

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 19/01/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32915-la-disciplina-degli-investimenti-esteri-nel-diritto-internazionale>

Autore: Carmine Palmiero

La disciplina degli investimenti esteri nel diritto internazionale

LA DISCIPLINA DEGLI INVESTIMENTI ESTERI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

INTRODUZIONE.....

.....2

CAPITOLO I LE ORIGINI DELLA PROTEZIONE DEGLI INVESTIMENTI

- 1. IL QUADRO STORICO-GIURIDICO ALLA BASE DELLA PROTEZIONE DEGLI INVESTIMENTI STRANIERI**
- 2. IL NUOVO ORDINE ECONOMICO MONDIALE E LA QUESTIONE DEGLI INVESTIMENTI ESTERI**
- 3. LA DEFINIZIONE E FORMAZIONE DELLA NOZIONE DI INVESTIMENTO STRANIERO**
- 4. LA PROTEZIONE DIPLOMATICA E LA TUTELA DEGLI INVESTIMENTI ESTERI OGGI**

Introduzione

In questo particolare momento storico di frizione finanziaria per gli Stati, l'intensificarsi delle relazioni interstatali, soprattutto in campo economico-bancario-monetario, sembrano aver imposto un ripensamento del concetto d'investimento, rispetto all'originaria nozione, a favore di una più flessibile e completa accezione. Con questo lavoro si intende dare una visione storica e allo stesso tempo dettagliata nel senso evolutivo della nozione di investimento in ambito internazionale, considerando il progresso della dottrina imposta(ci) anche alla luce della grave crisi finanziaria che ha coinvolto l'intero globo dal 2008 ad oggi. A tal fine può essere utile delineare innanzitutto la cornice storico-giuridica nella quale è nata e si è sviluppata nei suoi caratteri essenziali la dottrina riguardante gli investimenti esteri. Il lavoro ha prestato attenzione all'evoluzione, nell'ultima parte del XX secolo, dell'insieme di norme e principi aventi ad oggetto il trattamento e la protezione delle operazioni di investimenti dal c.d. rischio politico, attraverso l'imposizione di obblighi di comportamento allo Stato ospite. Si è ricercata una definizione giuridica di queste operazioni economiche. A questo scopo si è posta attenzione, nell'assenza di norme generali significative, alle definizioni adottate negli strumenti convenzionali. In questi l'investimento viene alla luce come operazione, spesso complessa, caratterizzata dall'impiego durevole di risorse, dall'assunzione di un rischio e dal contributo allo sviluppo del paese ospite, mentre non è richiesta espressamente la partecipazione alla gestione che pure distingue, sul piano economico, l'investimento diretto dall'investimento di portafoglio.

Si è successivamente operata una ricognizione delle norme consuetudinarie

applicabili alla materia confrontandole con le soluzioni rinvenibili nei numerosi strumenti convenzionali (bilaterali e multilaterali) adottati nell'ultimo ventennio.

In termini generali, l'evoluzione prodottasi nella materia si è mossa, al fine di promuovere la realizzazione di operazioni di IDE¹, nella direzione di un rafforzamento delle garanzie offerte agli operatori economici transnazionali attraverso il superamento delle controversie che avevano caratterizzato la materia nel corso degli anni settanta. Tale evoluzione, si è principalmente basata sull'adozione di strumenti bilaterali ad hoc e si caratterizza per l'attribuzione di diritti immediatamente applicabili agli operatori economici. Una delle prime questioni sollevate nel diritto internazionale degli investimenti concerne la definizione stessa d'investimento. Si tratta, in effetti, di una questione di difficile soluzione, sulla quale gli arbitri e la dottrina s'interrogano da una trentina d'anni. Ciò può apparire giustamente abbastanza singolare. Siamo, infatti, portati a pensare che esiste ormai una chiara distinzione tra i due maggiori ambiti delle relazioni economiche internazionali, ossia gli investimenti internazionali e il commercio internazionale. Tanto più che questi due settori sono disciplinati da differenti strumenti di diritto internazionale: i trattati sulla protezione, per quanto concerne gli investimenti, i trattati costitutivi dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), per quel che riguarda il commercio delle merci, dei servizi e dei diritti di proprietà intellettuale. La grande mole di trattati bilaterali per la promozione e la protezione degli investimenti (B.I.T.), ha fatto sì che si creasse un'ampia definizione di investimento modellata sui concetti di "bene" e "diritto" (le c.d. *asset-based-definitions*), nel cui ambito sono compresi sia investimenti diretti sia quelli di

¹ Investimenti Diretti Esteri

portafoglio. Nel procedere in questo senso, questo lavoro ha l'obiettivo di tracciare una sorta di lettura lineare, dove, partendo dalle origini si pone in essere una descrizione ordinata ed oggettiva della nozione di investimento internazionale.

