

**LA PARTECIPAZIONE ALLO SVILUPPO ECONOMICO DI UNO STATO E' UNA
CONDIZIONE PER LA PROTEZIONE DEGLI INVESTIMENTI IN BASE AI
TRATTATI?
Charles Leben**

INTRODUZIONE

1. Lo straordinario sviluppo che da circa trenta anni interessa il diritto internazionale degli investimenti è alimentato da due fonti. La prima è costituita dai trattati internazionali per la protezione e la promozione degli investimenti (attualmente si contano circa 2600 trattati bilaterali e una mezza dozzina di trattati multilaterali, come l'Accordo nordamericano sul libero scambio o il Trattato sulla Carta dell'energia). La seconda deriva dalla giurisprudenza arbitrale, alimentata dalle pronunce del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati nazionali (ICSID), istituito dalla Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 (ratificata finora da 144 Stati), ovvero dalle decisioni di altri centri di arbitrato (come, ad esempio, quello della Camera di Commercio di Stoccolma) o, ancora, dalle sentenze di arbitrati *ad hoc*.

2. 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 esista 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.

3. L'operazione tipo d'investimento internazionale consiste nella creazione da parte di una società di una filiale all'estero alla quale viene fornito l'apporto finanziario necessario per costituirne il capitale (fenomeno, questo, che è all'origine delle imprese multinazionali). L'operazione tipo del commercio internazionale è la vendita di un prodotto o di un servizio all'estero.

In realtà, quando si esamina la questione più da vicino, la distinzione tra queste due branche delle relazioni economiche internazionali diventa confusa. La ragione principale consiste nel fatto che la nozione d'investimento è una nozione che viene qualificata (positivamente) come complessa o (negativamente) come evanescente¹. Ciò è evidente anche sul piano economico, come dimostrano i numerosi dibattiti alimentati dagli specialisti in materia². Ma lo è ancor più sul piano giuridico, a tal punto che la Convenzione di Washington, interamente dedicata alla risoluzione delle controversie tra Stati e investitori, non contiene alcuna definizione di investimento internazionale³, non avendo gli Stati negoziatori trovato un accordo su una nozione d'investimento condivisa.

4. Il giurista che tuttavia cerchi di cogliere il significato di questa nozione nella sfera del diritto internazionale deve necessariamente riferirsi alle due tipologie di fonti sopra menzionate, cioè ai trattati e alla giurisprudenza. I trattati per la protezione e promozione degli investimenti, in primo luogo, prevedono garanzie di trattamento che gli Stati accordano agli investimenti realizzati da loro cittadini. Gli stessi trattati elencano poi l'insieme delle operazioni alle quali si applicano, indicando altresì la definizione di investimento da loro presa in considerazione. I trattati stabiliscono, inoltre, che in caso di controversia tra lo Stato e un investitore straniero la questione sarà sottoposta ai tribunali arbitrali internazionali. Questi organi dovranno anzitutto esaminare se l'operazione di cui si discute rientra tra quelle previste dal trattato su cui si fonda la loro competenza. Essi sono, dunque, anche chiamati a fornire una definizione dell'investimento, dando vita così ad una giurisprudenza che costituisce la seconda fonte di diritto in materia. Allo stesso modo, se la Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID non contiene alcuna definizione d'investimento, saranno i tribunali arbitrali (ICSID) a dover definire, caso dopo caso, il concetto d'investimento, che costituisce peraltro il solo fondamento della loro competenza giurisdizionale ai sensi dell'Articolo 25 della Convenzione.

¹ Si veda l'abbondanza di aggettivi rinvenuti da W. Ben Hamida nella dottrina contemporanea: definizione "introvabile", "inesistente", che "non è riuscita ad emanciparsi dalla propria nebulosità originale" e che è "entrata nel linguaggio giuridico senza che sia stato possibile stabilirne fino ad ora una definizione globale", in *L'arbitrage transnational unilatéral*, tesi, Parigi II, 2003, p. 296.

² Si veda la voce "investimento" di Pr. Alain Cotta, in *l'Encyclopedia Universalis*, che rileva come l'investimento sia un fenomeno "al centro di numerose controversie" in ambito economico.

³ L'articolo 25, comma 1, della Convenzione di Washington recita: "La competenza del Centro si estende alle controversie di natura giuridica tra uno Stato contraente [...] e i cittadini di un altro Stato contraente che sono in relazione diretta con un investimento e che le parti hanno acconsentito per iscritto a devolvere al Centro ...". Cosa debba intendersi per "investimento", però, non è precisato.

5. Ciò che si può dedurre esaminando le due grandi fonti del diritto internazionale degli investimenti (trattati e giurisprudenza) è che il concetto d'investimento tende costantemente ad espandersi, al punto che molti autori hanno parlato di *deriva* o *diluizione*⁴ della nozione d'investimento. In altre parole, molte operazioni che tradizionalmente non venivano considerate come investimenti (una vendita o un prestito, ad esempio) oggi possono, a determinate condizioni, essere qualificate come investimenti. Viceversa, un'operazione che da punto di vista strettamente giuridico costituisce un investimento – come ad esempio la creazione o l'acquisizione da parte di una impresa di una società all'estero – potrebbe non rientrare tra gli investimenti *protetti* ai sensi dei trattati di protezione e/o della Convenzione di Washington. Alcune sentenze arbitrali e una certa dottrina, in effetti, aggiungono un'ulteriore condizione alla definizione d'investimento che concerne, come si vedrà, il contributo dell'investimento allo sviluppo economico dello Stato ospitante.

6. La questione fondamentale è se la nozione d'*investimento protetto dalle convenzioni* possiede una sua specificità ovvero se questa copre, in realtà, qualsiasi relazione economica tra uno Stato e un operatore privato straniero. Per dirla in altri termini: ogni operazione che si presenta sotto la classica forma giuridica d'investimento, come la creazione o l'acquisizione da parte di un'impresa di una società all'estero, è *ipso facto* un investimento *protetto* dalla Convenzione di Washington o dai trattati di promozione e protezione degli investimenti?

7. Si consideri come punto di partenza la distinzione generale che la dottrina fa tra la definizione soggettiva e oggettiva d'investimento. Secondo la definizione soggettiva, nel momento in cui uno Stato e un operatore privato si accordano nel sottoporre le controversie ad un arbitro ICSID, si deve presumere che l'operazione sulla quale sorge la lite è un investimento ai sensi della Convenzione Washington. Questo, per alcuni, dimostrerebbe che la Convenzione non fornisce alcuna definizione d'investimento, lasciando alle parti la scelta di accordarsi su ciò che intendono sottoporre alla giurisdizione arbitrale.

8. Ciò dimostra che il problema della definizione d'investimento è stato sollevato piuttosto tardi innanzi ai tribunali ICSID. Infatti, è solo nel momento in cui questi sono stati aditi, non

⁴ Si veda W. Ben Hamida, op. cit., pag. 327, § 522.

in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto ma in virtù di un trattato di protezione e promozione degli investimenti (e ciò a partire dagli anni Novanta), che la questione è stata risolta da arbitri. In assenza di un accordo tra le parti, contenuto nella clausola compromissoria, ma essendo aditi unilateralmente dall'investitore sulla base del trattato di protezione, i tribunali arbitrali hanno dovuto elaborare una nozione oggettiva (o autonoma) d'investimento.

