

UNIVERSITY OF VERONA

DEPARTMENT OF

Law

PHD SCHOOL

Law and Economics

PHD IN

European and International Law

XXXII ciclo (2016)

La clean hands doctrine
come principio di diritto internazionale processuale

S.S.D. (Disciplinary Sector) IUS/13

Coordinator: Prof. Maria Caterina Baruffi

Tutor: Prof. Matteo Ortino

Co-Tutor Prof. Attila Massimiliano Tanzi

PhD candidate: Elisa Moro

Signature

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 3.0 Unported License, Italy. To read a copy of the licence, visit the web page

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>



Attribution - You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.



NonCommercial - You may not use the material for commercial purposes.



NoDerivatives - If you remix, transform, or build upon the material, you may not distribute the modified material.

La *clean hands doctrine* come principio di diritto internazionale processuale,

Elisa Moro,
PHD Thesis,
Verona 5 dicembre 2019.

'We are such stuff as dreams are made on'
W. Shakespeare
(*Tempest*, Act 4, scene 1, 148–158)

...alla mia famiglia (Ohana)

SOMMARIO (TABLE OF CONTENTS)

Sommario

ABSTRACT (ITA)	6
ABSTRACT (ENG)	8
INTRODUZIONE	10
CAPITOLO I - ORIGINI DELLA CLEAN HANDS DOCTRINE	17
1. Introduzione	17
2. Il diritto processuale internazionale	19
3. Principi generali di diritto internazionale	25
3.1 Principi processuali di diritto internazionale	36
4. I sistemi di <i>common law</i>	40
4.1 L' <i>equity</i> negli ordinamenti di <i>common law</i>	41
4.2 La <i>clean hands doctrine</i> nella <i>common law</i> inglese e americana	44
5. L' <i>equity</i> nel diritto internazionale	60
5.1 L' <i>estoppel</i>	68
5.2 La <i>clean hands doctrine</i>	74
5.3 <i>Unjust enrichment</i>	79
6. I sistemi di <i>civil law</i>	82
6.1 Le massime di diritto romano	83
6.2 La buona fede (la <i>exceptio doli generalis</i>)	89
7. Conclusioni	95
CAPITOLO II - LA CLEAN HANDS DOCTRINE NELLE CONTROVERSIE INTERSTATALI DIRETTE E INDIRETTE	98
1. Introduzione	98
2. La <i>clean hands doctrine</i> nelle controversie interstatali dirette	101
2.1 La <i>clean hands doctrine</i> nella giurisprudenza della PCIJ	102
2.1.1 Caso relativo alla Diversione delle acque del fiume Mosa (Paesi Bassi v Belgio)	103
2.1.1.1 <i>Separate opinion</i> del Giudice Hudson	104
2.2. La <i>clean hands doctrine</i> nei procedimenti contenziosi innanzi alla CIG	107
2.2.1. Caso del personale diplomatico degli Stati Uniti in ostaggio a Teheran	107
2.2.2. Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua v Stati Uniti d'America)	110
2.2.2.1. <i>Dissenting opinion</i> del Giudice Schwebel	111
2.2.3. Caso relativo al progetto <i>Gabčíkovo-Nagyymaros</i> (Ungheria v Slovacchia)	116
2.2.4. <i>Legality of use of force</i> (Jugoslavia v alcuni membri NATO)	118
2.2.4.1. <i>Clean hands doctrine</i> e intervento umanitario	122
2.2.5. <i>Arrest Warrant Case</i> (Repubblica Democratica del Congo v Belgio)	123
2.2.6. <i>Oil Platform Case</i>	126
2.2.7. <i>Certain Iranian Assets Case</i>	131
2.2.8. <i>Jadhav Case</i> (India v Pakistan)	140
3. La <i>clean hands doctrine</i> nei procedimenti consultivi innanzi alla Corte Internazionale di Giustizia	147
3.1. Procedimento consultivo relativo alle conseguenze legali della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati	148
4. La <i>clean hands doctrine</i> nelle controversie interstatali indirette	152
5. Prassi giurisprudenziale: i casi <i>LaGrand</i> e <i>Avena</i>	163
5.1. Il Progetto di articoli sulla protezione diplomatica	167
5.2. L'approccio CEDU	174
6. Questioni preliminari: l'ammissibilità	177
7. Manifestazioni della <i>clean hands doctrine</i> nelle controversie tra Stati	182
7.1. Violazione di obblighi sinallagmatici	183

7.2.	Collegamento causale tra illecito e rimedio	186
7.2.1.	<i>Nullus commodum capere de sua injuria propria</i>	186
7.2.2.	<i>Ex delicto non oritur actio</i>	189
7.2.3.	Provocazione	190
7.3.	Azioni illecite collegate all'oggetto della controversia	193
8.	La <i>clean hands doctrine</i> come principio di diritto internazionale processuale	195
9.	Conclusioni	200

CAPITOLO III - LA CLEAN HANDS DOCTRINE NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE SUGLI INVESTIMENTI **203**

1.	Introduzione	203
2.	La definizione di 'investimento'	209
3.	La <i>clean hands doctrine</i> nella giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti	217
3.1.	Corruzione	220
3.1.1.	World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya	227
3.1.2.	Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan	230
3.1.3.	Siemens A.G. v. Argentine Republic	234
3.1.4.	MOL Hungarian Oil and Gas Plc v. Republic of Croatia: prospettive applicative	236
3.1.5.	Niko resources (Bangladesh) v Bangladesh	242
3.2.	Frode e false dichiarazioni	247
3.2.1.	Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria	252
3.2.2.	Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador	255
3.2.3.	Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic	258
3.3.	Il problema della prova nelle ipotesi di corruzione e frode	259
3.4.	Altre violazioni della legislazione domestica dell' <i>host state</i>	270
3.4.1.	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines	275
4.	La clausola ' <i>in accordance with the law</i> ' e le ' <i>unclean hands</i> ' come eccezione di giurisdizione	279
5.	La <i>clean hands doctrine</i> come eccezione di inammissibilità a garanzia dell'ordine pubblico 'transnazionale'	300
6.	Un ingiusto vantaggio per gli Stati?	310
7.	La responsabilità degli Stati nei casi di acquiescenza e concorso nell'atto illecito dell'investitore	313
8.	Il caso <i>Yukos</i>	321
9.	Conclusioni	333

CONCLUSIONI **337**

BIBLIOGRAFIA **344**

Indice degli Autori	344
Indice dei Casi	371
Documenti	387

RINGRAZIAMENTI **394**

ABSTRACT (ITA)

La presente trattazione si propone di offrire una collocazione sistematica nel panorama del diritto internazionale contemporaneo alla cd. *clean hands doctrine*.

In termini generali, si rileva come la dottrina delle ‘mani pulite’ sia animata dallo scopo di impedire ad un soggetto che abbia mantenuto una condotta illecita (o anche, secondo talune interpretazioni, immorale) in relazione alla domanda giudiziale - e che, pur tuttavia, si presenta innanzi al giudice adito denunciando le azioni di controparte - di pretendere il riconoscimento del proprio diritto, macchiato, appunto, dalle sue ‘*unclean hands*’, e il conseguente rimedio. La *clean hands doctrine* si configura allora come una importante difesa processuale nelle mani del convenuto volta a bloccare in tutto o in parte l'istanza attorea; qualora infatti venga stabilita positivamente una difesa di mani pulite, la conseguenza è che la controversia non potrà risolversi *tout court* in senso favorevole alla parte istante.

Lo scopo – dichiarato - della presente trattazione è quello di sostenere la qualificazione della dottrina di *clean hands* quale principio processuale di diritto internazionale, supportando tale impostazione teorica con l'analisi della prassi giudiziale internazionale.

Il punto di partenza sarà la ricostruzione della categoria dei ‘principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili’, annoverati tra le fonti alle quali la Corte Internazionale di Giustizia, ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1, lett. c), del suo Statuto, può fare ricorso nel decidere i procedimenti innanzi ad essa incardinati. In effetti, la prospettiva qui suggerita colloca la *clean hands doctrine* nell'ambito di tale fonte ma, per poter giungere ad una simile conclusione, occorre domandarsi, anzitutto, se la dottrina in commento sia stata sviluppata e condivisa dagli ordinamenti nazionali, avuto riguardo ad ambedue le tradizioni giuridiche di *civil* e *common law* così da assumere la valenza di principio – processuale – di logica giuridica condiviso dagli ordinamenti dei “Paesi civili”. Se la *clean hands doctrine* si riscontra, tradizionalmente ed espressamente, nella *case law* anglosassone, il passo in più che qui si cercherà di compiere è quello di dimostrare come la dottrina permei altresì gli ordinamenti giuridici di *civil law* - seppure in termini impliciti e talvolta meramente affini – quale *lex specialis* rispetto al più ampio principio di buona fede (*rectius*, quale sua declinazione processuale).

Se quindi nella *common law* anglosassone la *clean hands doctrine* trova esplicito fondamento nel sistema di *equity* del quale costituisce una delle più note massime (quella cioè secondo cui, stando alla formulazione coniata da Sir Gerald Fitzmaurice, ‘*he who comes into equity must come with clean hands*’), negli ordinamenti di *civil law* si può giungere ad un esito analogo avendo riguardo al principio di buona fede e alla sua estrinsecazione processuale della *exceptio doli generalis*.

Ciò posto, il secondo *step* con il quale si procederà, è la verifica se una tale impostazione trovi supporto nella prassi internazionale.

Se, infatti, una parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la *clean hands doctrine* non faccia parte del diritto internazionale generale, è stato, per converso, autorevolmente sostenuto che essa ne costituisce certamente un principio fondamentale. Seguendo tale seconda impostazione si cercherà di capire quindi in quali termini e in quale fase del giudizio la dottrina in parola è o dovrebbe essere considerata.

L’approccio che si è scelto di adottare considera quindi, anzitutto, la giurisprudenza delle Corti internazionali nelle cd. *inter-State disputes*, sia dirette che indirette (*rectius*, in protezione diplomatica) per poi procedere con l’analisi della giurisprudenza arbitrale sugli investimenti nel caso di controversie che vedono opporsi un investitore straniero al cd. *host State*.

Si cercherà, infine, di offrire una definizione ed una collocazione processuale sistematica alla dottrina di *clean hands* poiché gli approcci sino ad oggi adottati dalle Corti e dai Tribunali internazionali hanno evidenziato una discrasia quanto alla considerazione della sua portata ed effetti.

ABSTRACT (ENG)

The present dissertation aims at offering a general theory of the so called *clean hands doctrine*, as applied in contemporary international law.

In general terms, it is noted that the doctrine of '*clean hands*' is moved by the aim of preventing a subject of international law who has maintained an unlawful conduct (or also, according to certain interpretations, an immoral conduct) in relation to the judicial request - and that, though, appears before the judge hearing the case, denouncing the counterpart's actions - to claim recognition of his right, contaminated, precisely, by his '*unclean hands*', and the consequent damages. The *clean hands doctrine* then appears as an important procedural defense in the hands of the defendant, aimed at avoid the proceedings; in fact, if a defense of *clean hands* is positively established, the consequence is that the dispute cannot be concluded in favor of the claimant.

The purpose - declared - of this dissertation is to support the qualification of the *clean hands doctrine* as a procedural principle of international law, supporting this theoretical approach with the analysis of international judicial practice.

The starting point will be the reconstruction of the category of 'general principles of law recognized by civilized Nations', listed among the sources to which the International Court of Justice, pursuant to Article 38, paragraph 1, lett. c) of its Statute, can make recourse in deciding the proceedings before it. Indeed, the perspective suggested here places the *clean hands doctrine* within this source of law but, in order to reach such a conclusion, it is necessary to ask, firstly, if the doctrine on point has been developed and adopted by the domestic legal systems, having regard to both the juridical traditions of civil and common law, so as to declared it as shared by the laws of the 'civilized Nations'. If the *clean hands doctrine* is found, traditionally and expressly, in the Anglo-Saxon case law, the further step we will try to make here, is to demonstrate how the doctrine also informs the legal systems of civil law - albeit in implicit terms and sometimes merely related - as *lex specialis* with respect to the broader principle of good faith (*rectius*, as its procedural declination).

If, therefore, in the Anglo-Saxon common law the *clean hands doctrine* finds a crystal clear ground in *equity* - constituting one of the most famous maxims (that is, according to which, according to the formulation coined by Sir Gerald Fitzmaurice, 'he who comes equity as a clean hands'), in the civil law systems it is possible to reach a similar outcome having regard to the principle of good faith and its procedural expression of the *exceptio doli generalis*.

This being said, the second step with which we will proceed is to verify whether such an approach is supported by international practice.

If, in fact, a part of the doctrine and jurisprudence claims that the *clean hands doctrine* is not part of general international law, it was, conversely, authoritatively sustained that it certainly constitutes a fundamental principle of it. Adopting this second approach, as it will be explained, we will try to understand therefore in what terms and in what phase of the dispute the doctrine on point is or should be considered.

The approach that we have chosen to adopt therefore considers, first of all, the jurisprudence of the international Courts in inter-State disputes, both direct and indirect (*rectius*, in diplomatic protection) and then proceed with the analysis of arbitration jurisprudence on investments in the case of disputes in which a foreign investor is opposed to the host State.

Finally, an attempt will be made to offer an overall definition of the *clean hands doctrine* since the approaches adopted so far by international Courts and Tribunals have shown a discrepancy as to the consideration of its scope and effects.

INTRODUZIONE

La presente trattazione si propone di collocare sistematicamente la cd. *clean hands doctrine* nel panorama del diritto internazionale pubblico contemporaneo, offrendone un quadro quanto più esaustivo possibile al fine di delineare una teoria generale.

Il *leitmotiv* che anima la presente trattazione è l'incertezza circa lo *status* di una dottrina di *clean hands* nel diritto internazionale.

Infatti, sebbene la dottrina delle mani pulite abbia tradizionalmente permeato gli ordinamenti di *common law*, trovando accoglimento, anzitutto, nelle *Courts of Equity* inglesi alla fine del XVIII - secondo la nota massima formulata da Sir Gerald Fitzmaurice, per cui '*he who comes into equity must come with clean hands*' - e da qui si sia poi sviluppata, seppure con terminologie differenti, sia nei sistemi di *common law* che in quelli di *civil law*, essa, nel diritto internazionale pubblico, ha riscosso successi alterni.

In via di prima approssimazione, si rileva come lo scopo della *clean hands doctrine* sia quello di impedire ad un soggetto che abbia mantenuto una condotta illecita (o anche, secondo talune interpretazioni, immorale) con riguardo alla domanda giudiziale - e che, pur tuttavia, si presenta innanzi al giudice adito denunciando le azioni di controparte - di pretendere il riconoscimento del proprio diritto, macchiato dalle sue '*unclean hands*', e il conseguente rimedio. La *clean hands doctrine* si configura allora come una difesa processuale nelle mani del convenuto volta a bloccare l'istanza attorea per ragioni di equità; semplificando estremamente, qualora venga stabilita con successo una difesa di mani, la conseguenza sarà che la controversia non potrà risolversi in senso favorevole alla parte istante.

Come si è anticipato, l'applicazione della dottrina di mani pulite è animata dall'intento di fondo di preservare l'integrità del sistema giudiziario poiché consentire a una parte di ottenere il riconoscimento di un diritto acquisito illecitamente genera, certamente, forti dubbi sulla integrità e sulla giustizia complessiva del sistema.

Lo scopo - dichiarato - della presente trattazione è quello di sostenere la qualificazione della dottrina di *clean hands* quale principio processuale di diritto

internazionale, supportando tale impostazione teorica sulla base della prassi giudiziale internazionale.

Il punto di partenza per giungere ad un tale approdo è quindi la ricostruzione della categoria dei ‘principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili’, annoverati tra le fonti alle quali la Corte Internazionale di Giustizia, ai sensi dell’articolo 38, paragrafo 1, lett. c), del suo Statuto, può fare ricorso nel decidere i procedimenti innanzi ad essa incardinati. In effetti, la prospettiva qui suggerita colloca la *clean hands doctrine* nell’ambito di tale fonte ma, per poter giungere ad una simile conclusione, occorre domandarsi, anzitutto, se la dottrina in commento sia stata sviluppata e condivisa dagli ordinamenti nazionali, avuto riguardo ad ambedue le tradizioni giuridiche di *civil e common law* così da assumere la valenza di principio – processuale – di logica giuridica condiviso dagli ordinamenti dei “Paesi civili”. Se, come si è anticipato, la *clean hands doctrine*, è tradizionalmente presente nella della *case law* anglosassone, il passo in più che qui si cerca di compiere è quello di dimostrare come la dottrina, in fondo, permei altresì gli ordinamenti giuridici di *civil law* - seppure in termini impliciti e talvolta affini – quale *lex specialis* rispetto al più ampio principio di buona fede (*rectius*, quale sua declinazione).

Ciò posto, il secondo *step* con il quale occorre procedere, è la verifica se una tale impostazione trovi supporto o riscontro nella prassi internazionale.

Se, infatti, come si evidenzierà, una parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che la *clean hands doctrine* non faccia parte del diritto internazionale generale, è stato, per converso, autorevolmente sostenuto che ‘*the importance of the clean hands doctrine in international law could not be denied*’ (*Report of the International Law Commission, 57th sess., 2005, UN Doc A/60/10, 110* (Special Rapporteur on Diplomatic Protection, John Dugard).

L’approccio che si è scelto di adottare considera, anzitutto, la giurisprudenza delle Corti internazionali nelle cd. *inter-State disputes*, sia dirette che indirette (*rectius*, in protezione diplomatica) per poi procedere con l’analisi della giurisprudenza arbitrale sugli investimenti nel caso di controversie che vedono opporsi un investitore straniero al cd. *host State*.

Ci si concentrerà quindi, anzitutto, sulle controversie inter-statali, ove la *clean hands doctrine*, quale principio di *equity*, è intesa ad escludere la possibilità di invocare giudizialmente la responsabilità internazionale per quello Stato che abbia commesso un illecito in relazione al diritto controverso. In tale contesto, se una certa considerazione della dottrina delle mani pulite si è avuta, seppure con diverse sfumature. Infatti, un richiamo alla *clean hands doctrine* si riscontra talvolta nelle memorie presentate dagli Stati convenuti nei procedimenti dinanzi alla CIG, talaltra in alcune opinioni concorrenti e dissenzianti espresse dai giudici partecipanti alle decisioni e allegate alle sentenze della stessa Corte. Sebbene la Corte internazionale non abbia mai aderito in termini espliciti alla dottrina delle mani pulite, essa non ha neppure mai preso posizione nel senso di escluderne la collocazione tra i principi generali di diritto internazionale, nonostante abbia avuto l'occasione di pronunciarsi in tal senso, sollecitata dalle difese presentate dagli Stati convenuti. Se questo è l'indirizzo seguito dalla Corte internazionale di giustizia, la Commissione di diritto internazionale ha invece, infine, adottato una soluzione nel senso di non includere la dottrina delle mani pulite nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica, seppure nel corso dei lavori preparatori alla stesura dell'articolato le opinioni siano state contrastanti.

Sulla base di ciò, quello che si cercherà, tuttavia, di dimostrare attraverso l'analisi della prassi giurisprudenziale internazionale e dei lavori della CDI è che la difesa di *clean hands*, sebbene non pare potersi configurare, come taluno ha cercato di sostenere, tra quelle eccezioni preliminari volta ad escludere la ricevibilità delle domande, essa occupi, nondimeno, un posto suo proprio quale principio processuale che la Corte è tenuta a considerare nella fase di merito. Infatti, esigenze di giustizia e di equità del sistema impongono di non trascurare una simile difesa, posto che gli effetti pratici, laddove positivamente stabilita, sono tutt'altro che trascurabili. Infatti, laddove la difesa in parola venga accolta, il risultato pratico è l'esclusione, in tutto o in parte, per la parte istante con '*unclean hands*' del rimedio richiesto.

Non meno rilevante, al fine della qualificazione della *clean hands doctrine*, è l'arbitrato internazionale sugli investimenti. Infatti, in tale contesto, la dottrina in

commento è stata variamente invocata ed argomentata, trovando, talvolta, accoglimento.

Se la valutazione della legalità della condotta dell'*host state* in relazione a un certo investimento ha costituito, tradizionalmente, il nucleo centrale dell'arbitrato internazionale sugli investimenti, recentemente, gli investitori sono divenuti oggetto di un intenso scrutinio da parte dei tribunali arbitrali in ragione della considerazione di eventuali atti illeciti da questi commessi in relazione all'investimento o nell'accesso alla fase arbitrale.

In tale contesto, quindi, la *ratio* alla base della eccezione di '*unclean hands*', invocata sovente dagli Stati convenuti, si riporta, segnatamente, alla considerazione per cui la legittimità dell'investimento è condizione necessaria affinché il tribunale arbitrale possa accordare la compensazione richiesta dall'investitore per asseriti atti illeciti perpetrati dallo Stato ospitante ai suoi danni. Tuttavia, l'applicazione di tale dottrina in tale contesto non dovrebbe significare, a differenza di quello che appare attualmente essere l'indirizzo maggioritario, che gli Stati dispongono di un diritto illimitato di evitare la controversia *sic et simpliciter* in ragione della condotta illecita posta in essere dall'investitore.

La questione al centro dell'ultimo capitolo della presente trattazione è quindi se e in quali termini un tribunale arbitrale debba trattare una controversia in materia di investimenti quando l'investimento di cui si fa questione sia contaminato da un atto illecito (*rectius* dalle '*unclean hands*') perpetrato dall'investitore. Infatti, in caso la natura '*clean*' o meno dell'operazione finanziaria rilevi ai fini della qualificazione dell'investimento, e quindi come questione preliminare di giurisdizione, il tribunale dovrà valutarla indipendentemente dagli argomenti forniti dalle parti e il procedimento subirà un arresto a tale fase preliminare. Lo stesso dicasi nel caso in cui le '*unclean hands*' dell'investitore vengano ritenute in violazione dell'ordine pubblico transnazionale, fornendo così la base per un'eccezione di inammissibilità. Se invece le '*clean hands*' dell'investitore siano trattate nella fase di merito, incidendo sulla valutazione dei vari *standard* di tutela degli investimenti o ai soli fini risarcitori, il tribunale si dovrà attenere, in fatto e in diritto, alla controversia come circoscritta dalle Parti, onde evitare di incorrere in un giudizio *ultra petita* e

l'effetto pratico del sollevamento dell'eccezione sarà quello di limitare le pretese avanzate dall'investitore, in una logica di bilanciamento delle condotte di entrambe le parti.

La *'clean hands doctrine'* rappresenta, allo stato, una robusta eccezione nelle mani dei cd. *host States*, ragion per cui, come si analizzerà, essa è stata sollevata ripetutamente e argomentata variamente dagli Stati parti della controversia nell'arbitrato internazionale sugli investimenti in relazione alle richieste avanzate dagli investitori con sempre maggiore frequenza. Dinnanzi al diritto azionato dall'investitore, lo Stato convenuto tenta infatti di utilizzare tutti gli argomenti disponibili per evitare l'affermazione della propria responsabilità che a sua volta determinerebbe l'obbligo di provvedere un considerevole risarcimento. Pertanto, non sorprende che gli Stati stiano facendo sempre maggiore affidamento sulla *'clean hands doctrine'* che, come si avrà modo di illustrare nel corso della presente trattazione, si è dimostrata essere una convincente difesa, accettata dai tribunali arbitrali. Infatti, a seguito della fortunata invocazione di una difesa di mani pulite nella fase pregiudiziale della controversia i tribunali hanno dichiarato, a seconda della base giuridica considerata la propria mancanza di giurisdizione o l'inammissibilità o, almeno, hanno valutato la difesa nella fase di merito ove la dottrina delle mani pulite può, in definitiva, servire da meccanismo per limitare l'importo del risarcimento a favore dell'investitore.

Ciò posto, va evidenziato come non ogni singola attività illecita posta in essere dall'investitore conduca a un rifiuto di siffatta protezione internazionale. Gli scenari nei quali i tribunali hanno accertato che la *'clean hands doctrine'* possa trovare applicazione sono, segnatamente, i casi in cui l'investitore è stato coinvolto in atti di: corruzione, frode o falsa dichiarazione o violazioni deliberate di talune norme dello Stato ospitante.

Anche se la prassi arbitrale in materia di investimenti non è ancora ben definita, una difesa dalle mani pulite si è dimostrata, in tale contesto, un argomento efficace per convincere il tribunale adito che l'investitore non doveva ottenere protezione internazionale. Tuttavia, i tribunali non possono considerare, in una logica unidirezionale, solamente le azioni degli investitori, dimenticando il potenziale

coinvolgimento o l'acquiescenza dello Stato ospitante nei relativi atti illeciti. In effetti, se lo Stato ospitante sia stato coinvolto o abbia acconsentito alla presunta condotta illecita, questa circostanza dovrebbe ragionevolmente tradursi in un terreno legale sufficiente per escludere l'applicazione della dottrina delle mani pulite (almeno) nella fase preliminare della controversia.

In effetti, resta il fatto che la clean hands doctrine è un principio di *equity* la quale è animata dall'intento di offrire giudizi equi alle parti in una logica, più ampia, di giustizia del sistema.

Alla luce di quanto sopra, con riferimento all'arbitrato internazionale sugli investimenti, si proporrà un approccio alternativo, rispetto a quello sinora adottato dai collegi arbitrali, alla dottrina di *clean hands*. Se infatti, tradizionalmente, gli arbitri hanno affrontato le '*unclean hands*' dell'investitore nella fase preliminare della controversia come questione di giurisdizione o di ammissibilità, si cercherà qui di dimostrare che sarebbe preferibile che gli arbitri considerassero la difesa successivamente, nella fase cioè di merito, in quanto ciò consentirebbe di bilanciare il comportamento sia dell'investitore che dello Stato ospitante nella commissione dell'atto illecito alla luce di tutte le circostanze presenti nel caso di specie. Infatti, seguendo l'approccio tradizionale, quando venga accettata una difesa di '*clean hands*', gli Stati ospitanti sono stati in grado di eludere qualsiasi responsabilità e ciò nonostante, talvolta, essi abbiano contribuito al realizzarsi dell'atto illecito perpetrato dall'investitore o siano rimasti acquiescenti nella fase 'fisiologica' dell'investimento (lamentandosene solo *ex post* nella cd. fase 'patologica' ossia quella arbitrale, e quindi in esito a una domanda della controparte). Pertanto, valutare la difesa nella fase di merito conduce ad un risultato ragionevole e giusto: sarebbe infatti contrario alle esigenze del sistema giudiziario complessivo che le conseguenze di una condotta 'macchiata' da '*unclean hands*' si ripercuotessero solo sugli investitori, esonerando *sic et simpliciter* gli Stati ospitanti – qualora questi abbiano contribuito alla commissione dell'illecito o abbiano prestato acquiescenza rispetto all'illecito - da qualsiasi responsabilità. Così procedendo, il rischio è quello di legittimare un abuso del sollevamento della dottrina di *clean hands*. Il ragionamento alla base dell'approccio suggerito si basa quindi su principi di equità - a cui fa capo la dottrina delle mani pulite - che sollecitano i tribunali a usare la

propria discrezionalità per giungere ad un risultato ‘giusto’. In sintesi, quindi, sulla base di una analisi approfondita della giurisprudenza internazionale, l’obiettivo della presente trattazione è quello di qualificare la clean hands doctrine alla stregua di principio processuale di diritto internazionale ai sensi dell’articolo 38, paragrafo 1, lettera c) dello Statuto della Corte Internazionale di giustizia. La qualificazione in tal senso della clean hands doctrine permetterebbe alla Corte (così come ai tribunali internazionali) di fondare le proprie decisioni su un principio di equità, capace di garantire risultati giusti e l’affidabilità del sistema giurisdizionale. Nondimeno, l’effetto collaterale (ma non, per questo, meno importante) sarebbe quello di promuovere la responsabilizzazione dei soggetti del diritto internazionale per i quali la clean hands doctrine, quale principio ostacolante l’ottenimento di un rimedio giudiziale, costituirebbe un sicuro deterrente ad azioni illecite e immorali che non solo rischierebbero ma sarebbero certamente ‘sanzionate’ nell’*an* e nel *quantum* del rimedio accordato. Il promovimento della correttezza nei rapporti internazionali e la certezza dei risultati giuridici, presidiati dalla *clean hands doctrine*, costituiscono dunque la *ratio* ispiratrice della presente trattazione, costituendo, per chi scrive, obiettivi fondamentali per la comunità internazionale nella prospettiva di un rinsaldamento delle dinamiche che in essa si sviluppano.

