

La protezione degli investimenti nel diritto internazionale: l'arbitrato Icsid

di Ugo Sebastiani (*)

La convenzione di Washington del 18 marzo 1965 ha istituito un sistema arbitrale internazionale amministrato dall'Icsid, che ha per oggetto le controversie giuridiche sorte in relazione a contratti di investimento tra uno Stato contraente ed una parte di un altro Stato contraente. Vediamo come funziona e quale tutela viene garantita all'investitore.

In considerazione del ruolo fondamentale che l'investimento privato straniero ha assunto nel processo di sviluppo di molti paesi, e dell'importanza in questo campo della soluzione di eventuali controversie, lo scopo dell'analisi è quello di esporre in dettaglio, tra le possibili alternative applicabili nell'ambito dei trattati bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti, il **ricorso all'arbitrato Icsid**.

Si osserva d'altra parte come la Task Force Argentina (l'Associazione per la tutela degli investitori in titoli argentini) abbia deciso di puntare proprio sull'Icsid al fine di ottenere il **rimborso dei valori** relativi ai *bonds* del debito estero argentino (cosiddetti *tango bonds*). Il *default* dell'Argentina ha coinvolto, in particolare, *bonds* valutati circa 81 miliardi di dollari. Recentemente, la Task Force Argentina ha avviato l'*iter* per la raccolta di mandati presso gli investitori che non hanno aderito all'**offerta pubblica di scambio** della Repubblica argentina affinché siano rappresentati nel giudizio arbitrale presso l'Icsid. Tale iniziativa d'altra parte verrà interamente finanziata dalle banche aderenti alla Task Force argentina e non comporterà alcun costo per l'investitore, il quale manterrà **la facoltà di revoca del mandato** (1).

La convenzione di Washington del 18 marzo 1965 (2), promossa dalla Banca Mondiale, e concernente le contro-

versie relative ad investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati, ha istituito un **sistema arbitrale internazionale** amministrato dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (o, con sigla inglese, Icsid), con sede presso la Banca Mondiale, avente per oggetto le controversie giuridiche insorte in relazione a contratti di investimento tra uno Stato contraente ed una parte di un altro Stato contraente (3).

Il Centro può anche gestire, se le parti si accordano in tal senso, arbitrati relativi a controversie non rientranti sotto la convenzione, ad esempio, controversie che non derivino direttamente da un investimento o controversie in cui lo Stato ospite o dell'altra parte non sia uno Stato contraente.

Note:

(*) M.A. in Political Science (International Affairs), University of Central Oklahoma; LL.M. in Comparative and European Law, Maastricht University School of Law. Studio Legale Gilardini, Torino.

L'autore ringrazia per il supporto fornito la Dott.ssa Angela Coriale e la Dott.ssa Teresa Coriale.

(1) Si veda: <http://www.tfargentina.it/>.

(2) Si veda: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-archi-ve/9.htm>.

(3) Icsid, 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433 Usa: Phone n. (202) 458-1534, Fax n. (202) 522-2615.

Si tratta di un sistema arbitrale disciplinato da norme internazionali contenute nella convenzione e nei regolamenti adottati in base alla stessa e quindi non rientranti sotto le leggi nazionali e sottratto al controllo delle giurisdizioni statali. La convenzione di Washington detta altresì una disciplina completa ed autosufficiente dell'arbitrato che copre anche **l'organizzazione e la gestione** delle procedure di conciliazione e di arbitrato amministrato dall'Icsid.

Il Centro si articola su 2 soli organi: il Consiglio di amministrazione, organo deliberativo formato dai rappresentanti degli Stati membri, ed il Segretario, organo amministrativo con a capo il Segretario generale.

Il Consiglio d'amministrazione, l'Assemblea dell'ente in questione, corrisponde al Consiglio dei Governatori della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale, infatti, ciascun Governatore della Banca Mondiale rappresenta di regola il proprio Stato anche nel Consiglio di amministrazione del Centro. Il collegamento istituzionale con la Banca Mondiale è sancito dall'art. 5 a norma del quale il Presidente di questa è d'ufficio Presidente del Consiglio del Centro, **senza diritto di voto**.

