A. REDFERN e M. HUNTER et al, *International commercial arbitration*, 2004, par. 2-02;

W. M. REISMAN, B. RICHARDSON, *Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration, in Arbitration: The Next Fifty Years*, in *ICCA Congress Series*, Vol. 16, 2012;

T. RENSMAN, *Anational arbitral awards. Legal phenomen or academic phantom?*, in *Journal of international arbitration*, 1998, p. 37 ss.;

P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1689 ss.;

P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998 p. 1 ss.;

P. REUTER, *Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le reglement des différendes relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, 1969;

E. F. RICCI, *La nozione di arbitrato estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 606 ss.;

E. F. RICCI, *Lodi pronunciati in Italia e lodi pronunciati all'estero di fronte alla Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 78 ss.;

G. RODDI, *L' arbitrato internazionale*, Tramontana, Milano, 1987;

S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1987, p. 709-733;

S. RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 e 89;

M. RUBINO-SAMMARTANO, *L' arbitrato internazionale*, Cedam, Padova, 1989;

M. RUBINO-SAMMARTANO, *L' arbitrato di diritto interno, l'arbitrato estero e l'arbitrato internazionale*, in *Annales de droit privé*, 2. parte, p. 121-128;

M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Cedam, Padova, I, 2010, p. 209;

M. RUBINO-SAMMARTANO, *Investment Arbitration - Substantive and Procedural Issues in Investment*, in *Yearbook on International Arbitration*, 2012, Vol 12;

N. RUBINS, *The notion of "investment" in international investment arbitration*, in *Arbitrating foreign investment disputes* (a cura di) N. Horn, 2004, pp. 283 ss.;

R. SABIA e C. TRECROCI, *Ascesa e declino dell'«investor-state arbitration», fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e free trade agreements multilaterali,* in *Riv. arb.*, I, 2016;

G. SACERDOTI, *La convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 614 ss.;

G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla soluzione delle controversie in materia di investimenti: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 13, 1987, p. 13 ss.;

G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 262;

G. SACERDOTI, *Multinazionali (imprese),* in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, vol. X, Torino, 1994, p. 119 - 132;

G. SACERDOTI, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, in *RCADI*, 1997, v. 269, pp. 251-469;

G. SACERDOTI, *Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali*, in *Dir. comm. int.*, I, 2013, p. 109;

G. SACERDOTI, *Lineamenti del diritto internazionale dell'economia*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 107 ss.;

G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 699 ss.;

G. SACERDOTI, *Norme italiane sui rapporti economici con l'estero*, in *Diritto internazionale dell'economia*, (a cura di) P. Picone e G. Sacerdoti, F. Angeli, Milano, 1994, p. 1041 ss.;

R. SALI, *I costi dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ESI, Napoli, 2019, p. 463 ss.

A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, (a cura di) n S. M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria, 3 ed., Giappichelli, Torino, 2006;

A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Giuffrè, Milano, 1995;

F. SANTOSUOSSO, *L'espropriazione di beni e diritti patrimoniali di cittadini stranieri e la determinazione secondo la giurisprudenza dell'I.C.S.I.D.*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 1996, p. 195 ss.;

E. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema ICSID*, Editoriale Scientifica, 2012;

E. SAVARESE, *La legge applicabile alla questione preliminare della legittimazione ad agire in una recente pronuncia arbitrale ICSID*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2006;

E. SAVARESE, *In margine al caso Saipem: tra allargamento della nozione di espropriazione e coordiamento "successivo" di giurisdizioni (Commento a ICSID - Tribunale arbitrale, 21 marzo 2007, caso arb. No. 05/07; Saipem s.p.a. c. Bangladesh)*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2007, vol. 21, IV, p. 933-959;

E. SAVARESE, *La nazionalità delle società commerciali e la funzione del controllo: alcune riflessioni in margine alla decisione ICSID Tokios Tokelès v. Ucraine*, in *Riv. arb.*, 2005, vol. 15, II, p. 369-399;

U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in *Il linguaggio del diritto*, (a cura di) U. Scarpelli, P. Di Lucia, LED, Milano, 1994, p. 311;

E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2012;

P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 325 ss.;

P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 265;

C. H. SCHREURER, *Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, in *Transnational dispute management*, 2006;

C.H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University press, Cambridge, 2009;