Si è scelto in questa sede di limitare l’analisi alla sola giurisprudenza della Corte internazionale e a quella dei tribunali arbitrali in materia di investimenti in quanto, ad oggi, tali sono le uniche sedi capaci di offrire un sostanziale contributo allo sviluppo di una teoria generale relativa alla *clean hands doctrine*. Ciò non esclude che in un futuro, auspicabilmente prossimo, l’analisi possa concentrarsi altresì su ulteriori filoni giurisprudenziali ove la dottrina abbia già fatto o stia per fare capolino.

CAPITOLO I - ORIGINI DELLA *CLEAN HANDS DOCTRINE*

1. Introduzione

La cd. *clean hands doctrine*¹ affonda le proprie radici nella equità, sviluppatasi in contrapposizione alla rigidità dello ‘stretto diritto’ positivo². In effetti, la più nota formulazione della dottrina delle mani pulite è data dalla massima di *equity* formulata da Sir Gerald Fitzmaurice e secondo il quale “*he who comes into equity must come with clean hands*”³. Si tratta di una dottrina che ha trovato accoglimento anzitutto nelle *Courts of Equity* inglesi alla fine del XVIII secolo e che è stata poi sviluppata, con terminologie differenti, sia nei sistemi di *common law* che in quelli di *civil law*⁴.

In via di prima approssimazione si può rilevare che, scopo della *clean hands doctrine* è quello di impedire ad un soggetto che abbia mantenuto una condotta illecita (o, secondo alcune interpretazioni, altresì immorale) con riguardo alla

¹ ‘*Doctrine*’ indica ‘*a particular principle, position, or policy taught or advocated*’. La tesi ivi sostenuta, come si discuterà nel proseguito, identifica la dottrina in parola quale principio di diritto a connotazione processuale. Infatti, nella prassi, la *clean hands doctrine*, è stata invocata e declinata processualmente, presentandosi quale difesa (e talvolta ritenuta una obiezione preliminare)

² ANENSON T. L., *Announcing the ‘Clean Hands’ Doctrine*, University of California, UC Davis LR, Vol. 51, 2018, p. 1832.

³ FITZMAURICE G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, Brill Nijhoff, Leiden – Boston, 1957, vol. 92, p. 119. Come precisato dal tribunale arbitrale in *Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, lodo, 2 agosto 2006, para. 240, ci sono alcune massime latine associate alla dottrina delle mani pulite, ad esempio *ex delicto non oritur actio* (un atto illecito non può servire da base per un’azione legale), *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facit* (nessuno può collocarsi in una migliore posizione giuridica mediante un delitto), *ex turpi causa non oritur actio* (un’azione non può derivare da una causa disonorevole), *inadimplenti non est adimplendum* (non è necessario rispettare il proprio obbligo se la controparte non ha rispettato il proprio) e *nullus commodum capere potest de injuria sua propria* (nessuno può essere autorizzato a trarre vantaggio dal proprio illecito).

⁴ POMEROY J. N., *A Treatise on Equity jurisprudence*, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, The Lawyers Co-operative Publishing Company Rochester, V ed., 1941, pp. 397-404.

pretesa avanzata in giudizio - e che, pur tuttavia, si presenta innanzi al giudice adito denunciando le azioni di controparte - di pretendere il riconoscimento del proprio diritto (macchiato dalle sue ‘*unclean hands*’) e il conseguente rimedio⁵. La *clean hands doctrine* si configura allora come una difesa⁶ a disposizione del convenuto per sconfiggere l'istanza dell'attore alla luce del fatto che quest'ultimo si è reso colpevole di un illecito in relazione al diritto per il quale cerca soddisfazione⁷; così che, quando venga stabilita con successo una difesa di mani pulite (vale a dire se viene dimostrato che il richiedente è stato coinvolto in un atto illecito in relazione alla sua richiesta⁸), la conseguenza è che la controversia non potrà risolversi in senso favorevole alla parte istante⁹.

Da tutto ciò emerge chiaramente come l'applicazione della dottrina di mani pulite sia volta a preservare l'integrità del sistema giudiziario poiché, è ovvio, consentire a una parte di ottenere il riconoscimento di un diritto acquisito illecitamente genera certamente forti dubbi sulla integrità e sulla giustizia complessiva del sistema.

⁵ STRINGFELLOW B. F., *Who Comes into Equity Must Come with Clean Hands*, 1 Ala. Law., 1940, p. 248 e ss.

⁶ POMEROY J. N., *supra*, sects. 397-404 (la clean hands doctrine è “*a universal rule guiding and regulating the action of equity courts in the interposition on behalf of suitors for any and every purpose and in their administration of any and every species of relief*”). La clean hands doctrine è talvolta contemplata come ‘*unclean hands*’ o ‘*dirty hands*’ doctrine.

⁷ YACKEE J. W., *Essay, Investment Treaties and Investor Corruption: an Emerging Defense for Host States?*, Investment Treaty News, 19 ottobre, 2012, disponibile su <https://www.iisd.org/itn/2012/10/19/investment-treaties-and-investor-corruption-an-emerging-defense-for-host-states/>.

⁸ COSAR U., *Claims of Corruption in Investment Treaty Arbitration: Proof, Legal Consequences and Sanctions*, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Legitimacy: Mtths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18, Kluwer Law International, 2015, pp. 531-556, (“*In regard to proof, tribunals have many tools at their disposal; they are afforded wide discretion and investigative powers by the procedural rules*”).

⁹ MITCHELL A.D., SORNARAJAH M. AND VOON T., *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, 2015, p. 29-30.

La presente trattazione è animata dall'intento di proporre un quadro generale, quanto più esaustivo possibile, della cd. *clean hands doctrine* al fine di offrirne una teoria generale, avendo cura di precisarne la collocazione nel panorama processuale internazionale, ove essa si svolge.

Lo scopo, dichiarato, è la qualificazione della dottrina di *clean hands* quale principio processuale di diritto internazionale. Al fine di giungere ad una tale conclusione, in questo primo capitolo ci si concentrerà sulla categoria dei 'principi generali', annoverati tra le fonti alle quali la Corte Internazionale di Giustizia, ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1, lett. c), del suo Statuto, può fare ricorso nel decidere i procedimenti innanzi ad essa incardinati. Si tratta, in particolare, di quei principi – sostanziali e processuali - di logica giuridica comuni agli ordinamenti dei "Paesi civili". La prospettiva qui suggerita colloca dunque la *clean hands doctrine* nell'ambito di tale fonte del diritto internazionale. Tuttavia, per poter giungere ad una simile conclusione, occorre domandarsi, anzitutto, se la dottrina in commento sia stata sviluppata e condivisa dagli ordinamenti nazionali, avuto riguardo ad ambedue le tradizioni giuridiche di *civil* e *common law*. Solo se tale quesito trovi risposta affermativa, infatti, si può affermare che le '*clean hands*' assumono il rango di principio generale.

Si noterà come, seppure ampiamente discussa e accolta espressamente nei sistemi di *common law*, la dottrina, secondo una considerazione meno superficiale, sia presente altresì nei sistemi di *civil law* - seppure in termini impliciti e talvolta affini – quale specificazione del più ampio principio di buona fede¹⁰.

Assumendo che questa sia la strada da seguire occorrerà poi verificare se la prassi giurisprudenziale e arbitrale abbiano offerto supporto alla impostazione suggerita (*infra*, capitoli II e III).

2. Il diritto processuale internazionale

¹⁰ Ibid.

L'obbligo per gli Stati di risolvere le controversie in modo pacifico è contenuto nell'articolo 2 paragrafo 3 della Carta delle Nazioni Unite¹¹. L'articolo 33 paragrafo 1 della Carta specifica che uno dei metodi per la risoluzione pacifica delle controversie è il ricorso ad un foro giudiziale internazionale¹². Se l'arbitrato internazionale era conosciuto già nell'antica Grecia e trovava fortuna, successivamente, in epoca medievale¹³, la prima moderna sentenza internazionale si considera intervenuta tra Gran Bretagna e Stati Uniti d'America circa 200 anni fa in virtù del Trattato di Jay del 1794¹⁴.

Ad oggi vi sono più di 120 organi giurisdizionali di risoluzione delle controversie¹⁵ per cui si è parlato di 'proliferazione di tribunali e tribunali internazionali'¹⁶. Ci si domanda dunque se le Corti e i tribunali internazionali adottino un approccio condiviso rispetto alle questioni procedurali, se quindi possano ravvisarsi somiglianze nella applicazione del diritto tali da consentirne qui una trattazione unitaria. La risposta a tale interrogativo è positiva. Si tratta infatti di quella prassi definita da Chester Brown come '*common law of international adjudication*'¹⁷. Con tale espressione, ovviamente, l'autore non fa riferimento alla

¹¹ Carta delle Nazioni Unite (UN Charter), aperta alla firma a San Francisco il 26 giugno 1945 (entrata in vigore il 24 ottobre 1945).

¹² UN Charter, art 33(1). Si veda inoltre UNGA Res 2625 (XXV) (1970).

¹³ Si veda, ad esempio, SOHN L., *International Arbitration in Historical Perspective: Past and Prospects: a symposium to commemorate the centenary of the birth of professor J.H.W. Verzijl (1888-1987)*, in J H W Verzijl (ed.), Dordrecht [Netherlands] – Boston, M. Nijhoff, Norwell, MA, 1990, pp. 9–11.; ANAND R. P., *International Courts and Contemporary Conflicts*, Asia Publishing House, New York, 1974, pp. 11–15; RALSTON J., *International Arbitration from Athens to Locarno*, The Lawbook Exchange, Clark NJ, 1929, pp. 153–89; TOD M. N., *International Arbitration amongst the Greeks*, The Clarendon Press, Oxford, 1913; RÆDER A., *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Gale, Making of Modern Law, 2013.

¹⁴ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, firmato il 19 novembre 1794 (GB–US), (entrato in vigore il 28 ottobre 1795) (cd. '*Jay Treaty*').

¹⁵ BROWN C., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford Scholarship Online, 2009, p. 2 e ss.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

tradizione legale anglo-americana; né suggerisce che il sistema di *common law* stia esercitando un'influenza (o che questa sia auspicabile) nella risoluzione internazionale delle controversie. Piuttosto, con l'espressione '*common law of international adjudication*', Brown si riferisce all'emergere di un *corpus* normativo omogeneo applicato da Corti e tribunali internazionali quanto alla procedura (e ai rimedi), sia quando i relativi strumenti costitutivi prevedano regole al riguardo, sia quando ivi vi siano delle lacune. Il *corpus* emergente di regole, che viene sviluppato attraverso un processo di cd. '*cross-fertilization*'¹⁸ dei principi dai tribunali internazionali è ciò che quindi Brown intende quando parla di '*common law of international adjudication*'.

A questo punto occorre quindi offrire al lettore una definizione condivisa del termine 'procedura' con riguardo al diritto internazionale; ciò, al fine di poter concordare su quelle che possono ritenersi questioni processuali che assumono rilevanza ai fini della presente trattazione (ossia, come anticipato, al fine di collocare la *clean hands doctrine* tra i principi di diritto processuale)¹⁹. Ciò che si osserva, infatti, è che non vi è un sostanziale accordo sulla definizione di cosa sia la '*procedural law*'²⁰. Questo si spiega in ragione del fatto che i diversi ordinamenti giuridici nazionali assegnano tradizionalmente al termine 'procedura' significati diversi. Nei sistemi di *common law* il diritto processuale viene spesso definito esclusivo rispetto al diritto relativo alla 'sostanza' (o merito)²¹. La definizione più

¹⁸ Per l'utilizzo di tale terminologia si veda in particolare SANDS P., *Treaty, Custom and the Cross-fertilisation of International Law*, 1 Yale Human Rights and Development Law Journal, 1998, p. 85.

¹⁹ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, in Zimmerman, Andreas, Tomuschat, Christian & Oellers-Frahm, Karin, *The statute of the International Court of Justice: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 871 e ss.; SCHWARZENBERGER G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Sweet & Maxwell Ltd, London, 1986, p. 17.

²⁰ SCHWARZENBERGER G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*.

²¹ Si veda, ad esempio, CARRUTHERS J., *Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages*, 53 ICLQ, 2004, pp. 694–696; COLLINS L., *Dacey, Morris & Collins on The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2006, p. 157 e ss.

nota è stata quella di Lush LJ in *Poyser v Minors* nel 1881 e per cui: “‘Practice’ (...) like ‘procedure’ (...) denotes the mode of proceeding by which a legal right is enforced, as distinguished from the law which gives or defines the right, and by which means of the proceeding the Court is to administer the machinery as distinguished from its product”²².

Tuttavia, seppure la dottrina abbia cercato di distinguere il processo dalla sostanza, si è inevitabilmente scontrata con la difficoltà di tracciare una netta linea di confine²³. Scarman evidenziava l’incertezza di una simile distinzione: “When is a question one of substantive law? When is a question merely one of evidence or procedure? I attempt no general answer to these questions; for answer can only be made after an analysis of the specific questions calling for decision, its legal background and factual context”²⁴.

In un sistema di diritto civile, quale quello francese o italiano, la procedura è definita in senso lato, per includere non solo le norme in base alle quali il tribunale viene adito e in base al quale il processo viene condotto e concluso “but also the rules governing judicial organization, establishing the composition and operation of the courts, and the rules determining the competence of these various courts”²⁵. Sulla distinzione tra sostanza e procedimento, i Professori Cappelletti e Bryant hanno stabilito che “if one tries to argue that procedure becomes substance when it determines the particular ‘outcome’ of a legal dispute, then it appears necessary to concede that almost everything is substance. On the other hand, if procedure is

²² *Poyser v Minors*, (1881) 7 QBD 329, 333.

²³ CAPPELLETTI M., BRYANT G., *Introduction—Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law, Civil Procedure*, vol XVI, 1, Mohr Siebeck Tübingen Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 1987, p. 14.

²⁴ BROWN, *supra*, p. 5, citando Scarman J. nel caso *Re Fuld’s Estate*, [1968] P 675, 695.

²⁵ BLANC-JOUVAN X., BOULOIS J., ‘France’ in *International Association of Legal Science*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol I, Mohr Siebeck Tübingen Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 1972, para. F-47, F-81; VINCENT J., GUINCHARD S., *Procédure civile*, *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 7.

*confined to the methods by which legal claims are initiated and proved, there is little doubt that much of the substantive law governs procedure*²⁶.

Analogamente e alla luce di quanto rilevato con riferimento alle tradizioni giuridiche nazionali, la distinzione tra sostanza e procedura non è chiara nel diritto internazionale pubblico. Come sostenuto da Sir Hersch Lauterpacht, le regole procedurali “*represent the element of convenience and certainty in law, and in the prosecution of rights. Thus conceived, they are often regarded as embodying an element of substantive justice*”²⁷. Anche Shabtai Rosenne ha rilevato come il diritto internazionale non ponga una netta distinzione tra diritto sostanziale e diritto procedurale: “*In so far as regular legal procedures exist for the judicial settlement of international disputes, their norms are indistinguishable, in their creation as in their effect, from those substantive norms through the application of which that dispute will be settled*”²⁸.

Nonostante queste difficoltà di definizione, si può tuttavia cercare di offrire una enunciazione di buon senso della procedura che, *lato sensu*, comprende tutti quegli elementi del procedimento giudiziale diversi dall'applicazione delle regole primarie del diritto internazionale che determinano diritti e obblighi controversi e dall'applicazione delle norme secondarie del diritto internazionale che determinano le conseguenze delle violazioni di regole primarie²⁹.

Per ‘controversia internazionale’ infine, è bene precisarlo, si intende quella in cui almeno una parte è un'organizzazione statale o internazionale. Altri fattori ritenuti rilevanti in tal senso sono il fatto che i tribunali siano il prodotto di uno strumento internazionale e che essi siano competenti ad applicare il diritto internazionale³⁰.

²⁶ CAPPELLETTI M., BRYANT G., *supra*, p. 14.

²⁷ SIR HERSCH LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, p. 209;

²⁸ ROSENNE S., *Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Brill, vol. III, 2016, p. 1024.

²⁹ BROWN C., *A Common Law of International Adjudication*, *supra*, p. 6.

³⁰ *Ibid*, p. 8.

Ciò posto, bisogna ora capire se e perché le Corti e i tribunali internazionali condividano un certo approccio processuale. Rilevante per l'emergere di regole comuni nel diritto processuale internazionale è certamente la considerazione di come la questione è stata trattata da altri organi con strumenti costitutivi simili. Questa pratica è rappresentativa del concetto di precedente, o *stare decisis*, poiché è naturale che i giudici dei tribunali internazionali si domandino se la questione dinanzi a loro è stata considerata in precedenza e in quali termini³¹. Questo non significa che la dottrina dello *stare decisis* sia applicabile nel diritto internazionale; l'articolo 59 dello Statuto ICJ, per esempio, è chiaro in questo senso³² e così molti tribunali internazionali hanno altrettanto espressamente dichiarato di non essere vincolati da decisioni precedenti³³. Tuttavia, se un tribunale internazionale ha considerato un certo ragionamento persuasivo, l'autorevolezza della statuizione incoraggerà, inevitabilmente, l'adozione di un medesimo approccio da parte di altri organi internazionali³⁴. Ciò è stato posto in evidenza da Sir Hersch Lauterpacht, spiegando perché la CIG, sebbene non vincolata dalla dottrina del precedente, segue

³¹ Per esempio, SHAHABUDDIN M., *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1996, p. 6.

³² Statuto della Corte internazionale di giustizia (ICJ Statute), aperto alla firma il 26 giugno 1945, (entrato in vigore il 24 ottobre 1945), art. 59 ‘*the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*’.

³³ Si veda, ad esempio, *Bayinder Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, decisione, giurisdizione, 14 novembre 2005, para. 76: “[t]he Tribunal agrees that it is not bound by earlier decisions, but will certainly carefully consider such decisions whenever appropriate”; *AES Corporation v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/17, decisione, giurisdizione, 26 aprile 2005, para. 30–33; si veda inoltre *SGS v Philippines* (ICSID Case No ARB/02/6, giurisdizione, decisione, 29 gennaio 2004, para. 97: “*although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law*”: disponibili su <[http:// ita.law.uvic.ca](http://ita.law.uvic.ca)>.

³⁴ Si veda, ad esempio, SHANY Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 110–111; si veda inoltre SIR ELIHU LAUTERPACHT, *The Development of the Law of International Organisations by the Decisions of International Tribunals*, 152 *Recueil des cours*, 1976, pp. 377, 396–402.

comunque le proprie decisioni: “*The Court follows its own decisions for the same reasons for which all courts—whether bound by the doctrine of precedent or not—do so, namely, because such decisions are a repository of legal experience to which it is convenient to adhere; because they embody what the Court has considered in the past to be good law; because respect for decisions given in the past makes for certainty and stability, which are of the essence of the orderly administration of justice; and (a minor and not invariably accurate consideration) because judges are naturally reluctant, in the absence of compelling reasons to the contrary, to admit that they were previously in the wrong*”³⁵.

Laddove quindi gli strumenti costitutivi e le norme adottate dalle Corti e dai tribunali internazionali tacciono su una questione di procedura, i tribunali internazionali che esercitano funzioni simili potrebbero, a buona ragione, fare riferimento alla prassi giurisprudenziale di altri organi. La parte potrà allora sostenere che il tribunale internazionale è autorizzato e ‘invitato’ ad applicare la procedura o ad esercitare un certo potere o perché la procedura è applicabile come principio generale di diritto processuale o perché il potere è un potere intrinseco³⁶.

Questo rileva, ai nostri fini, in quanto, come si discuterà nei capitoli successivi la *clean hands doctrine*, quale principio processuale, si è risolta in una difesa sollevata innanzi a diversi organi giudiziari internazionali (permanenti o *ad hoc*) che, riferendosi a pronunce precedenti, la hanno ritenuta variamente rilevante e applicabile.

3. Principi generali di diritto internazionale

Nell’iniziale processo di formazione spontanea delle regole generali della moderna società internazionale un ruolo importante è stato svolto dai principi generali di diritto che altro non erano, sino alla loro trasfusione nel *corpus* del diritto internazionale, se non quei principi generali del diritto romano o del diritto interno delle società nazionali del tempo e in particolare del cd. diritto comune che fino al

³⁵ SIR HERSCH LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, *supra*, p. 14.

³⁶ BROWN C., *A Common Law of International Adjudication*, *supra*, p. 2.

XVIII secolo rappresentò, per gran parte dell'Europa, una sorta di *background* giuridico uniforme. Si tratta di regole che i governi nazionali hanno ritenuto doversi imporre nella vita di relazione internazionale data la loro rispondenza a certi fondamentali principi, la deviazione dai quali si potrebbe giustificare solo in ragione dei peculiari caratteri e struttura della società internazionale. Il ruolo così svolto da tali principi nel processo di formazione delle regole di diritto internazionale è diminuito con il passare del tempo di pari passo con la circostanza per cui le regole di diritto internazionale potessero essere attestate non più con un oramai diretto riferimento alla prassi degli Stati, protagonisti della moderna società internazionale³⁷. Resta il fatto che il contenuto di numerose regole di diritto internazionale generale si è plasmato sotto l'influenza di certi principi generali che riflettono schemi concettuali generali ricavabili dall'esperienza giuridica di società nazionali, soprattutto quelle maggiormente influenzate dalla tradizione di diritto romano³⁸. Sebbene il ruolo svolto dai principi generali di diritto nel processo di formazione delle regole internazionali, come detto, sia progressivamente regredito, essi, nel diritto internazionale contemporaneo, conservano la propria capacità di essere trasfusi dagli ordinamenti interni alla società internazionale³⁹.

Riferimenti ai principi generali di diritto si rinvengono nelle decisioni arbitrali internazionali ben prima dell'adozione dello Statuto della Corte permanente internazionale di giustizia il quale li contempla espressamente nel suo articolo 38. Ad esempio, nell'arbitrato tra Francia e Venezuela nel caso *Antoine Fabiani*, del 1905 l'arbitro affermava che avrebbe applicato “*the general principles of the law of nations on the denial of justice*” e definiva tali principi come “*the rules common to most legislations or taught by doctrines*”⁴⁰. Tuttavia, è solo con l'articolo 38, paragrafo 1, lett. c) dello Statuto della Corte Permanente che il ruolo dei principi è

³⁷ FRIEDMANN W., *The Use of General Principles in the Development of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, p. 279.

³⁸ TREVES T., *Diritto internazionale: Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 248.

³⁹ *Ibid*, p. 249.

⁴⁰ *Antoine Fabiani Case, (France v Venezuela)*, X RIAA 83, V Moore Intl Arbs 4878, 31 luglio 1905, *Mixed Claims Commission*.

stato consacrato attraverso l'affermazione per cui la Corte è tenuta, tra l'altro, ad applicare i 'principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili'⁴¹. Con tale locuzione, riprodotta nell'articolo 38 dello Statuto CIG vengono indicati, in una parola, i principi di logica giuridica derivati dalle principali tradizioni giuridiche nazionali⁴².

L'analisi dei lavori preparatori dello Statuto della Corte Permanente mostra una significativa divergenza di opinioni tra i redattori su ciò che il riferimento ai principi generali avrebbe dovuto coprire. Inizialmente, Descamps, presidente dell'*Advisory Committee* incaricato della redazione dello statuto, aveva proposto di includere tra le regole che la Corte avrebbe potuto applicare "*the rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations*"⁴³. Come spiegato in seguito dallo stesso Descamps, con tale locuzione egli intendeva riferirsi a "*the law of objective justice, at any rate in so far as it has twofold confirmation of the concurrent teachings of juris consults of authority and of the public conscience of civilised nations*"⁴⁴. Il rappresentante statunitense, E Root, riteneva che tale riferimento fosse troppo ampio con la conseguenza che la Corte sarebbe stata

⁴¹ GAJA G., *General Principles of Law*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2013.

⁴² Sul punto, CHENG B., *The General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. xi. Sul significato da attribuire alla espressione 'Nazioni civili' si vedano le considerazioni di WALDOCK H., *General Course on Public International Law*, Brill Nijhoff, Leiden – Boston, vol. II, 1962, p. 65, che si fondano su un'interpretazione dell'art. 38 dello Statuto alla luce dell'art. 9 dello stesso che si rifà ad una 'rappresentanza delle principali forme di civiltà e dei principali sistemi giuridici del mondo' nonché sul fatto che tale Statuto è parte integrante della Carta delle Nazioni Unite, la cui universalità può dirsi oggi quasi integralmente realizzata.

⁴³ Corte Permanente di Giustizia Internazionale: comitato consultivo dei giuristi, *Procès-verbaux* degli atti del comitato, 16 giugno - 24 luglio 1920, con allegati, p. 306 (*Permanent Court of International Justice: Advisory Committee of Jurists Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th–July 24th 1920*).

⁴⁴ *Ibid*, p. 324.

autorizzata ad “*apply principles, differently understood in different countries*”⁴⁵. Il delegato statunitense presentava quindi una proposta alternativa, rappresentata dalla locuzione ‘principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili’⁴⁶, che venne infine adottata. Nel discutere tale proposta, il rappresentante brasiliano, M Fernandes, suggeriva che la Corte dovesse applicare “*those principles of international law which, before the dispute, were not rejected by the legal traditions of one of the States concerned with the dispute*”⁴⁷. D'altra parte, Lord Phillimore sottolineava che “*the general principles referred to (...) were those which were accepted by all nations in foro domestico, such as certain principles of procedure, the principle of good faith (bona fide) the principle of res iudicata etc.*”⁴⁸. Il delegato francese, M de Lapradelle, dal canto suo riconosceva che “*the principles which formed the bases of national law, were also sources of international law*” tuttavia ritenendo “*preferable to keep to a simple phrase: such, for example, as ‘the general principles of law’, without indicating exactly the sources from which the principles should be derived*”⁴⁹. Questi estratti del processo verbale del dibattito sulla redazione dell’articolo 38 lasciano intendere che il testo infine adottato fu una soluzione di compromesso, in particolare con riguardo alla questione se un principio generale dovesse essere considerato parte del diritto internazionale solo perché era già presente nei sistemi municipali⁵⁰.

Va rilevato, al proposito, che non tutti i principi generali presenti negli ordinamenti nazionali fanno necessariamente parte del diritto internazionale. Il motivo principale risiede nella differenza strutturale tra la società internazionale e

⁴⁵ Ibid, p. 308. Nel dibattito che ne scaturì, Lord Phillimore, rappresentate del Regno Unito, affermava che “*all the principles of common law are applicable to international affairs. They are in fact part of international law* (ibid, p. 316).

⁴⁶ Ibid, p. 344.

⁴⁷ Ibid, p. 346.

⁴⁸ Ibid, p. 335.

⁴⁹ Ibid, p. 335-336.

⁵⁰ GAJA G., *General Principles of Law*, *supra*.

quelle nazioni⁵¹. Questa differenza potrebbe rendere infatti inappropriato il recepimento nelle relazioni internazionali di un principio tipico del diritto interno. Per converso, quando si ha riscontro di un principio sia nel diritto nazionale che nel diritto internazionale, è probabile che l'origine del principio sia nei sistemi municipali, dato il maggiore sviluppo tradizionale di questi ultimi⁵².

La giurisprudenza, prima della Corte Permanente e poi della CIG, fornisce alcuni esempi di decisioni in cui un principio di diritto internazionale è stato considerato avere un omologo nel diritto interno. Ad esempio, nel caso *Factory at Chorzów* la Corte permanente rilevava: “*It is (...) a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from*

⁵¹ CASSESE A., *Diritto Internazionale*, vol. I, I lineamenti, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 228, il quale rileva che, come la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare in più occasioni, i principi generali in parola possono essere applicati a livello internazionale solo se compatibili con i caratteri essenziali e strutturali dell'ordinamento giuridico internazionale. Sarebbe infatti inappropriato trasporre meccanicamente in questo ordinamento principi che, operando all'interno di sistemi giuridici profondamente diversi, possono non integrarsi perfettamente con il *corpus* giuridico internazionale.

⁵² Secondo CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1997, p. 43, due condizioni devono ricorrere affinché i principi interni possano essere applicati quali principi generali di diritto internazionale: innanzitutto, occorre che essi esistano e siano applicati uniformemente nella maggioranza degli Stati; in secondo luogo, quale condizione forse più caratterizzante, occorre che essi siano percepiti come obbligatori o necessari anche dal punto di vista del diritto internazionale, ovvero che essi perseguano dei valori e impongano comportamenti che gli Stati considerano come perseguiti o imposti o quantomeno necessari anche a livello internazionale. Così intesi, i ‘principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili’ vengono a costituire una categoria *sui generis* delle norme consuetudinarie internazionali, rispetto alle quali la *diuturnitas* è rappresentata dalla loro previsione e applicazione uniforme ad opera degli Stati negli ordinamenti interni. Per quanto concerne l'*opinio iuris sive necessitatis* essa è certamente presente nelle regole di giustizia e di logica giuridica di derivazione romanistica: si tratta, infatti, di quelle regole intese da tutti gli organi dello Stato come aventi valore universale, necessariamente applicabili in ogni ordinamento giuridico e quindi anche in quello internazionale.