Il Consiglio non ha alcun potere in merito allo svolgimento dei procedimenti di conciliazione e d'arbitrato che si tengono presso il Centro. Assicurare le funzioni amministrative necessarie al regolare svolgimento di tali attività spetta esclusivamente al Segretario del Centro, eletto dal Consiglio per un periodo di 6 anni non rinnovabile. Il Segretario riveste inoltre le funzioni di cancelliere in tutti i procedimenti che si svolgono presso il Centro.

L'arbitrato Icsid si applica a controversie che nascono direttamente da un investimento tra uno Stato contraente (o ente o agenzia di uno Stato contraente designati da tale Stato) e un cittadino di un altro Stato contraente e che le parti abbiano convenuto di sottoporre a tale arbitrato (art. 25). Sono quindi necessari 3 requisiti: 1) una controversia relativa ad un investimento; 2) una controversia tra uno Stato ed una parte di un altro Stato contraente; 3) un accordo tra le parti di sottoporre la controversia all'Icsid.

Per detta ragione il tribunale Icsid viene definito una *institution of mixed arbitrations* (un altro esempio simile è il tribunale Usa - Iran istituito a seguito della crisi degli ostaggi del 1979).

Per quanto riguarda il primo requisito, la nozione di inve-

stimento (*investment*) non è stata definita dalla convenzione tanto quanto la definizione di **controversia** (*legal dispute*).

Quanto al secondo requisito, l'art. 25 2° comma chiarisce che la nozione di parte di altro Stato contraente (*national of another contracting State*) ricomprende, oltre alle persone fisiche o giuridiche che abbiano la nazionalità di uno Stato contraente diverso da quella parte della controversia, anche una persona giuridica dello Stato ospite, ove le parti abbiano concordato che la persona giuridica in questione debba considerarsi, ai fini della convenzione, come avente la nazionalità di uno Stato diverso, a causa della sua **sottoposizione a controllo straniero**. Quest'ultima disposizione intende tener conto del fatto che è frequentemente lo stesso Stato ospite ad imporre all'investitore straniero di operare attraverso una società controllata.

Il controllo estero non è escluso per il fatto che esso si eserciti attraverso una società di uno Stato non contraente (*Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels c. Repubblica del Senegal/decisione arbitrale relativa alla giurisdizione del 1° agosto 1984*). Per quanto riguarda l'individuazione dei presupposti necessari perché si abbia controllo è stato ritenuto che una **partecipazione del 20% da parte di un cittadino greco**, che aveva un ruolo determinante nella gestione della società ma che era comunque soggetto alla direzione di un *managing director* locale che controllava il pacchetto azionario più consistente, 31%, della società, non fosse sufficiente per ravvisare un controllo straniero ai sensi della norma in questione (*Vacuum Salt Products Limited c. Governo della Repubblica del Ghana/sentenza arbitrale del 1° febbraio 1994*).

Casi pratici

Nel caso *Compania de Aguas del Aconquija & Compagnie Générale des Eaux c. Repubblica Argentina*, riguardante una controversia derivante da un investimento per la fornitura di acqua e servizi fognari nella provincia argentina di Tucumàn, la quale aveva stipulato con le 2 società ricorrenti, la *Compania de Aguas del Aconquija* (società argentina controllata) e la *Compagnie Générale des Eaux* (società francese controllante), un contratto concernente la **privatizzazione dei propri impianti fognari** (*concession agreement*), il tribunale Icsid ammise la propria competenza in virtù della clausola Icsid prevista nel

trattato bilaterale d'investimento concluso tra Argentina e Francia nel 1991, ed accettò inoltre la richiesta delle società ricorrenti, le quali sostenevano che l'Argentina, anche se non aveva partecipato all'investimento, dovesse essere ritenuta responsabile delle azioni della provincia di Tucumàn.