Capitolo I

Le origini della protezione degli investimenti

1. Il quadro storico-giuridico alla base della protezione degli investimenti stranieri

Il campo del diritto internazionale in cui poter reperire le origini della tutela degli investimenti esteri è quello classico del trattamento degli stranieri ed in particolare della “responsabilità degli Stati per danni causati agli stranieri”. Le forme giuridiche che attualmente permettono all’investitore di trovare tutela in caso di violazioni di obblighi contrattuali da parte dello Stato ospite non sono altro che lo stato attuale dell’evoluzione delle norme di diritto internazionale (generale e convenzionale) relative al trattamento degli stranieri ed in particolar modo alla protezione della sfera economica delle posizioni soggettive della persona di diversa nazionalità, prima fra tutte la proprietà privata. La prima forma di tutela degli stranieri riconosciuta a livello di diritto internazionale generale è rappresentata dall’istituto della protezione diplomatica, ossia l’intervento dello Stato di appartenenza di una persona che abbia subito danni alla propria sfera giuridica nel territorio di un altro Stato. Se le iniziali forme di risoluzione delle controversie tra Stati relative al trattamento degli stranieri venivano risolte soprattutto sul piano dei rapporti di potere, dal XIX secolo in poi tale istituto va caratterizzandosi tramite la creazione ed il conseguente ricorso, sempre più frequente, a tribunali arbitrali chiamati a dirimere, sulla base del consenso degli Stati interessati, le controversie relative all’accertamento e alla riparazione dei danni provocati dall’uno nei confronti di un cittadino dell’altro, nonché a commissioni internazionali o nazionali deputate alla distribuzione delle somme pagate a titolo di

indennizzo a seguito dei *lump sum settlement agreements*, il cui impiego massiccio in epoca di decolonizzazione trova un precedente già nel 1803 nell'accordo tra Stati Uniti e Francia . La varietà di posizioni che uno Stato sovrano poteva assumere di fronte alla lesione degli interessi economici dei propri cittadini all'estero poteva quindi variare dalla assoluta indifferenza (frutto della piena titolarità del diritto) all'adozione di misure di natura prettamente diplomatica, fino al ricorso ad arbitrati internazionali cui veniva conferito il compito di dirimere le controversie. Per quanto tale strumento giuridico di tutela abbia raggiunto forme sempre più raffinate tramite una definizione dei suoi elementi caratterizzanti (ad esempio: la necessità di un vincolo di nazionalità tra persona fisica o giuridica e Stato d'origine; il preventivo esaurimento dei ricorsi interni) si è assistito ad una flessione del suo impiego dovuta, in un primo tempo, all'affermazione della c.d. “dottrina Calvo” soprattutto nei paesi latino americani e successivamente alla diffusione di un atteggiamento di diffidenza da parte degli Stati che hanno raggiunto l'indipendenza nel XX secolo nei confronti dei paesi esportatori di capitali. In un primo tempo, infatti, tramite l'inserimento della c.d. “clausola Calvo” nei contratti tra Stati e imprese straniere si prevedeva il deferimento della soluzione delle eventuali controversie ad un tribunale dello Stato ospite, la scelta della legge dello stesso Stato come legge del contratto nonchè 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 “dinego di giustizia”, la cui interpretazione restrittiva restringeva il campo di applicazione della protezione diplomatica ai soli e pressochè rari casi di impossibilità di accesso alle giurisdizioni interne.

2. Il Nuovo Ordine Economico Mondiale e la questione degli investimenti esteri

Successivamente, in epoca post-coloniale, la presenza in seno alle Nazioni Unite di una maggioranza di paesi in via di sviluppo ha portato all'adozione di risoluzioni che riflettevano l'immagine del nuovo ordine economico di cui gli Stati di recente indipendenza si facevano promotori. Ricordiamo la risoluzione 88(XII) adottata nel 1972 dall'UNCTAD²; la risoluzione 3171 (XXVIII) del 1973 dell'Assemblea generale dell'ONU³; e la Carta sui diritti e i doveri economici degli Stati del 1974⁴. Gli strumenti adottati nei primi anni' 70, benchè rientranti nella categoria del *soft-law*, hanno segnato un momento di crisi nell'evoluzione dell'istituto e quindi della tutela degli interessi, in particolar modo economici, degli stranieri. Le risoluzioni non solo esprimevano, come corollario del principio della sovranità permanente sulle risorse naturali affermato nella ris. dell'Assemblea Generale 1803/XVII, l'esigenza di risolvere ogni eventuale controversia in materia all'interno delle giurisdizioni appartenenti allo Stato ospite e sulla base della sua normativa interna, ma nell'affermare il pieno diritto degli Stati a nazionalizzare o espropriare i beni degli stranieri nel proprio territorio ponevano come limite soltanto la corresponsione di una “*appropriate compensation*” escludendo forme di indennizzo che tradizionalmente venivano riassunte nella c.d. formula di Hull: “*prompt, adequate and effective compensation*”⁵. In questo clima di diffidenza nei confronti di una tutela a livello di diritto internazionale degli interessi