*having recourse to the tribunal which would have been open, to him*⁵³. Tale impostazione trovava successivamente accoglimento anche nel caso relativo al progetto *Gabčíkovo-Nagymaros*⁵⁴.

Nel caso *Corfu Channel*, la CIG notava come: *“By reason of the exclusive territorial control of a State within its frontiers the other State, the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence. This indirect evidence is admitted in all systems of law and its use is recognized by international decisions”*⁵⁵.

La CIG sembra aver fatto riferimento a un principio generale di diritto già esistente negli ordinamenti giuridici nazionali anche nel caso *Temple of Preah Vihear* quando ha ritenuto che: *“It is an established rule of law that the plea of error cannot be allowed as an element vitiating consent if the party advancing it contributed by its conduct to the error, or could have avoided it, or if the circumstances were such as to put that party on notice of a possible error”*⁵⁶.

La diversità di approccio adottato su specifiche questioni giuridiche dagli ordinamenti giuridici nazionali - anche quando possono portare allo stesso risultato pratico - spesso rende difficile accertare l'esistenza di un principio generale. Il dubbio è stato espresso da Kelsen nei seguenti termini: *“whether such principles common to the legal order of the civilized nations exist at all”*⁵⁷.

Quando ci sono differenze nel modo in cui i sistemi municipali affrontano un problema, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY) nel caso

⁵³ *Factory at Chorzów case (Federal Republic of Germany v Poland)*, P.C.I.J., Series A, sentenza, 26 luglio 1927, No. 9, para. 31.

⁵⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, ICJ Reports 1997.

⁵⁵ *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania)* ICJ Reports 1949 (Merits), sentenza del 9 aprile 1949, para. 18.

⁵⁶ *Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, sentenza, 15 giugno 1962, I.C.J. Rep. 1962, para. 26

⁵⁷ KELSEN H., *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, II ed., 1966, p. 539.

Tadić ha osservato che: “*national legislation and case law cannot be relied upon as a source of international principles or rules, under the doctrine of the general principles of law recognized by the nations of the world: for this reliance to be permissible, it would be necessary to show that most, if not all, countries adopt the same notion (...) More specifically, it would be necessary to show that, in that case, the major legal systems of the world take the same approach to this notion*”⁵⁸.

Altri tribunali internazionali hanno avuto meno esitazioni nell'applicare i principi generali di diritto anche in presenza di discrepanze tra i sistemi municipali. Ad esempio, in *BP Exploration Company (Libya) Limited v Governo della Repubblica araba libica*, l'arbitro doveva interpretare il contratto pertinente “*in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals*”⁵⁹. L'arbitro, in tal caso, rilevava che la società istante aveva diritto al risarcimento ma non alla restituzione, cosa che sarebbe stata concessa in alcuni sistemi municipali, perché “[*a*] *rule of reason (...) dictates a result which conforms both to international law, as evidenced by State practice and the law of treaties, and to the governing principle of English and American contract law*”⁶⁰.

Nel primo lodo arbitrale del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID), *Amco Asia Co / Repubblica di Indonesia (Amco v Indonesia)*, il panel rilevava che: “*the full compensation of prejudice, by awarding to the injured party the damnum emergens and the lucrum cessans is a principle common to the main systems of municipal law, and therefore,*

⁵⁸ *Prosecutor v Tadić (Opinion and Judgment)*, 7 maggio 1997, para. 225.

⁵⁹ *British Petroleum Exploration Company (Libya) Limited v Libya*, BP/Libya Concession Tribunal (merits), 1979, 53 ILR 297, 10 ottobre 1973, para. 303.

⁶⁰ *Ibid*, para. 354.

a general principle of law which may be considered as a source of international law”⁶¹.

Per converso, in alcune diverse decisioni la CIG ha concluso ritenendo che non esisteva un principio di diritto generale che potesse essere applicato alle questioni sollevate. Pertanto, ad esempio, nei casi dell'Africa sud-occidentale la Corte ha osservato che un argomento sollevato dallo Stato richiedente era pari “*a plea that the Court should allow the equivalent of an ‘actio popularis’, or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest. But although a right of this kind may be known to certain municipal systems of law, it is not known to international law as it stands at present: nor is the Court able to regard it as imported by the ‘general principles of law’ referred to in Art. 38, paragraph 1 (c), of its Statute*”⁶².

Similmente nel procedimento consultivo *Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, la Corte stabiliva che non vi era un “*general principle of law which requires that in review proceedings the interested parties should necessarily have an opportunity to submit oral statements of their case to the review tribunal. General principles of law and the judicial character of the Court do require that, even in advisory proceedings, the interested parties should each have an opportunity, and on a basis of equality, to submit all the elements relevant to the questions which have been referred to the review tribunal*”⁶³.

Ancora, in taluni casi, la CIG ha fatto riferimento a principi rilevanti solo ai sensi del diritto internazionale, privi di un omologo nel diritto municipale. Così, ad esempio, nel caso *Corfù Channel* la CIG rilevava che le autorità albanesi avevano l'obbligo di notificare l'esistenza di un campo minato nelle loro acque territoriali e

⁶¹ *Amco Asia Co v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, lodo, 20 novembre 1984, para. 267.

⁶² *South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa)* [Second Phase], ICJ Rep No. 46 e 47, sentenza del 18 luglio 1966, para. 88; *South West Africa/Namibia (Advisory Opinions and Judgments)*, 21 giugno 1971.

⁶³ *Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, parere consultivo, 12 luglio 1973, I.C.J. Rep. 1973, para. 36.

di avvertire le navi in avvicinamento del pericolo imminente. La Corte si esprimeva nei seguenti termini: “*Such obligations are based (...) on certain general and well-recognized principles namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*”⁶⁴.

Come ulteriore esempio la Corte nel caso *Frontier Dispute* considerava “*the principle of uti possidetis juris as ‘a fairly established principle of international law where decolonization is concerned’ and as ‘a general principle’, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs*”⁶⁵. Il riferimento da parte della CIG a principi che non fanno parte degli ordinamenti domestici si spiega alla luce dalla definizione ristretta di diritto internazionale consuetudinario di cui all'art. 38 paragrafo 1 lett. b) del suo Statuto. Una consuetudine, ai sensi di tale disposizione, si considera tale se si ravvisa una ‘*evidence of a general practice accepted as law*’; data l'insufficienza della prassi in taluni settori, tuttavia, diverse norme di diritto internazionale che non sono contenute in trattati non rientrerebbero nella definizione di consuetudine. Da qui il ricorso alla categoria dei principi generali.

L'art. 38 paragrafo 1 lett. c) dello Statuto CIG specifica che il principio generale è tale se ‘riconosciuto dalle nazioni civili’. Quando un dato principio si riscontra solo nel diritto internazionale, il suo riconoscimento rispecchierebbe l'atteggiamento assunto nei suoi confronti dalla comunità internazionale, e quindi, essenzialmente, dagli Stati. Pertanto, ad esempio, nel caso *Frontier Disputes*, la Corte osservava che “*the numerous solemn affirmations of the intangibility of the frontiers existing at the time of the independence of African States, whether made by senior African statesmen or by organs of the Organization of African Unity itself, are evidently declaratory rather than constitutive: they recognize and confirm an*

⁶⁴ *Corfu Channel*, *supra*, para. 22.

⁶⁵ *Frontier Dispute Case (Burkina Faso v Republic of Mali)*, sentenza, 22 dicembre 1986, I.C.J. Rep., 554, para 15.

existing principle, and do not seek to consecrate a new principle or the extension to Africa of a rule previously applied only in another continent”⁶⁶.

Quanto infine al rapporto tra le fonti enucleate dall’articolo 38 dello Statuto CIG si rileva che, anche se i principi generali di diritto sono spesso vaghi, essi possono certamente integrare altre norme di diritto internazionale (convenzionali e consuetudinarie) e contribuire così a colmarne le lacune. I principi tuttavia non hanno necessariamente un carattere sussidiario. La posizione topografica dei principi generali di diritto nell’elenco delle fonti di diritto internazionale contenute nell’art. 38 dello Statuto CIG non è indicativa di una gerarchia normativa. Come ha sottolineato Lord Phillimore durante i lavori preparatori dello Statuto “*the order mentioned simply represented the logical order in which these sources would occur to the mind of the judge*”⁶⁷.

Secondo l’opinione maggioritaria i principi generali di diritto applicati *in foro domestico* costituiscono tuttavia una fonte sussidiaria del diritto internazionale in quanto ad essi si potrebbe fare ricorso solo in assenza di norme applicabili originate da una fonte primaria o secondaria⁶⁸. Il ricorso ai principi generali costituirebbe quindi una sorta di analogia *juris* destinata a colmare le lacune di diritto pattizio o consuetudinario⁶⁹. La ragione d’essere di tale richiamo ai principi degli ordinamenti interni può considerarsi quella di mettere a disposizione della Corte uno strumento di riserva onde evitare il pericolo di un *non liquet* ovvero, al fine di evitare che in difetto di regole particolari o generali applicabili alle pretese avanzate in una determinata controversia essa possa rifiutarsi di rendere una decisione⁷⁰.

⁶⁶ Ibid, para. 24.

⁶⁷ *Permanent Court of International Justice: Advisory Committee of Jurists Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, supra.*

⁶⁸ CASSESE A., *Diritto internazionale, supra*, p. 228.

⁶⁹ CONFORTI B., *Diritto internazionale, supra*, p. 43.

⁷⁰ Sul punto, SIR HERSCH LAUTERPACHT, *Some Observations on the Prohibition of Non Liquet and the Completeness of the Legal Order*, in *Symbolae Verzijl*, The Hague, 1958, p. 196; SIORAT L., *Le Problème des lacunes en droit international*, *Revue Internationale de droit comparé*, 1959 pp. 901-902 e STONE J., *Non Liquet and the Function of Law in the International Community*, 35 *Brit. Yearbook Int’l L.*, 1958, p. 124.

Se anche non si volesse accogliere tale prospettiva e ritenere quindi, come taluno afferma⁷¹, che i principi generali costituiscano una fonte primaria del diritto internazionale, resta il fatto che ,con la disposizione in parola, i redattori dello Statuto hanno voluto lasciare alla Corte un maggiore margine di apprezzamento per quanto riguarda le premesse giuridiche da cui trarre la decisione delle controversie, rispetto a quanto risulterebbe da un mero ricorso alle regole convenzionali o generali, applicabili al caso concreto; ciò, allo scopo di rendere la Corte, in una certa misura, uno strumento non già di mera applicazione ma anche di sviluppo progressivo del diritto internazionale⁷².

Tra i principi generali di diritto internazionale si colloca sicuramente la buona fede. La CIG in varie occasioni, come ad esempio nei casi *Nuclear Tests*, *Border and Transborder Armed Actions* e *Nicaragua*, ha considerato “*trust and confidence (...) inherent in international co-operation*” e il principio di buona fede “*one of the basic principles*” che regolano la formazione e l’applicazione degli obblighi pattizi, nonché la loro interpretazione⁷⁸

Il principio di buona fede ha una serie di ‘concretizzazioni’ nel campo del diritto processuale: in primo luogo, esso impone alle parti di non intraprendere alcuna azione che possa frustrare o influire sostanzialmente negativamente sul corretto funzionamento della procedura; in secondo luogo, costituisce la base della regola più specifica sul divieto di abuso del processo; infine, è alla base dell'applicazione

⁷¹ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, pp. 871 e ss.

⁷² MORELLI G., *Nozioni di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, VII ed., 1967, p. 46 e LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, p. 158.

⁷⁸ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, 1974 ICJ Reports 253 (sentenza del 20 dicembre 1974), para. 46 e 49; *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* del 27 giugno 1986 (*Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*), sentenza, merito, 27 giugno 1986, I.C.J. Rep., 1986, para. 63, p. 419; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 1988 ICJ Reports 68 (sentenza del 20 dicembre 1988), para. 94, p. 105-106; si veda inoltre ZICCARDI CAPALDO G., *Répertoire de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice - Repertory of Decisions of the International Court of Justice (1947-1992)*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, vol. I, pp. 80-81.

dell'*estoppel* di tipo processuale e della massima *nemo commodum capere potest de sua propria turpitudine*⁷⁹ che opera, analogamente al principio di *estoppel*, sia al livello di diritto sostanziale che a livello di diritto processuale. In quest'ultima area, la massima romanistica si avvicina al principio di *estoppel*, applicandosi, in effetti, allo stesso modo: una parte che rivendica un determinato fatto o una certa questione giuridica non sarà ammessa a beneficiarne a causa di un precedente errore dalla stessa commesso avuto riguardo all'oggetto della controversia. Il punto è essenzialmente quello di non consentire a una parte di raccogliere i frutti della sua condotta scorretta. Solitamente si tratta un atto illecito, ma a volte si sostanzia in una condotta moralmente riprovevole o in semplice negligenza⁸⁰. Uno Stato cioè non può invocare un'obiezione che equivarrebbe a sostenere la non esecuzione di uno dei suoi obblighi internazionali⁸¹. La massima rappresenta un principio di diritto processuale. Essa si presta a una vasta gamma di applicazioni ed è caratterizzata da una forma di flessibilità che è inerente ai principi generali. La *clean hands doctrine* è strettamente correlata alla buona fede e alla regola, altresì derivata, che vieta di beneficiare della propria condotta illecita⁸².

3.1 Principi processuali di diritto internazionale

L'esistenza di principi generali di diritto processuale nell'ambito delle attività dei tribunali internazionali è stata talvolta contestata⁸³. Tuttavia, secondo Robert Kolb,

⁷⁹ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, p. 832.

⁸⁰ *Ibid*, p. 834.

⁸¹ *Ibid*, p. 835.

⁸² LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 167-169; SHAW M. N., *International Law*, V ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 97-99; BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 1998; CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, p. 157. Si veda inoltre *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v Norway)*, PCIJ Series A/B No. 53, sentenza No. 20, 5 settembre 1933 (*dissenting opinion* del Giudice Anzillotti) e *Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v Belgium)*, 1937, PCIJ (Ser. A/B), No. 70, sentenza, 28 giugno 1937, para. 25.

⁸³ THIRLWAY H., *Procedure of International Courts and Tribunals*, EPIL III, p. 1128.

non vi è dubbio che a partire dall'Arbitrato *Jay* alla fine del diciottesimo secolo, si possa accertare la sussistenza di un *corpus* giurisprudenziale crescente che ha progressivamente riconosciuto e affermato una serie di regole e principi generali sulla gestione arbitrale o giudiziaria delle controversie⁸⁴. A questo riguardo, sorgono due questioni: la prima relativa alle caratteristiche distintive dei 'principi generali' processuali rispetto alle semplici regole giudiziarie e le massime proprie di tale settore; la seconda relativa al concetto di 'procedura'. Su tali definizioni non esiste un consenso generale. Né la vera natura dei principi, né la nozione di 'procedura' (rispetto alla giurisdizione e alla sostanza) sono mai state completamente definite⁸⁵.

Cominciando dalla prima questione si può anzitutto rilevare che un principio di diritto è una proposizione normativa generale che racchiude al suo interno una serie di regole più specifiche e dettagliate⁸⁶. Il principio costituisce quindi una sorta di proposizione 'costituzionale' di un certo ordinamento giuridico: esso esprime un valore giuridico fondante. Il principio, in buona sostanza, copre un segmento rilevante e potenzialmente illimitato della realtà giuridica, senza tuttavia precisare in via definitiva le condizioni della sua applicazione o i suoi effetti giuridici⁸⁷. Generalmente, si possono altresì ravvisare una serie di 'concretizzazioni' del principio; si tratta di principi derivati o comunque di concetti affini e correlati. Ad esempio, il principio di buona fede può essere frazionato in ulteriori principi o regole come *pacta sunt servanda*, *estoppel*, *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*, abuso del diritto, abuso del processo ecc.

I principi svolgono un ruolo importante nel facilitare l'applicazione della legge in un determinato caso e hanno una sorta di funzione adattativa o equitativa in contrasto con lo 'stretto diritto'. Inoltre, svolgono un ruolo importante nello

⁸⁴ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Per un'analisi più approfondita si veda KOLB R., *Les maximes juridiques en droit international public: questions historiques et théoriques*, *Revue belge de droit international*, 1999, vol. 32, no. 2, p. 407-434.

⁸⁷ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, p. 794-795.

sviluppo legislativo, a volte consentendo la creazione di nuove regole⁸⁸. Il loro ruolo specifico nella fase formativa di nuove regole (a livello legislativo) e la loro funzione dinamica nell'applicazione della legge (a livello giurisprudenziale) consentono di considerare i principi come un tipo di fonte di legge che va ben al di là dell'idea di colmare le lacune, come sostenuto da taluni autori⁸⁹.

A differenza del principio, una semplice regola non ha un simile ruolo costituzionale. Essa è più specificamente indirizzata al caso concreto, limitata nella sua portata. Non esiste tuttavia una netta distinzione tra principi e regole, ma una cd. *'grey area'*: una regola può essere abbastanza generale e quindi venire qualificata come principio mentre un principio può essere ristretto nel suo scopo ma, ciononostante, essere qualificato in quanto tale data la sua importanza⁹⁰.

Quanto alla seconda questione, quella cioè relativa alla definizione della nozione di procedura il termine, *lato sensu*, copre tutte le norme relative all'azione giudiziaria internazionale. Queste includono le regole che disciplinano la composizione del tribunale, le questioni di competenza e ricevibilità, le condizioni oggettive e soggettive per presentare un reclamo, nonché le modalità in base alle quali il caso verrà trattato⁹¹.

Nel senso più generico, la nozione di principi generali di diritto processuale nel contesto del giudizio riguarda tutti i tipi di procedimenti giudiziari, arbitrari e quasi-

⁸⁸ Ibid, nota 4, p. 795.

⁸⁹ CONFORTI B., *Diritto internazionale, supra*.

⁹⁰ Ad esempio, la proposizione *audiatur et altera pars in iudicio* può essere vista come una regola o come un principio; a causa del suo valore procedurale costitutivo, è tuttavia più propriamente considerata alla stregua di principio.

⁹¹ Per quanto riguarda la CIG, si propone una distinzione delle regole processuali applicabili: (i) regole di organizzazione della Corte stessa (composizione, sede, deliberazione dei giudici, ecc.), indipendenti da qualsiasi procedimento specifico; (ii) norme concernenti la giurisdizione della Corte (esistenza di una controversia di natura giuridica, consenso delle parti ecc.); (iii) regole sull'ammissibilità di una particolare richiesta (ad esempio, litispendenza, assenza di condizioni come l'esaurimento dei rimedi locali, ecc.); (iv) norme che regolano il merito; (v) regole procedurali stabilite dal regolamento della Corte. Queste includono anche i diversi procedimenti incidentali, come ad esempio l'indicazione di misure provvisorie ai sensi dell'art. 41. Queste regole trovano applicazione tanto nei procedimenti contenziosi che in quelli consultivi.

giudiziari⁹². Da una analisi della prassi si riscontrano, peraltro, principi comuni alla CIG, ai fori arbitrali internazionali (interstatali e commerciali), ai tribunali internazionali (ad esempio ITLOS, CEDU ecc.) e ad organi come il Comitato dei diritti umani ai sensi del Patto sui diritti civili e politici.

Per comodità si possono qui considerare i principi processuali applicati dalla CIG i quali si riscontrano poi nella prassi degli altri organi citati e che possono raggrupparsi in tre categorie⁹³:

- principi strutturali e costituzionali, come l'uguaglianza delle parti (incluso il principio *audiatur et altera pars*) o il principio della corretta amministrazione della giustizia;
- principi procedurali *strictu sensu* intesi che riguardano la divisione dei compiti tra le parti e la Corte. Tra questi si possono ricordare i principi concernenti l'onere della prova, il principio *iura novit curia*, il principio del *ne ultra petita* e la libera valutazione delle prove da parte del giudice;
- principi sostanziali relativi al procedimento. A questo proposito, si possono distinguere due sottoinsiemi. Alcuni principi di merito riguardano direttamente le sentenze della Corte, come, ad esempio, il principio di *res judicata* e il dovere di indicare i motivi su cui si basa la decisione; essi sono oggetto di specifiche previsioni ai sensi dello Statuto CIG (rispettivamente articoli 59 e 56). Inoltre, vi sono alcuni principi sostanziali del diritto internazionale generale applicabili anche agli aspetti procedurali. Questi principi descrivono il comportamento fondamentale atteso dalle parti. Essi sono tutti ispirati al principio di lealtà tra le parti e includono, ad esempio, il divieto di abuso del processo, l'*estoppel* e la massima *nemo commodum capere potest de sua propria injuria*. Questi principi scaturiscono dal generale principio di buona fede al quale le parti devono ispirarsi reciprocamente quando intraprendano un procedimento giudiziario.

⁹² KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, p. 797.

⁹³ SCHWARZENBERGER G., *International Judicial Law*, Stevens, University of Michigan, 1957, p. 723: “[I]ndividual parties to cases before the Court have but a limited choice: they may take the Statute as they find it or leave it”. Nello stesso senso, BUSTAMANTE A., *La Cour permanente de justice internationale*, Tenin, Parigi, 1925, p. 152

Tra i principi processuali di diritto internazionale l'*estoppel* e la massima *nemo commodum capere potest de sua propria injuria* assumono ai nostri fini sicura rilevanza: l'*estoppel* in quanto occorre tracciare un confine chiaro rispetto alla dottrina di *clean hands*; e la massima *nemo commodum capere potest de sua injuria* perché è quanto di più vicino alla *clean hands doctrine* si riscontri nel diritto internazionale.

La Corte Internazionale di giustizia ha confermato che ‘il concetto giuridico di equità è un principio generale direttamente applicabile come legge’⁹⁴. Tra quegli equi principi che i tribunali internazionali hanno tradizionalmente applicato vi è il concetto secondo il quale il reclamo del richiedente può essere rigettato in ragione della sua condotta illecita in relazione al reclamo medesimo. Questo concetto è appunto noto come *clean hands doctrine*⁹⁵. Come Sir Gerald Fitzmaurice ha sintetizzato: “*He who comes to equity for relief must come with ‘clean hands’ . Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary locus standi in judicio for complaining of corresponding illegalities on the part of the other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it*”⁹⁶.

4. I sistemi di *common law*

Il termine *common law* indica un sistema giuridico prevalentemente fondato sullo sviluppo giurisprudenziale, contrapposto a quello fondato sul diritto scritto di

⁹⁴ *Continental Shelf (Tunisia v. Lybian Arab Jamahiriya)*, sentenza, 24 febbraio 1982, I.C.J. Rep. 1982, para. 71.

⁹⁵ CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, p. 155 (“*a party who asks for redress must present himself with clean hands*”); BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford University Press, 2008, p. 503 (“*the clean hands doctrine under international law is a principle according to which a claimant’s involvement in activity illegal under either municipal or international law may bar the claim*”). Si veda inoltre LAUTERPACHT H., *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1947, pp. 420-421 (“*the principle ex injuria jus non oritur is one of the fundamental maxims of jurisprudence. An illegality cannot, as a rule, become a source of legal right to the wrongdoer*”).

⁹⁶ SIR GERALD FITZMAURICE, *supra*, 119.

civil law di ispirazione romano-germanica⁹⁷. La definizione di *common law*, in contrapposizione alla *civil law* e con riferimento alla sua natura giurisprudenziale appare, in realtà, più ampia del concetto inglese originario e più puntuale di *common law* destinato a designare quella parte del diritto giudiziario sviluppatosi presso le Corti londinesi di *Westminster*⁹⁹.

Considerando la *common law* nella sua accezione più moderna e comprensiva volta a designare i sistemi giuridici prevalentemente fondati sullo sviluppo giurisprudenziale, si rileva come, in essi, la dottrina di *clean hands* è presente, sviluppata da quel *corpus* normativo identificato noto come *equity*.

4.1 L'*equity* negli ordinamenti di *common law*

Fonti nell'ordinamento inglese sono la *common law*, l'*equity* e la *statute law*. Fonti primarie sono considerate le prime due, di creazione giurisprudenziale. Segue la *statute law* che, seppure abbia conseguito nel tempo un sempre maggiore rilievo, rimane soggetta all'interpretazione del giudice¹⁰⁹. Oltre a queste, vi sono le cd. *extra-legal sources of law*, ovvero fonti di autonomia lasciate ai soggetti appartenenti a diversi settori di attività (diritto dell'impresa, lavoro e sindacale)¹¹⁰. In tale contesto, i principi dell'ordinamento costituzionale vanno ricercati sia nella *common law* che negli *statutes*¹¹¹.

Nell'ordinamento inglese la collocazione di taluni istituti nel campo dell'*equity* ovvero in quello della *common law* (*strictu sensu* intesa) non rispecchia una classificazione logica o sistematica ma trova la propria fonte nella storia delle

⁹⁷ LLORENTE F. R., *Constitutional Jurisdiction as Law-Making*, in Pizzorusso A. (a cura di), *Law in the Making: a Comparative Survey*, Springer-Verlag, Berlin, 1988, p. 156 e ss.

⁹⁹ MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli Editore, Torino, V ed., 2013, p. 66 e s.

¹⁰⁹ Sul ruolo sempre preminente del giudice, anche con riferimento alla legge di creazione parlamentare STEIN P., *I fondamenti del diritto europeo, Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, (a cura di) De Vita, Panforti, Varano, Giuffrè, Milano, 1915, p. 114 e ss.

¹¹⁰ MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato, supra*.

¹¹¹ DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova, (V ed.), 1999, p. 113.

procedure¹¹². L'equità, originariamente, si collocava quale settore del diritto destinato a prevalere sulla irriformabilità degli schemi tecnico-formali propri della *common law* e, in tal senso, la contrapposizione tra *common law* ed *equity* può essere avvicinata a quello che nel diritto romano era il contrasto tra *ius civile* e *ius honorarium* (o *ius praetorium*). Il fatto che il Cancelliere inizialmente fosse un religioso, custode della coscienza del Re, trovava nella *coscience* e nella buona fede, ovvero in elementi metagiuridici, la *ratio* dei rimedi equitativi¹¹³.

L'*equity* subì un processo di stabilizzazione, analogo a quello della *common law*, che finì con il trasformare l'equità in un secondo e strutturato complesso di casi giudiziali, di istituti e di *doctrines*. Con il passare del tempo, l'impianto dei rimedi equitativi divenne molto diverso da quello delineato originariamente dalla *Court of Chancery* e la sua trasformazione in senso sempre più tecnico-formale fu palese nel momento in cui la riforma dell'ordinamento giudiziario intaccò considerevolmente

¹¹² MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato, supra*, p. 223. A partire dal XIV secolo l'insieme delle regole e delle tecniche della *common law* subì un progressivo irrigidimento di forme, non più discrezionalmente estensibili dai giudici, i quali, mentre si affrancavano dal patronato regio iniziarono a trovarsi costretti all'interno di un numero ben definito e tassativo di azioni; come conseguenza di tale mutamento, era sempre più difficile per i privati farsi rilasciare *writs* di tipo nuovo, indispensabili, tuttavia, per i bisogni emergenti della vita sociale. La risposta a tale inadeguatezza fu che i privati iniziarono a servirsi sempre più spesso della consuetudine di stampo medievale che consentiva loro di rivolgersi al Re laddove non vi fossero altri mezzi per la tutela dei propri diritti. Di fronte a un tale aumento delle suppliche il *King's Council* rinunciò man mano a prenderne in considerazione l'ammissibilità delegando l'incombenza al Cancelliere il quale, nella sua qualità di funzionario più importante del Regno e di consigliere del monarca, acquisì una sempre maggiore autonomia nel vagliare in via preliminarmente quali petizioni potessero essere sottoposte al Re affinché le esaminasse in sede di *Council*. La *Court of Chancery* (ovvero l'Ufficio di Cancelleria), divenne allora organo giudiziario a sé stante; essa non era legittimata a disconoscere i diritti tutelati dalla *common law* ("*equity follows the law*") ma solamente ad agire coattivamente sulla persona del convenuto ("*equity acts in personam*")¹¹².