Riguardo la controversia tra le società italiane Salini Costruttori Spa - Italstrade Spa c. Regno del Marocco, nel caso di specie, l'Adm (Società Nazionale delle Autostrade marocchine) aveva lanciato un'offerta pubblica internazionale per l'**aggiudicazione di un contratto d'appalto** per la costruzione di un tratto autostradale. Le due società italiane ottenute l'appalto, sottoscrissero il relativo contratto con l'Adm. La controversia sorse in seguito ad un ritardo nella consegna dei lavori, da parte delle società italiane, e ad un conseguente rifiuto da parte dello Stato marocchino di corrispondere l'intero compenso pattuito. Le società italiane si rivolsero all'Icsid, presentando una domanda d'arbitrato contro il Regno del Marocco per inadempimento degli obblighi internazionali assunti con la firma del trattato bilaterale d'investimento italo-marocchino del 1990. Superando le varie obiezioni del Marocco, il tribunale Icsid, con la sentenza del 23 luglio 2001, ammise la prevalenza del **diritto internazionale** rispetto al diritto interno ed inoltre considerò il contratto d'appalto rientrante nella nozione d'investimento, giustificando così la sua competenza.

Per quanto riguarda il terzo requisito, è necessario che le parti abbiano concordato per iscritto di sottoporre le controversie esistenti o future all'arbitrato Icsid. Tuttavia l'accordo dello Stato ospitante può anche risultare da un provvedimento di carattere generale, come un Codice degli investimenti oppure un trattato bilaterale sulla protezione degli investimenti. Nel caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Repubblica Araba d'Egitto (lodo del 20 maggio 1992) è stato ritenuto che una disposizione della legge egiziana n. 43 del 1974 sugli **investimenti stranieri**, che prevedeva la sottoposizione all'arbitrato Icsid di eventuali controversie relative agli investimenti disciplinati dalla stessa, cui aveva fatto seguito una dichiarazione dell'investitore di volersi avvalere dell'arbitrato Icsid, desse luogo ad un accordo ai sensi dell'art. 25. Nel caso Asian Agricultural Products Ltd. c. Repubblica dello Sri Lanka (lodo del 27 giugno 1990) è stato ritenuto

sufficiente che lo Stato ospite avesse espresso il suo consenso attraverso un trattato bilaterale sugli investimenti (tra lo Sri Lanka ed il Regno Unito) applicabile all'investitore (una società di Hong Kong).

Non mancano nel testo della convenzione le usuali disposizioni sullo *status*, le immunità, e i privilegi del Centro, sostanzialmente ricalcate su quelle corrispondenti dell'accordo istitutivo della Banca Mondiale (artt. 18-24). L'art. 18 dispone, in particolare, sulla «personalità giuridica internazionale» del Centro: l'uso di tale espressione va valutato criticamente.

Personalità internazionale

Nella dottrina internazionale è principio largamente accettato che l'accordo istitutivo di un ente internazionale non è di per sé idoneo a conferire a questa tale personalità, malgrado ogni espressa affermazione che se ne sia fatta nell'accordo stesso. Alla questione della **personalità internazionale** del Centro va comunque data risposta negativa per l'**estrema limitatezza delle sue funzioni**. Basti notare che esso appare strutturalmente privo della capacità di stipulare accordi internazionali, per cui non sorge nemmeno il problema se tale capacità sia un valido inizio della personalità internazionale degli enti in questione o se al contrario sia necessario determinare se l'ente presenta i caratteri che il diritto internazionale presuppone nei propri soggetti per poi vedere se debbono essere imputati all'ente o agli Stati membri il **diritto all'immunità** o la **capacità di stipulare accordi**. Neppure importa personalità internazionale del Centro il fatto che vi si svolgano i procedimenti arbitrali previsti dalla convenzione: a prescindere da ogni altro rilievo, questi procedimenti e le sentenze che li concludono sono da imputarsi ai tribunali arbitrali che le pronunciano e non sono riferibili invece al Centro. È pertanto improprio l'uso che nella convenzione si fa del concetto di competenza (*jurisdiction*), in quanto la convenzione la riferisce al Centro, che non è un organo giudicante, invece che ai tribunali arbitrali, la cui competenza a conoscere a norma della convenzione di determinate controversie si vuole invece indicare con tale espressione.

Il Centro non è dunque un organo giurisdizionale o arbitrale, bensì un semplice apparato precostituito presso il quale vengono costituiti e operano, ai sensi della conven-

zione, i singoli tribunali arbitrali e le commissioni di conciliazione, con funzione di cancelleria permanente dei medesimi.