9. La concezione puramente soggettiva dell'investimento è stata rigettata nell'affare *Joy Mining Machinery Ltd c. République arabe d'Égypte*, (affare N° ARB/03/11, sentenza del 21 settembre 2004, *Journal de droit international*, 2005, p.163-177): "Il fatto che la Convenzione [ICSID] non definisca la nozione d'investimento non significa, tuttavia, che qualsiasi cosa che le parti hanno convenuto può essere classificato come un investimento ai sensi della Convenzione [...] C'è un limite alla libertà delle parti di definire un investimento se vogliono attribuire la competenza ai tribunali ICSID. Le parti di una controversia non possono definire un investimento in un contratto o in un trattato in modo da beneficiare della giurisdizione, secondo le condizioni di cui all'articolo 25 della Convenzione" (par. 49 e 50 della sentenza)⁵. Ciò significa che il concetto d'investimento comporta una dimensione oggettiva che non può essere ignorata dalle parti.

10. Ma per quanto riguarda la dimensione oggettiva dell'investimento, il problema principale è stabilire se sia sufficiente essere in presenza di un investimento, giuridicamente inteso, in base ai criteri previsti dai trattati di protezione oppure se sia giustificato affiancare a detti criteri una ulteriore condizione basata sul contributo degli investimenti allo sviluppo economico del paese ospitante. Per determinare lo stato attuale del diritto degli investimenti, deve essere presa in considerazione la giurisprudenza arbitrale ma anche – proprio perché

⁵ Par. 49 : "The fact that the Convention has not defined the term investment does not mean, however, that anything consented to by the parties might qualify as an investment under the Convention. The Convention itself, in resorting to the concept of investment in connection with jurisdiction, establishes a framework to this effect: jurisdiction cannot be based on something different or entirely unrelated. In other words, it means that there is a limit to the freedom with which the parties may define an investment if they wish to engage the jurisdiction of ICSID tribunals".

Par. 50 : "The parties to a dispute cannot by contract or treaty define as investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention. Otherwise Article 25 and its reliance on the concept of investment, even if not specifically defined, would be turned into a meaningless provision".

quest'ultima non è ancora del tutto costante – la dottrina, nella misura in cui essa svolge un ruolo fondamentale nello sviluppo e nella sistematizzazione della giurisprudenza.

I) La giurisprudenza

A. Esiste una giurisprudenza arbitrale generale relativa alle controversie in materia di investimenti?

11. Prima di prendere in considerazione l'esame dei singoli casi giurisprudenziali, è necessario fare riferimento ad una considerazione generale. La giurisprudenza alla quale ci riferiamo è quella dei tribunali arbitrali ICSID, che si pronunciano sul fondamento della Convenzione di Washington e dell'art. 25 (1) e sui trattati bilaterali per la protezione degli investimenti (TBI) conclusi tra gli Stati membri.

12. Abbiamo preferito escludere, per esempio, ogni riferimento alla giurisprudenza ICSID sui criteri di competenza degli arbitri. Questa giurisprudenza, infatti, non fornisce un'interpretazione dell'articolo 25 della Convenzione di Washington da cui poter trarre considerazioni, ad esempio, su un caso d'arbitrato *ad hoc* reso sulla base del regolamento d'arbitrato UNCITRAL. Volendo portare il discorso alle estreme conseguenze, ne deriva che ogni tribunale arbitrale, anche se costituito sulla base della Convenzione di Washington, non potrà prendere in considerazione le sentenze già emesse in casi simili. Ogni tribunale ICSID decide, in linea di principio, unicamente con riferimento al caso di specie, non è vincolato da alcun precedente e la sua decisione concerne unicamente le parti in causa. Ogni tribunale arbitrale, insomma, costituisce una monade indipendente dal suo passato e dal suo futuro. Così, l'art 53 (1) della Convenzione ICSID prevede che “[l]a sentenza arbitrale è obbligatoria per le parti” (e, dunque, solo tra le parti). Allo stesso modo, se ci si riferisce ad un altro sistema convenzionale, ossia l'Accordo sul libero scambio nordamericano (NAFTA), l'articolo 1136 (1) stabilisce che: “Una sentenza resa da un tribunale non avrà forza vincolante, se non nei confronti delle parti e per quanto riguarda il caso di specie considerato”.

13. Ma, come vedremo, nella realtà non è così. Com'è noto, nel diritto internazionale degli investimenti, né in qualsiasi altro settore del diritto internazionale, vige la regola dello *stare decisis*. Ciò però non impedisce che anche nel diritto degli investimenti, come in altri settori,

si sia sviluppata una giurisprudenza che svolge un ruolo centrale nello sviluppo del diritto. Basta leggere le decisioni arbitrali: si constaterà che gli arbitri dedicano molto spazio alla discussione di sentenze arbitrali già rese su questioni simili a quella a loro sottoposta. Dal canto loro, anche le parti richiamano alcune sentenze arbitrali a sostegno delle loro posizioni o per “forzare” un orientamento giurisprudenziale a loro sfavorevole.

14. In realtà, tutta l'attività giurisdizionale dei tribunali arbitrali ha portato alla ripetizione d'analisi già effettuate in precedenza e alla generalizzazione di alcune soluzioni già adottate. Ogni opinione giurisprudenziale è collocata in una certa tradizione interpretativa al di là di ciò che il formalismo giuridico potrebbe indurre a credere. Esiste, al riguardo, una corposa giurisprudenza ICSID, nonostante la sua stessa esistenza ed il suo ruolo non traggano fondamento da alcun testo giuridico. Ma tale giurisprudenza, a ben vedere, può essere invocata anche al di fuori del quadro ICSID: gli stessi problemi, gli stessi concetti, le stesse argomentazioni nello stesso campo, possono essere affrontati allo stesso modo, da tribunali (arbitrali) dello stesso tipo, a condizione però che siano ovviamente oggetto di esplicita previsione di questa o quella convenzione.

15. Come ha affermato un autore: “la realtà è che gli operatori del diritto internazionale [degli investimenti], che appartengono al mondo accademico o sono arbitri, giudici, avvocati, fanno riferimento a precedenti sentenze arbitrali”⁶. O, ancora, secondo un altro autore: “anche se gli arbitri, in arbitrati in materia di investimenti, non sono vincolati dai precedenti allo stesso modo in cui lo è un giudice di *common law*, un consolidato sistema informale di precedenti costringe gli arbitri a prendere in considerazione le sentenze già emesse stabilizzando [così] il diritto internazionale degli investimenti”⁷.

16. Nel caso *AES c. Argentina* (aff. N°ARB/02/17, decisione sulla competenza giurisdizionale del 2 agosto 2004), il tribunale ha rigettato “l'affermazione secondo cui, a causa della specificità d'ogni affare e della particolare identità d'ogni decisione sulla competenza giurisdizionale, non devono essere prese in considerazione dagli arbitri le altre decisioni o

⁶ Chr. Schreuer and M. M. Weiniger, « Conversations Across Cases – Is There a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration ? », in MacLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration*, Oxford, OUP, 2007.

⁷ T. H. Cheng, « Precedent and Contrôle in Investment Treaty Arbitration », *Fordham International Law Journal*, 2007, p.1014-1049, p.1016.

sentenze rese da altri tribunali in casi simili. In particolare, se il fondamento della competenza di questi altri tribunali e/o se la questione giuridica controversa presenta un alto grado di similitudine o, ancora, un'identità con la questione trattata, questo Tribunale non ritiene sia vietato, in linea di principio, considerare la soluzione adottata o l'opinione espressa dagli altri tribunali" (par. 27 e 28 della sentenza)⁸. Si noti che questa posizione espressa si riferisce non soltanto alle sentenze arbitrali dei tribunali ICSID ma, in generale, a tutte le sentenze pertinenti all'affare che siano portate innanzi ad arbitri⁹.

17. Per quanto concerne più specificamente la definizione d'investimento protetto, va rilevato che le argomentazioni sviluppate dai vari tribunali arbitrali appartengono ad un unico sistema giurisprudenziale (nonostante questo sia attraversato da tendenze contraddittorie), il cui esame ci permette di individuare lo stato attuale del diritto internazionale in materia d'investimenti su tale questione. Ricordiamo qui di seguito le principali sentenze in materia.