¹¹³ Ibid. Enrico VIII (1509-1547) sottrasse la Cancelleria ai canonisti per trasferirla ai *common lawyers*, non preparati sul diritto romano-canonico; fu allora che le opere della migliore dottrina giuspubblicistica (come ad esempio il *Doctor and Student* di Christopher Saint-Germain) si fecero man mano carico di razionalizzare il *corpus* giurisprudenziale dell'*equity*.

la distinzione dei giudici di *common law* e dei giudici di equità, affidando alle Corti l'applicazione di entrambe¹¹⁴.

Allo stesso tempo si decise di abolire l'uso delle *forms of action* e dei *writs* che vennero sostituiti da un'unica azione introduttiva cd. *claim form*; inoltre, vennero affrontati, per la prima volta in chiave legislativa, i rapporti tra *common law* ed equità: tale riforma portò ad una loro parziale fusione, ossia ad un'unica tipologia di processo. A tale scopo, tra il 1875 e il 1925 vennero approvate numerose leggi processuali, rifeuse nel *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act* del 1925, successivamente più volte modificato sino al *County Courts Judicature Order* del 1991, al *Justice of the Peace Act* del 1997 e, soprattutto, all'*Access to Justice Act* del 1999. Da ultimo, il *Constitutional Reform Act* del 2005, introducendo nell'ordinamento una vera e propria separazione fra i poteri, riduceva le competenze giudiziarie del *Lord Chancellor* (che spettano ora al *Lord Chief Justice* per l'Inghilterra e il Galles) e depotenziava le residue funzioni giurisdizionali della *House of Lords*, affidandole alla nuova *Supreme Court of the United Kingdom*, competente altresì in materia di conflitti di competenza¹¹⁵.

Non diversamente dall'Inghilterra, anche nell'ordinamento giuridico statunitense l'*equity* ha costituito per molto tempo un campo separato del diritto ed un tipo speciale di giustizia, amministrata da giudici diversi; al riguardo possiamo ricordare come l'art. III, cl. 1, sez. 2 della Costituzione federale parli, con riferimento alla *jurisdiction*, di casi e controversie '*in law and equity*'¹¹⁶. A partire

¹¹⁴ Tale trasformazione fu operata dai *Judicature Acts* (1873-1875) che unificarono l'organizzazione giudiziaria presso la *Supreme Court of Judicature*, articolata su due livelli: il primo grado composto da un collegio civile (*High Court of Justice*) e uno penale (*Crown Court*) suddivisi, a loro volta, in diverse sezioni; il secondo grado con una *Court of Appeal*.

¹¹⁵ Ciononostante, la dicotomia tra *common law* ed *equity* continua ad essere avvertita dai giudici anglosassoni e, ancora oggi, alcuni interessi ricevono tutela solamente in via equitativa da parte degli specialisti di tale procedura, come avviene per il *trust*.

¹¹⁶ Il testo completo dell'Articolo III, cl. 1, sec. 2 del Judicial Branch è il seguente: "*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;--to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime*

dalla riforma codicistica promossa nel 1848 dallo Stato di New York si è tuttavia realizzata la fusione dell'ordinamento di stretto diritto con quello di equità mediante l'unificazione del giudice competente ad applicarli¹¹⁷.

4.2 La *clean hands doctrine* nella *common law* inglese e americana

La massima "*he who comes into equity must come with clean hands*" è espressione di un principio consolidato nella giurisprudenza di *equity*¹¹⁸ e, anzi, il professor Chafee ritiene che si tratti della "*most amusing maxim of equity*"¹¹⁹.

Jurisdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;-- to Controversies between two or more States;--between a State and Citizens of another State;--between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment; shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed".

¹¹⁷ *Federal Rules of Civil Procedure* 1938 e successive modifiche. Nonostante la *clean hands doctrine* non sia stata inclusa tra le massime codificate nel diritto della California – che adotta un sistema di *civil law* -anche in questo Stato è stata fortemente sostenuta sino a partire dalla decisione *Conrad v Lindley* 2 Cal. 173 (1852). La *District Court of Appeal* in California nel caso *Kofsky v Smart and Final Iris Company* 131 Cal. App. 2d, 531, 281 P.2d at 6. (1955). statui che: "*Since the plaintiff had violated the Unfair Practices Act of the State of California, would the unclean hands doctrine, to wit, that equity will not aid one party or another to a transaction which is illegal or contrary to public policy where the parties are equally at fault, but will leave them just where it finds them, apply so as to prevent the granting of the preliminary injunction in favor of the defendant*".

¹¹⁸ Si veda, ad esempio, *Bentley v Tibbals*, 223 Fed. 247, 251 (C.C.A. 2d, 1915), ove la corte ritenne che: "*It is a venerable maxim of equity that one who comes into equity must come with clean hands.*"

¹¹⁹ CHAFEE Z., *Coming Into Equity With Clean Hands*, 47 MICH. L. REV., 1949, pp. 877-906 e pp.1065-96.

Nel 1728 Richard Francis, pubblicò la prima edizione delle *Maxims in Equity*¹²⁰ ove l'autore stabiliva che: “*he that hath committed iniquity shall not have equity*”¹²¹. Come sottolineato da Pound¹²², sembra che fu proprio Francis a ideare la massima, dal momento che nessuno dei casi dallo stesso esaminati la contemplava espressamente pur conseguendo il medesimo risultato pratico, negando all'attore rimedio¹²³. Francis peraltro precisava che: “*the iniquity must have been done to the defendant himself*”¹²⁴.

Nel 1787 è nata la massima così come noi la conosciamo oggi. Nel caso *Dering v Earl of Winchelsea*¹²⁵ (Exchequer) Baron statui infatti come segue: “*a man must come into a Court of equity with clean hands; but when this is said, it does not mean a general depravity; it must have an immediate and necessary relation to the equity sued for; it must be a depravity in a legal as well as in a moral sense*”¹²⁶.

Il primo caso in cui la *clean hands doctrine* venne invocata risale al 1826 quando nello Stato dell'Ohio la Corte distrettuale, affrontando una questione di separazione tra coniugi in cui entrambi erano venuti meno ai doveri nascenti dal matrimonio, ritenne che: “*the complainant must come with clean hands and a chaste character, not stained with the same infamy and crime of which she complains. (...) to grant*

¹²⁰ FRANCIS, *Maxims of Equity: Collected from and Proved by Cases, Out of the Books of the Best Authority in the High Court of Chancer: to which is Added the Case of the Earl of Coventry, Concerning the Defective Execution of Powers: Lately Adjudged in the High Court of Chancery*, Henry Watts, Dublin, 1791.

¹²¹ - ANONIMO - *Equity: plaintiff Granted Injunction Despite Unclean Hands*, Hastings L.J., 1955-1956, p. 91 e ss. Nonostante tale divergenza terminologica, molti dei primi casi noti e commentari sulla giurisprudenza di *equity* trattano la massima “*he who seeks equity must do equity*” riconducendovi quella di *clean hands*.

¹²² POUND R., *On certain Maxims of Equity*, in *Cambridge Legal Essays*, Cambridge, 1926, p. 259 e ss.

¹²³ *Ibid*, p. 93.

¹²⁴ FRANCIS R., *supra*, citando *Jones v Lenthal*, 22 Eng. Rep. 739 (Ch. 1669).

¹²⁵ *Dering v Earl of Winchelsea*, EngR 39 (1787) 1 Cox 319 (1787) 29 ER 1184.

¹²⁶ *Ibid*, para. 319-320.

*relief to either of them would be offering a bounty to guilt*¹²⁷.

Nel 1846 quando Spence pubblicò la prima edizione di *Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery* diede una completa e interessante descrizione del concetto per cui “*he who seeks equity should do equity*”, ma dedicò una sola frase alle *clean Hands*¹²⁸. Nel 1874 la massima si guadagnò otto righe - senza citazioni - da parte di Bispham¹²⁹. Tuttavia, la dottrina iniziò a riscuotere maggiore successo a partire dal 1881, anno in cui Pomeroy la enunciò ed esemplificò¹³⁰. Pomeroy la descriveva come: “*A universal rule guiding and regulating the action of equity courts in their interposition on behalf of suitors for any and every purpose, and in their administration of any and every species of relief*”¹³¹ sostenendo che il principio sotteso alla massima fosse “*merely the expression of one of the elementary and fundamental conceptions of equity jurisprudence*”¹³². Questa idea è stata ripresa dal giudice Murphy nel caso *Precision Instrument* ove si legge: “[*the clean hands*] doctrine is rooted in the historical concept of court of equity as a vehicle for affirmatively enforcing the requirements of conscience and good faith”¹³³.

Zechariah Chafee Jr è stato il primo studioso ad analizzare compiutamente tale difesa nella sua moderna accezione nell’ordinamento statunitense¹³⁴. Secondo Chafee “[*T*]he clean hands doctrine (...) ought not to be called a maxim of equity because it is by no means confined to equity”¹³⁵. Egli, nel 1949, analizzò un numero

¹²⁷ *Mattox v Mattox*, 2 Ohio 233, 233-234 (1826).

¹²⁸ SPENCE G., *Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, 1846 (I ed.), Creative Media Partners, LLC, 2008, p. 423 nota (a).

¹²⁹ BISPHAM G. T., *Principles of Equity*, (IX ed.), Banks Law Publisher, New York, 1915, p. 48.

¹³⁰ POMEROY J. N., *Equity Jurisprudence*, *supra*, para. 432-43.

¹³¹ *Ibid*, para. 397.

¹³² POMEROY J. N., *Equity jurisprudence*, 1941 (V ed.), *supra*, para. 398.

¹³³ *Precision Instrument Mfg. Co. v Automatic Maintenance Machinery Co.*, 324 U.S. 806, 814, 65 S. Ct. 993 (1945).

¹³⁴ ANENSON T. L., *Limiting Legal Remedies: An Analysis of Unclean Hands*, 99 Ky. L.J., 2010-2011, p. 63 e ss.

¹³⁵ CHAFEE Z., *Coming Into Equity With Clean Hands*, *supra*, pp. 877, 878.

significativo di casi che erano stati decisi sulla base di tale dottrina¹³⁶. Più ampia¹³⁷ e più nuova¹³⁸ rispetto alle difese di *equity*, discrezionalmente accoglibile¹³⁹, nei

¹³⁶ Cfr. NEWCOMB HOHFELD W., *The Relations Between Equity and Law*, II MICH. L. REV., 1913, pp. 537, 550, (“noting maxim of unclean hands to be of “slight importance” compared to other equitable doctrines”). *Beyond Chafee: A Process-Based Theory of Unclean Hands*, 47 AM. Bus. L.J., 2010, pp. 527-541 e nn.71-19 (che cita casi nei quali è stata affrontata la *clean hands doctrine* tra cui *Keystone Driller Co. v. General Excavator Co.* 290 U.S. 240, 244-45 (1933), che articolò le *clean hands* come segue: “that whenever a party who, as actor, seeks to set the judicial machinery in motion and obtain some remedy, has violated conscience, or good faith, or other equitable principle, in his [or her] prior conduct, then the doors of the court will be shut against him [or her] in limine; the court will refuse to interfere on his [or her] behalf, to acknowledge his or [her] right, or to award him [or her] any remedy” citando POMEROY J. N., *A Treatise on Equity Jurisprudence as administered in the United States of America*, Spencer w. Symons (ed.), V ed., 1941, p. 399. In un caso successivo la *Supreme Court* esplicitò la *ratio* delle *clean hands*: “That doctrine is rooted in the historical concept of court of equity as a vehicle for affirmatively enforcing the requirements of conscience and good faith. This presupposes a refusal on its part to be ‘the abetter of iniquity’”. *Ibid.*, 814, citando *Bein v Heath*, 47 U.S. (6 How.) 228, 247 (1848).

¹³⁷ ANENSON T. L., *The Role of Equity in Employment Non competition Cases*, 42 AM. Bus. L.J., 2005, pp. 51, 52, il quale ritiene che la *clean hands doctrine* abbia una portata maggiore della difesa equitativa dell’*estoppel*; Si veda anche ANENSON T. L., *Beyond Chafee: A Process-Based Theory of Unclean Hands*, *supra*, pp. 509, 566-72, ove l’autore compara la *clean hands doctrine* all’*estoppel* e alla massima *in pari delicto*.

¹³⁸ ANENSON T. L., *Treating Equity Like Law: A Post-Merger Justification of Unclean Hands*, Am. Business L. J., vol 45, I 3, 2008, p. 466 (“*unclean hands* is considerably newer than most equitable doctrines”); Si veda inoltre CHAFEE Z., CHAFEE Z., *Some Problems of Equity: five lectures delivered at the University of Michigan April 18, 19, 20, 21, and 22, 1949*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1950 (“*unclean hands* ‘is a rather recent growth’ o ‘a child’ beside some other maxims (...) mature in Shakespeare’s day”). Chief Baron Eyre of the English Court of Exchequer (che aveva poteri di *equity*) adottò la dottrina in *Dering v Earlof Winchelsea*, (1787) 29 Eng. Rep. 1184 (Ch.) 1186; 1 Cox Eq. Cas. 318,319-20.

¹³⁹ Così come le altre dottrine di *equity*, il rifiuto di accordare rimedio sulla base della *clean hands doctrine* è discrezionale. Cfr. ANESON T. L., *supra*, p. 461; si veda anche NEWMAN R., *Equity and Law: a comparative study*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1961, p. 28, (“*Relief in the court of the Chancellor was granted according to criteria which were not confined by rules of strict logic or by analogy to prior decisions*”). Per le origini storiche e l’evoluzione della discrezionalità nel regime di *equity* si veda ANESON T. L., *The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation*,

casi esaminati da Chafee, la *clean hands doctrine* non era confinata a condotte illecite estendendosi la sua applicazione ad ogni condotta iniqua, immorale o in mala fede che fosse connessa al caso¹⁴⁰. Ciò che accomuna il giudizio fondato sulla dottrina delle mani pulite è il rilievo per cui le condotte non eque di per sé non escludono un rimedio per l'attore¹⁴¹; ciò è vero solo laddove esse siano correlate al *petitum*¹⁴². Le condotte macchiate da '*unclean hands*' invocate contro l'attore debbono inoltre essere state poste in essere intenzionalmente¹⁴³ e, solitamente, comportano illiceità ingiustizia o comunque mala fede¹⁴⁴.

27 RE. LITIG., 2008, p. 377 e ss, pp. 384-87.

¹⁴⁰ *Precision Instrument Mfg. Co. v. Auto. Maint. Mach. Co.*, 324 U.S., pp. 806, 815, (1945) ("One's misconduct need not necessarily have been of such a nature as to be punishable as a crime or as to justify legal proceedings of any character. Any willful act concerning the cause of action which rightfully can be said to transgress equitable standards of conduct is sufficient cause for the invocation of the maxim (..)"); POMEROY J. N., *A Treatise on Equity Jurisprudence as administered in the United States of America* (Spencer w. Symons eds., (V ed.), 1941, p. 399 ("the dirt upon his [or her] hands must be his [or her] bad conduct in the transaction complained of").

¹⁴¹ Alcune Corti ammettono l'eccezione al requisito per cui la condotta non equa dell'attore debba essere correlata all'oggetto di causa laddove la condotta attorea sia sanzionata dalla legislazione o sia contraria all'ordine pubblico e il diritto azionato sia contrario all'interesse pubblico. Sul punto si veda, ad esempio, *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488, 492-93 (1942). L'eccezione si è sviluppata nei casi di contraffazione di brevetti ove gli attori utilizzavano i propri brevetti per limitare la concorrenza. Alcune decisioni hanno tuttavia dubitato della possibilità di sollevare l'eccezione nelle cause aventi ad oggetto i brevetti (*ex multis*, *McCullough Tool Co. v. Well Surveys, Inc.*, 395 F.2d 230, 238 (10th Cir. 1968); *Butsee Skil Corp. v. Lucerne Prods. Inc.*, 489 F. Supp. 1129, 1162 (N.D. Ohio 1980). Laddove l'eccezione sia stata ammessa, le Corti statunitensi hanno chiarito che il detentore del brevetto non deve utilizzarlo al fine di eludere la legislazione in materia di brevetti (ad esempio *Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theater*, 604 F.2d 852, 864 n.25 5th Cir. 1979).

¹⁴² *Loughran v Loughran*, 292 U.S. 216, 229-30 (1934); DE FUNIAK W. Q., *Handbook of Modern Equity*, Little Brown and Company, Boston, 1956 (II ed.), p. 40.

¹⁴³ *New York Football Giants, Inc. v Los Angeles Chargers Football Club, Inc.*, 291 F. 2d 471, 474 (5th Cir. 1961); *Eresch v Braecklein*, 133 F.2d 12, 14 (10th Cir. 1943).

¹⁴⁴ *Johnson v Yellow Cab Co.*, 321 U.S. 383, 387 (1944); *Keystone Driller Co. v General Excavator Co.*, 290 U.S. 240, 245 (1933).

La *ratio* sottesa alla *clean hands doctrine* abbraccia ragioni di integrità della giurisdizione, giustizia e interesse pubblico¹⁴⁵. Infatti, negando rimedio a chi non abbia *clean hands* si viene a costituire un certo deterrente alla perpetrazione di abusi del sistema¹⁴⁶. Peraltro, ove l'applicazione della dottrina dovesse risultare essa stessa iniqua la Corte adita sarebbe tenuta alla sua disapplicazione¹⁴⁷.

In secondo luogo la *clean hands doctrine* promuove la giustizia¹⁴⁸. Le Corti fanno uso della dottrina proprio per assicurare risultati giusti¹⁴⁹. Ove la condotta dell'attore sia tale per cui sarebbe ingiusto accordargli rimedio le Corti possono utilizzare le *clean hands* per escluderlo. Quindi, rifiutare all'attore assistenza consente di escludere “*a wrongdoer from enjoying the fruits of his trasgression*”¹⁵⁰.

Infine, la *clean hands doctrine* si presta a servire l'interesse pubblico quando questo venga in gioco¹⁵¹.

¹⁴⁵ Nel caso *Hays' Estate*, 159 Pa. 381, 383, 28 Atl. 158, 159 (1893) emerge chiaramente l'affermazione per cui: “*the maxim endeavors to promote and enforce justice, good faith, uprightness, fairness and conscientiousness on the part of those who occupy a defensive position in judicial controversies; but it no less stringently demands the same from the litigant parties who come before it as plaintiffs or actors in such controversies. This fundamental principle is expressed in the maxim 'He who comes into a court of equity must come with clean hands.' The maxim (...) is confined to misconduct in regard to, or at all events connected with the matter in litigation, so that it has in some measure affected the equitable relations subsisting between the two parties and arising out of the transaction; with this limitation it furnishes a most important and even universal rule affecting the entire administration of equity jurisprudence as a system of rights and remedies*”.

¹⁴⁶ POMEROY J. N., *Equity Jurisprudence*, *supra*, para. 398.

¹⁴⁷ *Hays' Estate*, 159 Pa. 381, 383, 28 Atl. 158, 159 (1893).

¹⁴⁸ *Ibid*; *Mas v. Coca Cola Co.*, 163 F.2d 505, 509 (4th Cir. 1947); *Duncombe v Amfot Oil Co.*, 201 Ky. 290, 292, 256 S.W. 427, 428 (1923).

¹⁴⁹ *Keystone Driller Co. v General Excavator Co.*, 290 U.S., 245, *supra*.

¹⁵⁰ *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Mach. Co.*, 324 U.S., 815.

¹⁵¹ Il caso *Morton Salt Co. v G. S. Suppiger*, 314 U.S. 488, 492-93 (1942) dà atto di questa attenzione verso l'interesse pubblico. Qui la Corte Suprema ha negato al titolare di un brevetto il rimedio equitativo in quanto aveva utilizzato il brevetto per restringere ingiustificatamente la concorrenza. L'attore quindi, non solo si era presentato innanzi alla Corte con *unclean hands*, ma aveva altresì leso l'interesse pubblico protetto dalla normativa vigente in materia. Sulla base della medesima *ratio*, taluni giudici hanno ignorato la difesa in parola quando ciò rispecchiasse l'interesse pubblico

In termini generali, come anticipato, la *clean hands doctrine* è invocata ed applicata per negare rimedio in due circostanze: quando si tratti di condotte illecite¹⁵² o immorali¹⁵³. Innanzitutto, la parte, per essere legittimata a chiedere ristoro a una Corte di *equity*, deve andare esente dall'accusa di illiceità connessa all'oggetto della controversia¹⁵⁴. La condotta illecita non deve peraltro necessariamente essere tale da risultare punibile come reato¹⁵⁵ fintanto che sussista un atto connesso con il ricorso che potrebbe essere condannato in quanto “macchia” le *clean hands* attoree¹⁵⁶. Quanto alla condotta attorea immorale, illustrativo è il caso *Stewart v Parnell* ove il Giudice, in un *obiter dictum*, affermò che una Corte di *equity* non può accordare rimedio ad una parte *sui juris* per ristorarla del denaro investito e perduto in un gioco d'azzardo¹⁵⁷.

(ad esempio, *Perma Life Mufflers, Inc. v International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1967), *Precision Instruments Mfg. Co. v Automotive Maintenance Mach. Co.*, 324 U.S. 806 (1945), *Republic Molding Corp. v B.W. Photo Util*, 319 F.2d 347 (9th Cir. 1963)).

¹⁵² *Michigan Pipe Co. v Fremont Ditch Co.*, III Fed. 284 (C.C.A. 8th, 1904); *Hanley v Sweeney*, 109 Fed. 712 (C.C.A. 9th, 1901).

¹⁵³ *Deweese v Reinhard*, 165 U.S. 386, 17 Sup. Ct. 340 (1896); *National Mercantile Co. v Keating*, 218 Fed. 477 (D. Mont. 1914).

¹⁵⁴ *Binkley v Nolt*, 46 Pa. Supr. Ct. 535 (1911); *A. N. Chamberlain Medicine Co. v H. A. Chamberlain Medicine Co.*, 43 Ind. App. 213, 216, 86 N.E. 2025, 1026 (1909), ove la Corte statui che: “*It is also well established that if a complainant in a court of equity claims relief against the fraud or imposition of others, he must himself be free from the same charge with reference to the same matter*”. In Pennsylvania, ad esempio, nel caso *Hershey v Weiting*. Nel negare il rimedio richiesto dall'istante, la Corte, nella persona del giudice Woodward, statui: “*Who comes into equity must come with clean hands. In pari delicto, melior est conditio defendentis. These are the principles which stand in the plaintiff's way. You come to ask for the cancellation of an agreement which you intended should delay and hinder creditors, and thus violate the statute law of the land, and therefore you cannot be heard in equity. Who does iniquity shall not have equity. If we could entertain your suit, the fraud practiced upon you might be redressed; but equity has no relief for a party who, in the practice of one fraud, has become the victim of another*”.

¹⁵⁵ *Deweese v Reinhard*, 165 U.S. 386 (1896).

¹⁵⁶ *Bentley v Tibbals*, 223 Fed. 247 (C.C.A. 2d, 1915).

¹⁵⁷ *Stewart v Parnell*, 147 Pa. 523, 23 Atl. 838 (1892). Un altro caso dello stesso tenore è *Smith v Kammerer*, 252 Pa. 98, 25 Atl. 165 (1892) in cui la Corte ritenne che: “*Will the plaintiff, admitting*

Non occorre che l'eccezione venga sollevata da nessuna parte e neppure importa a quale punto del procedimento la condotta immorale venga rilevata in quanto si tratta di un'eccezione sollevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento¹⁵⁸.

In epoca più recente la *clean hands doctrine* nella giurisprudenza di *common law* continua ad essere invocata in una varietà di azioni in mancanza di difese nel merito per il convenuto¹⁶⁵. Negli Stati Uniti alcune Corti la interpretano restrittivamente consentendo il sollevamento dell'eccezione solo quando entrambe le parti abbiano condiviso, ad un certo punto, un intento comune di commettere l'illecito¹⁶⁸, così assimilandola alla massima *in pari delicto*. Altre Corti applicano invece il principio in misura più elastica per precludere un rimedio a colui che abbia posto in essere una condotta illecita in relazione all'oggetto di causa¹⁶⁹. La *clean hands doctrine*, nella giurisprudenza americana, ha trovato applicazione principalmente in tre tipologie di azioni: *damage actions*, *copyright infringement actions* e *derivative actions* che verranno qui brevemente analizzate.

Quanto alle azioni di risarcimento danni (*damage actions*), si rileva come la maggioranza delle Corti statunitensi rifiuti di applicare la dottrina quando l'attore agisce per il risarcimento dei danni¹⁷⁴. Questo filone giurisprudenziale si basa sulla

and alleging his own iniquity in the transactions from which the notes, judgments and assignments in this matter arose, be permitted to set up their illegality and with unclean hands invoke this court of equity to relieve him from the effect of his alleged gambling transaction? The general rule in such cases is that equity will leave the parties where it finds them”.

¹⁵⁸ *Houston v Graff*, 24 C.C. 477 (Pa. 1901).

¹⁶⁵ POMEROY J. N., *Equity Jurisprudence*, S. Symons (ed.), 1941 (V ed.), para. 397, 399; FRANCIS, *supra*. Si veda inoltre POUND R., *The Maxims of Equity*, 34 Harv. L. Rev., 1921, p. 800 e ss., pp. 827-836.

¹⁶⁸ *Cohn v Pitzele*, 117 Ill. App. 342 (1904), *aff'd*, 217 Ill. 30, 75 N.E. 392 (1905); *Mason v Carrothers*, 105 Me. 392, 74 A. 1030 (1909); *Kahn v Walton*, 46 Ohio 195, 20 N.E. 203 (1889).

¹⁶⁹ *Danciger v Stone*, 187 F. 853 (E.D. Okla.1909); *Baker v Grand Rapids*, 142 Mich. 687, 106 N.W. 208 (1906). Cfr. *Whelden v Chappel*, 8 R.I. 230 (1865).

¹⁷⁴ *Truitt v Miller*, 407 A. 2d 1073 (D.C. App. 1979); *American Nat'l Bank & Trust v Levy*, 83 Ill. App. 3d 933, 404 N.E. 2d 946 (1980); *Cusumano v City of Detroit*, 30 Mich. App. 603, 186 N.W. 2d 740 (1971). Si veda inoltre FADELY, *The Clean Hands Doctrine in Oregon*, 37 OR. L. Rev., 1958,

considerazione per cui la dottrina si è sviluppata nelle Corti di *equity* e che quindi la sua applicazione sia limitata ai rimedi offerti in tale ambito¹⁷⁵. In alcuni recenti casi, tuttavia, alcuni giudici hanno fatto applicazione della dottrina anche nelle cd. *damage actions*¹⁷⁶. A sostegno dell'estensione della *clean hands doctrine* a tale categoria di azioni si possono individuare almeno tre argomenti: (i) la fusione tra stretto diritto ed *equity*¹⁷⁷; (ii) la comparabile rigidità tanto dei rimedi di stretto diritto e quelli di *equity* e (iii) il fatto che le condotte che non giustificano un rimedio equitativo non garantiscono neppure un rimedio legale.

Dal momento in cui le corti di *equity* si svilupparono venne a crearsi un doppio binario: innanzitutto, tali corti svilupparono regole e principi completamente diversi da quelli delle Corti tradizionali¹⁸⁰; in secondo luogo, venne a crearsi una sorta di antagonismo tra le Corti¹⁸¹. Questo costituì una conseguenza, si potrebbe dire, naturale in quanto le Corti di *equity* cercavano di correggere “*the judgments and*

p.160.

¹⁷⁵ *Evans v Mason*, 82 Ariz. 40, 308 P. 2d 245 (1957); *Rodriguez v Dicoa Corp.*, 318 So. 2d 442 (Fla. App. 1975); *Caudill v Little*, 293 S.W.2d 881 (Ky. 1956); *Cusumano v. City of Detroit*, 30 Mich. App. 603, 186 N.W. 2d 740 (1971); *Kesinger v Burtrum*, 295 S.W. 2d 605 (Mo. App. 1956). Sul punto, GARVEY J. L., *Some Aspects of the Merger of Law and Equity*, 10 CATH. U. L. R. y., 1961, p. 59.

¹⁷⁶ *Tempo Music, Inc. v Myers*, 407 F. 2d 503 (4th Cir. 1969); *Kuehnert v Texstar Corp.* 412 F. 2d 700 (5th Cir. 1969); *F.E.L. Publications v Catholic Bishop of Chicago*, 506 F. Supp. 1127 (N.D. Ill. 1981); *Buchanan Home & Auto Supply Co. v Firestone Tire & Rubber Co.*, No. 79-175-9 (D.S.C. July 7, 1981) (*order granting dismissal*); *Urecal Corp. v Master*, 413 F. Supp. 873 (N.D. Ill. 1976); *Union Pacific R.R. v Chicago & Northwestern Railway*, 226 F. Supp. 400 (N.D. Ill. 1964); *Goldstein v Lees*, 46 Cal. App. 3d 614, 120 Cal. Rptr. 253 (1975).