C. H. SCHREUER, *Consent to Arbitration,* in *The Oxford Handbook of International Investment*, (a cura di) P. Muchlinski, F. Ortino C. H. Schreuer, Oxford University press, Oxford, 2008;

C.H. SCHREUER E R. DOLZER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008;

C. H. SCHREUER, *Calvo's Grandehildren: The Return of Loeal Remedies in Investment Arbitration*, L. Pract. Int'l Courts & Trib. 2005, 1;

G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and international law*, Stevens & sons, London, 1969, p. 17;

U. SEBASTIANI, *La protezione degli investimenti nel diritto internazionale: l'arbitrato Icsid*, in *Comm. int.*, 2006, vol. 30, VIII, p. 5-10;

I. F. I. SHIHATA, *Factors Influencing the Flow of Foreign Investment and the Relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme*, in *I.L.*, 1987;

I. F. I. SHIHATA, *Towards a grater depoliticization of investment dispute: The roles of ICSID and MIGA*, FILJ, 1986, p. 4 ss.;

A. SINAGRA, *L' arbitrato commerciale internazionale nel sistema del CIRDI ed i suoi recenti sviluppi*, Cedam, Padova, 1984;

M. SORNARAJAH, *The settlement of foreign investment disputes*, Cambridge university press, Cambridge, 2000;

M. SORNARAJAH, *State responsibility and Bilateral Investment treaties*, in *Journal of World Trade Law*, 1986, p. 79 ss.;

M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge university press, Cambridge, 2010;

S. SPECCHIA, *L' arbitrato internazionale*, Giappichelli, Torino, 2013;

V. STARACE, *Delibazione di lodo arbitrale straniero e validità del patto compromissorio*, Giuffrè, Milano, 1965;

G. STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale. La funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Giuffrè, Milano, 1977;

J.L. STAATS e G. BIGLAISER, *Foreign direct investment in Latin America: The importance of Judicial strength and rule of law*, in *International studies Quarterly*, 2012, p. 193 ss.;

M. STARITA, *L'interpretazione dei trattati che determinano frontiere,* in *Riv. Dir. Int.*, II, 2015, p. 337 ss.;

P. SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *ICLQ*, 1979, p. 367 ss.;

A. TANZI e F. CRISTIANI, *International investment law and arbitration an introductory casebook,* Cedam, Assago, 2013;

A. TANZI, *Sull'insolvenza degli stati nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int..*, I, 2012, p. 66;

G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 154;

D. TERRIACA, *Fondi di ricchezza sovrana. Ruolo e strategie nel nuovo scenario globale*, Nuova Cultura, Roma, 2017;

J.C. THOMAS e H.K. DHILLON, *Applicable Law Under International Investment Treaties*, in *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 26, 2014;

A. TITA, *Un nuovo strumento di protezione degli investimenti all'estero: la MIGA*, in *Riv. Dir. int. Priv. Proc.*, 1986, p. 469 ss.

V. TONINI, *La tutela internazionale dei diritti contrattuali degli investitori esteri*, Università degli studi di Padova, Padova, 2011;

P. TORIELLO, *The additional facility of the The international centre for settlement of investment disputes,* in *Italian Yearbook of international law,* 1978-1979, p. 59-83;

T. TREVES, *Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (e istituzioni collegate)*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. II, Torino, 1987, p. 172 ss.;

T. TREVES et al., *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, London, 2014;

T. TREVES, *La convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 1 ss.;

E. TRIGGIANI, *Il trattamento della nazione più favorita*, Jovene, Napoli 1984;

P. TURNER, *The 'Fork in the Road' Revisited*, in *Investment Treaty law Current Issues*, voI. I, (a cura di) F. Ortino, A. Sheppard e H. Warner, BIICL, London, 2006;

C. VACCÀ, *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali* (a cura di) C. Vaccà, Giuffrè, Milano, 2007;

M. VALENTI, *Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali icsid contro l'argentina: due soluzioni contrapposte*, in *Riv. dir. int.*, I, 2008, p. 114;

M. VALENTI, *La competenza ICSID nelle controversie relative al debito obbligazionario*, in *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: profili giuridici* (a cura di) G. Adinolfi e M. Vellano, Giappichelli, Torino, 2013 p. 181-197;

M. VALENTI, *Gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, Giappichelli, Torino, 2009;

G. VAN HARTEN, *Investment Treaty arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007;

V. VIGORITI, *Problemi attuali dell'arbitrato sugli investimenti*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 365 ss.;