B. La definizione d'investimento protetto nella giurisprudenza arbitrale

18. Nel caso *Fedax c. Venezuela* (ARB/96/3, decisione sulla competenza dell'11 luglio 1997¹⁰) si trattava di comprendere se l'acquisto da parte della società Fedax, mediante girata, di cambiali emesse dal Governo venezuelano, fosse costitutivo di un investimento protetto ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Washington. La competenza del tribunale era contestata sulla base del fatto che l'operazione in questione (l'acquisto di cambiali) non costituiva un investimento (v. par. 25 della sentenza). Il tribunale risponde enunciando quattro criteri caratteristici di un investimento: "una certa durata, una stabilità in materia di profitto ed entrate, una certa assunzione del rischio, un impegno sostanziale ed *un interesse certo per lo sviluppo del Paese ospitante*" (par 43, corsivo aggiunto). Esso afferma, inoltre, che all'interno

⁸ Par. 27: "Under the benefit of the foregoing observations, the Tribunal would nevertheless reject the excessive assertion which would consist in pretending that, due to the specificity of each case and the identity of each decision on jurisdiction or award, absolutely no consideration might be given to other decisions on jurisdiction or awards delivered by other tribunals in similar cases" (sentenza disponibile sul sito Internet ita.law.uvic.ca).

Par. 28: "In particular, if the basis of jurisdiction for these other tribunals and/or the underlying legal dispute in analysis present either a high level of similarity or, even more, an identity with those met in the present case, this Tribunal does not consider that it is barred, as a matter of principle, from considering the position taken or the opinion expressed by these other tribunals".

⁹ Per altri esempi, si veda T. H. Cheng, op.cit. pag.1016

¹⁰ Si veda E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, Pedone, 2004, p. 463-481.

della gerarchia tra questi criteri “il più importante è quello secondo cui deve esistere una relazione stretta tra l’operazione e lo sviluppo del Paese ospitante” (par. 43).

19. Su questa base e dopo aver notato che “le operazioni in questione [emissione di cambiali da parte della Repubblica del Venezuela per finanziare delle opere di interesse nazionale] non sono operazioni commerciali ordinarie ma rivestono (...) un interesse pubblico fondamentale” (par. 42), il tribunale arbitrale considera l’acquisto di queste cambiali costitutivo di un investimento protetto ai sensi del trattato bilaterale di protezione degli investimenti stipulato da Regno Unito e Venezuela.

20. Il tribunale arbitrale nel caso *CSOB v. Slovacchia* (ARB/97/4, decisione sulla competenza del 24 maggio 1999¹¹), prende nuovamente in considerazione il riferimento allo sviluppo ma trovandovi un fondamento testuale nel primo “Considerando” del Preambolo della Convenzione di Washington. Questo, in effetti, invoca “la necessità della cooperazione internazionale ai fini dello sviluppo economico, e il ruolo giocato in tale ambito dagli investimenti privati internazionali”. Da ciò, afferma il tribunale, “è lecito dedurre che un’operazione internazionale che contribuisca ad una cooperazione destinata ad incoraggiare lo sviluppo economico di uno Stato contraente può essere considerata come un investimento nel significato che questo termine ha nella Convenzione” (par. 64).

21. Si trattava, nel caso di specie, di un accordo di consolidamento tra la Repubblica Ceca, la Slovacchia e la banca Ceca CSOB comportante un prestito da parte di quest’ultima, prestito garantito dai due Stati, in favore dell’organo di riscossione delle imposte ceco. Il tribunale ha ritenuto che non fosse possibile sostenere che l’operazione in questione non dovesse essere considerata come investimento per il solo motivo che, dal punto di vista giuridico, si trattava di un prestito. Il tribunale ha rilevato, in effetti, che “un prestito può contribuire in modo sostanziale allo sviluppo economico di uno Stato” e poteva, dunque, a certe condizioni, essere considerato come investimento (par. 76). La qual cosa accadeva nel caso in questione.

22. Nel caso *Salini c. Marocco* (ARB/00/4, decisione sulla competenza del 23 luglio 2001¹²), relativo ad un contratto tra una impresa pubblica marocchina e due società italiane per la

¹¹ Si veda E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, Pedone, 2004, p. 577-598.

¹² Si veda E. Gaillard, op. cit., p. 621-636.

costruzione un'autostrada che avrebbe collegato due città marocchine, il Marocco affermava in giudizio che non si trattava di investimento né ai sensi del trattato di protezione tra l'Italia ed il Marocco né ai sensi della Convenzione di Washington. In relazione a quest'ultimo aspetto, dopo aver ricordato che secondo la dottrina "l'investimento presuppone degli apporti, una certa durata d'esecuzione del contratto ed una partecipazione ai rischi dell'operazione", il tribunale arbitrale afferma, in linea con la giurisprudenza *Fedax* ma facendo riferimento allo stesso fondamento testuale della sentenza *CSOB*, che "[l]a lettura del preambolo della Convenzione [di Washington] permette di aggiungere il criterio del contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante l'investimento" (par. 52).

23. Esplicitando in seguito quest'ultimo criterio, il tribunale nota che "trattandosi del contributo del contratto [di costruzione dell'autostrada] allo sviluppo economico dello Stato marocchino, questo non può essere seriamente messo in discussione. La costruzione delle infrastrutture, nella maggior parte dei paesi, rientra tra i compiti dello Stato o degli altri enti pubblici. Non può essere seriamente contestato che l'autostrada in questione servirà l'interesse pubblico. Infine le società italiane erano, oltretutto, in grado di conferire allo Stato ospitante l'investimento uno specifico *know-how* in relazione all'opera da realizzare." (par. 57).

24. Si trovano, tuttavia, sentenze nelle quali non viene ritenuto necessario prendere in considerazione il criterio dello sviluppo economico. Accade così che nel caso *Consortium Groupement LESI-DIPENTA S.p.A. c. Algeria* (ARB/03/8, decisione del 10 gennaio 2005¹³), il tribunale dichiara: "appare conforme all'obiettivo perseguito dalla Convenzione che un contratto, per costituire un investimento ai sensi dell'[art. 25 della Convenzione di Washington], soddisfi le tre seguenti condizioni: è necessario a) che il contraente abbia impiegato un certo capitale nel paese interessato, b) che questo impegno abbia una certa durata e c) che comporti un certo rischio per chi l'ha posto in essere. Non sembra necessario, al contrario, che esso sia collegato, più specificamente, alla promozione economica del paese, condizione, ad ogni modo, difficile da stabilire ed implicitamente coperta dai tre elementi considerati" (par. 13 e v. nello stesso senso, da parte dello stesso tribunale ed in relazione al

¹³ Si veda E. Gaillard, Cronaca ICSID in *Journal du droit international (JDI)*, 2006, p.237-251, Farouk Yala, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p.23-24.

medesimo caso, la decisione *LESI S.p.A e ASTALDI S.p.A. c. Algeria* del 12 luglio 2006, parr. 72-72).

25. Quest'ultimo ragionamento a noi pare discutibile. Certo, si può comprendere che il contributo allo sviluppo economico sia una condizione difficile da valutare ma essa, tuttavia, non è impossibile da prendere in considerazione. Inoltre, dire che essa è implicitamente compresa dai primi tre criteri, è come dire che la condizione esiste ma che esiste anche, in qualche modo, una presunzione che questa sia realizzata quando le prime tre condizioni sono soddisfatte. Ma tale presunzione deve essere insuperabile? Non è possibile che, malgrado vi sia un impegno economico, di una certa durata e che comporta un certo rischio, si sia in presenza di un'operazione la cui partecipazione allo sviluppo del paese è addirittura trascurabile?