2 UN Doc. TD/B/423, in *International law materials*, 1972, p. 1474 ss.

3 UN Doc. A/RES/3171 (XXVIII), in *American Journal of International law*, 1974, p. 381 ss.

4 UN Doc. A/RES/3281 (XXIX) (1974), in *International Law Materials*, 1975, p. 251 ss.

economici degli stranieri assume un ruolo fondamentale, ma allo stesso tempo un punto di ambiguità, la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia (CIG) nel caso *Barcelona Traction Light and Power Ltd*⁶. La causa traeva origine dai danni subiti dagli azionisti di nazionalità belga di una società costituita e avente sede in Canada, in relazione alla dichiarazione di fallimento in Spagna a seguito delle misure adottate dal governo spagnolo relativamente al trasferimento di capitali. Il ricorso presentato dal Belgio di fronte alla CIG fu rigettato per difetto di legittimazione attiva. Malgrado oltre l'80% dell'azionariato fosse di nazionalità belga, dal momento che oggetto del ricorso non erano i danni subiti direttamente dagli azionisti, bensì quelli che derivavano indirettamente dai danni inflitti alla società, secondo la Corte l'unico Stato legittimato ad agire in protezione diplomatica era quello in cui la società era stata costituita e aveva la sua sede. Se questa sentenza ha confermato le posizioni già assunte nel 1924 dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso delle *concessioni Mavrommatis in Palestina*⁷ relative al riconoscimento a livello di diritto internazionale generale della funzione della protezione diplomatica e del suo ruolo come strumento di tutela per le persone giuridiche operanti nel territorio di uno Stato ospite, dall'altro ha accentuato la crisi di tale istituto ai fini di tutela degli investitori. Con la diffusione nell'ambito degli operatori commerciali del modello di società multinazionali, dove la proprietà è legata ad una

5 Vedi art. 2 (c) della *Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati*.

6 Caso *Barcelona Traction Light and Power Ltd.*, (Belgio c. Spagna), in *I.C.J. Reports*, 1970, 3.

7 P.C.I.J. Series, A, No. 2, p. 11 ss.

moltitudine di legami con diversi Stati di origine, uno strumento come quello della protezione diplomatica si è dimostrato sempre più insufficiente a tutelare gli azionisti rispetto ai danni provocati dallo Stato ospite alla società stessa. La diversa soluzione ottenuta diciannove anni dopo nel caso *ELSI*⁸ relativamente alla questione del *locus standi* fu dovuta principalmente all'esistenza del *Friendship, Commerce and Navigation Treaty* concluso nel 1951 tra Italia e Stati Uniti. In base a questo trattato, che tutela in modo autonomo gli interessi degli investitori rispetto a quelli della società, gli Stati Uniti sono stati considerati legittimati ad agire in protezione diplomatica dei primi. Una recente testimonianza dell'indiscutibile flessione della tutela tramite la protezione diplomatica è rappresentata dalla recente sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 24 maggio 2007 sulle eccezioni preliminari sollevate nel caso “*Diallo*”⁹. La Guinea aveva adito la CIG in protezione diplomatica di un proprio cittadino, il sig. Diallo, proprietario di un'impresa che possedeva il 30% delle azioni di una società (Africontainers-Zaire) che si occupava il trasporto di merci tramite *containers*. Tale società era di nazionalità congolese (Zaire al tempi dei fatti), Stato in cui aveva sede. A seguito di numerosi controversie nelle quali fu coinvolta la sua società, il sig. Diallo ricevette l'ordine di espulsione dal primo ministro dello Zaire. Tra i vari motivi del ricorso della Guinea vi e non solo la violazione di diritti umani ma anche la violazione dei diritti acquisiti dal sig. Diallo in quanto azionista della Africontainers-Zaire e di quelli della società stessa in via di sostituzione. La Corte ha concluso per l'ammissione del ricorso della

⁸ Caso *Elettronica Sicula spa (ELSI)*, (USA c. Italia), 1989 in *I.C.J. Reports*, 1989, 15.

⁹ Caso *Diallo*, Obiezioni preliminari, Guine a c. Repubblica democratica del Congo, Corte internazionale di Giustizia, 24 maggio 2007, in www.icj-cij.org

Guinea ad eccezione dei motivi relativi alla protezione del proprio cittadino rispetto alla violazione dei diritti della società Africontainers-Zaire. La giurisprudenza della CIG pare ancora saldamente fondata sui criteri restrittivi di tutela degli azionisti così come delineati fin dal 1970 nel caso *Barcelona-Traction*. Il carattere inevitabilmente parziale della tutela degli investitori stranieri è uno degli aspetti che ha portato ad un lento declino della protezione diplomatica. A rendere quest'ultima “economicamente” incompatibile con lo sviluppo delle forme d’investimento specialmente negli ultimi trent’anni hanno contribuito anche altri fattori ontologicamente legati al tipo di strumento giuridico che la protezione diplomatica rappresenta:

- In primo luogo l’inevitabile discrezionalità dell’intervento dello Stato di origine: sebbene sia stato a lungo discussa la differenza tra diritto sostanziale e diritto processuale alla tutela dello straniero e nonostante la Commissione di Diritto Internazionale nel Progetto del 2006 sulla protezione diplomatica non abbia esplicitamente riprodotto le inequivocabili espressioni utilizzate in passato dalla Corte Internazionale di Giustizia relative alla libertà dello Stato di agire in protezione diplomatica, rimane indiscusso ancora oggi che l’unico soggetto che può decidere se intervenire o meno è lo Stato di nazionalità. Per quanto apprezzabili, le disposizioni contenute nell’art.19 del Progetto secondo le quali uno Stato “*should (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury is occurred, (b) take into account, wherever feasible, the views of injured person with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be*

sought

... ”rimang

ono inevitabilmente “raccomandazioni”, di conseguenza formulazioni non giuridicamente vincolanti. Il rischio di politicizzazione della controversia tra Stati con due ulteriori conseguenze: la prima è che lo Stato di nazionalità molto spesso interverrà in base ad una considerazione dell’opportunità politica di una simile azione. Il secondo è la conseguente ridotta prevedibilità dell’esito di un’operazione di investimento e della risoluzione di un’eventuale controversia che dovesse sorgere con lo Stato ospite.

- Il necessario esaurimento dei ricorsi interni prima di poter richiedere l’intervento del proprio Stato d’origine. Se da un lato non si può non tener conto dell’apertura mostrata dalla Commissione di Diritto Internazionale nell’art. 15 del Progetto del 2006 relativamente ai casi di eccezione alla regola dei rimedi interni, è pur vero che gli investitori considereranno molto più vantaggioso e celere un sistema come quello previsto dai trattati bilaterali recenti ove viene normalmente esclusa l’esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni allo Stato ospite per poter accedere alle opzioni di arbitrati internazionali che vengono concordate dagli Stati.
- La lentezza del procedimento: solo per fare un esempio a tutti ben noto in materia, nel caso *Barcelona Traction* dal momento in cui si è verificato il danno (la bancarotta) al momento in cui è stata emessa la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia sono trascorsi 22 anni. E’ impensabile per un investitore dover sopportare una tale lungaggine temporale. Per quanto le disposizioni della maggior parte degli accordi bilaterali sugli investimenti preveda la possibilità di deferire le controversie Stato-investitore ad un arbitrato

internazionale solo dopo il previo trascorrere di un intervallo di tempo per permettere tentativi di negoziazione, si tratta generalmente di un periodo che varia dai tre ai 12 mesi al massimo. Il difetto di tutela riconosciuto a livello di diritto internazionale generale nei confronti degli investitori ha contribuito alla nascita di un modello giuridico di tipo pattizio che fornisse un più ampio spettro di protezione per tutte le posizioni giuridiche suscettibili di essere lese nel rapporto tra investitore e Stato ospite. La tutela apportata dalla diffusione dei *Bilateral Investment Treaties* ha superato almeno in parte il modello della protezione diplomatica favorendo la risoluzione delle controversie con l'accesso diretto dell'investitore estero a tribunali arbitrali internazionali. Le prime esperienze di questo genere risalgono al Trattato tra Germania e Polonia del 15 maggio 1922 con il quale fu istituito l'*Arbitral Tribunal for Upper Silesia*. Il trattato bilaterale, che attuava disposizioni contenute nel Trattato di Versailles alla fine della Prima guerra mondiale predisponiva un organismo arbitrale di fronte la quale i soggetti privati potevano convenire gli Stati per controversie relative all'indennizzo richiesto a seguito di violazioni di diritti acquisiti. Un più recente esempio di questo fenomeno (controversie offerte ai privati a tutela di interessi più prettamente economici) e riscontrabile nell'ambito del Tribunale Arbitrale Iran-Stati Uniti, istituito a seguito degli Accordi di Algeri del 1981 che pose fine alla crisi scoppiata con la presa degli ostaggi nell'ambasciata e nei consolati americani in Iran nel 1979. Sulla base dell'articolo II degli Accordi, tale organismo arbitrale doveva decidere sulle domande avanzate dai cittadini statunitensi o iraniani rispettivamente contro l'Iran o gli Stati Uniti per controversie nascenti da "debts, contracts

expropriations or other measures affecting property rights”¹⁰. Di carattere multilaterale è il Trattato istitutivo del Centro per la soluzione delle controversie tra Stati e cittadini di altri Stati in materia di investimenti. Il meccanismo di risoluzione delle controversie predisposto dalla Convenzione di Washington del 1965 solo dalla fine degli anni ’80 troverà grande successo presso gli operatori economici. Punto di svolta del successo degli arbitrati ICSID è stato rappresentato da due sentenze arbitrali (*S.P.P. c. Egitto*¹¹ e *AAPL c. Sri Lanka*¹²) in cui è stato ritenuto esistente un accordo arbitrale costituito da una parte dalla domanda di arbitrato presentata dall’investitore e dall’altra dal consenso manifestato dallo Stato ospite o in un atto normativo del proprio ordinamento (*S.P.P.*) o in una disposizione di un trattato bilaterale (*AAPL*). Oltre ad alcuni trattati regionali (come il *NAFTA*¹³, l’*Energy Treaty Charter*¹⁴, l’*ASEAN*¹⁵ e il *MERCOSUR*¹⁶), molti dei quali hanno riscontrato un discreto successo in termini di attuazione, gli unici strumenti di tipo

10 Art. II della *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, concerning the settlement of claims by the Government of the United States of America and the Government of Islamic Republic of Iran*, 19 gennaio 1981, in *International Legal Materials*, 1981, p. 230 ss.