¹⁷⁷ STEVENS R. S., *A Plea for the Extension of Equitable Principles and Remedies*, 41 CORNELL L. REV., 1956, p. 351. Le Corti di *equity* nel sistema anglo-americano hanno storicamente rappresentato una risposta alla rigidità delle formule applicate dalle cd. *law courts*. Le Corti di *common law*, infatti, prestavano scarsa attenzione ai diritti astratti concentrandosi maggiormente sul diritto scritto. Ciò, nel tempo, ha portato alla luce l'esigenza di un sistema che avrebbe garantito alle parti giustizia laddove le regole del diritto positivo avrebbero condotto a risultati iniqui.

¹⁸⁰ STEVENS R. S., *supra*, p. 351.

¹⁸¹ *Ibid.*

judge-made law” operati dalle Corti tradizionali di *common law*¹⁸². A causa di ciò le regole e i principi caratterizzanti i due sistemi non vennero adottati liberamente da entrambe le parti¹⁸³. L’antagonismo tra i due sistemi non è più attuale in quanto nel tempo si è assistito ad una fusione tra stretto diritto ed *equity*¹⁸⁴. Nel 1938 la Corte Suprema promulgò le *Federal Rules of Civil Procedure* con la quale ufficializzò tale fusione¹⁸⁵. Tuttavia, la separazione tradizionale persiste, di fatto, in quanto le corti adottano un diverso approccio in base alla domanda proposta¹⁸⁶.

Differenze persistono anche perché molte corti rifiutano di considerare che la fusione sia sostanziale oltre che procedurale. Questa argomentazione tuttavia appare priva di pregio in quanto molte regole sostanziali di *equity* sono state assimilate nel sistema di *common law*¹⁸⁷ e il diritto sostanziale di equità ha

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Cfr. MCCLINTOCK H. L., *Handbook of the principles of Equity (Hornbook Series)*, West Pub. Co, Eagan, II ed., 1948, p. 6. Molti Stati americani hanno adottato codici di procedura nella seconda metà del XIX secolo con l’intento di far venire meno la formale distinzione dei procedimenti. Attualmente, quasi tutti gli Stati hanno aderito a tale tendenza.

¹⁸⁵ Le regole originarie vennero promulgate sulla base del 28 USC § 2027 (1976) per ordine della Corte. 308 U.S. 645 (1937).

¹⁸⁶ Negli Stati Uniti d’America, la principale spiegazione a tale impostazione ha fondamento costituzionale: i processi nelle Corti di *equity* si sono sempre svolti innanzi ad un giudice mentre la costituzione garantisce alle parti il diritto ad una giuria. La Corte Suprema ha perpetrato tale impostazione affermando che il diritto ad una giuria sussiste solo nelle azioni legali. Ciò comporta che le Corti debbano determinare di che tipo di azione si tratti così da assegnare il diritto ad una giuria. È evidente che già tale determinazione preliminare influenza il successivo corso del processo condizionando il modo di ragionare dei giudici. Si vedano *Ross v Bernhard*, 396 U.S. 531 (1970); *Dairy Queen, Inc. v Wood*, 369 U.S. 469 (1962); *Beacon Theatres, Inc. v Westover*, 359 U.S. 500 (1959). DAVIDSON K., *The Right to Trial by Jury in Complex Litigation*, 20 WM. & MARY L. REV., 1978, p. 329 e ss., pp. 329-40; HUTTNER, *Unfit for Jury Determination: Complex Civil Litigation and the Seventh Amendment Right of Trial by Jury*, 20 B.C.L. REV., (1979), p. 511 e ss., pp. 512-17.

¹⁸⁷ GARVEY J. L., *Some Aspects of the Merger of Law and Equity*, *supra*, p. 66. Esempi di consolidate difese di *equity* sono la frode la *duress* e l’*illegality*.

influenzato in maniera significativa il sistema di *common law* ancor prima della formale fusione¹⁸⁸.

Per quanto riguarda il secondo argomento summenzionato va rilevato come i rimedi di *equity* siano tendenzialmente considerati più affliggenti per il convenuto rispetto a quelli di stretto diritto¹⁸⁹. Quando ciò sia vero, avrebbe senso acconsentire alla richiesta di risarcimento dei danni che è un rimedio di stretto diritto¹⁹⁰. In molti casi, tuttavia, i danni richiesti sono tanto affliggenti quanto i rimedi di *equity*¹⁹¹. Per esempio, nel caso di inadempimento di un contratto un convenuto potrebbe preferire l'esecuzione della prestazione rispetto alla compensazione monetaria. In tali casi se l'attore richiede la esecuzione forzata il giudice potrebbe consentire al convenuto di sollevare la difesa di *clean hands*. Ma, laddove l'attore agisca per il risarcimento per equivalente la maggioranza delle corti non acconsentirà alla difesa di *clean hands*. Ove i rimedi legali e di *equity* abbiano lo stesso impatto sul convenuto non ha senso richiedere all'attore di ricevere un rimedio piuttosto di un altro¹⁹². In altre parole, è illogico per “*the same judges to be very moral in a specific performance suit and brutally mathematical in a damage suit*”¹⁹³. Distinguere i casi in base al rimedio richiesto è quindi illogico e ingiusto. Condotte che non garantiscono un rimedio di *equity* non garantiscono neppure un rimedio di stretto

¹⁸⁸ STEVENS R. S., *A Plea for the Extension of Equitable Principles and Remedies*, *supra*, p. 352; YORK K., *Dobbs: Handbook on the Law of Remedies*, *supra*, p. 2.6.

¹⁸⁹ GARVEY J. L., *supra*, p. 67. Questo può accadere in quanto alcuni rimedi di *equity* sono coercitivi nel senso che al convenuto può essere imposto di dare esecuzione ad una prestazione. L'esecuzione forzata e l'*injunction* sono esempi di rimedi equitativi coercitivi. DOBBS D. B., *Handbook on the Law of Remedies*, *supra*, para. 2.1.

¹⁹⁰ Questo presuppone che sia ragionevole chiedere all'attore un maggiore sforzo per più rigorosi rimedi.

¹⁹¹ CHAFEE Z., *Some Problems of Equity*, (1950), p. 29; GARVEY J. L., *Some Aspects of the Merger of Law and Equity*, *supra*, p. 67-68.

¹⁹² Questa statuizione dovrebbe essere fatta dalla Corte su una base *ad hoc*. Ovunque appaia che i rimedi di stretto diritto e di *equity* affliggano egualmente il convenuto, la *clean hands doctrine* dovrebbe logicamente impedire entrambi i rimedi o nessuno.

¹⁹³ CHAFEE Z., *supra*, p. 28. *In pari delicto*, frode ed *estoppel* sono tre difese che in un qualche modo richiesono all'attore di presentarsi con *clean hands*.

diritto. Alla luce del sistema e della intervenuta fusione, un diritto protetto dalla legge non può non ricevere protezione equitativa specialmente laddove i rimedi di stretto diritto e di *equity* affliggano nella stessa misura il convenuto¹⁹⁴.

Ancora, si potrebbe sostenere che le Corti non necessitano di tale dottrina in quanto le difese legali sono bastevoli. In contrasto a tale argomento, si rileva come altre difese già ammesse – quali, ad esempio, *in pari delicto*, *estoppel*¹⁹⁵ e *fraud*¹⁹⁶ siano opzioni più restrittive, pertanto non sufficienti a coprire ogni possibilità¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ci possono essere situazioni in cui la ingiustizia può ragionevolmente escludere la riparazione chiesta senza escludere i danni. Ma la distinzione non ha ragione d'essere se fondata sul doppio binario *equity*-stretto diritto. Tale distinzione non è più attuale; se tuttavia volesse affermarsi dovrebbe essere fondata sulla “*difference in the actual nature of the two remedies which the single court has at its disposal*” (CHAFEE Z., *supra*, p. 29).

¹⁹⁵ L'*equitable estoppel* nega alla parte il diritto di invocare e di provare un'altrimenti importante fatto in base alla condotta precedente (*ex multis*, *James Talcott, Inc. v Associates Discount Corp.*, 302 F.2d 443, 446 (8th Cir. 1962)). Quattro elementi sono essenziali ai fini della difesa: “(i) *party to be estopped must be appraised of the true facts*; (ii) *party must intend that his conduct be acted upon, or must so act that the party asserting the estoppel had a right to believe it was so intended*; (iii) *the party asserting the estoppel must have been ignorant of the true state of facts*; (iv) *the party asserting the estoppel must rely upon the conduct to his injury*” (*Santoro v Carbone*, 22 Cal. App. 3d 721, 99 Cal. Rptr. 488 (1972)).

¹⁹⁶ Nella maggior parte delle giurisdizioni sia la “*fraud in the inducement*” e la “*fraud in factum*” in una transazione o contratto possono essere usate come eccezioni rispetto alla domanda avanzata dalla persona colpevole di *fraud*. Si vedano, ad esempio, *American Life Ins. Co. v Stewart*, 300 U.S. 203, 212 (1937); *Bowmer v Louis (H.C.), Inc.*, 243 Cal. App. 2d 501, 503, 52 Cal. Rptr. 436, 437 (1966); *Darling v Rose*, 301 So. 2d 19, 20 (Fla. Dist. Ct. App. 1974); *Smith v Werkheiser*, 152 Mich. 177, 179-80, 115 N.W. 964, 965-66 (1908); *Henry v McConnell* 400 S.W.2d 344, 346 (Tex. Civ. App. 1966). Generalmente gli stessi elementi necessari nelle *damage actions* devono sussistere per l'eccezione. In questo senso, *Wilson v Byrd*, 79 Ariz. 302, 288 P.2d 1079, 1081 (1955); *Latta v Robinson Erection Co.*, 363 Mo. 47, 59, 248 S.W.2d 569, 576 (1952). Gli elementi per stabilire la sussistenza di una *fraud* sono: “(1) *a representation made as a statement of fact*; (2) *which representation was untrue and known to be untrue by the party making it, or else recklessly made*; (3) *made with the intent to deceive and for the purpose of inducing the other party to act upon it*; (4) *the other party did rely in fact*; (5) *and the other party suffered injury or damage*” (*Farrar v Churchill*, 135 U.S. 609, 615-16 (1890)).

¹⁹⁷ Ognuna di tali eccezioni richiede alcuni elementi che la *clean hands doctrine* non richiede. Esse

Esistono situazioni, infatti, in cui la *clean hands doctrine* è l'unica difesa possibile¹⁹⁸. Peraltro, anche se le difese legali complessivamente considerate riuscissero astrattamente a coprire tutte le situazioni che la *clean hands doctrine* protegge nell'*equity*, i valori sottesi a tale dottrina impongono la sua accettazione in quanto non ci sono “*comparable broad based grounds for dismissing legal actions for damages*”²⁰¹.

*Buchanan Home & Auto v Firestone Tire & Rubber*²⁰⁴ e *Fibreboard Paper Products Corp. V East Bay Union of Machinist*²⁰⁵ sono due dei casi in cui le Corti hanno considerato la *clean hands doctrine* come una legittima difesa nelle *damage actions* per raggiungere il risultato.

La *clean hands doctrine* è stata poi recentemente evocata nei casi concernenti la violazione di *copyright*²⁰⁷. In tale contesto essa è stata assoggettata ad alcune limitazioni elaborate dalla dottrina. La sua applicazione sarebbe infatti possibile solo in quei casi in cui la *wrongful conduct* dell'attore, con riferimento al *petitum*,

coprono specifici tipi di condotte non eque mentre la *clean hands doctrine* si applica alle condotte inique generalmente considerate. Tali condotte non sempre riescono ad essere categorizzate come una delle tipologie protette da quelle specifiche difese.

¹⁹⁸ La *clean hands doctrine* può costituire la sola speranza per il convenuto laddove la condotta dell'attore sia semplicemente iniqua e non soddisfa i requisiti delle altre più ristrette difese. Per esempio, in *Truitt v Miller (Truitt v Miller, 407 A.2d 1073 (D.C. App. 1979)*, la Corte d'Appello del *District of Columbia* ha negato fermamente la possibilità di sollevare una difesa di *clean hands*. In *American National Bank & Trust v Levy, 83 Ill. App. 3d 933, 404 N.E.2d 946 (1980)*, para. 948, la Corte d'Appello dell'Illinois consentì ad un *broker*, che aveva violato gli obblighi fiduciari, di recuperare la sua commissione. Nonostante alcune azioni del *broker*, altamente discutibili, la Corte rifiutò di considerare la dottrina di *clean hands* come una difesa affermando che “*it does not affect legal rights*”.

²⁰¹ *Buchanan Home & Auto Supply ve Firestone Tire & Rubber Co., No. 79-175-9 (D.S.C. July 7, 1981) (order granting dismissal)*.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Fibreboard Paper Products Corp. v. East Bay Union of Machinist, 227 Cal. App. 2d 675, 39 Cal. Rptr. 64 (1964)*.

²⁰⁷ *Harms, Inc. v Sansom House Enterprises, 162 F. Supp. 129 (E.D. Pa. 1958)* e *Inge v Twentieth Century-Fox Film Corp., 143 F. Supp. 294, 298 (S.D.N.Y. 1956)*.

sia stata diretta contro il convenuto, a suo danno²⁰⁸. Ad eccezione dei *dicta* tratti da due casi di giurisprudenza statunitense²⁰⁹, l'affermazione delle *unclean hands*, anche se corroborata da prove, non è stata ritenuta in tale contesto una valida difesa. Questo non sorprende se si considera che è difficile immaginare una situazione in cui il detentore del *copyright* agisca con l'intenzione di arrecare danno al privato²¹¹.

Infine si può considerare l'applicazione della *clean hands doctrine* nelle *derivative action*²¹⁴ incardinate dagli azionisti di minoranza contro la maggioranza. Le Corti statunitensi hanno iniziato ad imporre un requisito di *clean hands* in capo alla parte attrice²¹⁵. Quando l'azione sia promossa da un socio in nome e per conto della società è tuttavia meno agevole individuare il perché della applicazione della massima in ragione del principio della *separate legal personality*²²². Perché infatti la condotta illegale di una minoranza dovrebbe ricadere sul diritto di azione della società? Ci sono due casi che vengono

²⁰⁸ - ANONIMO - *Clean Hands and Clean Material in Copyright Infringement Actions*, 21 U. Pitt. L. Rev., 1959-1960, p. 71 e ss.

²⁰⁹ *Alfred Bell & Co. v Catalda Fine Arts*, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951); *Inge v Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 143 F. Supp. 284, 298, 299 (S.D.N.Y. 1956).

²¹¹ *Leo Feist, Inc. v Young*, 138 F.2d 972 (7th Cir. 1943), *reversing* 46 F. Supp. 622 (E.D. Wis. 1942). È interessante notare come solo tale decisione sia citata in Black's Law Dictionary 317 (4th ed. 1951) sotto la voce "*clean hands*" per la seguente statuizione: "*But it has been held that application of the maxim is not limited to a case where the iniquitous action is one of which the moving party may personally complain*".

²¹⁴ Solo con la decisione della Corte d'Appello in *Wallersteiner v Moir (No. 2)* venne adottato il termine "*derivative action*" adottato per descrivere azioni intentate dalla minoranza degli azionisti in nome e per conto della società. Questo cambiamento nella terminologia ha anche aiutato a chiarire il fatto che in quelle circostanze gli azionisti non stanno azionando un diritto personale ma stanno facendo valere, piuttosto, un diritto facente capo e quindi derivato dalla società. Questo ha conseguenze importanti come quella per cui, per esempio, gli *shareholders* possono intentare una *derivative action* in relazione a condotte scorrette ai danni della società prima che essi ne diventassero membri. Con *Wallersteiner* è divenuto chiaro che la *derivative action* degli azionisti è un'azione che in sostanza non appartiene agli *shareholders* bensì alla società.

²¹⁵ GOWER, DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Paul Davies (ed.), Sweet and Maxwell, London, VI. ed., 1997, p. 688.

²²² *North West Transportation v Beatty* (1887) 12 App. Cas. 589.

comunemente citati a supporto della affermazione per cui le *clean hands* della minoranza dovrebbero essere rilevanti nelle *derivative actions* ossia: *Towers v African Tug Co.*²²³ e *Nurcombe v Nurcombe*²²⁴. Da tali casi è emerso come vi siano due modi per consentire alla *clean hands doctrine* di fare ingresso nelle *derivative actions*. Il primo, attraverso la generale raccomandazione per cui le Corti devono prendere in considerazione “*all relevant circumstances without limit*”²²⁶ nel

²²³ *Towers v African Tug Co.*, [1904] 1 Ch. 558. Il caso riguardava pagamenti effettuati dai direttori di una società ad azionisti “*out of capital*”. Tre anni dopo i pagamenti, due degli *shareholders* incardinarono un’azione nell’interesse della società domandando nuovamente il pagamento di queste somme da parte dei direttori. Tuttavia, era chiaro che entrambi gli *shareholders* fossero a conoscenza della natura illecita del pagamento dei dividendi che essi stessi avevano ricevuto e che rimanevano nelle loro tasche al tempo dell’azione. La Corte d’Appello sostenne all’unanimità che in tali circostanze le azioni attoree non avrebbero potuto avere successo: “*I think that an action cannot be brought by an individual shareholder complaining of an act which is ultra vires if he himself has in his pocket at the time he brings the action some of the proceeds of that very ultra vires act. Nor, in my opinion, does it alter matters that he represents himself as suing on behalf of himself and other*”.

²²⁴ *Nurcombe v Nurcombe*. Qui marito e moglie erano gli unici due azionisti di una società. Nel procedimento di divorzio emerse come il marito avesse violato i propri obblighi in qualità di amministratore della società nel deviare un contratto oneroso dalla società ad un’altra in cui egli aveva un interesse di maggioranza. La moglie continuò il procedimento di divorzio quando il problema venne alla luce e il pagamento improprio fu preso in considerazione nel pagamento forfettario riconosciuto a favore della moglie. In conseguenza la moglie intentò un’azione come azionista di minoranza, in nome della società, nei confronti dell’ex marito in relazione alla sua violazione. Nell’applicare quanto statuito in *Towers*, la Corte di Appello rifiutò la *derivative action*: “*In my judgment, [Towers] establishes that behaviour by the minority shareholder, which, in the eyes of equity, would render it unjust to allow a claim brought by the company at his instance to succeed, provides a defence to a minority shareholder's action. In practice, this means that equitable defences which would have been open to defendants in an action brought by the minority shareholder personally (if the cause of action had been vested in him) would also provide a defence to those defendants in a minority shareholder's action brought by him*”. Il comportamento dell’attrice che accettò il pagamento forfettario e ciononostante andò oltre nell’incardinare la *derivative action*, venne ritenuto sufficiente per negare il proseguo dell’azione.

²²⁶ Law Com. No. 246, *Shareholders Remedies*, para. 6.73-6.74.

determinare se consentire alla *derivative action* di procedere²²⁷ e il secondo attraverso la specifica raccomandazione per cui la Corte deve prendere in considerazione la buona fede dell'attore²²⁸. Nessuna definizione di buona fede è fornita in quanto si ritiene “*generally readily recognisable*”²²⁹. Molto dipenderà dalla interpretazione delle Corti²³⁰. Le Corti hanno tradizionalmente adottato un approccio *conduct-based* per capire se gli azionisti dovessero essere colpiti personalmente, punendo solo gli azionisti che si fossero resi autori di un illecito²³¹.

²²⁷ Questa discrezionalità è certamente abbastanza ampia da consentire alla Corte di continuare ad applicare il principio sotteso alla *clean hands doctrine* sviluppato in *Towers* e *Nurcombe*. Vi è certamente nessun indizio nel *report* della *Law Commission* per cui la Corte non dovrebbe considerare la *clean hands doctrine* quando deve decidere se consentire il procedere di una *derivative action*.

²²⁸ Law Com. No. 246, *Shareholders Remedies*, § 6.75-6.76. Il *Report* tuttavia non indica la buona fede come prerequisito.

²²⁹ *Ibid*, para. 6.76.

²³⁰ Questo non è esplicitato nel testo. Tuttavia un'altra indicazione della *Law Commission's* raccomanda alla corte di tenere in considerazione il cd. “*interests of the company*” (n. 44 e testo annesso). Se la cattiva fede è intesa solo per quelle situazioni in cui gli *shareholders* agiscono all'opposto dell'interesse della società, di conseguenza la previsione sarebbe superflua. Sembra piuttosto quindi che la buona fede debba intendersi come avere un più ampio spettro di applicazione e tale da comprendere la mala fede che sussiste tra *shareholders* e coloro i quali mantengono una condotta scorretta. Nel caso *Towers* la Corte era preoccupata che gli azionisti, portando avanti la *derivative action*, avessero ricevuto e quindi trattenuto dividendi illeciti nella piena consapevolezza della loro illiceità. Allo stesso modo in *Nurcombe* la Corte ritenne che: “*In this action [the plaintiff] is in effect saying: although I have shared with the first defendant his ill-gotten gains, I want the court to order that he should pay over to [the company] his share of them plus my share so that I can have a chance of getting some more because of my status as a shareholder*”. In entrambi i casi la Corte era preoccupata di assicurarsi che gli azionisti non avessero approfittato personalmente della loro cattiva condotta. Si tratta di un diverso problema rispetto a quello di capire se la società abbia il diritto di azione.

²³¹ Cfr. *Bairstow v Queens Moat Houses plc* (CA), [2001] EWCA Civ. 712 2 B.C.L.C. 531, per cui, nel contesto dei pagamenti illeciti dei dividendi, anche gli azionisti con ‘*clean hands*’ dovrebbero essere tenuti alla riparazione nei confronti della società. Nessuna statuizione nel merito venne presa in *Bairstow*, ma l'argomentazione non sembra forte. Ci sono pochissimi casi, se non nessuno, che supportano una tale conclusione.

La accuratezza di questa affermazione nasconde il fatto che in alcune circostanze, segnatamente in quelle in cui la società è di piccole dimensioni, come in *Nurcombe*, imporre conseguenze personali sull'azionista-attore inevitabilmente ricade sulla società stessa.

Da quanto esposto emerge come la *clean hands doctrine* offra ai pratici del diritto uno strumento per evitare che propri clienti vadano incontro a risultati ingiusti. L'avvocato del convenuto solleva quindi la difesa e argomenta alla luce della dottrina di *clean hands* ogni qualvolta l'attore si sia comportato scorrettamente nei suoi confronti in relazione alla questione sottoposta a giudizio. L'avvocato del convenuto dovrà poi convincere la corte che uno dei tre valori sottesi alla dottrina – integrità della giurisdizione, giustizia e interesse pubblico – obbliga la Corte ad applicarla.

5. L'*equity* nel diritto internazionale

La pervasiva influenza dell'equità è sentita nel diritto internazionale almeno quanto essa è percepita negli ordinamenti giuridici nazionali²³². Utilizzando l'espressione coniata da due studiosi del diritto internazionale, Holder e Brennan, l'equità potrebbe sintetizzarsi come '*the spirit of the law*'²³³. Essa infatti si compone di quei principi generali di giustizia che trascendono i particolarismi storico-giuridici degli ordinamenti municipali²³⁴.

Dell'equità si ha riscontro quale *leitmotiv* in molte società e religioni ove assume forme e connotazioni diverse. I Greci la chiamavano clemenza. I romani la chiamavano *aequitas* o uguaglianza. L'antica diritto cinese la descriveva come compassione e nella filosofia indù si trova la dottrina della giustizia²³⁵. In alcune

²³² LOWE V., *The Role of Equity in International Law*, 12 Australian Yearbook of International Law, 1989, p. 54.

²³³ HOLDER W. E. E BRENNAN G. A., *The International Legal System*, Butterwoths, London, 1927, p. 97.

²³⁴ Definizione della terminologia "*law and equity*" adottata dal Tribunale nello *United States-Norway Arbitration*, 1922, AJIL, p. 384.

²³⁵ NEWMAN R., *The Principles of Equity as a Source of World Law*, 1 Israel Law Review, 1966, p. 616 e ss., citato in ROSSI C. R., *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to*

scuole islamiche *istihsan* è impiegato per aggirare talune difficoltà nell'applicazione della legge²³⁶. Nel diritto romano l'equità era presente nello *jus honorarium* attraverso il quale i magistrati (pretori) consigliati dai giudici, emanavano editti integrando o correggendo il diritto civile²³⁷.

La prima domanda che bisogna porsi è se sia consentito il ricorso all' 'equità' nel diritto internazionale e capire quindi ove essa si colloca

È bene chiarire sin da ora che né il concetto né il ruolo dell'equità nel diritto internazionale condividono le caratteristiche proprie dell'equità di diritto interno, sia esso di *common law* o di tradizione romanistica e germanica. In termini generali, si può ritenere che il concetto, nel panorama internazionale, tende a suggerire che giustizia può essere ottenuta attraverso ciò che è giusto²³⁸. L'equità, come è stata riconosciuta e sviluppata nel diritto internazionale, è strettamente correlata alle tradizioni giuridiche occidentali. Questo non pare sorprendente, solo che si consideri che il *corpus* delle norme di diritto internazionale è stato sviluppato in Europa in seguito alla Pace di Westfalia del 1648 e l'ascesa di stati sovrani nell'Europa nel XIX secolo²³⁹.

Quanto ai sistemi di *common law*, Sir Frank Kitto cercò di offrire una definizione di *equity*: “*The Chancellors might proceed, like the Judges, (...) “according to the rule of equity” (...) wherever the common law might seem to fall short of that ideal in either the rights it conceded or the remedies it gave. For the exercise of the latter power they had no guidance or point of reference save in their own opinions as to*

International Decisionmaking, Brill-Nijhoff, Leiden, 1993, p. 165.

²³⁶ WHITE J. M., *Equity – A General Principle of Law Recognized by Civilised Nations*, Law and Justice J., Vol. 1, 2004, p. 105.

²³⁷ Ibid, p. 105. Il pretore correggeva la legge assicurando a una persona un rimedio laddove il diritto sarebbe spettato, stando allo stretto diritto, a qualcun altro. Si veda STEIN P. G., *Equitable Principles in Roman Law*, in P. G. Stein (ed.), *The Character and Influence of Roman Civil Law: Historical Essays*, Hambledon and London Ltd, Londra, 1998, p. 19.

²³⁸ WALKER D., *The Oxford Companion to Law*, *supra*, p. 424.

²³⁹ O'CONNEL D. P., *International Law*, Stevens, London, 1965, p. 5. Si veda inoltre MAKONNEN Y., *Western Attitudes to International Equity*, *Annuaire de l'Association des Auditeurs de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1972, pp. 42-43.

the standards of conscientiousness to which the conduct of other people should be required to conform; for "equity" was as vague as aequum et bonum"²⁴¹.

Negli ordinamenti continentali di *civil law*, la codificazione si poneva in contrasto con lo sviluppo di una corrente opposta a principi equitativi di creazione giurisprudenziale. Sicché la soluzione adottata in tali ordinamenti è stata quella di includere alcune clausole generali, progettate per offrire un'equa interpretazione delle disposizioni statutarie contro un'interpretazione troppo rigorosa o formalistica nei vari codici²⁴³.

I grandi teorici del XVII secolo che influenzarono notevolmente il diritto emergente delle nazioni, Grozio e Pufendorf, assegnavano un posto importante all'equità nei rapporti tra gli Stati. Grozio, in particolare, si richiamava all'idea aristotelica di equità nella sua duplice connotazione - la comprensione di ciò che è giusto e ingiusto e concetto capace di correggere e migliorare il diritto positivo²⁴⁴.

A questo punto possiamo cercare di capire, considerando le fonti del diritto internazionale, se l'equità abbia ivi un ruolo da svolgere.

Innanzitutto preme rilevare come non vi sia alcun riferimento esplicito all'equità nello Statuto della CIG e non vi è neppure consenso tra i commentatori sul fatto che decidere un caso *ex aequo et bono*, come consentito dall'articolo 38 paragrafo 2, dello Statuto stesso importi l'utilizzo di principi di equità. Una decisione *ex aequo et bono* consente infatti la creazione del diritto da parte della Corte e si pone in contrasto con la legge²⁴⁵; si rileva al riguardo come nessuna delle parti in una

²⁴¹ MEAGHER R. P., HEYDON J. D. & LEEMING M.J. (eds.), *Meagher, Gummow and Lehane Equity Doctrines and Remedies*, Butterworths, London, IV ed., 2002.