26. La questione è stata nuovamente posta nel caso *Patrick Mitchell c. Repubblica democratica del Congo* [d'ora in poi RDC] (ARB/99/7, sentenza del 9 febbraio 2004, annullata in seguito alla decisione del Comitato *ad hoc*, dell'1 novembre 2006, JDI, p. 340-359). Uno studio di consulenza legale aveva adito l'ICSID in base al trattato bilaterale di protezione degli investimenti stipulato da Stati Uniti e Zaire, contestando l'espropriazione dei propri beni. La Repubblica del Congo (ex Zaire) sosteneva l'incompetenza del tribunale arbitrale sulla base del fatto che l'attività dello studio Patrick Mitchell "non poteva essere qualificata come investimento, dato che non rispondeva ai criteri obiettivi che dovevano essere soddisfatti a tal riguardo". La RDC affermava, inoltre, "che questa attività [di consulenza giuridica] non costituisce un'operazione a lungo termine e che non si concretizza in un apporto significativo di risorse; essa non è di un'importanza tale per l'economia dello Stato da poterla distinguere da una *transazione commerciale ordinaria*" (par. 56¹⁴, corsivo aggiunto). A tali affermazioni il tribunale risponde che "questi elementi, che, in effetti, appaiono di frequente nei progetti d'investimento, non costituiscono condizione pregiudiziale per ammettere che un'attività o una particolare transazione possano essere considerate 'investimento'. Questa nozione, finché non viene accompagnata da appropriate restrizioni, comprende, ai sensi della Convenzione ICSID e, così come è stato dimostrato, ai sensi del

¹⁴ Sentenza citata nella decisione di annullamento del Comitato *ad hoc*, del 1° novembre 2006, *Journal de Droit International*, 2007, p.346.

TBI [trattato bilaterale di protezione], anche piccoli investimenti di durata limitata e che determinano profitti limitati per l'economia dello Stato ospite.” (par. 56).

27. Quanto al contributo dell'investimento allo sviluppo dello Stato ospitante, il tribunale nota che questo elemento, sebbene presente in modo frequente nelle operazioni d'investimento, non costituisce una condizione formale per qualificare una specifica operazione d'investimento. Esso aggiunge inoltre che sia la Convenzione di Washington che il trattato di protezione Zaire-Stati Uniti sono suscettibili di coprire investimenti di poca importanza e che apportano un beneficio limitato all'economia dello Stato ospitante (par. 56). Conclude, dunque, che i beni della società Patrick Mitchell e le attività e le risorse a lui collegate costituiscono un investimento protetto ai sensi della Convenzione di Washington (par. 57).

28. La RDC iniziò una procedura di annullamento della sentenza in base all'art. 52(1) della Convenzione ICSID¹⁵. Tra i motivi invocati dalla RDC davanti al Comitato *ad hoc* incaricato di esaminare la domanda vi è “il manifesto eccesso di potere con riferimento alla competenza del tribunale arbitrale riguardo alla definizione di investimento”. Il Comitato ha dedicato una lunga dissertazione (parr. 27-48) a quello che chiama “il punto centrale della questione” ovvero il comprendere se il contributo allo sviluppo economico del paese di accoglienza costituisca un elemento necessario nella definizione d'investimento ai sensi della Convenzione di Washington e del trattato di protezione Stati Uniti-RDC (ex Zaire). Esso risponde affermativamente al quesito invocando il Preambolo della Convenzione di Washington (come era stato fatto nelle sentenze *CSOB* e *Salini*). Il Comitato nota che questa convenzione è stata conclusa sotto l'egida della Banca internazionale per la ricostruzione e lo *sviluppo*, e quest'ultimo fattore non può dunque essere ignorato (par. 28). Il Comitato continua: “risulta allora del tutto naturale che il parametro del contributo allo sviluppo economico dello Stato di accoglienza debba sempre essere tenuto in considerazione, in modo implicito o esplicito, dai tribunali ICSID nel quadro dei loro ragionamenti in applicazione della Convenzione [di Washington] ed anche indipendentemente dalle previsioni dell'accordo

¹⁵ « (1) Ciascuna delle parti può richiedere, per iscritto, al Segretario generale [dell'ICSID] l'annullamento della sentenza per ciascuno dei seguenti motivi: a) vizio nella costituzione del Tribunale; b) eccesso di potere manifesto; c) corruzione di un membro del Tribunale; d) grave inosservanza di una regola fondamentale di procedura; e) carenza di motivi. » Decisione del Comitato *ad hoc* del 1° novembre 2006, *JDI*, 2007, p.340-359.

delle parti o dal trattato bilaterale in questione” (par. 29, *JDI*, 2007 p. 348). E rinvia alle sentenze sopra citate.

29. Aggiunge, poi, che il trattato bilaterale Stati Uniti-RDC comprende esso stesso un preambolo che sembra invocare la nozione di sviluppo poiché esso ritiene “che un accordo sugli investimenti stimolerà il flusso di capitali privati e lo sviluppo economico delle due parti”. E, del resto, nota il Comitato *ad hoc*, questo legame esiste in tutti i TBI conclusi dagli Stati Uniti ed è, inoltre, accentuato nel Preambolo del modello americano di TBI del 2004 (par. 32, *JDI*, 2007 p. 349). Il Comitato afferma, dunque, che “l’esistenza di un contributo allo sviluppo economico dello Stato di accoglienza [è] una caratteristica essenziale – sebbene non sufficiente [...] – il che non significa che questo contributo deve essere sempre importante o fruttuoso” (par. 33, *JDI*, 2007 p. 349). In ogni caso è un parametro da prendere necessariamente in considerazione nella definizione di investimento attribuita di competenza ad un tribunale arbitrale ICSID. La qual cosa non è stata fatta dal tribunale arbitrale nel caso *Patrick Mitchell*. Il Comitato, dunque, annulla la sentenza del 9 febbraio 2004 “per carenza di motivazione e manifesto eccesso di potere commesso dal Tribunale nella sua scelta di dichiararsi competente” (par. 48, *JDI*, 2007 p. 353).

30. La giurisprudenza *Patrick Mitchell* è stata ripresa nella sentenza arbitrale *Malaysian Historical Salvors c. Malesia* (ARB/05/10, sentenza del 17 maggio 2007, consultabile sul sito <http://ita.law.uvic.ca>). Questo caso vedeva opposti una società di ricerca e recupero di relitti di navi contenenti tesori ed il governo della Malesia. La società contestava a quest’ultimo di non averle pagato la somma convenuta dopo il recupero e la vendita del carico di una nave britannica, la Diana che era affondata con il suo carico prezioso di porcellane, nel 1817. Essa adiva l’ICSID sulla base del trattato di protezione degli investimenti tra Regno Unito e Malesia. L’arbitro unico parte dall’idea che “risulta chiaramente dalla pratica e dalla giurisprudenza dell’ICSID che un contratto commerciale ordinario non può essere considerato come ‘investimento’.¹⁶” (par. 112). Diversi criteri distinguono, secondo l’arbitro, un investimento da un contratto commerciale ordinario. Uno di questi criteri è “il contributo

¹⁶ “E’ pacifico nella prassi e nella giurisprudenza ICSID che un ordinario contratto di natura commerciale non può essere considerato come un ‘investimento’ ”.

significativo apportato allo sviluppo economico del convenuto¹⁷”. (par. 138). Per l’arbitro si è in presenza, in questo caso, di un semplice contratto commerciale di recupero e non di un investimento protetto tale da contribuire allo sviluppo economico del paese. Egli precisa: “ (...) il Tribunale deve determinare se i benefici derivanti dal contratto erano semplicemente benefici commerciali o se il contratto ha apportato un contributo significativo all’economia del convenuto¹⁸” (par. 138). L’arbitro unico deciderà che si è in presenza, in questo caso, di un semplice contratto commerciale di recupero e non di un investimento protetto tale da contribuire allo sviluppo economico del paese.