11 *S.P.P. c. Egitto*, sentenza arbitrale del 27 novembre 1985, in *Year Book of Commercial Arbitration*, 1991, p. 19 ss.

12 *Asian Agricultural Products Ltd. C. Sri Lanka*, sentenza arbitrale del 27 giugno 1990, in *ICSID – Foreign Investment Law Journal*, 1991, p. 526 ss.

13 *North America Free Trade Agreement*, in vigore tra Stati Uniti, Canada e Messico dal 1 gennaio 1994, in <http://www.nafta-sec-alena.org>

14 *Energy Treaty Charter*, firmata a Lisbona il 17 dicembre 1994, in <http://www.encharter.org>.

multilaterale sono il MIGA¹⁷ e gli Accordi TRIMS¹⁸ i quali, pero, disciplinano solo alcuni degli aspetti delle operazioni di investimento, cioè quello delle garanzie e dei c.d. *performance requirements*. I negoziati avviati in seno all'OSCE nel 1995 ai fini della conclusione del Multilateral Agreement on Investment (MAI) per regolare la materia degli investimenti fallirono nel 1998 a seguito del definitivo ritiro da parte della Francia. Tra le cause che portarono ad un esito negativo sicuramente se ne annoverano due: da un lato il carattere unilaterale attribuito al trattato, dal momento che la maggior parte dei Paesi coinvolti appartenevano agli Stati esportatori di capitali, dall'altro la questione ambientale: si temeva che a seguito della sentenza arbitrale *Ethyl2*¹⁹ (la prima nel sistema NAFTA alla cui struttura era ispirato il MAI) si potessero arrestare le politiche statali di regolamentazione in materia ambientale a vantaggio degli *standards* di protezione incentrati sul principio di non discriminazione e espropriazione contenuti nel MAI. Attualmente le nuove prospettive di disciplina a livello multilaterale della protezione degli investimenti sono concentrate sull'attività del WTO che dal novembre 2001 ha fatto propria la proposta della Comunità Europea

15 Association of Southeast Asian Nations, istituito l'8 agosto 1967 tra Brunei Darussalam, Indonesia, Malesia, Filippine, Singapore e Tailandia, in <http://www.aseansec.org>.

16 Mercado Común del Sur, costituito con il Trattato di Assunção del 26 marzo 1991 tra Argentina, Brasile Paraguay e Uruguay, in <http://www.mercosur.org.uy>.

17 Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 11 ottobre 1985, in International Law Materials, 1985, p. 1605 ss.

18 Agreement on Trade-Related Investment Measures, 15 aprile 1994, in http://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/18-trims.pdf.

di avviare nuovi negoziati in materia¹⁹. Qualsiasi forma verrà ad assumere il diritto internazionale in materia di investimenti sembra ormai venuta meno l'esigenza di un ruolo decisivo dello Stato di origine dello straniero nel conduzione della controversia con lo Stato ospite. E tuttavia giusto specificare, che una simile forma di tutela diretta da parte di soggetti privati di fronte a tribunali arbitrali internazionali non ha rappresentato la totale esclusione dalla sfera della sovranità degli Stati della tutela nei confronti dei propri cittadini all'estero. Il meccanismo predisposto dalla maggior parte degli odierni trattati bilaterali non è configurabile come eccezione rispetto alla cornice del diritto internazionale generale che disciplinava la protezione diplomatica. L'accesso diretto a giurisdizioni arbitrali internazionali è sempre disposto da clausole di origine pattizia con cui due o più Stati, limitando la propria sovranità, consentono di poter essere convenuti in giudizi arbitrali internazionali da soggetti privati che hanno investito nel loro territorio, mentre lo Stato di origine limita l'intervento in protezione diplomatica a favore dei propri cittadini nel caso in cui sorgano controversie con Stati ospiti. Lo schema che permane nell'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario in materia di investimenti è sempre quello del potere di ogni Stato sovrano di agire in protezione diplomatica, il cui carattere dispositivo permette la possibilità di derogarvi in caso di norme di diritto internazionale particolare²⁰. Tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia soprattutto nei recenti casi La

19 Commissione delle Comunità Europee, Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament - The EU approach to the Millennium Round, in <http://europa.eu.int/comm/trade/pdf/0807nr.pdf>.

Grand e Avena e del conseguente abbandono dell'espressione "diritto proprio dello Stato", considerando le pronunce di alcuni tribunali interni che pongono limiti alla discrezionalità nell'esercizio della protezione diplomatica, si profila in'evoluzione nel senso di un maggior ruolo delle persone fisiche e giuridiche sullo stesso piano nel diritto internazionale generale.