²⁴³ FRIEDMANN W. G., *Legal Theory*, Stevens, London, V ed., 1967, pp. 543-545.

²⁴⁴ GROZIO U., *Of the Rights of War and Peace, In Which are Explained the Laws and Claims of Nature and Nations, and the Principle Points That Relate either to Publick Government or the Conduct of Private Life*, 1715. GROZIO U., *De Jure Belli ac Pacis, libri tres*, 1735. VON PUFENDORF S., *The Law of Nature and Nations, or, a General System of the Most Important Principles of Morality, Jurisprudence and Politics. To which is prefix'd M Barbeyrac's prefatory discourse containing an historical and critical account of the science of morality*, Basil Kennett trans., 1749.

²⁴⁵ È consuetudine distinguere tra diversi tipi di equità o diverse modalità in cui è possibile applicare l'equità. Le categorie tradizionali sono quelle della equità *infra legem*, equità *praeter legem* ed equità

controversia innanzi alla CIG abbia, finora, mai concordato sul fatto che la Corte potesse procedere in questo modo²⁴⁶.

Esclusa quindi la riconducibilità dell'*equity* alla decisione *ex aequo et bono* ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 38, la previsione che può assumere rilievo al fine di assegnare un ruolo come fonte-norma all'equità è quella del paragrafo 1 lettera c) del medesimo articolo, il quale considera i '*general principles of law recognized by civilized nations*' tra le fonti primarie (o formali) del diritto internazionale. I lavori del comitato consultivo (*Advisory Committee*) chiariscono che, sebbene vi sia stata nel dibattito una proposta nel senso di includere l'equità nella disposizione in commento quale fonte di legge autonoma, tale suggerimento è, infine, stato respinto²⁴⁷.

Sul termine 'principi generali' si ravvisa un generale accordo: esso farebbe riferimento sia ai principi propri del diritto internazionale in quanto tale sia a principi trasfusi nel diritto internazionale dagli ordinamenti interni²⁴⁸. L'inclusione di questa disposizione è stata controversa e ha provocato conflitti tra i rappresentanti di *common law* da un lato e quelli dell'Europa continentale e alcuni rappresentanti latinoamericani dall'altro. I giuristi di *common law*, Phillimore e Root, volevano che le fonti del diritto si limitassero alle convenzioni e alle

contra legem. L'equità *infra legem* può essere definita "*that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force, and is one of its attributes*" or equity "*used to adapt the law to the facts of individual cases*" (*Frontier Dispute Case, supra*, p. 554). Tale definizione è stata proposta dal Professor Lapidot nel suo contributo '*Equity in International Law*', *Is L R*, 1987, p. 172. Si veda inoltre AKEHURST M., *Equity and General Principles of Law*, *ICLQ*, 1976, p. 801. L'equità *praeter legem* è quella utilizzata per colmare le lacune normative o, più precisamente, utilizzata "*not (...) with a view to filling a social gap in law but (...) in order to remedy the insufficiencies of international law and fill its logical lacunae*". Infine, l'equità *contra legem* è quella utilizzata in deroga alla legge, per porre rimedio alle inadeguatezze sociali della legge (*Separate judgement* del Giudice Ammoun in *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. The Netherlands and Denmark)*, sentenza, merito, 20 febbraio 1969, in *I.C.J. Rep.*, 1969).

²⁴⁶ WHITE J., *Equity, supra*, p. 107.

²⁴⁷ *Ibid*, p. 108.

²⁴⁸ HUDSON M. O., *The Permanent Court of International Justice: a Treatise*, The Macmillan Company, London, 1934, p. 528.

consuetudini; ciò al fine di indurre il maggior numero possibile di Paesi ad accettare la giurisdizione del tribunale, nonché per evitare di consegnare eccessivo potere discrezionale nelle mani dei giudici. I rappresentanti degli ordinamenti giuridici continentali erano invece mossi dalla preoccupazione di evitare una pronuncia di *non liquet* (una situazione in cui un tribunale si dichiara incapace di risolvere una controversia a causa di una lacuna normativa)²⁴⁹.

Al fine di raggiungere un accordo, il rappresentante belga, Descamps, evidenziava che i principi di cui all'articolo 38 avrebbero dovuto essere solamente quelli comuni a tutti gli Stati ('*the fundamental laws of Justice and injustice*')²⁵⁰. In questo modo la libertà dei giudici sarebbe stata confinata entro limiti stringenti impedendo agli stessi di fondare il giudizio su considerazioni soggettive²⁵¹. Ricci-Busatti, il consulente legale del Ministero degli Esteri italiano a sostegno di tale impostazione, sottolineava come consentire ai giudici di applicare principi generali di diritto non avrebbe permesso loro di creare nuove regole, ma che, in tal modo, essi avrebbero semplicemente applicato regole generali già esistenti²⁵².

Lord Phillimore esprimeva la convinzione per cui tutti i principi della *common law* facevano parte del diritto internazionale²⁵³. Tuttavia i redattori intendevano che solo quei principi che fossero stati generalmente accettati in diversi sistemi giuridici potevano essere presi in considerazione come fonte di legge.

Sebbene la maggioranza del comitato consultivo fosse disposta ad accettare che l'equità avrebbe potuto giocare un ruolo nelle decisioni della Corte, non era disposta ad accettare l'equità come fonte indipendente di diritto internazionale a causa dei diversi significati che le sono stati accordati nei diversi contesti storico-temporali²⁵⁴. Si è cercata quindi una soluzione di compromesso che soddisfacesse

²⁴⁹ *Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, supra*, pp. 293-297.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 310.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*, p. 324.

²⁵³ *Ibid.*, p. 315.

²⁵⁴ VAN DIJK P., *Equity: a Recognized Manifestation of International Law?*, in M. Bos and W. Heere (eds.), *International Law and its Sources*, Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 11.

le esigenze degli esponenti di ambedue i sistemi di *common* e *civil law*, non offrendo alcun contenuto ai ‘principi generali’.

Nuova linfa al ruolo che l’equità è chiamata a svolgere nel diritto internazionale è stata offerta dalle parole del Giudice Hudson nel caso relativo alla Deversione delle acque dal fiume Mosa (sul quale *amplius*, capitolo II, para. 2.1.1) nei seguenti termini: “*under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as part of the international law which it must apply*”²⁵⁵ e “*it would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non- performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non- performance of that obligation by the other party. The principle finds expression in the so-called maxims of equity which exercised great influence in the creative period of the development of the Anglo-American law. Some of these maxims are, ‘Equality is equity’; ‘He who seeks equity must do equity’. (...) A very similar principle was received into Roman Law*”²⁵⁶. Sebbene dissenziente, il giudice Anzilotti (relatore peraltro del comitato consultivo del 1920 di redazione dello Statuto CIG), concordava, descrivendo la massima secondo cui ‘*one who seeks equity must do equity*’ come “*so just, so equitable, so universally recognised, that it must be applied in international relations. [It is one of the] general principles of law recognised by civilized nations*”²⁵⁷.

Del pari, confermando la linea adottata dal comitato consultivo, gli arbitri nel caso *Norwegian Ship Owners*, chiamati a decidere le richieste applicando ‘*law and equity*’, dichiaravano che: “*The words ‘law and equity’ (...) cannot be understood here in the traditional sense in which these words are used in Anglo-Saxon jurisprudence. The majority of international lawyers seem to agree that these words*

²⁵⁵ *Diversion of Waters from the River Meuse, supra*, para. 4.

²⁵⁶ *Ibid, dissenting opinion* del Giudice Hudson.

²⁵⁷ *Ibid*, para. 50.

are to be understood to mean general principles of justice as distinguished from any particular system of jurisprudence or the municipal law of any state”²⁵⁸.

Un tribunale internazionale può applicare l'equità entro i confini stabiliti dalla legge; ciò a dire che, se una norma può essere interpretata in più di un modo, allora l'equità può essere applicata al fine di accertare l'interpretazione che meglio serve agli scopi della legge. In un altro senso, l'equità può essere usata laddove la legge tace per portare il caso all'interno della legge in modo tale che le intenzioni degli Stati possano essere attuate. Ciò è diverso dall'equità *contra legem*, ove il testo della legge va contro quella che si ritiene sia la sua reale intenzione o scopo. È generalmente riconosciuto che un tribunale internazionale avrebbe bisogno di poteri espliciti prima di poter modificare la legge in tal modo²⁶⁰.

La caratterizzazione dell'equità come ‘principio generale’ della legge pone ulteriori vincoli al suo funzionamento. Rosenne sottolinea che l'equità non opera automaticamente per correggere una decisione in cui la rigorosa applicazione della legge si traduce in una conclusione insoddisfacente. Un principio di equità può entrare in gioco, infatti, solo quando esso sia generalmente riconosciuto dagli ordinamenti delle ‘Nazioni civili’²⁶¹. Ad esempio, nel *Frontier Dispute*, la Corte dichiarò che sarebbe stato ingiustificato ricorrere all'equità per modificare una frontiera stabilita ed ereditata dalle potenze coloniali. La Corte ha rifiutato che modificare la frontiera potesse riflettere un dubbio concetto di equità²⁶².

Quando l'equità sia stata applicata come ‘principio generale’, i giudici della CIG raramente si sono espressi in tal senso. Piuttosto sembra essere dato per scontato che varie regole eque, come l'*estoppel* e il principio secondo cui ‘*he who comes into equity must come with clean hands*’ fanno parte del diritto internazionale e non richiedono ulteriori spiegazioni se non la loro rilevanza nel caso in esame²⁶³.

²⁵⁸ *Norwegian Ship Owners' Case (U.S. v Norway)*, 1 Reports of International Arbitral Awards, 1922, p. 307.

²⁶⁰ Per esempio lo *special agreement* tra il Canada e gli indiani Cayuga, 1926, 6 Reports of International Arbitral Awards, p. 173.

²⁶¹ ROSENNE S., *supra*.

²⁶² *Frontier Dispute*, *supra*, p. 554.

²⁶³ WHITE J., *Equity*, *supra*, p. 110.

Non può sorprendere che la Corte abbia evitato di discutere di equità come idea astratta. Le discussioni in seno al comitato consultivo dimostrano infatti differenze abbastanza profonde tra i rappresentanti dei diversi sistemi giuridici in merito al contenuto dell'equità e al lavoro che la stessa può svolgere nelle decisioni internazionali. Da allora, il numero di Stati indipendenti è più che raddoppiato. La Corte ha tuttavia sorprendentemente raggiunto l'unanimità in casi che avevano al centro un problema di equità. Ha avuto la tendenza a raggiungere questo obiettivo “*connecting elements of equity with very concrete circumstances*”²⁶⁵. In tal senso, l'equità si iscrive quindi tra i principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili.

Un buon esempio della differenza tra la portata dell'argomentazione equa e legale lo fornisce il *Teheran Case*, in cui lo Stato convenuto, l'Iran, suggeriva che gli eventi potessero essere compresi solo alla luce di “*more than 25 years of continual interference by the United States in the internal affairs of Iran*” e che la Corte non avrebbe dovuto quindi concentrarsi solo sulle pretese statunitensi²⁶⁶. La maggior parte dei giudici della Corte internazionale respingeva questo argomento, affermando che l'Iran non aveva formulato “*any attempt to explain, still less define, what connection, legal or factual, there may be between the 'overall problem' of its general grievances against the United State and the particular events that gave rise to the United States' claims in the present case (...) never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them*”²⁶⁷. Il contrasto tra l'approccio iraniano e l'approccio adottato dalla Corte a maggioranza rispecchia il contrasto tra equità e legge. L'argomentazione legale restringe infatti il problema ed esclude, ritenendole irrilevanti, una serie di circostanze contingenti. Trasforma cioè una relazione complessa in una relazione unidimensionale. L'equità, al contrario, permette

²⁶⁵ WHITE J., *Equity*, *supra*, p. 113.

²⁶⁶ *Teheran Case (United States of America v Iran)*, ICJ Rep 1980, para. 20 (*dissenting opinion* del Giudice Taranzi).

²⁶⁷ *Ibid*, para. 20.

all'organo giudicante di basarsi sulla considerazione di tutte le circostanze sussistenti nel caso concreto²⁶⁸. In altre parole, spostare l'argomento strettamente normativo all'equità consente un ampliamento della portata dell'indagine²⁶⁹. Queste caratteristiche rendono l'equità particolarmente adatta alla discussione in un contesto in cui vi è una moltitudine di interessi in gioco non contemplati in diritti e doveri specifici²⁷⁰.

5.1 L'estoppel

Il principio di *estoppel*²⁸³ (o il divieto di *venire contra factum proprium*) “operates on the assumption that one party has been induced to act in reliance on the assurances of other conduct of another party, in such a way that it would be prejudiced were the other party later to change its position”²⁸⁴. Quindi, sussistenti talune condizioni²⁸⁵, la legge vincola una parte all'aspettativa che la stessa ha deliberatamente creato.

L'*estoppel*²⁸⁶ è stato definito come un “*simple and wholly untechnical conception, perhaps the most powerful and flexible instrument to be found in any*

²⁶⁸ LOWE V., *supra*, p. 72.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ NADER L., STARR J., *Is Equity Universal?*, in Newman (ed.) *Equity in the World's Legal Systems: A comparative study*, Établissements Émile Bruylant, Brussels, 1973, p. 125.

²⁸³ Cfr. MACGIBBON I. C., *Estoppel in International Law*, ICLQ 7, 1958, pp. 468 e ss. e MARTIN A., *L'estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris, 1979.

²⁸⁴ MOSLER H., *General Course on Public International Law*, Recueil des Cours 140, 1974, p. 147.

²⁸⁵ Queste condizioni sembrerebbero le seguenti: (i) una condotta iniziale libera, chiara e inequivocabile di una parte, legalmente imputabile ad essa; (ii) un affidamento serio e in buona fede da parte di un'altra parte su tale condotta avente quale conseguenza una certa condotta da parte sua; (iii) il danno subito dalla controparte deriva dal suo affidamento sulla posizione assunta dalla parte. Per un'analisi più dettagliata cfr. KOLB R., *La bonne foi*, *supra*, p. 359 e ss.

²⁸⁶ “*Estoppel*” deriva dal francese “*estoupe*” da cui la parola inglese “*stopped*”; si tratta di un retaggio del francese normanno utilizzato dalle Corti, così COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, *supra*, p. 6.

system of court jurisprudence”²⁸⁷. Lord Denning ha descritto l'*estoppel* come: “*a principle of justice and equity. It comes to this: when a man, by his words or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so*”²⁸⁸.

Il termine, seppur coniato nella *common law* anglo-americana²⁸⁹, appare altresì ascrivibile al generale concetto di buona fede e di ‘*preclusion*’ di tradizione continentale²⁹⁰.

L'*estoppel* internazionale ha una base storica sia nella *common law* anglo-americana che nei sistemi di diritto civile europeo, che hanno l’analogo concetto di ‘*preclusion*’ o ‘*foreclusion*’. Tuttavia, l'*estoppel* internazionale differisce dai suoi antenati di diritto civile e comune²⁹¹. Infatti, l'*estoppel* internazionale traccia linee più ampie²⁹². MacGibbon osservava al riguardo come “[it] *has been invoked (...)*

²⁸⁷ POLLOCK, citato da Lord Wright in *Canada and Dominion Sugar Company Ltd. V Canadian National (West Indies) Steamships Ltd.*, (1946) AC 46, PC, p. 55.

²⁸⁸ *Moorgate Mercantile Co. Ltd. v Twitchings* (1976), 1 QB 225, CA, p. 241.

²⁸⁹ Nella *common law* l'*estoppel* funge principalmente da strumento procedurale e assume diverse forme quali, ad esempio, quella del *promissory estoppel* e dell'*equitable estoppel*. Il *promissory estoppel* è un termine in traducibile riferito al *simple contract* per indicare quella dottrina per cui qualora la promessa abbia indotto nel promissario o nel terzo un affidamento dannoso, essa è vincolante (DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico – Law dictionary*, Giuffrè, Milano, 1984). L'*equitable estoppel* è anche detto *estoppel in pais o pays (estoppel by conduct)* ossia derivante da un determinato comportamento; (Ibid). L’opinione espressa in *White v Ashton*, 51 N. Y. 280, 287, *Horn v Cole*, 51 N.H. 287 contiene una completa ed esaustiva ricognizione della storia, dell’origine e della natura della dottrina dell'*equitable estoppel*. Si legge: “*It thus appears that what has sometimes been called an equitable estoppel, and sometimes with less propriety an estoppel in pais, is properly and peculiarly a doctrine of equity, originally introduced there to prevent a party from taking a dishonest and unconscientious advantage of his strict legal rights, though now with us, like many other doctrines of equity, habitually administered at law*”.

²⁹⁰ COTTIER T., MÜLLER J. P., *Estoppel*, in Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, aprile 2007.

²⁹¹ Per un commento all’ ‘*equitable*’ e al ‘*promissory*’ *estoppel* nel diritto anglo-americano si veda MCGIBBON I., *Estoppel in International Law*, 7 Int’l and Com. L. Q., 1958, p. 168 e 477.

²⁹² WAGNER M. L., *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice*, California Law Review, vol. 74, 1986, p. 1777.

*upon an insistence on good faith and equitable conduct coupled with a lively awareness of the danger of adopting inconsistent attitudes at different times*²⁹³. Il fatto di fondare l'*estoppel* sulla buona fede consente allo stesso di assumere una dimensione maggiore²⁹⁴. L'obbligo di agire in buona fede è infatti un principio generale del diritto e quindi fa parte di quelle fonti del diritto internazionale che, come si è già avuto modo di evidenziare, sono annoverate nell'articolo 38 dello Statuto della CIG²⁹⁵. Di conseguenza "*modern opinion is tending to elevate the concept of estoppel to the rank of one of the 'general principles of law recognized by civilized Nations'*"²⁹⁶. L'*estoppel* di diritto internazionale, quindi, si basa sulla buona fede e promuove la coerenza nelle relazioni internazionali. È un concetto ampio e, come 'principio generale del diritto', può essere applicato nelle decisioni della Corte internazionale di giustizia²⁹⁷.

Nel diritto internazionale si possono ravvisare due applicazioni del principio di *estoppel*. Il principio può operare infatti sia livello di diritto sostanziale, ma può anche trovare spazio a livello procedurale. L'*estoppel* concepito da un punto di vista sostanziale governa la creazione, la modifica e l'estinzione dei diritti soggettivi. Esso è, in buona sostanza, una fonte di obbligo²⁹⁸. Tale forma di *estoppel* può essere applicata anche al di fuori di un procedimento giudiziario. D'altra parte vi è anche una forma procedurale di *estoppel*. Se una parte ha creato un'aspettativa legittima

²⁹³ Ibid, p. 487. Si veda, inoltre, BROWLIE I., *Principles of Public International Law*, in Crawford (ed.) OUP Oxford, III ed., 1979.

²⁹⁴ BOWETT D. W., *Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, 33 Brit. Yearbook Int'l L., 1957, p. 176.

²⁹⁵ *Certain Norwegian Loans (France v Norway)*, 6 luglio 1957, I.C.J. Rep. 1957 (*Separate Opinion* del Giudice Lauterpacht).

²⁹⁶ MCGIBBON I., *The Scope of Acquiescence in International Law*, 31 Brit. Yearbook Int'l L., 1954, pp. 147-148. Si veda inoltre JENKS C., *The Prospects of International Adjudication*, Stevens & Sons Ltd, Oceana Publications, Dobbs Ferry NY, 1964, pp. 267, 268.

²⁹⁷ Si vedano *Fisheries case (U.K. v Norway)*, sentenza, 18 dicembre 1951, I.C.J. Rep, 116, 1951; *Temple of Preah Vihear, supra Nuclear Tests (New Zealand v France)*, sentenza, 20 dicembre 1974, I.C.J. Rep. 1974; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, supra*.

²⁹⁸ Sul punto *Temple of Preah Vihear Case, supra*, para. 32.

dell'altra parte su determinati fatti, potrebbe non essere in grado di sollevare fatti contrari in prove in procedimenti giudiziari. La regola del *estoppel* qui riguarda questioni relative alle prove²⁹⁹.

Alcune caratteristiche dell'*estoppel* nel diritto internazionale pubblico sono generalmente accettate, come rilevato dal Giudice Spencer nel caso *Temple of Preah Vihear* nei termini seguenti: “*The principle operates to prevent a State contesting before the Court a situation contrary to a clear and unequivocal representation previously made by it to another State, either expressly or impliedly, on which representation the other State was, in the circumstances, entitled to rely and in fact did rely, and as a result that other State has been prejudiced or the State making it has secured some benefit or advantage for itself*”³⁰⁰. L'effetto tipico del principio è quello per cui, sussistendone i requisiti, ad una parte è precluso (*estopped*) di adottare successivamente ed efficacemente decisioni o comportamenti contrari rispetto al medesimo oggetto. Questo concetto deve essere tenuto distinto da alcune più ampie nozioni di *estoppel* o *preclusion* che, nella sostanza, riflettono massime quali *non licet venire contra factum proprium* o *allegans contraria non audiendus est*³⁰¹. La differenza consiste nel fatto che nessun pregiudizio o danno è richiesto alla luce di tali massime che sono peraltro derivate dalla *civil law*.

²⁹⁹ MARTIN A., *L'estoppel en droit international public*, *supra*, p. 65.

³⁰⁰ *Temple of Preah Vihear*, *supra*, *dissenting opinion* di Sir Percy Spender.

³⁰¹ COTTIER T., MÜLLER J. P., *Estoppel*, *supra*.

Le nozioni restrittive di *estoppel* nel diritto internazionale pubblico che attualmente prevalgono si sono sviluppate e sono state definite dopo la Seconda Guerra mondiale³⁰² seppure anche prima di allora vi furono decisioni in tal senso³⁰³.

La Corte Internazionale di Giustizia affrontava la questione dell'*estoppel* nel caso *North Sea Continental Shelf* accogliendone la concezione restrittiva. La Corte in quell'occasione riteneva infatti che, a parte il caso della formale adesione, uno Stato non si può presumere vincolato da un trattato e che “*only a very definite, very consistent course of conduct*” possono avere un effetto vincolante per un soggetto terzo³⁰⁴. La CIG collegava tali requisiti all'*estoppel* nei termini seguenti: “*It appears to the Court that only the existence of a situation of estoppel could suffice to lend substance to ... [the contention that the Federal Republic was bound by the Geneva Convention on the Continental Shelf]—that is to say if the Federal Republic were now precluded from denying the applicability of the conventional régime, by reason of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of that régime, but also had caused Denmark or the Netherlands, in reliance on such conduct, detrimentally to change position or suffer some prejudice*”³⁰⁵.

Allo stesso modo la CIG adottava un concetto restrittivo di *estoppel* nel 1984 nel

³⁰² BOWETT D., *Estoppel before International Tribunals and its Relations to Acquiescence*, *supra*, pp. 176–202; DOMINICÉ C., *A propos du principe de l'estoppel en droit des gens*, in P. Guggenheim *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Imprimerie de La Tribune, Geneva, 1968, pp. 327–65; MARTIN A., *L'estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris, 1979; KOLB R., *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

³⁰³ *Ex multis*, *Tinoco Claims Arbitration (Great Britain v Costa Rica)*, 1923, 1 RIAA para. 369, 383–84; *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Issued in France (France v Brazil)*, PCIJ Rep Series A No 21; *Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes)*, PCIJ Rep Series A No 20/21.

³⁰⁴ *Ibid*, para. 28.

³⁰⁵ *North Sea Continental Shelf*, *supra*, para. 30

caso *Gulf of Maine*³⁰⁶. In tale occasione veniva avallato il requisito del pregiudizio o danno che distingue l'*estoppel* in senso stretto dalla acquiescenza. Una lettera scritta dalle autorità competenti (*Hoffman Letter*) implicitamente riconoscendo la delimitazione in base alla linea mediana, fu, in quel contesto, considerata non sufficiente a legittimare l'efficace invocazione dell'*estoppel*³⁰⁷.

Requisiti restrittivi sono stati inoltre applicati con riferimento questioni procedurali: la CIG nel caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* ha statuito quanto segue: “*An estoppel would only arise if by its acts or declarations Cameroon had consistently made it fully clear that it had agreed to settle the boundary dispute submitted to the Court by bilateral avenues alone. It would further be necessary that, by relying on such an attitude, Nigeria had changed position to its own detriment or had suffered some prejudice*”³⁰⁸.

Nonostante, come detto, nella giurisprudenza prevalga il concetto restrittivo dell'*estoppel*, le parti in controversia tendono a fondare le proprie difese su una concezione ampia, a volte confondendola con l'acquiescenza e con una più ampia percezione del venire *contra factum proprium*, in modo tale da massimizzare gli effetti della dottrina.

La nozione estensiva di *estoppel* si rinviene in più recenti arbitrati³⁰⁹ e in *separate opinions*³¹⁰. Sebbene la dottrina dell'*estoppel* sia ben consolidata nel diritto internazionale pubblico, non vi è accordo sulla sua qualificazione nel novero delle fonti. Molti autori considerano la dottrina alla stregua di un principio generale

³⁰⁶ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v U.S.A.)*, sentenza, 12 ottobre 1984, I.C.J. Rep 1984.

³⁰⁷ *Gulf of Maine, supra*, para. 126–154, in particolare, para. 142–45.

³⁰⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening)*, obiezioni preliminari, decisione, 11 giugno 1998, ICJ Rep. 1998, para. 57; *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v India)*, sentenza, 21 giugno 2000, I.C.J. Rep. 2010, para. 45; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Canada)*, 2004, ICJ Rep 429, para. 42.

³⁰⁹ *Oil Field of Texas, Inc v The Government of the Islamic Republic of Iran et al, Concurring Opinion* di Richard M Mosk, 1 Iran-US CTR para. 363 e 375–76.

³¹⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, sentenza, 25 settembre 1997, I.C.J. Rep. 1997, *separate opinion* del Vice-Presidente Weeramantry, para. 115–18.

di diritto, derivato dal più ampio concetto di buona fede (Kolb). La stessa CIG ha ritenuto che la dottrina dell'*estoppel* “*follow(s) from the fundamental principles of good faith and equity*”³¹¹.

Può apparire, *prima facie*, che *estoppel* e *clean hands* siano tra loro sovrapponibili. La differenza tra i due concetti risiede tuttavia nel fatto che, mentre la *clean hands doctrine* presuppone una condotta illecita o immorale a monte della controversia e in relazione al *petitum*, l'*estoppel* prescinde dalla illegalità ovvero dalla immoralità delle dichiarazioni o del comportamento preclusivo.

La *clean hands doctrine* presuppone dunque a monte dei requisiti più puntuali che ne hanno evidentemente confinato la sua applicazione a differenza di quanto accaduto con l'*estoppel* che, declinato in termini più comprensivi ed elastici, risulta una difesa efficace e in grado di abbracciare una varietà di situazioni non immediatamente disciplinate da una regola di diritto positivo.

5.2 La *clean hands doctrine*

Come anticipato, la *clean hands doctrine* si iscrive a pieno titolo tra i principi dell'*equity*³¹².

³¹¹ *Gulf of Maine, supra*, para. 130.

³¹² L'*equità* (o *equity*) è un sistema di regole giuridiche e rimedi sviluppatosi in Inghilterra nel Medio Evo per sopperire alle lacune della *common law* e controbilanciare la sua estrema rigidità; infatti, la *common law* non offriva ai ricorrenti altri rimedi al di fuori del risarcimento del danno e consentiva di far valere soltanto quei diritti tutelabili tramite un *writ*, i quali tuttavia non coprivano ogni posizione giuridica meritevole di tutela e non erano in grado di prendere in considerazione le peculiarità del singolo caso. Con l'avvento dell'*equity*, coloro i quali non avevano potuto ottenere giustizia nelle Corti di *common law* si potevano rivolgere ai Cancellieri del re e successivamente alla *Court of Chancery* per un rimedio secondo equità. Con la riforma introdotta dai *Judicature Acts* 1873-1875, la distinzione tra corti di *common law* e *Court of Chancery* è venuta meno e la nuova unica *Supreme Court of Judicature* amministra la giustizia applicando sia *common law* che *equity*. L'*equity* conserva tuttora la sua rilevanza nei Paesi di *common law* come insieme di principi di diritto applicati in via suppletiva ogni volta che l'applicazione dello stretto diritto risulti, in concreto, iniqua. Nella prassi contemporanea di tali Paesi, la più importante distinzione tra diritto ed *equity* risiede nel diverso insieme di rimedi offerti da esse. Il più comune strumento di tutela che può offrire una Corte che giudichi secondo diritto è il risarcimento del danno; in base all'*equity*, invece, è

Secondo la definizione dell'autorevole Black's Law Dictionary, la dottrina delle mani pulite importa che *"a party cannot seek equitable relief or assert an equitable defense if that party has violated an equitable principle, such as good faith"*³¹³. Allo stesso modo, l'Oxford Companion to Law descrive la dottrina come *"a traditional maxim of equity"* secondo cui *"a man must come to a court of equity with clean hands, that is, with a claim unsullied by fraud or other unfair conduct"*³¹⁴. La condotta conforme alle norme dell'equità nella *common law* agisce quindi come una condizione preliminare per poter invocare il relativo rimedio: *"a [man] must come to equity with clean hands. If he has acted wrongly morally or legally he will not be helped by a court when complaining about the actions of the other party"*³¹⁵.