31. In senso opposto, in un caso recente, *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Ecuador*, (ARB/03/6, sentenza del 31 luglio 2007, consultabile sul sito <http://ita.law.uvic.ca>), il tribunale ha ritenuto che, per affermare la competenza del tribunale arbitrale, fosse sufficiente che l’operazione rientrasse tra quelle previste nell’articolo del trattato di protezione relativo agli investimenti, senza porsi ulteriori questioni circa la durata dell’operazione o il rischio corso ed implicitamente, dunque, circa il contributo dell’investimento allo sviluppo.

32. In sintesi, lo stato attuale della giurisprudenza vede consacrato, nella maggior parte delle sentenze, il contributo allo sviluppo dello Stato di accoglienza come elemento a pieno titolo della definizione di investimento, mentre in una minoranza di decisioni continua ad essere seguito l’orientamento opposto.

33. Bisogna, tuttavia, richiamare nuovamente la questione secondo cui tutto questo studio non riguarderebbe che le sentenze ICSID e che si spiegherebbe in base alle specificità della Convenzione di Washington. Bisogna, in primo luogo, ricordare che questa convenzione non dice nulla sulla definizione di investimento e niente, dunque, sulla necessità, perché vi sia un investimento, di prendere in considerazione il contributo allo sviluppo del paese ospitante. E’ per la preoccupazione di equilibrare gli interessi delle parti (Stati ed investitori) e di scartare *le operazioni economiche ordinarie* che non meritano di beneficiare del vantaggio del diritto

¹⁷ “Il significativo contributo allo sviluppo economico del convenuto”. Ed ancora, si precisa : “ [...] il Tribunale deve valutare se i benefici derivanti dal contratto hanno rappresentato un semplice beneficio commerciale derivanti dall’accordo o se invece il contratto prevedeva un contributo significativo all’economia del convenuto”.

¹⁸ “Il Tribunale deve valutare se i benefici derivanti dal contratto hanno rappresentato un semplice beneficio commerciale derivanti dall’accordo o se invece il contratto prevedeva un contributo significativo all’economia del convenuto”.

di ricorrere al regolamento arbitrale, che alcuni tribunali ICSID hanno “creato” il criterio del contributo allo sviluppo economico dello Stato. Ma, questa *stessa preoccupazione* e le *medesime ragioni* possono, a giusto titolo, indurre alcuni tribunali arbitrali al di fuori dell'ICSID a riprendere lo stesso criterio. Non vi è alcuna specificità nell'arbitrato ICSID rispetto agli altri arbitrati.

34. Questo, allora, significherebbe andare contro la lettera di quei trattati che non prevedono (non più della Convenzione di Washington) che questo criterio possa limitare la competenza dei tribunali arbitrali? E' noto, tuttavia, che se è vero che un trattato deve essere interpretato secondo il senso ordinario attribuito ai suoi termini, si deve allo stesso modo tenere in considerazione il contesto così come l'oggetto e lo scopo del trattato (art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). Ora, qual è l'oggetto, lo scopo, il fine ultimo dei trattati di “protezione e promozione” degli investimenti, se non lo sviluppo economico? Se i tribunali ICSID hanno potuto invocare il primo “Considerando” della Convenzione di Washington sulla “necessità della cooperazione internazionale ai fini dello sviluppo economico, e [sul] ruolo giocato in tale ambito dagli investimenti privati internazionali”, perché i tribunali al di fuori dell'ICSID non potrebbero anch'essi invocare i preamboli dei diversi trattati di protezione degli investimenti?

C. Il riferimento allo sviluppo economico nei trattati sulla protezione e promozione degli investimenti.

35. Non possiamo qui verificare i circa 2600 trattati bilaterali sulla protezione e la promozione degli investimenti esistenti, per cui le considerazioni seguenti dovranno essere verificate empiricamente. Tuttavia, da un esame rapido di una sessantina di trattati conclusi tra diversi Stati sviluppati, in via di sviluppo o emergenti, emerge che tutti i trattati prevedono all'interno del preambolo un testo dello stesso tipo di quello della convenzione di Washington sulla “necessità della cooperazione internazionale per lo sviluppo economico, e il ruolo che giocano in questo settore gli investimenti privati internazionali”. Alcuni esempi¹⁹:

36. In alcuni trattati si rinviene un riferimento esplicito allo sviluppo :

¹⁹ Il testo di tutti i trattati, citati e non, è riportato su di un CD Rom edito dalla CNUCED: *Trattati bilaterali sugli investimenti : una raccolta*.

- trattato concluso dalla Francia (1990): “Volendo rafforzare la cooperazione economica tra i due Stati e creare delle condizioni favorevoli per gli investimenti francesi [nel paese X] e gli investimenti del paese X in Francia, [e] Considerando che l’incoraggiamento e la protezione di tali investimenti servono a stimolare i trasferimenti di capitale e di tecnologia tra i due paesi, nell’interesse del loro sviluppo economico”.

- trattato concluso dall’Algeria (2000): “[le Parti] Volendo rafforzare la cooperazione economica tra i due Stati e creare condizioni favorevoli per l’accrescimento degli investimenti effettuati dagli investitori di una delle Parti contraenti sul territorio dell’altra Parte contraente [e] Persuasi che l’incoraggiamento e la protezione di tali investimenti contribuisca a stimolare le iniziative degli investitori [...] nell’interesse del loro sviluppo economico”.

- trattato concluso dall’Australia (1993): “L’Australia e il Paese X riconoscono l’importanza nel promuovere il flusso di capitali per l’attività economica e lo sviluppo e sono coscienti del suo ruolo nell’espansione economica e la cooperazione tecnica²⁰”.

- trattato con la Repubblica slovacca (1991): “[Le Parti] Desiderose di promuovere una maggiore cooperazione economica tra loro, nel settore dell’investimento tra cittadini e società di una Parte nel territorio dell’altra Parte, [e] Riconoscendo che questo accordo sul trattamento da accordare a taluni investimenti stimolerà il flusso dei capitali privati e lo sviluppo delle Parti²¹”.

37. In altri casi il riferimento è implicito:

- trattato concluso dalla Grecia (1991): “Le Parti contraenti desiderando intensificare la loro cooperazione economica a mutuo beneficio dei due paesi e per lunga durata, [e] riconoscendo che la promozione e la protezione degli investimenti sulla base di questo accordo, stimoleranno le iniziative in questo settore²²”. Qual è il “mutuo beneficio di lunga durata” se non lo sviluppo?

- trattato concluso dall’Egitto (1993): “[Le Parti contraenti] Desiderose di sviluppare la cooperazione tra i due Stati per un reciproco e uguale beneficio [e] consapevoli che la

²⁰ “L’Australia e la Repubblica X riconoscendo l’importanza di promuovere il flusso di capitali per l’attività economica e lo sviluppo e consapevole del suo ruolo nell’espansione delle relazioni economiche e della cooperazione tecnica”.

²¹ “[Le parti] riconoscendo che l’accordo relativo al trattamento da accordare a tali investimenti stimolerà il flusso di capitale privato e lo sviluppo economico delle parti”.

²² “[Le parti contraenti] desiderose di intensificare la loro cooperazione economica a vantaggio reciproco di entrambi i paesi in un’ottica di lungo periodo, [e] riconoscendo che la promozione e la protezione degli investimenti sulla base del presente accordo, stimolerà l’iniziativa in questo campo”.

promozione e la protezione reciproca degli investimenti previsti da tale accordo stimoleranno le iniziative d'affari in questi settori²³”.