Fasi del ricorso

Il ricorso all'Icsid avviene in 3 fasi: *registration*, *jurisdictional* e *merit*.

Il Centro non è un organo giurisdizionale o arbitrale, bensì un semplice apparato preconstituito presso il quale vengono costituiti e operano, ai sensi della convenzione, i singoli tribunali arbitrali e le commissioni di conciliazione.

La *registration* è la fase iniziale del procedimento durante la quale il creditore chiede alla Segreteria generale dell'Icsid di avviare una procedura nei confronti del paese debitore. La Segreteria genera-

le dell'Icsid informa il paese chiamato in causa ed avvia l'istruttoria per la registrazione. La documentazione prodotta dinanzi alla Segreteria generale deve contenere le informazioni circa i temi della controversia, l'identità delle parti, il consenso all'arbitrato in accordo con le regole delle procedure di conciliazione dell'Icsid. Il Segretario generale dell'Icsid, verificati i contenuti della richiesta e l'esistenza dei presupposti della controversia, effettua la registrazione dell'*arbitration*. Si precisa come la richiesta debba essere presentata in un originale e 5 copie oltre al versamento di una tassa non-rimborsabile di 1.000 dollari.

Presso il Centro sono tenute **due liste distinte conciliatori e di arbitri composte da persone qualificate** designate dagli Stati membri, in numero di 4 ciascuno, e dal Presidente del Centro, che ne designa 10, per un periodo non rinnovabile di 6 anni. L'importanza di tali liste è comunque ridotta essendo facoltà delle parti in un qualsiasi procedimento di designare come arbitri e conciliatori persone non comprese negli elenchi predisposti.

Con la scelta degli arbitri si passa alla fase *jurisdictional*, che consta di una fase scritta ed una fase orale. La fase scritta consiste nella presentazione, rispettivamente, di una **memoria** dalla parte richiedente ed una **contro-memoria della controparte**, successivamente, di una **replica** della parte richiedente ed una **contro-replica** della

controparte. I documenti (1 originale e 5 copie) devono essere presentati nei termini indicati dal tribunale. La fase orale consiste nella audizione da parte del tribunale delle parti, dei loro rappresentanti, dei testimoni, dei periti. Una pre-audizione può aver luogo al fine di cercare di addivenire ad una soluzione amichevole della controversia. È ammesso l'intervento di parti terze. Le disposizioni dell'Icsid non prevedono, invece, il deposito di memorie *amicus curiae*: dette memorie possono essere presentate dalle parti come perizie. Le parti compaiono di persona o possono essere rappresentate da un'altra parte di loro scelta. Sebbene la rappresentanza legale non sia richiesta, le parti che hanno fatto ricorso all'Icsid si sono di regola avvalse dell'assistenza di un avvocato.

Completata la fase relativa alla competenza giuridica del tribunale, si passa alla fase di *merit* (decisione sul merito) delle richieste presentate dall'attore, fase che si completa con una sentenza (*award*) da parte del tribunale.

Nel decidere la controversia gli arbitri sono tenuti a rispettare, per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile, i criteri previsti dall'art. 42: le 2 ipotesi prese in considerazione sono sia quella di una scelta di legge ad opera delle parti, che quella di una determinazione ad opera del tribunale in caso di assenza di tale accordo.

Per quanto riguarda la prima, l'art. 42 fa riferimento alle *rules of law*, espressione che ammette anche scelte diverse da un diritto statale, quale, ad esempio, lo stesso diritto internazionale pubblico o la *lex mercatoria*.

Nel silenzio delle parti vi è il richiamo all'ordinamento giuridico dello Stato ospite ed ai principi di diritto internazionale, il quale viene in considerazione in funzione di limite all'applicazione dell'ordinamento dello Stato destinatario dell'investimento, per cui, in caso di contrasto, le norme di tale ordinamento verranno disapplicate. Quest'ultimo punto viene generalmente inteso nel senso che il tribunale controllerà che le disposizioni legislative dello Stato, parte contraente della controversia, siano **conformi al diritto internazionale**, e che potrà essere utilizzato per sopperire ad eventuali carenze del diritto interno.