Altre definizioni offerte da dizionari e compendi giuridici aggiungono al requisito del comportamento in buona fede di chi invoca il rimedio equitativo altri elementi quali l'assenza di intenzioni scorrette o il previo adempimento dei propri obblighi assunti nei confronti della parte convenuta: *"the claimant cannot claim successfully if his or her motives are dishonest, or if his or her obligations to the defendant have not been discharged"*³¹⁶.

In taluni casi la definizione offerta specifica inoltre che non tutte le condotte illecite poste in essere dall'attore assumono rilievo nell'applicazione della *clean hands doctrine* ma solo quei comportamenti che siano collegati alla controversia.

possibile l'emanazione di *'injunctions'* o *'decrees'* in base ai quali si può ordinare o proibire al convenuto una determinata azione. Sull'equità nei sistemi di *common law* si vedano, *ex multis*, WHEELER J., *Essentials of the English legal System*, Longman, Harlow, II ed., 2002, pp. 366-371; MARSH S. B., *Outlines of English Law*, McGraw-Hill, London, V ed., 1990, pp. 6-7.

³¹³ GARNER, B. A., (ed.), *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, MN, VIII ed., 2004, p. 268.

³¹⁴ WALKER D. M., (ed.), *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 230.

³¹⁵ WHEELER J., *supra*, p. 370. La regola si ritrova tra le *maxims of equity* in WOODLEY M. (ed.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet and Maxwell, London, X ed., 2005, p. 162.

³¹⁶ COLLIN P. H., *Dictionary of Law*, Bloomsbury, London, 2004, p. 50. Tali elementi si comprendono meglio alla luce della prassi: ad esempio, il Black's Law Dictionary cita quale esempio di applicazione della dottrina il paragrafo 8 del *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, il quale stabilisce che una Corte non può pronunciarsi sulla richiesta di affidamento o ripristino dei diritti del genitore che si sia comportato in mala fede con riguardo ai diritti parentali dell'altro genitore (GARNER, B. A., (ed.), *Black's Law Dictionary*, *supra*).

In quest'ultimo senso il *Mozley and Whiteley's Law Dictionary* precisa quanto segue: “*clean hands are required from a plaintiff in equity, i.e., he must be free from reproach, or taint of fraud, etc. in his conduct in respect of the subject-matter of his claim*”³¹⁷.

Quando si fa riferimento alla *clean hands doctrine*, si accoglie qui una formulazione generica di quello che è stato ritenuto un principio di logica giuridica in base al quale la parte che cerca un rimedio giudiziale (*lato sensu*, di *equity*) deve essersi a sua volta comportata in conformità ai principi di equità in relazione alla controversia in oggetto. Inoltre, al fine di poter invocare tale dottrina, dovrebbe potersi riscontrare un nesso di causalità tra il pregiudizio subito dal convenuto e l'illecito precedentemente posto in essere dall'attore. Tale principio trova fondamento nella considerazione per cui un soggetto non può essere considerato meritevole di tutela con riguardo ad una certa pretesa laddove egli stesso non sia “incolpevole” secondo la nota massima di diritto romano per cui *ex turpi causa non oritur actio*. Anche volendosi allontanare quindi dall'*equity* la dottrina sarebbe riconducibile al più generale principio di buona fede certamente presente – ed ampiamente discusso - nei sistemi giuridici anche di *civil law* a partire dal diritto romano.

Come anticipato, secondo l'articolo 38 lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di giustizia, tra le fonti del diritto internazionale si collocano i ‘principi generali di diritto comuni agli ordinamenti delle Nazioni civili’. Sebbene riscontrabile più puntualmente nella *common law*, la regola delle *clean hands* trova, nondimeno, fondamento e riscontro nel principio di buona fede (presente, peraltro, in diversi settori nel diritto internazionale)³¹⁸. Si può dunque ritenere sussistente un principio di *clean hands* nei procedimenti giurisdizionali internazionali volti alla soluzione delle controversie tra Stati. Come anticipato, la dottrina delle mani pulite

³¹⁷ SAUNDERS J. B., *Mozley and Whiteley's Law Dictionary*, Butterworths, London, 1962 (VII ed.), p. 64.

³¹⁸ Per esempio, nel diritto dei trattati, con specifico riferimento agli obblighi dello Stato firmatario o dello Stato contraente nelle more della entrata in vigore, all'esecuzione dei trattati, alle regole di interpretazione, o alla violazione manifesta, (Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, 1969, artt. 18, 26, 31, 46).

è strettamente connessa al principio di buona fede, che è, indubbiamente, un principio generale di diritto internazionale, così come essa si avvicina alla norma che vieta di beneficiare della propria condotta illecita, altresì considerata da alcuni studiosi del diritto internazionale alla stregua di principio generale³¹⁹. Così ragionando e rimanendo su un piano strettamente teorico, il posto che la *clean hands doctrine* si trova ad occupare nel diritto internazionale pare non potersi contestare³²⁰. Tuttavia, si rileva come i tribunali internazionali siano piuttosto riluttanti ad applicare la *clean hands doctrine* non solo quale eccezione preliminare (volta ad escludere la giurisdizione o la ammissibilità del ricorso) ma anche nella fase di esame del merito (*infra*, capitolo III, para. 7)³²¹.

Questo si deve, a parere di chi scrive, alla circostanza per cui l'esatta relazione tra la dottrina delle mani pulite e il principio di buona fede e il principio secondo cui nessuno può beneficiare dei propri errori non è stata chiaramente esplicitata³²². Le memorie, sia orali che scritte, di alcuni Stati innanzi alle Corti e ai tribunali internazionali hanno creato l'impressione che le parti usino spesso il termine '*clean*

³¹⁹ LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, supra, pp. 167-169, 1982; si vedano inoltre SHAW M. N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, V ed., 2003, pp. 97-99, BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, (V ed.) 1998, CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and tribunals*, supra, p. 157 ("the principle is of such a fundamental character that where an award disregarded it, a State, even if the award were in its favour, would hesitate to insist upon its enforcement"). Si veda inoltre *Legal Status of the Eastern Greenland*, supra, para. 95 (*dissenting opinion* del Giudice Anzilotti) e *Diversion of Water from the River Meuse*, supra para. 25.

³²⁰ SCHWEBEL S. M., *Clean Hands in the Court*, The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law, Cambridge University Press, 1999, pp. 74-78

³²¹ SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate*, Am. Un. Int'l L. Rev., 20, no. 4 (2005): 829-866, p. 840.

³²² STEIN T. L., *Contempt, Crisis and the Court: The World Court and the Hostage Rescue Attempt*, 76 Am. J. Int'l L., 1982, pp. 499, 529 (dove l'autore suggerisce che la regola per cui una parte non può trarre vantaggio dalle proprie condotte illecite "*is related to, but admittedly somewhat distinct from the unclean hands doctrine in that it bears directly on the foundation of the plaintiff's right, rather than merely on the availability of a remedy*").

hands' quale sostituto specifico del principio di buona fede³²³. L'ambigua differenziazione tra questi termini nel diritto internazionale ha generato un dibattito in dottrina sul fatto che la *clean hands doctrine* occupi un posto a sé stante tra i principi generali di diritto. Brownlie rileva come “*had never been convinced that the clean hands doctrine was part of the general international law*”³²⁴. Ancora prima, Rousseau esprimeva un punto di vista simile ritenendo che “*it is not possible to consider the theory of clean hands as an institution of general customary law*”³²⁵.

Alcuni studiosi tuttavia, ed è la prospettiva che si è deciso di accogliere nella presente trattazione, sostengono che la dottrina delle mani pulite sia, senza dubbio, un principio generale di diritto a sé stante³²⁶. Un interessante commento sullo stato della dottrina delle mani pulite è stato espresso da Luis Garcia Arias, il quale ha sottolineato come non sia riuscito a trovare alcun caso “*adjudicated before international tribunals where the doctrine of ‘clean hands’ has been applied directly*”, ma ciononostante ha ammesso che “*there are cases where the essence of this doctrine has been alluded to*”³²⁷. Sembra infatti che ogni volta che venga impiegato il termine ‘*clean hands*’, parte della dottrina e della giurisprudenza ritenga che questo sia in qualche modo distinto dal principio di buona fede e dal principio del divieto di beneficiare della propria condotta illecita. Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza mostra che le ‘mani pulite’ spesso non sono altro che una categoria utilizzata per esprimere lo *status* giuridico soggettivo di una delle parti nei casi in cui si applica uno dei due principi sopra menzionati³²⁸. Indipendentemente dal fatto che si ritenga la dottrina delle mani pulite un concetto giuridico autonomo rispetto alla buona fede, o invece sinonimo di tale principio, sembra senza dubbio che essa sia stata – più o meno espressamente - citata e

³²³ Per esempio *Van der Tang v Spain*, 22 Eur. Ct. H.R., 1993, para. 363, 381.

³²⁴ *Provisional Summary Record of the 2791st Meeting*, UN Int'l Comm'n No. 56th Sess, 11.

³²⁵ ROUSSEAU C., *Droit International Public*, Revue française de science politique, 1953, p. 177.

³²⁶ ROSS C. R., *Equity and International Law: a Legal Realist Approach to International Decisionmaking*, Brill-Nijhoff, Leiden, 1993, p. 165.

³²⁷ GARCIA-ARIAS L., *La Doctrine des “Clean Hands” en Droit International Public*, in *Annuaire Des Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International*, 1960, p. 18.

³²⁸ CHENG B., *supra*, p. 156.

applicata in molte controversie internazionali³²⁹ sulle quali ci si soffermerà nei capitoli II e III.

5.3 Unjust enrichment

L'*Iran-U.S. Claims Tribunal* nella decisione *Sea-Land Service Inc. v Iran* (di seguito *Sea-Land*) ha sintetizzato le caratteristiche dell'ingiustificato arricchimento nei seguenti termini: “*There must have been an enrichment of one party to the detriment of the other, and both must arise as a consequence of the same act or event. There must be no justification for the enrichment, and no contractual or other remedy available to the injured party whereby he might seek compensation from the party enriched*”³³⁰

Il divieto di ingiustificato arricchimento è spesso citato come esempio tipico di un principio generale di legge nel senso dell'Arte. 38 1 (c) Statuto CIG. In questo senso, gli esempi includono la *dissenting opinion* del Giudice Spiropoulos rispetto al lodo *Ambatielos* del 6 marzo 1956³³¹, il lodo *Libyan American Oil Company* (di seguito, LIAMCO) del 12 aprile 1977³³², e una serie di pronunce dello stesso *Iran-US Claims Tribunal*³³³. Inoltre se ne è discusso negli arbitrati ICSID e UNCITRAL

³²⁹ È interessante notare come, sebbene Alain Pellet - il quale si è schierato in senso contrario rispetto all'applicazione della *clean hands doctrine* nelle controversie tra Stati - abbia evidenziato come “*a situation in which a State complaining of a violation of international law by another State had itself violated international law neither afforded grounds for inadmissibility nor constituted a circumstance precluding wrongfulness. In the context of inter-state relations, the fact that two States were in violation of international law did not preclude the responsibility of both States been invoked*” (*Provisional Summary Record of the 2793rd Meeting*, UN Int'l L. Comm'n 56th Sess, 3).

³³⁰ *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (Grotius Cambridge 1983–96) vol. 1–28.

³³¹ *Ambatielos* [*dissenting opinion* del Giudice Spiropoulos] [1956] 12 RIAA, para. 83, 129.

³³² *LIAMCO v Government of the Libyan Arab Republic* [12 April 1977] 62 ILR, para. 141, 175–176, para. 141, 175–176.

³³³ *Sea-Land* 6 *Iran-US Claims Tribunal Reports* [Grotius Cambridge 1986], para. 149, 168 confermato in *Shannon & Wilson, Inc. v AEOI* 9 *Iran-US Claims Tribunal Reports* (Grotius Cambridge 1987), para. 397, 402; *Flexi-Van Leasing, Inc. v Iran* 12 *Iran-US Claims Tribunal Reports* (Grotius Cambridge 1988), para. 335, 353; *Schlegel Corp v NICIC* 14 *Iran-US Claims*

nel cui contesto il concetto di ‘*unjust enrichment*’ è stato riconosciuto come principio generale di diritto (per esempio in *Saluka Investments BV [The Netherlands] v Czech Republic*³³⁴ e in *Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador*³³⁵). Infine, il concetto di ingiustificato arricchimento è stato riconosciuto quale ‘*general principle of Community law*’ dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (si veda, tra gli altri, il caso C-259/87³³⁶).

Un’analisi comparativa sembra sostenere l’assunto che esiste un principio generale di diritto contrario all’arricchimento ingiustificato. A partire dal diritto romano (in particolare nel *Corpus Iuris Civilis*), disposizioni concernenti l’ingiustificato arricchimento si trovano in molti, e forse in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali. Alcuni di questi presentano chiare disposizioni codicistiche che prevedono la restituzione in casi di ingiustificato arricchimento, mentre altri hanno sviluppato taluni rimedi per far fronte a situazioni simili.

Eccezionalmente, la fonte di arricchimento ingiusto è stata trovata anche nell’equity. Soprattutto in opinioni separate o dissenzienti, i giudici e gli arbitri hanno fatto riferimento al principio di arricchimento ingiustificato sulla base delle nozioni generali di giustizia ed equità³³⁷.

A volte i convenuti hanno fatto affidamento sul presunto arricchimento ingiusto

Tribunal Reports (Grotius Cambridge 1988), para. 176, 180]; *Isaiah v Bank Mellat 2 Iran-US Claims Tribunal Reports* [Grotius Cambridge 1984], para. 232, 237

³³⁴ *Saluka Investment Bv (The Netherlands) v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006, para. 449, disponibile su <https://pcacases.com/web/sendAttach/880>.

³³⁵ *Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador* [Award of 2 August 2006] ICSID Case No ARB/03/26, para. 253–254.

³³⁶ Case C-259/87, *Hellenic Republic v Commission of the European Communities* [1990] ECR I-2845, para. 2.

³³⁷ Si veda, ad esempio, *Ambatielos* [Dissenting Opinion del Giudice Spiropoulos] *supra*; *Chas T. Main v Mahab* [Concurring Opinion del Giudice Mosk] 3 Iran-US Claims Tribunal Reports [Grotius Cambridge 1984] para. 270, 279; *Shannon & Wilson, Inc. v AEOI 9 Iran-US Claims Tribunal Reports* [Grotius Cambridge 1987] para. 397, 402.

dei ricorrenti come difesa per ridurre l'importo del risarcimento da assegnare³³⁸.

Un'analisi comparativa rivela che l'illegalità o l'immoralità sia negli ordinamenti di *common law* che in quelli di *civil law* (Francia, Germania, Regno Unito, Stati Uniti) sono utilizzati come difesa per fronteggiare un ricorso fondato sull'arricchimento ingiusto (si veda, tuttavia, International Chamber of Commerce Award No 2930 (1982) IX YBCA 105, 107 et seq). Come rilevato dalla dottrina: “*As a defence, illegality implies that the plaintiff’s own illegal or immoral conduct can defeat a claim in unjust enrichment which would otherwise lie (...). There is, interestingly, no divide between common law and civil law as regards the illegality defence. This has largely to do with the fact that this defence can be traced back to Roman law in all legal systems under consideration*”³³⁹.

Anche sul piano internazionale sembra fermamente stabilito che il principio di buona fede preclude l'invocazione di una pretesa fondata su un ingiustificato arricchimento in una situazione che nasce da un illecito commesso dalla parte istante. Nella giurisprudenza arbitrale, quando è stata stabilita la corruzione, i tribunali hanno dichiarato che le parti non potevano richiedere l'esecuzione del contratto né chiedere la restituzione ai sensi di esso. Questa pratica si basa sul principio *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*. Gli arbitri declineranno quindi la giurisdizione o negheranno un rimedio come la restituzione in caso di contratti contaminati da frode o corruzione³⁴⁰. Anche i reclami fondati su

³³⁸ Tra i casi di maggior rilievo al riguardo si ricordano: *CMS Gas Transmission Company v the Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, sentenza, 12 maggio 2005, para. 218–20; *LG&E v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/1, lodo, 25 luglio 2007, para. 26, 58; *American Manufacturing & Trading, Inc. v Zaire* (‘AMT v Zaire’), ICSID Case No ARB/93/1, lodo, 21 febbraio 1997; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt* ICSID Case No ARB/84/3, lodo, 20 maggio 1992, para. 245–47 e *Zeevi Holdings v Bulgaria and the Privatization Agency of Bulgaria* [Final Award of 25 October 2006] UNCITRAL Arbitration Case UNC 39/DK.

³³⁹ DANNEMANN G., *Illegality as Defence against Unjust Enrichment Claims*, in R Zimmermann and D Johnston (ed.) *Unjust Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002 pp. 310–26.

³⁴⁰ Si veda, ad esempio, International Chamber of Commerce Award No 1110 [1963] XXI YBCA 47; International Chamber of Commerce Award No 3913 [1981] 111 Clunet 920; International

contratti contaminati da pratiche illegali sono generalmente respinti per motivi giurisdizionali con riferimento al principio *nemo auditur*³⁴¹.

Di conseguenza, in una situazione che coinvolge la corruzione o che è altrimenti contaminata da condotte illecite né una rivendicazione contrattuale né una rivendicazione basata su un arricchimento ingiusto dovrebbero avere successo. L'unica possibile eccezione a questo principio potrebbe essere una situazione in cui la frode o la corruzione non avevano ovviamente influenzato la conclusione e l'esecuzione del contratto³⁴². Altrimenti sembra potersi concludere con certezza che il principio *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* sia radicato nella pratica internazionale e sia applicabile come difesa a una richiesta di ingiustificato arricchimento³⁴³.

6. I sistemi di *civil law*

Con la locuzione '*civil law*' si fa riferimento a quegli ordinamenti giuridici nazionali facenti capo alla famiglia di diritto romano-germanico con origine nei territori europei unificatisi a partire dalla fondazione dell'Impero carolingio³⁵⁶.

La stessa espressione '*civil law*', in chiave storicistica, indica, in senso ampio, la tradizione dello *ius commune* ossia il modo di organizzare il diritto romano che

Chamber of Commerce Award No 6497 [1994] XXIV YBCA 71; *World Duty Free Comapny Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, lodo, 4 ottobre 2006, para. 179–187.

³⁴¹ Per esempio, *Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador* [Award of 2 August 2006] ICSID Case No ARB/03/26 para. 338–339; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, lodo, 27 agosto 2008, para. 568–590.

³⁴² Si veda *Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière [SIREXM] v Burkina Faso*, ICSID Case No ARB/97/1, lodo, 19 gennaio 2000, disponibile su <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/1>> [17 August 2017].

³⁴³ BINDER C., SCHREURER C., *Unjust Enrichment*, Max Plank Encyclopedias of International Law, Oxford University Press, 2017.

³⁵⁶ MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato, supra*, p. 163.

ha caratterizzato la storia giuridica europea dall'inizio del '200 e sino alla fine del '700³⁵⁷.

La famiglia romano-germanica sviluppatasi originariamente in Italia, Spagna, Francia, Germania, Paesi Bassi, Svezia e Romania, si è diffusa ben oltre l'Europa fino all'America Latina, a larga parte dell'Africa settentrionale e del Sud, al Medio Oriente, al Giappone, all'Indonesia, alle Filippine. La recezione del diritto romano in questi Paesi è stata agevolata e filtrata dalle codificazioni adottate nel XIX secolo da tutti i Paesi della famiglia romano-germanica³⁵⁸.

6.1 Le massime di diritto romano

La *clean hands doctrine* affonda certamente le proprie radici nel diritto romano. Alcune massime romanistiche, infatti, possono essere considerate, a buona ragione, gli antenati della dottrina stante la vicinanza del loro significato a quello che è oggi ritenuto essere il contenuto precipuo della dottrina delle mani pulite. Tra i brocardi latini che concretano il significato espresso dalla dottrina si possono ricordare i seguenti: *ex dolo malo non oritur action* (o *ex turpi causa non oritur actio*), *nullus commodum capere potest de iniuria sua propria* e *inadimplenti non est adimplendum*. Mentre l'ultima delle massime appena citate è stata accolta nella comunità internazionale come principio di diritto internazionale³⁵⁹ le *clean hands* ancora non hanno trovato un consenso unanime sulla loro collocazione in tale contesto.

³⁵⁷ MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto costituzionale italiano e comparato, supra*, p. 167.

³⁵⁸ SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo – Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 1 e ss.

³⁵⁹ La Corte Permanente di Giustizia nel caso *Factory at Chorzow, supra*, si esprimeva nei termini seguenti: “*It is a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open to him*”.

Per comprendere il significato della *clean hands doctrine* non si può tuttavia prescindere dalle succitate massime e dal loro contenuto.

Iniziando dalla massima *ex dolo malo non oritur actio* (un'azione non può nascere da una frode), il suo contenuto è stato ben espresso da Lord Mansfield in *Holman v Johnson* ove si legge: “*The objection, that a contract is immoral or illegal as between plaintiff and defendant sounds at all times very ill in the mouth of the defendant. It is not for his sake, however that the objection is ever allowed; but it is founded in general principles of policy, which the defendant has the advantage of, contrary to the real justice, as between him and the plaintiff, by accident, if I may so say. The principle of public policy is this: ex dolo malo non oritur actio. No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiffs own stating or otherwise, the cause of action appears to arise ex turpi causa, or the transgression of a positive law of the country, there the Court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the Court goes, not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and defendant were to change sides, and the defendant was to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it*”³⁶⁰. In buona sostanza, laddove le circostanze sottese alla massima in parola siano accertate dalla Corte, il diritto vantato fa un passo indietro e nessun ristoro verrà, in esito, accordato alla parte istante³⁶¹.

Le massime *nullus commodum capere potest de iniuria sua propria* e *ex turpi causa non oritur actio* sono molto vicine nel loro significato in quanto precludono la possibilità di ottenere soddisfazione alla parte che si sia comportata in maniera scorretta. La differenza risiede nel fatto che mentre l'enfasi nella *ex turpi causa* viene posta sul fatto che la rivendicazione del richiedente è contaminata da una condotta illecita (o immorale), il *nullus commodum* esclude, in termini più generici, che una parte possa ricavare un vantaggio dai propri errori³⁶².

³⁶⁰ *Holman v Johnson*, (1775) 1 Cowp 341.

³⁶¹ MANCE J., *Ex Turpi Causa - When Latin Avoids Liability*, 18 *Edinburgh L. Rev.* 175, 2014, p. 175 e ss.

³⁶² WHITE J., *supra*.

Inadimplenti non est adimplendum (non si è tenuti ad adempiere all'inadempiente) è il principio in base al quale la parte tenuta ad adempiere la prestazione può legittimamente rifiutare di eseguirla qualora l'altra parte non abbia ancora eseguito la propria. Il rimedio è tipico dei contratti a prestazioni corrispettive ove prende il nome di *exceptio inadimplenti contractus* (eccezione di contratto non adempiuto)³⁶³. Si tratta, in buona sostanza, di una forma di autotutela privata. Va rilevato tuttavia come il rifiuto della prestazione sia tuttavia ingiustificato, nonostante l'inadempimento di controparte, quando ciò sia contrario a buona fede: questo si verifica, segnatamente, nel caso in cui l'inadempimento sia di scarsa importanza³⁶⁴.

Se queste sono le massime che, quanto a contenuto, sono alla base della *clean hands doctrine*, questa deve essere tenuta distinta dalla massima *in pari delicto potior est conditio defentis*. Quest'ultima postula che ove attore e convenuto siano egualmente colpevoli, l'attore non è legittimato a ottenere rimedio³⁶⁵. Sicuramente, tale dottrina è connessa a quella di *clean hands* ma ha una più ristretta applicazione³⁶⁶. Infatti, *in pari delicto* si applica solo nel caso in cui le parti abbiano concluso una transazione illecita o iniqua³⁶⁷. Nella sua formula più consueta *in pari delicto* condanna la parte “*by participating in the illegal [or fraudulent] transaction he is guilty of moral turpitude*”³⁶⁸. Quindi, mentre *in pari delicto* si concentra sulla transazione e sulla sua illiceità condivisa soggettivamente dalle parti, la *clean hands doctrine* si rivolge alla condotta dell'attore e alla sua connessione con l'oggetto di

³⁶³ BERTOZZI P., *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, IPSOA, V ed., 2001. Il rimedio si applica anche nel caso in cui la prestazione sia stata già adempiuta ma in maniera inesatta; in tal caso si parla di *exceptio non rite adimplenti contractus* (eccezione di contratto non esattamente adempiuto).

³⁶⁴ DEL GIUDICE F., *Il Latino in Tribunale, Brocardi e termini latini in uso nella prassi forense*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2000.

³⁶⁵ *Truitt v Miller*, 407 A.2d 1073, 1079 (D.C. App. 1979).

³⁶⁶ *Ibid*; *Tarasi v Pittsburgh Nat'l Bank*, 555 F.2d 1152, 1156-57 n.9 (3d Cir. 1977), *See* 10 Loy L.A. L. Rev. 709, 713 (1977).

³⁶⁷ *Truitt v. Miller*, *supra*, 407 A.2d, 1079.

³⁶⁸ *Ibid*.

causa. Per converso, è del tutto possibile per una parte avere *unclean hands* in una transazione conforme alla legge e che non viola l'ordine pubblico³⁶⁹. La seconda maggiore differenza tra la *clean hands doctrine* e la massima *in pari delicto* risiede nel fatto che quest'ultima richiede che l'attore sia "*in equal fault*"³⁷⁰ con il convenuto mentre la dottrina delle mani pulite non si preoccupa del concorso della controparte³⁷¹.

Infine, si rileva che *in pari delicto* è sia una specificazione della massima "*he who comes into equity must come with clean hands*" che una separata regola di *common law*³⁷².

Le massime di diritto romano richiamate sono state trasfuse nel diritto internazionale e sono state spesso invocate quali principi generali in luogo della dottrina di *clean hands* della quale rappresentano sub-manifestazioni.

Per esempio, la massima *nullus commodum capere de sua iniuria propria* tradotto in inglese dal latino come '*[n]o advantage (may be) gained from one's own wrong*' (nessun vantaggio può derivare dal proprio comportamento scorretto)³⁷³, è un principio che è stato riconosciuto dalla Corte Permanente internazionale di giustizia nel caso *Factory at Chorzów* (sul quale ci si soffermerà ampiamente nel capitolo II)³⁷⁴. Nel respingere la domanda presentata dalla Polonia, la Corte dichiarava che: "*[a] principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, [is] that one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former party has, by some illegal act,*

³⁶⁹ Per esempio, in *Buchanan Home & Auto Supply Co. v Firestone Tire & Rubber Co.*, No. 79-175-9 (D.S.C. July 7, 1981) (*order granting dismissal*), la "*transaction*" costituiva un legittimo piano di rimborso e le *unclean hands* dell'attore erano date dall'abuso del piano.

³⁷⁰ *Tarasi v Pittsburgh Nat'l. Bank*, *supra*.

³⁷¹ POMEROY J. N., *supra*, para. 398.

³⁷² *Ibid*, para. 397-98.

³⁷³ Si veda CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, p. 149.

³⁷⁴ Ad esempio *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v Poland)*, obiezioni preliminari, PCIJ Rep, Ser A, No 6, 1925, para. 8-10.

*prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open to him*³⁷⁵.

Pare quindi che il principio *nullus commodum capere de sua injuria propria* sia presente nel diritto internazionale³⁷⁶. È bene precisare, tuttavia, che quando si considera questo principio, è necessario dimostrare che le azioni poste in essere dall'attore siano state l'unica causa della presunta violazione commessa dal convenuto.

La massima *ex dolo malo non oritur actio* (un'azione non può derivare da un atto illecito)³⁷⁷, ha trovato invece spazio nelle parole del Giudice Anzilotti nel caso relativo allo *status* della Groenlandia orientale (*amplius*, capitolo II)³⁷⁸.