38. In alcuni casi il testo è più sobrio: “[Le Parti] Desiderando sviluppare la cooperazione economica per mutuo beneficio dei due paesi [e] Riconoscendo il bisogno di promuovere e proteggere gli investimenti al fine di favorire la prosperità economica dei due paesi²⁴”. Cosa significa ”favorire la prosperità economica” se non sviluppo?

E si potrebbe continuare ancora a lungo citando il testo di questi trattati.

39. In tutti, “il ruolo ricoperto dagli investimenti privati internazionali” per riprendere il testo della convenzione di Washington è messo in risalto. La sola differenza con questa convenzione riguarda la formulazione data all'imperativo della cooperazione: alcune non parlano che di rafforzare la cooperazione economica senza maggiore precisione, mentre altre aggiungono un riferimento allo sviluppo.

40. Non vi è in realtà una vera differenza ma semplicemente redazioni un po' divergenti che non influenzano il senso da dare alle disposizioni dell'accordo: tutti vogliono la cooperazione economica per il loro sviluppo economico. Cosa sarebbe dunque la promozione economica se non si traducesse nel contempo in uno sviluppo economico? L'idea che vi siano accordi di sviluppo economico in cui una delle parti (quella in via di sviluppo) trae un vantaggio unilaterale, ed altri (accordi di cooperazione economica) in cui vi è uno scambio di interessi, non ha alcun senso. In entrambi i casi ogni parte spera che ci sia una ricaduta sulla propria economia, altrimenti non si parlerebbe di investimenti ma di filantropia.

41. Di conseguenza, la base giuridica che il Preambolo della Convenzione di Washington ha fornito agli arbitri per introdurre la condizione sulla necessità di un contributo allo sviluppo economico dello Stato di accoglienza, purché si sia in presenza di un investimento « protetto » dalla convenzione, si ritrova in tutti (o quasi) i trattati di protezione e promozione

²³ “[Le parti contraenti] desiderose di sviluppare la cooperazione economica di entrambi gli Stati, sulla base di uguaglianza e di reciproco vantaggio, [e] consapevoli che la promozione e la protezione reciproca degli investimenti, sulla scorta del presente accordo, stimola le iniziative imprenditoriali in questi settori”.

²⁴ “[Le parte contraenti] desiderose di sviluppare la cooperazione economica, a vantaggio reciproco dei due Stati [e] riconoscendo la necessità di promuovere e proteggere gli investimenti esteri, con l'obiettivo di promuovere la prosperità economica dei due paesi”.

degli investimenti. Ecco perchè dire che la decisione del Comitato *ad hoc* nel caso *Patrick Mitchell* si spiega solo in quanto il trattato di protezione operava “un legame tra la protezione dell’investimento e la stimolazione dello sviluppo economico” (par. 55 della decisione), non ha quasi senso perchè tale legame è affermato senza dubbio in tutti (o quasi tutti) i trattati di protezione, quali che siano le parti contraenti (sviluppate o in via di sviluppo).

42. E’ dunque necessario, perchè un investimento sia protetto da un accordo bilaterale, e salvo indicazioni specifiche in senso contrario, che l’operazione in questione apporti un contributo allo sviluppo economico dello Stato d’accoglienza. E’ quanto affermano le sentenze *Joy Mining* (§53)²⁵, *Salini* (§ 52), *Bayindir* (§137)²⁶, *Malaysian Historical Salvors* (§123), e la *Patrick Mitchell* (§33). Citiamo qui soltanto l’arbitro nel caso *Malaysian Historical Salvors*: “Il Tribunale considera che il peso della giurisprudenza e della dottrina (*authorities*) è a favore della presa in considerazione del contributo significativo a favore dell’economia dello Stato di accoglienza. Se non fosse così, ogni contratto che incrementa anche di un importo minimo il PIL del paese potrebbe qualificarsi come investimento”²⁷. (par. 123)

43. Bisogna che questo contributo sia “significativo” o “sostanziale”? Diverse sentenze l’hanno affermato: *Salini* (par. 52), *Bayindir* (par. 137), *Joy Mining* (par. 57), *Malaysian Historical Salvors* (par. 123), mentre altre sembrano meno restrittive. Nel caso *Patrick Mitchell*, e trattandosi del contributo allo sviluppo economico dello Stato, il Comitato *ad hoc* ha precisato: “è sufficiente che l’operazione contribuisca in un modo o nell’altro allo sviluppo economico dello Stato di accoglienza”²⁸. (par. 33) Ugualmente nel caso *Malaysian Historical Salvors*, l’arbitro unico spiega che non bisogna pensare che “investimenti di somme

²⁵ “Riassumendo gli elementi che un’attività deve avere per essere qualificata come un investimento, sia le decisioni ICSID sopra richiamate sia i commentatori delle stesse hanno indicato che il progetto in questione dovrebbe avere una durata certa, una regolarità del profitto e del ritorno, un elemento di rischio, un notevole impegno, e dovrebbe inoltre costituire un contributo significativo allo sviluppo dello Stato ospitante”.

²⁶ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, causa n°ARB/03/29, sentenza del 14 novembre 2005.

²⁷ “Il Tribunale ritiene che il peso delle autorità sopra citate oscilla nel senso di richiedere un contributo significativo da apportare all’economia dello Stato ospitante. Non sono state richieste particolari esigenze di consistenza, qualunque contratto che promuova il prodotto interno lordo di una economia attraverso un apporto quantitativo non predefinito, anche piccolo, potrebbe essere considerato come un investimento”.

²⁸ *Journal de Droit International*, 2007, pag. 350. Si veda il commento di E. Gaillard, il quale nota che è la prima volta che una sentenza è annullata per difetto di motivi perché non ha preso in considerazione il criterio del contributo allo sviluppo dello Stato, op. cit., pag. 367.

relativamente modeste non possano mai costituire un ‘investimento’. Gli investimenti possono essere valutati in maniera differente rispetto al loro apporto di moneta, per esempio tenendo conto del capitale umano o dei diritti di proprietà intellettuale. Ogni volta che il candidato investitore si sia impegnato ad apportare un contributo da cui risulterà una qualsivoglia forma di sviluppo economico, la condizione enunciata dalla sentenza Salini [il contributo allo sviluppo economico] sarà soddisfatta [...]”²⁹ (par. 139)

44. In questo ultimo caso l'arbitro ha esaminato quale contributo l'investimento in questione avesse apportato all'economia malese e ne ha concluso che le operazioni in questione un contributo troppo debole allo sviluppo dello Stato di accoglienza per potersi qualificare come investimenti protetti ai sensi della convenzione di Washington e/o dei trattati bilaterali³⁰.

45. Ciò permette di comprendere come si debba intendere la condizione di “contributo (specifico o meno) allo sviluppo economico dello Stato di accoglienza”. Gli arbitri non sono esperti economisti in grado di calcolare l'ammontare esatto del contributo di questo o quell'investimento. Il criterio del contributo è lì per permettere agli arbitri di escludere quelle che, *manifestamente*, non sono forme di investimento anche se ne rivestono la forma giuridica (ad es. la creazione di una filiale). E' quanto è stato stabilito nel caso *Patrick Mitchell* (studio legale che non contribuiva in alcun modo allo sviluppo economico della Repubblica democratica del Congo, par. 39) e *Malaysian Historical Salvors* (par. 139 e 143).