V. VIGORITI, *Nuove regole sulla trasparenza degli arbitrati degli investimenti*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 1027;

V. VIGORITI, *L' arbitrato amministrato*, in *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da F. GALGANO, vol. 29, II, Cedam, Padova, 2013, p. 364-369;

V. VIGORITI, *La trasparenza negli arbitrati sugli investimenti, le proposte Uncitral,* in *Riv. arb.*, I, 2012, p. 231;

J. VOSS, *The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependencies, Intricacies.*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, pp. 686 e 687;

C. D. WALLACE, *Legal control of the Multinational enterprise*, The Hague, Nijhoff, 1982, p. 20;

F. YALA, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, 2005;

K. YANNACA-SMALL, *Parallel Proceedings*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (a cura di) P. Muchlinski, F. Ortino e C. Schreuer, Oxford University press, London, 2008, p. 1015 ss.;

L. ZACCARIA, *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale d'appalto quale investimento*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 381-401;

L. ZACCARIA, *Arbitrato ICSID e tutela internazionale degli azionisti stranieri di minoranza di una società locale,* in *Riv. arb.,* Milano, 2004; vol. 14, I, p. 141-161;

L. ZACCARIA, *Mihaly International Corporation: un nuovo caso di incompetenza di un tribunale ICSID,* in *Riv. arb.,* 2003, vol. 13, I, p. 139-159;

E. ZAMUNER, *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. Comm. Int.*, I, 2017, p. 180;

G. ZARRA, *Parallel proceedings in investment arbitration*, Giappichelli, Torino, 2017;

G. ZARRA, *Corruption in international investment arbitration: in defence of the «zero tolerance» approach*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, IV, 2017, p. 1037;

G. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo stato della sede e la convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in *Riv. arb.*, III, 2015, p. 561;

G. ZARRA, *The new investor-state dispute settlement mechanisms proposed by EU and Geneva centre for international dispute settlement. A step forward or a hasty reform?*, in *Studi sull'integrazione europea*, II, 2018, p. 389 ss.;

E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808 c.p.c.*, in *Arbitrato*, (a cura di) F. Carpi, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 174 ss.;

E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia university press, Bologna, 2016, pp. 62 e 63.

Sitografia

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Annual-Report.aspx

http://www.filleacgil.net/images/cannata/EVENTI/120418_RapportoCostruzioni/120411_RapportoFilleaFDVcostruzioni.pdf

http://www.ance.it/docs/docDownload.aspx?id=40223

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx

https://cdn.ey.com/echannel/gl/en/services/transactions/ccb18/pdf/Global-Capital-Confidence-Barometer-Edition-18.pdf

https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement

http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf

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

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Convention-in-other-Languages.aspx

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx

http://itra.esteri.it/Ricerca_Documenti/wfrmRicerca_Documenti.aspx

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Panel-Members.aspx

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx

http://www.consob.it/documents/11973/219968/dp3.pdf/9a6f0cea-8a1b-4968-a82d-5d6e1ad88bd3

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/REPORT-OF-THE-EXECUTIVE-DIRECTORS-ON-THE-ICSID-CONVENTION.aspx

https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Notifications-Concerning-Classes-of-Dispute-(ICSID8D).aspx

Decisioni arbitrali ICSID

ICSID Case No. ARB/15/39, *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic,* Decision on jurisdiction, 23 febbraio 2018;

ICSID Case No. ARB. /97/7, *Emilio Agusto Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, 25 gennaio 2000;

ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2004;

ICSID Case No. ARB/03/10, *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentina Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 giugno 2005;

ICSID Case No. ARB/03/19, *Suez AGBA v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2006;

ICSID Case No. ARB/03/20, *Telefonica S.A. v. The Argentine Republic*, 25 maggio 2006;

ICSID Case No. ARB/07 131, *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 24 ottobre 2011;

ICSID Case No. ARB/07/17, *Impregilo s.p.A. v. Argentine Republic*, Award, 21 giugno 2011;

ICSID Case No. ARB/04/14, *Wintershall Aktiengesellschalt v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 8 dicembre 2008;

Concurring and Dissenting Opinion di B. STERN in ICSID Case No. ARB/07/17, *Impregilo s.p.A. v. Argentine Republic*, Award, 21 giugno 2011;

ICSID Case No. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Award del 12 maggio 2005;

ICSID Case No. ARB/02/1, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, lodo del 3 ottobre 2006;