3. La definizione e formazione della nozione di investimento straniero

L'ambito del diritto internazionale del quale ci stiamo occupando è stato frequentemente denominato "diritto degli investimenti". Si è tentato di configurare come unitario questo insieme di regole, generalmente di natura pattizia , evidenziandone soprattutto i tratti comuni: si pensi anche soltanto alle formulazioni degli *standards* di trattamento, alle clausole arbitrali, agli obblighi di garanzia. Indipendentemente dall'uniformità o meno delle regole convenzionali in materia di investimenti, pare opportuno svolgere alcune considerazioni sull'oggetto stesso di questa vasta disciplina, dal quale traggono origine le particolari forme di protezione per determinati soggetti che assumono la qualifica di "investitori". La nozione di investimento riveste un ruolo essenziale nella nostra ricerca, non solo per valutare l'eventuale fondatezza dell'esistenza di forme di tutela nel diritto consuetudinario, ma ancor prima per misurare l'ambito applicativo delle disposizioni convenzionali ed enucleare il tipo di diritti contrattuali effettivamente oggetto di tutela. La definizione giuridica di investimento e la sua evoluzione riflettono in parte l'origine di questa disciplina e lo sviluppo che ha conosciuto. Come già accennato, il regime giuridico degli

20 In tal senso vedere LEANZA-CARACCIOLI, Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui, Giappichelli, 2010; BORCHARD E. M., The diplomatic protection of citizens abroad, New York, 1970.

investimenti attinge largamente alla disciplina internazionale sul trattamento degli stranieri ed in particolar modo alla protezione della sfera economica delle posizioni soggettive dello straniero, prima fra tutte la proprietà privata. Il primo nucleo della nozione di investimento si è formato in stretta connessione coi beni oggetto di proprietà degli stranieri che svolgevano un'attività economica in uno Stato diverso da quello d'origine. Non è quindi un caso che in molti trattati bilaterali la descrizione dell'investimento protetto sia modellata principalmente sulla nozione di bene, mobile o immobile, e sulla posizione giuridica che ne descrive il legame con una persona fisica o giuridica. Il graduale passaggio nella seconda metà del secolo scorso dai *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* ai *Bilateral Investment Treaties* è stato uno degli indici dell'esigenza di una normativa internazionale convenzionale più aderente alla tutela di nuove forme di operazioni economiche che gli stranieri realizzavano in uno Stato diverso da quello di appartenenza. Si pensi, a solo titolo di esempio, all'esigenza di protezione degli investimenti indiretti (i c.d. *portfolio investments*). Sia per la giurisprudenza arbitrale sia per la dottrina è stato arduo trovare, tra le molteplici configurazioni che hanno assunto gli investimenti nel passare del tempo, una definizione che potesse coglierne gli elementi identificativi. La nozione economica di investimento ha inevitabilmente svolto un ruolo fondamentale nella ricerca di una nozione giuridica. A titolo di esempio, può essere utile considerare la definizione di investimento diretto proposta dal Fondo Monetario Internazionale: “*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”²¹. E su questo interesse durevole, implicante la partecipazione effettiva alla gestione di un’impresa nel territorio di uno Stato ospite, che si è modellata la nozione di investimento estero diretto, specialmente in sede di trattati multilaterali. La constatazione della difficoltà di trovare, ciononostante, un grado di uniformità nelle molteplici definizioni di investimento è stata frequentemente giustificata dalla eterogeneità degli strumenti nei quali erano contenute. I trattati multilaterali, di ordine universale o regionale, i trattati bilaterali ed i codici di investimento nazionali presentano fini ed oggetti divergenti; rispetto ad ognuno di essi, di conseguenza, occorre ricavare una diversa concezione di investimento.

4. La protezione diplomatica e la tutela degli investimenti esteri oggi

La protezione diplomatica è stata per molto tempo la migliore sintesi tra due sostanziali esigenze contrapposte: da un lato quella dei cittadini stranieri di vedere rivendicati i propri diritti da un apparato giudiziario diverso da quello dello Stato di nazionalità, per la determinazione della

21 Balance of payments manual, fifth edition, p. 86, consultabile sul sito <http://www.imf.org/external/np/sta/di/index.htm>. Questo tipo di approccio ha trovato riscontro nella definizione di investimento elaborata dall’OCSE: “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” (in Draft OECD Benchmark Definition of foreign investment, 4th Edition, 28 Febbraio 2008, p. 10, consultabile nel sito <http://www.oecd.org/dataoecd/26/50/40193734.pdf>).

responsabilità per i danni subiti, dall’altro quello dello Stato ospite di mantenere salda la propria sovranità.

Con tale strumento giuridico, infatti, si permetteva allo straniero di superare quella diffidenza nei confronti di un ordinamento giuridico considerato poco imparziale (dopo aver esaurito i rimedi interni offerti dallo stesso ordinamento) e contemporaneamente si garantiva allo Stato ospite la possibilità di affrontare la controversie su un piano di parità nei confronti dello Stato di nazionalità dello straniero²². In un periodo come quello attuale in cui sono vigenti più di 2.500 trattati bilaterali d’investimento²³, resta la necessità di chiedersi quale sia il ruolo della protezione diplomatica.

L’art. 17 del Progetto approvato dalla Commissione di Diritto Internazionale così recita: “*Special rules of international law. The present draft articles do not apply to the extent that they are inconsistent with special rules of international law, such as treaty provisions for the protection of investments*”.