46. L'affermazione della necessità del contributo allo sviluppo economico degli stati corrisponde contemporaneamente al riconoscimento dato agli arbitri di escludere alcune operazioni, abusive o meno, che a causa della loro natura oppure per motivi legati alla loro scarsa importanza (tutela dei relitti marittimi, semplice transazione commerciale ordinaria,

²⁹ *Malaysian Historical Salvors. Malaisie* : “Non dovrebbe ritenersi che gli investimenti relativamente piccoli in relazione alle somme in contanti non possono mai ammontare ad un investimento. Gli investimenti possono essere valutati in modo diverso da quello puro di cassa, ad esempio, come contributo in termini di capitale umano o di diritti di proprietà intellettuale. Fintanto che l'investitore putativo si è impegnato a dare un contributo che si traduce in una qualche forma di sviluppo economico positivo, questa caratteristica di Salini può essere soddisfatta, sempre però nel rispetto del bilanciamento di esercizio di cui ai paragrafi 106 (c) e (d) di cui sopra”.

³⁰ Paragrafo 143: “Il contratto non ha apportato alcun contributo significativo allo sviluppo economico della Malesia. Il Tribunale ritiene che questi fattori indicano che, mentre il contratto ha prodotto alcuni vantaggi per la Malesia, essi invece non hanno fornito un contributo sufficiente allo sviluppo economico della Malesia, tale da poter essere qualificato come un investimento ai fini dell'articolo 25 (1) o dell'articolo 1 (a), del BIT”.

oppure contratti commerciali ordinari) non possono beneficiare dei trattati di protezione. In ogni caso possiamo criticare o accogliere le decisioni in merito degli arbitri. Ci sembra comunque indiscutibile il fatto che alcune operazioni devono essere escluse dal campo di attuazione della convenzione.

II) La dottrina

47. In materia di diritto internazionale degli investimenti, diritto la cui (ri)nascita è recente (appena una quarantina d'anni) e la cui evoluzione ha avuto una rapida accelerata da circa dodici anni, la dottrina riveste effettivamente il ruolo che le assegna l'articolo 38(1)(d) dello statuto della Corte internazionale di giustizia ossia quello di essere mezzo ausiliario per la definizione delle norme di diritto. E' vero, però, che è delicato qui distinguere la dottrina dalla giurisprudenza, poiché gli autori si avvalgono per le loro riflessioni delle sentenze, e gli arbitri sono lettori delle analisi dottrinali.

48. Si può innanzitutto prendere come punto di partenza il monumentale commentario alla convenzione di Washington che ha istituito l'ICSID realizzato dal Prof. Christoph H. Schreuer : *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 1466 p. Schreuer dedica le pagine da 121 a 141 a stabilire cosa la convenzione intenda col termine investimento, data l'assenza di definizioni nella convenzione stessa. Analizzando i lavori preparatori egli giunge alla conclusione per cui l'unica indicazione di possibile significato oggettivo che può dedursi dalla convenzione è contenuta nella prima frase del Preambolo, che parla della "necessità della cooperazione internazionale per lo sviluppo economico, e del ruolo che hanno in questo settore gli investimenti privati internazionali". Egli menziona anche il rapporto degli Amministratori che rinvia al desiderio di « rafforzare la collaborazione dei paesi per la causa dello sviluppo economico»³¹.

³¹ L'unica possibile indicazione di un significato oggettivo che si può ricavare dalla Convenzione è contenuto nel preambolo della prima frase, che parla della "necessità di una cooperazione internazionale per lo sviluppo economico e il ruolo degli investimenti internazionali privati in essa...". Questo scopo dichiarato della Convenzione è confermato dalla relazione degli amministratori la quale ricorda che la stipula della Convenzione è stata "spinta dal desiderio di rafforzare la partnership tra i paesi in vista dello sviluppo economico" (Schreuer, op. cit., par. 88 pagg.124-125).

49. Inoltre, Schreuer esamina la giurisprudenza esistente fino alla comparsa della sua opera per giungere alla conclusione seguente: “[...] sembra possibile identificare alcune caratteristiche tipiche della maggior parte delle operazioni in questione (ossia gli investimenti)”. Ve ne sono cinque: 1) la durata, 2) la regolarità dei profitti attesi, 3) il rischio corso, 4) l’importanza dell’apporto che deve essere sostanziale e 5) : “la quinta caratteristica è il significato dell’operazione per lo in termini di sviluppo. Questo non caratterizza necessariamente gli investimenti in generale. Ma il disposto del preambolo [della convenzione ICSID] e del rapporto degli amministratori suggerisce che lo *sviluppo* faccia parte dell’oggetto e del fine della convenzione” (in corsivo nel testo)³².

50. Detto in altri termini, se la nozione di investimento in generale non implica *ipso facto* che si tenga in conto un criterio specifico di contributo allo sviluppo del paese ospitante, la nozione che si desume dalla convenzione ICSID e al di là dei trattati sulla protezione degli investimenti, ricomprende senz’altro tale criterio. Questo, negli anni ’80, era anche il punto di vista di uno degli eminenti giuristi del FMI e della Banca Mondiale, G.R. Delaume che caratterizzava l’investimento tutelabile dalla convenzione di Washington per il “suo contributo allo sviluppo economico che rimane [...] il test fondamentale col quale giudicare la nozione di investimento”³³.

51. Più recentemente la sentenza arbitrale *Petrobart c. Kirghistan*, del 29 marzo 2005 resa all’interno del trattato sulla Carta dell’energia ha potuto qualificare un contratto di vendita di gas come investimento ai sensi del trattato, laddove un contratto di vendita è in linea di principio una cosa del tutto differente da un investimento. Un commentatore della sentenza, F. Yala, suggerisce che si dovrebbe “operare la distinzione tra vendite commerciali ordinarie

³² “La quinta caratteristica concerne l’operatività dell’impatto significativo per lo sviluppo dello Stato ospitante. Tutto questo non rappresenta necessariamente una caratteristica degli investimenti in generale. Ma la formulazione del preambolo e la Relazione degli amministratori suggeriscono che lo sviluppo costituisce un aspetto dell’oggetto e degli obiettivi della Convenzione”, Schreuer op. cit. pag.140, par. 122. Si noti inoltre che gli Amministratori all’interno del loro commento del regolamento d’arbitrato del Meccanismo supplementare, sottolineano ancora che una operazione economica per beneficiare della procedura di arbitrato predisposta deve essere di “speciale importanza per la economia dello Stato membro”, e deve poter essere “chiaramente distinguibile dalle transazioni economiche ordinarie”. Commentario dell’articolo 4 del Meccanismo supplementare, 1, *ICSID, Reports*, pag. 220.

³³ G.R. Delaume, (« Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI », *Journal de Droit International*, 1982, pagg..775-843, pag..805 e, si veda anche. pag.801.

da un lato e vendite suscettibili di essere qualificate come investimenti tutelati da accordi internazionali sugli investimenti, dall'altro³⁴».

52. Tra i criteri che rendono possibile la distinzione, l'autore fa rientrare “quelli sulla consegna di prodotti o beni ‘strategici’ per lo Stato d'accoglienza o la cui acquisizione è indispensabile allo sviluppo della sua economia”. Seguendo questo approccio alternativo, prosegue l'autore, le operazioni che riguardano gli interessi vitali dello Stato di accoglienza possono più facilmente essere ammesse alla protezione degli accordi internazionali sugli investimenti, a dispetto del loro carattere di operazioni commerciali correnti, purché contribuiscano a creare ricchezza per gli Stati, e riguardino la crescita della loro capacità produttiva, di esportazione o di innovazione tecnologica; la consacrazione di tali criteri avrebbe il merito di sostituire al cuore della nozione di investimento l'obiettivo originario del contributo allo sviluppo sia economico che tecnologico degli Stati ospitanti «[senza] il quale questi stessi Stati non avrebbero più alcun interesse ad incoraggiare gli investimenti privati stranieri³⁵».