Le parti possono in ogni caso conferire agli arbitri il potere di decidere *ex aequo et bono*.

Il tribunale decide a maggioranza. È prevista la possibilità di una *dissenting opinion*. Il lodo, che deve enunciare i motivi e decidere su ogni questione sottoposta al tribuna-

le, viene pubblicato solo con il consenso delle parti (art. 48).

Bisogna inoltre notare come il **carattere autonomo ed autosufficiente** del sistema Icsid si manifesti nell'ambito del **riconoscimento** e dell'**esecuzione** di una sentenza resa in base alla convenzione di Washington, campo in cui questo tipo di arbitrato fra Stati e privati si distingue sia dall'arbitrato commerciale internazionale che da quello interstatale, in quanto ogni esigenza di *exequatur* di tale sentenza ad opera del giudice dell'esecuzione è esclusa in base all'art. 54.

Viene dunque stabilito l'obbligo di ogni Stato contraente di riconoscere il carattere vincolante delle sentenze Icsid e di assicurare l'esecuzione sul suo territorio delle obbligazioni pecuniarie che ne derivano, equiparandole alle sentenze dei tribunali nazionali. A tal fine è sufficiente la **presentazione di una copia del lodo**, certificata dal Segretario generale. È poi previsto che ciascuno Stato contraente comunichi al Segretario generale il nominativo dell'autorità nazionale a cui chiedere il riconoscimento o l'esecuzione del lodo.

Pertanto, la sentenza Icsid non derivando la sua forza obbligatoria da un determinato sistema giuridico nazionale, ma solo dalla convenzione, non può essere considerata alla stregua di qualsiasi sentenza straniera che gli Stati sono impegnati a riconoscere anche in virtù di convenzioni internazionali di cui sono parti.

Diversamente da quanto avviene per le altre forme di arbitrato, i lodi arbitrali Icsid non possono formare oggetto di impugnazione davanti alle giurisdizioni nazionali (art. 53). È la convenzione stessa a prevedere gli appositi rimedi, quali l'interpretazione e la revisione, nonché la **procedura di annullamento** di cui all'art. 52. Sulle istanze di annullamento, competente è uno speciale comitato *ad hoc* formato da 3 membri nominati dal Presidente dell'Icsid. L'annullamento può derivare solo da **gravi violazioni procedurali**: un vizio nella costituzione del tribunale; un manifesto eccesso di potere da parte dello stesso; la corruzione di un membro del tribunale; un'inosservanza grave di una norma procedurale fondamentale e il difetto di motivazione della sentenza.

Tra le disposizioni finali non ancora esaminate merita un cenno particolare l'art. 66 che dispone che gli emendamenti alla convenzione, approvati dal Consiglio di ammini-

strazione a maggioranza dei 2/3, entrino in vigore solo a seguito di **ratifica** di tutti gli Stati membri. Questa norma è senz'altro singolare in quanto va contro al principio della revisione a maggioranza, ormai dominante negli statuti delle organizzazioni internazionali, e accolto anche negli statuti del Fondo Monetario Internazionale, della Banca Mondiale, e delle istituzioni ad essa collegate. La norma è tanto più difficile da giustificare in presenza del disposto del secondo comma per il quale nessun emendamento può pregiudicare i diritti o gli obblighi di uno Stato, di un ente pubblico, o di un privato, derivanti dal «consenso alla giurisdizione del Centro» dato in precedenza.

Per concludere, l'Icsid è, innanzitutto, un'organizzazione promossa e strettamente collegata con la Banca Mondiale, legame che comporta importanti conseguenze, da una parte, quello di **promuovere** un clima di reciproca confidenza tra gli Stati e gli investitori finalizzato ad incrementare il flusso di risorse verso i paesi in via di sviluppo a condizioni ragionevoli, dall'altra, il fatto che l'Icsid **non può esser visto** esclusivamente come un **meccanismo per la soluzione delle controversie**, ma deve essere considerato come uno strumento di politica internazionale per la **promozione dello sviluppo economico**. Il legame tra l'Icsid e la Banca Mondiale produce un ulteriore effetto, che comporta, visto il finanziamento da parte della Banca, dei costi per l'arbitrato Icsid inferiori rispetto all'arbitrato commerciale ed inoltre, diversamente da questo, l'Icsid costituisce un meccanismo operante in totale indipendenza dai sistemi locali nazionali.