ICSID Case No. ARB/01/3, *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic*, Award del 22 maggio 2007;

ICSID Case No. ARB/07/5, *Abaclat and others v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 agosto 2011;

ICSID Case No. ARB/07/8, *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic*;

ICSID Case No. ARB/08/9, *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic;*

ICSID Case No. ARB/87/3, *Asian agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Award 21 giugno 1990;

ICSID Case No. ARB/97/4, *Ceskoslovenska Obehodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, Decision of the Tribunal on Objections to jurisdiction, 24 may 1999, p. 78;

ICSID Case No. ARB/Ol/13, *SGS v. Islamie Republù: of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to jurisdiction, 6 agosto 2003, p. 46;

ICSID Case No. ARB/02/6, *SGS v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to jurisdiction, 29 gennaio 2004 p. 99;

ICSID Case No. ARB/07/20, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, Decisione del 14 luglio 2010, par.111;

ICSID Case No. ARB/98/2, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, Decisione dell'8 maggio 2008, par. 232;

ICSID Case No. ARB/00/6, *Consortium R.FC.C. v. Kingdom o/ Morocco*, Decision on jurisdiction, 16 luglio 2001;

ICSID Case No. ARB/03/11, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic o/ Egypt*, Award, 30 luglio 2004;

ICSID Case No. ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic o/ Pakistan*, Decision on jurisdiction, 14 novembre 2005;

ICSID Case No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic o/ Tanzania*, Award, 24 luglio 2008, p. 310- 318;

ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government o/Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, 16 aprile 2009, p. 69 ss.;

ICSID Case No. ARB/00/5, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. V. Bolivarian Republic of Venezuela*, Award 23 settembre 2003, 205;

ICSID Case No. ARB/81/2, *Kléckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. Republic of Cameroon*, Decision on Annulment, 3 maggio 1985, (2 ICSID Report, 1994, p. 95 ss.);

ICSID Case No. ARB/98/4, *Wena Hotels Limited v. Arab Rpublic of egypt,* Decision on annulment, 5 febbraio 2002, *ILM*, 2002, 933;

ICSID Case No. ARB/81/1, *Amco Asia Corporation and Others V. Republic 0f Indonesia*, Decision on Jurisdiction;

ICSID Case No. ARB/74/2, *Alcoa Minerals of Jamaica Inc v. Government of Jamaica*, Decision on Jurisdiction, 6 luglio 1975, YBCA, 1979,206 (per estratti);

ICSID Case No. ARB/74/3, *Kaiser Bauxite Company v. Government of Jamaica*, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 luglio 1975, 1 ICSID Reports, 1993,298;

ICSID Case No. ARBI74/4, *Reynolds Jamaica Mines Limited and Reynolds Metals Company v. Government of Jamaica* (non pubblicata);

ICSID Case No. ARB/02/5, *PSEG Global Inc., The North American Coal Corp., and Konya Ilgin Elektrik tretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic 01 Turkey*, Decision on Jurisdiction, 4 giugno 2004;

ICSID Case No. ARB/96/3, *Fedax N.V. v. The Repubblic of Venezuela*, Decision of the Tribunal on objections to Jurisdiction, 11 luglio 1997;

ICSID Case No. ARB/00/2, *Mihaly international corporation v. Sri Lanka*, Award, 15 marzo 2002;

ICSID Case No. ARB/05/7, *Saipem s.p.a. c. The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and recommendation on provisional measures, 21 marzo 2007;

ICSID Case No ARB/99/7, *Mr. Patrick Mitchell v. Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, l°novembre 2006;

ICSID Case No. ARB/05/10, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, Decision on Jurisdiction, 17 maggio 2007;

ICSID Case No. ARB/05/3, *L.E.S.I. s.p.A. and ASTALDI s.p.A. v. Algeria*, Decision, 12 luglio 2006;

ICSID Case No. ARB/98/2, *Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, 8 maggio 2008;

ICSID Case, No. ARB/03/6, *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, inc. v. Republic of Ecuador*, Decisione del 31 luglio 2007;

ICSID Case No. ARB/84/3, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, 14 aprile 1988;

ICSID Case No. ARB/72I1, *Holiday Inns S.A. and Others V. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 1°luglio 1973;

ICSID Case No. ARB/03/25, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Award, 16 agosto 2007;

ICSID Case No. ARB/06/5, *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, Award, 15 aprile 2009.