53. Più generalmente, l'idea che ci debbano essere dei criteri oggettivi che permettono di definire una nozione di investimento tutelabile dai trattati e dalla convenzione ICSID è difesa da numerosi commentatori³⁶.

54. Altri autori tuttavia si oppongono a siffatta ricostruzione del criterio della partecipazione dell'investimento allo sviluppo. E' così che il Prof. P. Juillard scrive che si tratta di un “fattore (...) tanto generico da non consentire (...) di dare fondamento ad una qualsiasi definizione di investimento internazionale³⁷”. Ugualmente, M. W. Ben Hamida sottolinea le ambiguità della nozione di sviluppo e la difficoltà nel farne un elemento per definire l'investimento tutelato.

³⁴ *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2005, pag. 27.

³⁵ *Les Cahiers de l'arbitrage*, ibid.

³⁶ V. Noah Rubins, « The Notion of Investment in International Investment Arbitration », in N. Horn (ed.) *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer, 2004, pag. 283-324, p.289, M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Nijhoff 1993, pag. 59, A. Broches, « Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes », in A. Broches, *Selected Essays : World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private international Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pag. 455, G. Delaume, op. cit. supra.

³⁷ *Chronique investissements*, *Ann. fr. de dr. international*, 1984, pag. 778.

55. Pertanto diverse sentenze arbitrali, come abbiamo visto, hanno in maniera molto esplicita introdotto il criterio del contributo allo sviluppo economico. Esiste infatti, a nostro avviso, una doppia tendenza della giurisprudenza arbitrale. Una prima tendenza amplia in misura fino ad ora sconosciuta la nozione di investimento. Non si tratta più soltanto dell'apporto finanziario dato da una società che dota una sua filiale estera di un certo capitale. Qualsiasi forma di contributo può costituire un investimento: apporto di tecnologia, di *know how*, di notorietà. Più in generale, come si dice spesso nei trattati di tutela, il termine investimento può designare “ogni avere, così come beni, diritti e interessi di ogni natura” o ancora “i crediti e diritti a qualsiasi prestazione avente valore economico ma anche i diritti di proprietà intellettuale, commerciale e industriale³⁸”.

56. Si può criticare questa estensione così ampia della nozione di investimento³⁹, che assicura agli operatori economici una protezione giuridica rafforzata dalla possibilità di presentare ricorso ad un tribunale arbitrale internazionale in caso di dispute con gli Stati ospitanti, e questo anche se non esiste alcun legame contrattuale con lo Stato, ma sulla base di un accordo sulla tutela degli investimenti. Gli arbitri, nell'introdurre il criterio del contributo allo sviluppo che non si trova riportato in quanto tale nei trattati hanno voluto, pare, mettere un limite a tale estensione indefinita: bisogna intendere per investimento solo ed esclusivamente una transazione che contribuisca in maniera sufficientemente tangibile allo sviluppo del paese di accoglienza. Le operazioni che giuridicamente per la loro forma possono considerarsi investimenti non sono investimenti *tutelabili* ai sensi degli accordi, se non partecipano allo sviluppo del paese ospitante. È la conclusione che si può desumere dai “Considerando” del Preambolo degli accordi di tutela così come dal primo “Considerando” della convenzione ICSID. (v. supra)

57. Tornando alle sentenze in cui il tribunale ha ravvisato investimenti tutelabili si vede che in *Fedax* non si tratta di “operazioni commerciali ordinarie” ma di operazioni che rispondono ad un “interesse pubblico fondamentale”, in *CSOB* di una operazione che

³⁸ In merito a tutti questi argomenti, si veda S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activités du CIRDI*, Parigi, Litec, 2004, pag. 43-89.

³⁹ Si veda P. Juillard: “A qui fera-t-on croire que ‘les droits à toutes prestations ayant une valeur économique’ sont des investissements internationaux?”, *Chronique de droit international économique*, *Ann. fr. dr. international*, 1984, p.776

riguardava lo stabilimento di due banche centrali, ceche e slovacche a partire dalla banca centrale cecoslovacca, in *Salini* di costruzione di infrastrutture (autostrade), competenza che rientra nella maggior parte degli Stati tra le attribuzioni statali o delle collettività pubbliche, in *Petrobart* della vendita di prodotti o beni “strategici”. Al contrario, l’attività di uno studio legale (*Patrick Mitchell*) o un contratto di recupero di un relitto in mare (*Malaysian Historical Salvors*) non sono stati riconosciuti come contribuenti in misura sufficientemente significativa allo sviluppo economico dello Stato.

58. E’ vero che la determinazione di tale contributo solleva questioni delicate, ma non più di altre nozioni del diritto internazionale dell’economia (ad esempio, come definire le “legittime aspirazioni” delle quali gli arbitri assicurano la protezione nell’ambito del diritto degli investimenti?). L’importante è che gli arbitri abbiano la possibilità di rifiutare di concedere la qualificazione di investimento protetto a delle operazioni che, chiaramente, non hanno molto a che vedere con lo sviluppo economico dello stato, ma rappresentano piuttosto delle transazioni economiche correnti che non costituiscono oggetto dei trattati di protezione. Come osservato da N. Rubins: “La convenzione di Washington e altri trattati sull’investimento non sono stati conclusi allo scopo di trasferire il contenzioso agli arbitri ma più specificamente per accrescere le attività economicamente sane e far funzionare la macchina dello sviluppo duraturo e della prosperità nel mondo⁴⁰”.

59. La ricerca di nuovi investimenti conduce gli stati (in particolare quelli in via di sviluppo e gli emergenti) ad accettare una considerevole limitazione della loro competenza giurisdizionale. Essi accettano, in caso di contenzioso con dei soggetti privati, sorti sul loro territorio, di sottrarli ai propri tribunali e di sottoporli ad una forma di giustizia privata. Si tratta di un sacrificio considerevole che non si può giustificare se non col fatto che le operazioni tutelate (gli investimenti) aiutano il loro sviluppo⁴¹. Ma se si tratta di operazioni

⁴⁰ N. Rubins, “La Convenzione di Washington e gli altri trattati di investimento sono stati creati non per il bene di dirigere tutti le controversie pubblico-privato in arbitrato, ma in particolare al fine di aumentare la salutare attività economica e alimentare così il motore di uno sviluppo sostenibile e la prosperità di tutto il mondo”, op. cit. pag. 323.

⁴¹ N. Rubins, “La deroga della sovranità dello stato necessaria per il sistema di risoluzione delle controversie di un investitore statale diretto è quindi meritevole di considerazione solo nella misura in cui aiuta un paese in via di sviluppo a competere per attirare una sorta costruttiva di flussi di attività, designata 'investimento' ”, op. cit. pag. 287.

qualunque, ad esempio la creazione di una pizzeria, la rinuncia alla competenza ordinaria degli Stati non ha alcuna giustificazione, a meno che non sia espressamente accettata tramite accordo o, in assenza di tale accettazione, si consideri che in virtù della loro origine straniera le imprese in conflitto con lo Stato abbiano una sorta di diritto soggettivo a essere giudicate da tribunali arbitrali e non dai tribunali statali normalmente competenti.

60. A noi sembra tuttavia che nessun giurista potrebbe sostenere una simile tesi. Bisogna dunque accettare il fatto che non tutti gli investimenti possono ritenersi protetti da accordi, e che il criterio del contributo allo sviluppo deve essere aggiunto come elemento sottointeso (implicito) in tutte le definizioni di investimento.

Charles Leben

Professore all'Università Panthéon-Assas (Paris 2)

Direttore dell'*Institut des Hautes Etudes Internationales* di Parigi