Rispetto ai meccanismi più tradizionali di protezione degli investimenti, la convenzione di Washington presenta il vantaggio di porre su un piano non di antagonismo ma di collaborazione le **relazioni tra le due parti** del rapporto originato dall'investimento. L'arbitrato Icsid si propone di mantenere un equilibrio tra gli interessi degli investitori e quelli degli Stati. La convenzione dà agli investitori l'**accesso diretto ad un tribunale internazionale** conferendogli la possibilità nell'ambito di un accordo sugli investimenti di far decidere un'eventuale controversia secondo norme di diritto internazionale, ed inoltre protegge i paesi contraenti da altri sistemi processuali stranieri. La convenzione si propone pertanto di **garantire la cooperazione** tra sistemi caratterizzati da diverse realtà socio-economiche mediante il raggiungimento da entrambe le

parti delle finalità da esse perseguite tramite il rapporto contrattuale.

Si evidenzia come la garanzia più sicura dell'esecuzione da parte degli Stati contraenti delle sentenze rese al Centro consista comunque nel **collegamento istituzionale** del Centro con la Banca Mondiale ed indirettamente con il Fondo Monetario Internazionale. A favore dei paesi che godono della fiducia della Banca Mondiale, per effetto della ordinata gestione nella loro economia ed il puntuale pagamento delle loro obbligazioni, la Banca svolge anche una **funzione catalizzatrice di ulteriori capitali**, indotti tramite i canali e strumenti sia bilaterali che multilaterali sia pubblici che privati. L'inadempimento da parte di uno Stato membro della Banca degli obblighi assunti nei confronti di un investitore straniero ai sensi della convenzione o di quelli che risultino a suo carico per effetto di una regolare sentenza non potrebbe non mettere in forse il proseguimento dell'assistenza della Banca, del Fondo, e del flusso degli altri capitali da essi indotto.

Non si possono non sottolineare gli elementi positivi di novità che la convenzione presenta e che la fanno espressione della tendenza che attualmente si manifesta nella redazione degli strumenti giuridici multilaterali volti a promuovere forme più avanzate di cooperazione e organizzazione. Essa si caratterizza nella predisposizione pattizia, in un apparato all'uopo creato, di un meccanismo arbitrale grazie a cui Stati e privati nazionali di altri Stati possono deferire determinati tipi di controversie tra loro insorte a tribunali arbitrali costituiti *ad hoc*. Non si tratta di controversie internazionali, eppure queste sono giudicate in via esclusiva in una sede internazionale da organi estranei a qualunque ordinamento interno, costituiti e competenti solo in forza delle norme della convenzione, previo accordo delle parti. Tali organi possono essere investiti della controversia su istanza unilaterale anche della parte privata e, pur giudicando sulla base del diritto indicato liberamente dalle parti, devono far salvo il limite del rispetto dei **principi generali del diritto internazionale**. Il compromesso che ha per oggetto il deferimento di una controversia all'arbitrato nei modi anzidetti può escludere la necessità che il privato esperisca preventivamente un qualsiasi altro ricorso interno, mentre l'esperimento dell'arbitrato preclude allo Stato nazionale del privato di far valere una qualsiasi pretesa verso l'altro Stato quanto all'oggetto della controversia decisa.

Si assiste quindi alla predisposizione di un arbitrato con caratteri essenzialmente **internazionali-pubblicistici** per la soluzione di controversie in cui non solo una delle parti è un privato, ma relative anche a rapporti che pure presentando di regola, ma non necessariamente, peculiari aspetti di estraneità rispetto all'ordinamento dello Stato stipulante, non sono in definitiva direttamente rilevanti per l'ordinamento internazionale, né direttamente sottoposti e disciplinati da quel diritto.

Viene stabilito l'obbligo di ogni Stato contraente di riconoscere il carattere vincolante delle sentenze Icsid e di assicurare l'esecuzione sul suo territorio delle obbligazioni pecuniarie che ne derivano, equiparandole alle sentenze dei tribunali nazionali.