Questo testo è il risultato di un dibattito all’interno della Commissione che aveva visto esprimere la proposta di non inserire nel progetto alcun riferimento a norme speciali dal momento che la loro applicazione dovrebbe essere già regolata dal principio generale di diritto per cui “*lex specialis derogat generali*”²⁴. Fin dal suo primo rapporto il relatore speciale

22 Tale esigenza può essere riscontrata dall’esigenza di disciplinare il settore degli investimenti in ambito internazionale.

23 Fonte <http://www.unctad.org/TEMPLATES/webflyer.asp?docid=8270&intItemID=1634&lang=1>.

24 Proposta in seguito ritirata di fronte l’obiezione del rischio di far apparire il progetto come un insieme di norme inderogabili

Dugard non cela la consapevolezza che il ruolo della protezione diplomatica possa apparire quanto meno ridotto negli ultimi anni, nei quali migliaia di trattati bilaterali prevedono un sistema di risoluzione delle controversie fra Stato ospite e investitore straniero caratterizzato dall'accesso diretto a un tribunale arbitrale internazionale da parte della persona fisica o giuridica che si ritiene lesa²⁵. L'esistenza di regimi "speciali" in materia di investimenti, che accordassero una maggiore tutela degli azionisti, era già stata riconosciuta nel 1970 dalla stessa Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Barcelona Traction*²⁶.

Sebbene si potesse considerare pacifica l'accettazione di sistemi di tutela "ulteriori" rispetto alla protezione diplomatica, si può riscontrare nel dibattito all'interno della Commissione l'esistenza di un disaccordo in merito al ruolo che un articolo a tal proposito avrebbe assunto. In principio l'art. 17 era inserito come articolo 21 all'interno della Parte relativa alle persone giuridiche ed era stato formulato sulla falsariga dell'art. 55 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001: "*Article 21: Lex specialis. These articles do not apply where the protection of corporation or shareholders, including the settlement of disputes between corporation or shareholders of a corporation and a State, is governed by special rules of international law*".

Le differenze tra la formulazione originaria e quella finale non sono di poco conto: innanzitutto l'aver collocato una disposizione di coordinamento con eventuali discipline speciali a chiusura del Progetto (l'art. 17 è inserito oggi

25 V. DUGARD J.R., *First report on diplomatic protection*, A/CN.4/506, p. 6 ss. , in <http://www.un.org/law/ilc/>.

26 *Barcelona Traction Light and Power Ltd.*, (Belgio c. Spagna) C.I.G., in International law materials, 1970, par.90.

nella parte IV intitolata “*Miscellaneous provisions*”) ha significato l’ampliamento della portata al di là delle regolamentazioni pattizie relative alle persone giuridiche ed in particolare agli azionisti. Del resto nel dibattito era anche emersa la proposta di non sminuire i trattati sui diritti umani che prevedessero regimi particolari di tutela a favore di persone fisiche²⁷. Collocando l’art. 17 tra le norme di chiusura con una formulazione più generica rispetto a quella iniziale è stato necessario decidere se farvi rientrare o meno in un unico articolo anche il coordinamento proprio con i sistemi speciali di protezione dell’individuo in materia di diritti umani. La scelta adottata dalla Commissione di regolare in due articoli separati il coordinamento di tali regimi e quello dei sistemi relativi agli interessi più prettamente economici dell’individuo ha tenuto conto, come suggerito anche dal presidente del comitato di redazione, Rodriguez-Cedeno²⁸, della differenza di *ratio* sottesa ad entrambi i casi: con l’art. 16 si è voluto affermare che nell’ambito dei diritti umani si applicheranno i trattati con regimi speciali, anche se permane sempre la possibilità di utilizzare la protezione diplomatica; con l’art. 17 invece si è probabilmente voluto riconoscere che particolari disposizioni pattizie possono precludere la protezione diplomatica a livello di diritto internazionale generale.

La vera differenza di fondo tra le due versioni dell’articolo 17, che viene espressamente sottolineata nel Commentario al Progetto, risiede soprattutto nella mutata concezione del rapporto che effettivamente si vuole instaurare tra protezione diplomatica e regimi speciali in materia di investimenti.

27 V. Fourth Report on diplomatic protection, p. 73, in <http://www.un.org/law/ilc/>.

28 V. Statement of the Chairman of the Drafting Committee, p. 24, in <http://www.un.org/law/ilc/>.

Già nel dibattito in seno alla Commissione era emersa l'esigenza di riformulare l'allora art. 21 in modo da vedere i due sistemi non come alternativi tra di loro, bensì come complementari. Le disposizioni di diritto internazionale generale sulla protezione diplomatica potranno trovare, quindi, applicazione nella misura in cui non siano espressamente incompatibili con le disposizioni pattizie: *Bilateral Investment Treaties*, i *Friendship, Commerce and Navigations Treaties*, futuri trattati multilaterali, ecc.²⁹. Sebbene la formulazione non rispetti quella che veniva da taluni auspicata in seno alla Commissione, ovvero la redazione di una “*without prejudice clause*” come è avvenuto per l'art. 16, non c'è dubbio che l'attuale testo dell'art. 17 lascia un certo margine di operatività congiunta tra i due sistemi di tutela degli investitori.

Come già accennato, è necessario considerare che attualmente, in materia di investimenti esteri, sono in vigore migliaia di BITs nei quali si prevede non solo un sistema di risoluzione delle controversie tra Stato e investitore incentrato preferibilmente su arbitrati internazionali *ad hoc* (spesso adottando le Regole UNCITRAL) o istituzionalizzati (es. tribunali ICSID) ma anche la conseguente limitazione della facoltà da parte degli Stati contraenti di intervenire con gli strumenti della protezione diplomatica a favore dei propri investitori.

Se questo è il panorama delle fonti che disciplinano la tutela degli investimenti è evidente che tale quadro giuridico veda prevalere una disciplina di tipo pattizio su quella di diritto internazionale generale che tradizionalmente copriva simili fattispecie.

29 V. DUGARD J. R., *Fourth Report on diplomatic protection*, p. 74, in <http://www.un.org/law/ilc/>.

Cosa rimane dunque alla protezione diplomatica? Se andiamo ad osservare la Convenzione ICSID del 1965³⁰ da un lato all'art. 27 prevede l'esclusione di tale strumento giuridico a favore degli investitori laddove venga scelto di utilizzare il sistema di accesso diretto ad un arbitrato internazionale così come previsto dalla Convenzione stessa; dall'altro all'art. 64 disciplina un sistema di risoluzione delle controversie tra Stati. Neppure queste forme di intervento dello Stato di origine sembrano potersi avvicinare alla protezione diplomatica in quanto sono finalizzati a sciogliere esclusivamente questioni relative all'interpretazione e all'applicazione del trattato. L'azione dello Stato a tutela dell'investitore è prevista in caso di possibili violazioni delle disposizioni pattizie.

L'unico spazio lasciato da moltissimi BITs nonché dalla stessa Convenzione ICSID alla protezione diplomatica è rappresentato dall'intervento dello Stato di origine a seguito del mancato rispetto dello Stato ospite della sentenza arbitrale di risoluzione della controversia con l'investitore.

A ben vedere questa ultima ipotesi rappresenta una fatispecie più limitata rispetto alla protezione diplomatica, quanto meno sotto due aspetti: in primo luogo i comportamenti lesivi nei confronti dell'investitore che possono dar luogo all'intervento dello Stato di origine sono ridotti alla mancata esecuzione della sentenza arbitrale. In secondo luogo le modalità di espressione della protezione diplomatica sono ricondotte tutte al deferimento della controversia con lo Stato ospite ad un arbitrato, senza quindi tener conto di tutta la gamma di azioni potenzialmente utili ai fini della tutela del proprio cittadino all'estero: attività diplomatiche, eventuali contromisure, ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia, ecc. Di fronte a

³⁰ Convention on Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States, 18 marzo 1965, in International Law Materials, 1965, p. 524 ss.

tale panorama delle fonti di tutela in materia di investimenti alcuni autori hanno espresso riserve sull'effettivo ruolo della protezione diplomatica in questo campo, ritenendo che il sistema diffuso dei trattati bilaterali abbia escluso ogni suo concreto utilizzo³¹.

La tendenza descritta riflette del resto la propensione, ormai diffusa anche in materia di diritti umani, di affiancare accanto al riconoscimento dei diritti sostanziali dell'individuo anche l'attribuzione di diritti processuali che rendano effettivo il godimento dei primi.

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.

Ci riferiamo in particolar modo all'apporto dell'esperienza ormai secolare in materia di protezione diplomatica utilizzabile in alcuni settori di confine: definizione e interpretazione degli *standards* di trattamento, titolarità dei diritti ed effettività della tutela, norme applicabili alle controversie, definizione del legame con lo Stato di origine.

BIBLIOGRAFIA

- **LEANZA-CARACCIOL**O, Il diritto internazionale:diritto per gli Stati e diritto per gli Individui, Giappichelli, 2008
- **AMERASINGHE C. F.**, *Local remedies in International law*, Cambridge,2004

31 KOKOTT J., *The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment*, in International Law Association, *Report on the seventieth conference* (New Delhi), London, 2002, p. 259 ss.

- **AMERASINGHE C.F.**, *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford, 1967
- **ASANTE S.**, *Stability and contractual relations in transnational investment process*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, p. 411
- **BALAS R.**, nota a sentenza, in *Journal of World Investment and Trade*, 2006, p. 371 ss.
- **BEHRENS P.**, *Towards the constitutionalization of international investment protection*, in *Archiv des Volkerrechts*, 2007, p. 175 ss.
- **BENNOUNA M.**, *Preliminary report on Diplomatic protection* (20 aprile-12 giugno 1998), UNDoc A/CN 4/ 484, p. 1 ss.
- **BERNARDINI P.**, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, in *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, p. 98 ss.
- **BORCHARD E. M.**, *The diplomatic protection of citizens abroad*, New York, 1970
- **BRANDON M.**, *Legal deterrents and incentives to private foreign investments*, in *Grotius Society Transaction*, 1957, p. 39 ss
- **BROCHES A.**, *The Convention on the settlement of investment disputes: some observation on jurisdiction*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, p. 268 ss.