La *clean hands doctrine* ha assunto infine rilievo nel caso di inadempimento di obblighi sinallagmatici³⁷⁹. La specificazione in parola della dottrina di *clean hands*

³⁷⁵ La Corte faceva richiamo al medesimo principio nel parere consultivo sulla *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, (1928) PCIJ Rep (Ser B, No 15) para. 26–27. Il parere consultivo riguardava un'affermazione polacca secondo cui i tribunali di Danzica non avevano giurisdizione su pretese avanzate dai funzionari delle ferrovie di Danzica contro l'Amministrazione delle ferrovie polacche (PRA); i ricorrenti erano al servizio della PRA ai sensi del trattato di Versailles e dei successivi accordi tra la Polonia e il Città libera di Danzica (ibid para. 8–10). Nell'affrontare una potenziale argomentazione polacca secondo cui i tribunali di Danzica mancavano di giurisdizione poiché la Polonia non aveva previsto tale giurisdizione nel suo diritto interno, la Corte dichiarò che alla Polonia sarebbe stato impedito di presentare una simile richiesta poiché si sarebbe basata su una violazione di un suo proprio obbligo (ibid para. 26–27).

³⁷⁶ La massima in parola è stata considerata anche nel caso *Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, *supra*.

³⁷⁷ *Legal Status of Eastern Greenland*, *dissenting opinion* del Giudice Anzilotti, *supra*, para. 95.

³⁷⁸ *Eastern Greenland*, *supra*, para. 26. La massima era stata inoltre già precedentemente considerata dalla Corte Permanente internazionale di giustizia nel caso *Free Zones*, P.C.I.J., 1932 Series A/B No. 46, p. 167.

³⁷⁹ *Case Concerning the Diversion of Water from the River Meuse supra*; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentenza, 31 marzo 2004, in I.C.J. Rep., 2004, p. 38, para. 47; *Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v Belgium)*, ICJ Reports 137, sentenza del 14 febbraio 2002; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua supra*, pp. 382-384.

si riscontra nel caso relativo alla diversione delle acque del fiume Mosa³⁸⁰ ove, in un *obiter dictum*, la Corte dichiarava che: “[the Court] finds it difficult to admit that the Netherlands are now warranted in complaining of the construction and operation of a lock of which they themselves set an example in the past”³⁸¹. Tuttavia, è stata l'opinione concorrente del Giudice Hudson in quel caso a far avanzare questa affermazione. Riferendosi, tra l'altro, a fonti anglo-americane e romane, Hudson dichiarava infatti che: “[i]t would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party”³⁸². L'applicabilità del principio dichiarato da Hudson veniva quindi condivisa dalla maggioranza della Corte³⁸³. Sebbene Hudson non abbia invocato esplicitamente la dottrina delle mani pulite, la sua opinione è stata presa in considerazione quale “[t]he most notable exposition and application of the [clean hands] principle’, or at least of ‘an allied principle”³⁸⁴ dalla giurisprudenza successiva³⁸⁵. Nel suo dissenso espresso nel caso del Nicaragua v Stati Uniti, anche il Giudice Schwebel riteneva che la dottrina delle mani pulite, nella sua manifestazione relativa all’adempimento di obblighi reciproci, avrebbe dovuto essere applicata (*amplius* capitolo II)³⁸⁶.

³⁸⁰ *Diversion of Waters from the River Meuse*, *supra*, para. 16.

³⁸¹ *Ibid*, para. 25.

³⁸² *Diversion of Waters from the River Meuse*, *individual opinion* del Giudice Hudson, *supra*, para. 77. Nella medesima decisione il Giudice Anzilotti affermava di essere “convinced that the principle underlying this submission (*inadimplenti non est adimplendum*) is so just, so equitable, so universally recognized, that it must be applied in international relations also. In any case, it is one of these ‘general principles of law recognized by civilized nations’ which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute”.

³⁸³ JENKS C. W., *The Prospects of International Adjudication*, *supra*, p. 326.

³⁸⁴ SCHWEBEL S. M., *Clean Hands Principle*, Oxford Public International Law, 2013.

³⁸⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *dissenting opinion* del Giudice Schwebel, *supra*, para. 269.

³⁸⁶ *Ibid*.

6.2 La buona fede (la *exceptio doli generalis*)

La buona fede è un principio che, nel corso dei secoli, ha conosciuto sorti alterne e assunto significati e contenuti diversi a seconda dei contesti storico-giuridici nei quali ha trovato spazio. La *bona fides* era già presente nel diritto romano come evoluzione concettuale e risvolto giuridico della *fides*³⁸⁷. La funzione da essa svolta nel diritto romano si ricollega al progressivo affermarsi dei *iudicia bonae fidei* e alla conseguente dicotomia tra *ius civile* e *ius honorarium*. I *iudicia bona fidei* svolsero un ruolo fondamentale nel superamento, ad opera della giurisprudenza pretorile, dei procedimenti formali tipici dello *ius civile*³⁸⁸. Tramite tali giudizi, in una serie di circostanze, avvertite come socialmente tipiche, la funzione socio-economica alla base del rapporto veniva ad essere tutelata a prescindere dai presupposti materiali o dalle forme richieste dallo *ius civile*³⁸⁹. Con il passaggio dall'epoca classica al periodo giustiniano si riscontra una progressiva perdita di rilevanza sistematica della *bona fides* con il venir meno del sistema formulare e con l'affermarsi di una logica giuridica fondata sulla *naturalis aequitas*³⁹⁰. Inizia quindi la transazione dalla nozione classico-romana di buona fede a quella cristiano-medievale; un ruolo importante in tale periodo è svolto dal diritto canonico: *bona fides* e retta coscienza – buona fede in senso giuridico e in senso religioso – finiscono per coincidere³⁹¹. Nel diritto medievale, quindi, la nozione di *bona fides* viene utilizzata, soprattutto dai giuristi prima di Baldo, per descrivere tre tipologie di condotte: l'obbligo per le parti di tenere fede alla parola data, il divieto di trarre

³⁸⁷ TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, p. 4.

³⁸⁸ SCHERMAIER M. J., *Bona Fides in Roman Contractual Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 63.

³⁸⁹ TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani*, *supra*, p. 52.

³⁹⁰ SCHERMAIER M. J., *Bona Fides in Roman Contractual Law*, *supra*, p. 92.

³⁹¹ GORDLEY J., *Good Faith in Contract law in the Medieval ius commune*, *Cambridge studies in International and Comparative Law – the Common Core of European Private Law*, Zimmearman and Whittaker (eds.), Cambridge University Press, 2000, p. 94

vantaggio dai propri comportamenti ingannatori e prevaricanti e il dovere di adempiere alle obbligazioni contrattuali che una persona onesta riterrebbe parte del contratto anche ove non espressamente pattuite³⁹². Per quanto concerne l'ambito contrattuale nell'età intermedia, la *bona fides* si identifica con l'*aequitas* e in quanto tale si contrappone allo *ius strictum* ovvero al *rigor iuris*. Così come in età romana anche nel periodo medievale la *bona fides* continua a svolgere un ruolo propulsivo nel campo mercantile e commerciale caratterizzando l'attività dei *boni mercatores* e costituendo allo stesso tempo il criterio cui avere riguardo nei traffici giuridici³⁹³.

La buona fede nell'età delle codificazioni influenza il pensiero dei giusnaturalisti che ad essa fanno riferimento quale principio da cui discendono una serie di soluzioni giuridiche a loro volta recepite nelle codificazioni³⁹⁴. Il *Code Napoléon* vedeva nella buona fede un mero supporto alla volontà delle parti e, parimenti, il Codice italiano del 1865 concepiva il criterio come una clausola di stile. Il debitore e il creditore, ai sensi dell'art. 1175 del c.c. italiano del 1942 devono comportarsi secondo correttezza. La correttezza (o buona fede in senso oggettivo)³⁹⁵ costituisce un fondamentale principio di solidarietà³⁹⁶ che il codice sancisce nella disciplina dell'obbligazione. Le parti del rapporto contrattuale sono tenute a comportarsi secondo buona fede già nella fase delle trattative e della formazione del contratto (1337 c.c.), in pendenza della condizione (1358 c.c.), nella interpretazione (1366

³⁹² Ibid.

³⁹³ MASSETTO G. P., *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, disc. priv. sez. civ. II, Torino, 1988, p. 149

³⁹⁴ Giusnaturalisti quali Domat, Pothier, Pufendorf e Rosmini ravvisano nella buona fede e nell'equità non solo strumenti di correzione dello stretto diritto e di integrazione della volontà dei contraenti ma anche e soprattutto il cardine della disciplina dei contratti onerosi. Cfr. CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 25 e, con specifico riferimento all'opera di Domat, RUSSO E., *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247 e ss, p. 1256.

³⁹⁵ La buona fede oggettiva non va confusa con la buona fede soggettiva, intesa quale ignoranza di ledere l'altrui diritto. Cfr. BIANCA M., *Diritto civile, Vol. 4 - L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 86 e ss.

³⁹⁶ La norma, originariamente, faceva riferimento alla solidarietà corporativa.

c.c.) e nella esecuzione del contratto (1375 c.c.); il principio di buona fede che regola il rapporto contrattuale si specifica negli obblighi di lealtà e di salvaguardia (ciascun soggetto ha l'obbligo di salvaguardare l'utilità dell'altro nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio). La buona fede impone al creditore di non abusare del suo diritto e lo obbliga ad attivarsi nell'interesse del debitore al fine di evitare o contenere gli imprevisti aggravati della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento; essa incide altresì sulla posizione del debitore il quale non è semplicemente tenuto a eseguire la prestazione prevista nel titolo ma deve anche adoperarsi al fine di realizzare o di preservare gli interessi del creditore che sono connessi alla prestazione ma non entrano nel risultato dovuto. Nell'attuale codice civile italiano il riacquisito valore sistematico del criterio della buona fede (art. 1375 c.c.) rispetto all'equità (art. 1374 c.c.) ha consentito la sua emancipazione dal ruolo di criterio sussidiario all'equità stessa, la cui dottrina, formatasi sotto il vigore del codice previgente, fedele alle indicazioni provenienti dal diritto comune, l'aveva confinata³⁹⁷. La differenza tra i due concetti può essere rinvenuta nel fatto che, mentre l'equità attiene alla fase statica del rapporto e svolge una funzione residuale di riequilibrio delle posizioni contrattuali in relazione al caso concreto, la buona fede attiene alla fase dinamica³⁹⁸. Si è giunti quindi a riconoscere alla regola di correttezza il ruolo di mezzo di garanzia della operazione e di coerenza tra originario progetto economico e sua concreta attuazione in quanto consente al regolamento contrattuale di aderire alla volontà delle parti garantendone la coerenza con le finalità generali³⁹⁹. In conclusione, la buona fede svolge tre funzioni che possono essere così sintetizzate: integrazione del contratto, sua correzione e rappresenta inoltre un mezzo di eversione dalla normativa giuridica⁴⁰⁰.

³⁹⁷ BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 2.

³⁹⁸ MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2005, p. 192.

³⁹⁹ In tal senso DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 380, 389 e 412.

⁴⁰⁰ DI MAJO GIAQUINTO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, p. 553-555.

Il criterio di buona fede oggettiva costituisce lo strumento più adatto a porre rimedio ai comportamenti scorretti, maliziosi o fraudolenti posti in essere a danno della controparte contrattuale⁴⁰¹. In tale contesto, l'*exceptio doli* indica la possibilità, accordata dall'ordinamento, di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione che, sebbene in astratto fondata, sia in concreto espressione dell'esercizio doloso o scorretto di un diritto, finalizzato alla realizzazione di interessi ritenuti non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento stesso⁴⁰².

Essa realizza una duplice direttiva ricavabile dal complessivo sistema del diritto positivo: il divieto di *venire contra factum proprium* (ovvero di tenere un contegno giuridico non coerente con il proprio precedente comportamento materiale)⁴⁰³ e il divieto di trarre vantaggio dalle proprie scorrettezze⁴⁰⁴. Il risultato al quale conduce l'*exceptio doli* è quello quindi della disapplicazione di norme positive che hanno consentito l'illegittimo esercizio del diritto e il conseguente rigetto della domanda scorrettamente o fraudolentemente proposta⁴⁰⁵. Storicamente, l'*exceptio doli* costituisce uno degli strumenti di maggiore impatto operativo dello *ius praetorium* romano ove funge, in quanto eccezione non infamante, da rimedio processuale generale e perpetuo fondato su ragioni di equità altrimenti non deducibili. La genesi della *exceptio* ha un complesso quadro sistematico in cui il termine *dolus* ha una valenza polisemica. Così come nei moderni sistemi giuridici, anche in epoca romana il *dolus* costituiva sia un criterio di imputazione della responsabilità, come tale a fondamento dell'*actio de dolo*, sia un vizio del consenso, da cui si origina l'*exceptio doli praeteriti* (o *specialis*)⁴⁰⁶. In più, al termine si ricorre per indicare

⁴⁰¹ MERUZZI G., *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, *supra*, p. 272

⁴⁰² PELLIZZI G. L., *Exceptio doli (diritto civile)*, Riv. dir. civ. 2008, p. 1706.

⁴⁰³ CATTANEO V., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1971, p. 639. È nel diritto medievale che viene elaborato, ad opera dei primi glossatori e poi dei commentatori, il divieto di *venire contra factum proprium* nei termini in cui è oggi conosciuto, DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 112 e ss.

⁴⁰⁴ NANNI L., *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in Contr. Imp., 1986, p. 197 e ss.

⁴⁰⁵ DOLMETTA A. A., *Exceptio doli generalis*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 193.

⁴⁰⁶ *Exceptio doli specialis* (eccezione di dolo speciale, usata per far annullare un contratto stipulato per dolo di controparte); cfr. BERTOZZI P., *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, *supra*.

anche i comportamenti che violavano i doveri di correttezza, la cui tutela era assicurata, nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* in via d'azione in base all'*oportere ex fide bona* e nei *iudicia stricti iuris* come eccezione tramite l'*exceptio doli praesentis* (o *generalis*)⁴⁰⁷. A differenza della *bona fides*, l'*exceptio doli* opera quindi solo negativamente, consentendo la correzione dello *ius civile* tramite l'integrale rigetto della domanda e quindi con finalità prettamente difensive⁴⁰⁸. L'opinione maggioritaria ravvisa quindi nella *exceptio doli* la funzione di consentire un'applicazione più duttile dello *ius strictum* e delle regole formali poste a tutela dei traffici giuridici, sulla base di criteri equitativi⁴⁰⁹.

Con l'età delle codificazioni ed il passaggio ai sistemi di diritto scritto l'*exceptio doli* scompare formalmente sia dai testi normativi che dalle argomentazioni dei giuristi, sacrificata innanzi alle esigenze sistematiche imposte dal dogma giuspositivista della certezza del diritto⁴¹⁰. Ma alla sua formale scomparsa fa riscontro una sopravvivenza celata⁴¹¹. In Germania, ad esempio, si ha l'istituto del *Verwirkung* in base al quale la giurisprudenza tedesca ha qualificato dapprima come ipotesi di *venire contra factum proprium* e successivamente come abuso del diritto la condotta di chi fa valere una posizione giuridica dopo avere mantenuto a lungo un atteggiamento passivo, generando così una situazione contraria all'affidamento ingenerato nella controparte⁴¹². Nell'ordinamento italiano il formale rifiuto ad ammettere l'*exceptio doli* come rimedio generale è all'origine di istituti giurisprudenziali che costituiscono applicazioni tacite del divieto di *venire contra*

⁴⁰⁷ *Exceptio doli generalis* (eccezione di dolo generale utilizzata per opporsi al portatore di un titolo che ha agito sapendo di danneggiare il debitore); cfr. BERTOZZI P., *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, *supra*. TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, *supra*, p. 34 e ss.

⁴⁰⁸ MERUZZI G., *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, *supra*, p. 433

⁴⁰⁹ BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni. III. L'attuazione*, *supra*, p. 11.

⁴¹⁰ MERUZZI G., *supra*, p. 438.

⁴¹¹ *Ibid.* Con riferimento alle analoghe vicende nel sistema francese, austriaco e tedesco, RANIERI F., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 1055 e ss.

⁴¹² RANIERI F., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, ed. vari, 1932, p. 21 e ss.

*factum proprium*⁴¹³. Le soluzioni adottate sono analoghe a quelle proposte in Germania tramite il ricorso ai § 242 e 157 del BGB che, con riferimento all'abuso del diritto, hanno legittimato la sopravvivenza, insieme al divieto di abuso della *exceptio doli*. L'esperienza tedesca assume notevole rilevanza in quanto le soluzioni ivi accolte hanno successivamente influenzato i sistemi svizzero⁴¹⁴, austriaco⁴¹⁵ e olandese⁴¹⁶. Ciò ha comportato una sostanziale convergenza operativa dei sistemi continentali, attualmente inclini a precludere, tramite il ricorso alla *exceptio doli* l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento ma anche un avvicinamento tra questi e i sistemi di *common law* che a loro volta fanno ricorso all'*estoppel* per introdurre una analoga forma di tutela dell'affidamento.

Nell'Unione Europea, il divieto di *venire contra factum proprium* costituisce il presupposto in virtù del quale uno Stato non può giovare nei confronti di un privato del proprio inadempimento nell'attuazione di un diritto al fine di disattendere gli obblighi ivi dedotti a suo carico⁴¹⁷. Nella sentenza *Courage*⁴¹⁸, in tema di

⁴¹³ CATTANEO V., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, *supra*, p. 641 e ss. e NANNI L., *La buona fede contrattuale*, CEDAM, Padova, 1988, p. 575 si sono occupati della sopravvivenza implicita della *exceptio* sotto forma di *ratio decidendi* occulta. Sulla centralità dell'affidamento quale presupposto materiale e giuridico del divieto di *venire contra factum proprium*, DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, *supra*, p. 123.

⁴¹⁴ Cfr. PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1990, p. 93 per cui l'*exceptio doli* trova fondamento nell'art. 25 del Codice delle obbligazioni e nell'art. 2 del codice civile.

⁴¹⁵ § 863 e 914 ABGB. Qui l'istituto della *Verwirkung* è riconducibile all'idea di un atto dismissivo del diritto la cui vincolatività si fonda sul principio dell'affidamento.

⁴¹⁶ La cui giurisprudenza ha accolto la dottrina tedesca della *Verwirkung* come segnala RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, voce Eccezione di dolo generale, in Dig. disc. priv. - Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 321 e PORTALE G. B., *Lezioni di diritto privato comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 152 e ss.

⁴¹⁷ NIGLIA L., *Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teorica dell'obbligo interpretativo*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2001, p. 71.

⁴¹⁸ CGCE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Crehan*, in Raccolta, 2001, I, p. 6297 e ss; Foro it., 2002, I, c. 75, con note di PALMIERI A., PARDOLESI R., *Intesa illecita e risarcimento a*

risarcimento del danno da illecito *antitrust* la Corte di Giustizia ha conferito valenza sistematica generale ai criteri di decisione già utilizzati in precedenti pronunce, riconoscendo esplicitamente che il divieto di *venire contra factum proprium* è un principio generale del diritto UE in quanto costituisce una regola di condotta fatta propria dalla gran parte degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri.

7. Conclusioni

Le osservazioni svolte portano a ritenere che la funzione svolta nei sistemi di *common law* dall'*equity* trovi il suo omologo, nei sistemi di *civil law*, nella *exceptio doli generalis* e nel divieto di *venire contra factum proprium*.

Dalla analisi proposta degli ordinamenti giuridici di *civil* e *common law* emerge come la *clean hands doctrine*, seppure più o meno espressa e diversamente linguisticamente declinata, informi di sé il diritto.

Nella *common law* anglosassone la *clean hands doctrine* trova esplicito fondamento nel sistema di *equity* del quale ne costituisce una delle più note massime (“*he who comes into equity must come with clean hands*”). La giurisprudenza inglese e quella americana, in seguito alla fusione – anche - formale dei procedimenti di *common law* (*strictu sensu* intesa) e di *equity* hanno accolto la dottrina delle mani pulite come parte integrante dell'ordinamento giuridico a applicata in diversi settori del diritto (*damage actions*, *copyright infringement actions* ecc.).

L'*equity*, si è poi rilevato, distaccandosi dalla connotazione tradizionale angloamericana, ha finito con l'assumere un ruolo suo proprio nel diritto internazionale generale, collocandosi tra quei principi generali contemplati tra le fonti delle quali la Corte internazionale di giustizia (e prima la Corte Permanente internazionale di giustizia) ai sensi dell'articolo 38 del suo Statuto fa ricorso al fine di rendere una decisione.

favore di una parte: “chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni”, SCONDITTI E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, e ROSSI G., *“Take courage!” La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust.*

A tale riguardo, rilievo è stato assegnato ai lavori dell'*Advisory Committee* dai quali emerge che, sebbene vi sia stata nel dibattito una proposta nel senso di includere l'equità nella disposizione in parola quale fonte autonoma di legge, tale suggerimento è, infine, stato respinto. Sebbene la maggioranza del comitato consultivo fosse disposta ad accettare che l'equità avrebbe potuto giocare un ruolo nelle decisioni della Corte, non era infatti disposta ad accettare l'equità come fonte indipendente di diritto internazionale a causa dei diversi significati che le sono stati accordati nei diversi contesti storico-temporali. Si è cercato quindi di offrire una soluzione di compromesso che soddisfacesse le esigenze degli esponenti di ambedue i sistemi di *common* e *civil law*, non offrendo alcun contenuto ai 'principi generali'. Tuttavia, come rilevato dal Giudice Hudson nel caso relativo alla Deviazione delle acque dal fiume Mosa "*under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as part of the international law which it must apply*". Del pari, confermando la collocazione dell'*equity* nell'ambito dei principi generali del diritto, gli arbitri nel caso *Norwegian Ship Owners*, chiamati a decidere le richieste applicando '*law and equity*', dichiaravano che: "*The words 'law and equity' ... can not be understood here in the traditional sense in which these words are used in Anglo-Saxon jurisprudence. The majority of international lawyers seem to agree that these words are to be understood to mean general principles of justice as distinguished from any particular system of jurisprudence or the municipal law of any state*". Peraltro, quando l'equità sia stata applicata come 'principio generale', i giudici della CIG raramente si sono espressi in tal senso. Piuttosto sembra essere dato per scontato che varie regole eque, come l'*estoppel* e il principio secondo cui '*he who comes into equity must come with clean hands*' fanno parte del diritto internazionale e non richiedono ulteriori spiegazioni se non la statuizione della loro rilevanza nel caso in esame.

Quanto ai sistemi di *civil law*, la dottrina in commento trova il proprio fondamento nella buona fede e nelle massime di diritto romano *nullus commodum capere de sua iniuria propria, ex dolo malo non oritur actio* e *inadimplenti non est adimplendum* (per quanto riguarda le obbligazioni sinallagmatiche). Si tratta di massime che, accolte nel diritto internazionale alla stregua di principi generali,

costituiscono sub-manifestazioni della dottrina delle mani pulite. Nondimeno, nella tradizione giuridica continentale, la buona fede continua a svolgere un ruolo importante. Il criterio di buona fede oggettiva costituisce lo strumento più adatto a porre rimedio ai comportamenti scorretti, maliziosi o fraudolenti posti in essere a danno della controparte contrattuale. In tale contesto, l'*exceptio doli* indica la possibilità, accordata dall'ordinamento, di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione che, sebbene in astratto fondata, sia in concreto espressione dell'esercizio doloso o scorretto di un diritto, finalizzato alla realizzazione di interessi ritenuti non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento stesso. Se è vero che la buona fede informa altresì le relazioni internazionali, il ruolo svolto dalla *exceptio doli generalis* negli ordinamenti di civil law è quello che la *clean hands doctrine* è chiamata a svolgere nel diritto internazionale ossia, segnatamente, preservare il divieto di *venire contra factum proprium*. Da tale ultimo rilievo si delinea una connotazione processuale della dottrina delle mani pulite. Secondo la prospettiva qui accolta, infatti, la dottrina si colloca tra i principi di diritto processuale internazionale, specificamente trovando spazio nella fase di merito della controversia.

Concludendo e sintetizzando, posto che, al fine di qualificare la *clean hands doctrine* quale principio generale del diritto internazionale ai sensi dell'articolo 38 dello Statuto CIG occorre accertare che la stessa è riconosciuta dalle 'Nazioni civili', la sua declinazione in tal senso è senz'altro determinata. Infatti, comunque la si voglia identificare terminologicamente, resta il fatto che il suo scopo – segnatamente quello di impedire ad una parte di beneficiare della propria condotta illecita o immorale – è ben radicato in entrambi i sistemi di *common* e *civil law*.

CAPITOLO II - LA *CLEAN HANDS DOCTRINE* NELLE CONTROVERSIE INTERSTATALI DIRETTE E INDIRECTE

1. Introduzione

Il *leitmotiv* che muove la presente trattazione è l'incertezza circa lo *status* di una dottrina di *clean hands* nel diritto internazionale contemporaneo. Se infatti una parte della dottrina e della giurisprudenza, si è detto, ritiene che la *clean hands doctrine* non faccia parte del diritto internazionale generale⁴¹⁹, è stato autorevolmente sostenuto che *'the importance of the clean hands doctrine in international law could not be denied'*⁴²⁰.

⁴¹⁹ Diplomatic Protection, 56th sess, (2004) 1 Yearbook of the International Law Commission 4, para. 35 (Brownlie), UN Doc A/CN.4/SER.A/2004. Per altre opinioni scettiche riguardo all'esistenza di una *'clean hands doctrine'* nel diritto internazionale si vedano State Responsibility, 52nd sess., (2000) 1 Yearbook of the International Law Commission 218, para. 17 (Crawford), UN Doc A/CN.4/SER.A/2000; State Responsibility, 51st sess, (1999) 2 Yearbook of the International Law Commission 85, paras 411–15, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Pt 2); ROUSSEAU C., *Droit international public*, Tome V: Les rapports conflictuels Sirey, 1983, p. 177 (*'il n'est pas possible de considérer la théorie des mains propres comme une institution du droit coutumier général'*); LAPLANTE L. J., *The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition*, 23 American University International Law Review, 2007, pp. 51, 64. Si veda inoltre SIMMA B., *The Work of the International Law Commission at Its Fifty-First Session* (1999), 68 Nordic Journal of International Law 293, 1999, p. 315–316.

⁴²⁰ *Report of the International Law Commission*, 57th sess., 2005, UN Doc A/60/10, 110 (Special Rapporteur on Diplomatic Protection, John Dugard). Per ulteriori opinioni a sostegno della esistenza della *clean hands doctrine* nel diritto internazionale si vedano State Responsibility, 51st sess (n 59) 85, supra, para. 413–14; LOWE V., *The Role of Equity in International Law*, 12 Australian Yearbook of International Law, 1989, p. 54 e ss., p. 80; ROSSI C. R., *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to International Decisionmaking*, supra; SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate*, supra, p. 829, 842. Si veda inoltre SIMMA B., supra, pp. 315–16. Pellet sottolineava come mentre la *clean hands doctrine* non ha *'autonomous consequences'* con riguardo alle norme del diritto internazionale generale, essa assume significato nel contesto della protezione diplomatica, Diplomatic Protection, 56th sess (n 59) 12,

Nel capitolo precedente, si è dichiarata l'intenzione di aderire a questo secondo approccio in quanto chi scrive ritiene che la *clean hands doctrine* si collochi tra i principi generali di diritto comuni agli ordinamenti dei 'Paesi civili', secondo quello che è il linguaggio utilizzato dall'articolo 38 lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (di seguito, CIG). Infatti, sebbene riscontrabile più propriamente nella *common law* si è cercato di dimostrare come la regola delle *clean hands* trovi fondamento nel principio di buona fede, certamente permeante altresì i sistemi di *civil law* (e presente, peraltro, in diversi settori nel diritto internazionale)⁴²¹.

Posto che dunque, a parere di chi scrive, sussiste un principio generale di diritto processuale di '*clean hands*' applicabile nei procedimenti giurisdizionali internazionali volti alla soluzione delle controversie, si tratta ora di verificare se la prassi internazionale confermi la sussistenza di una tale impostazione teorica.

In termini generali, la *clean hands doctrine*, quale principio di *equity* trasposto nel contesto del diritto internazionale pubblico, dovrebbe essere intesa ad escludere la possibilità di invocare la responsabilità internazionale per quello Stato che abbia commesso un illecito in risposta ad una condotta anch'essa in violazione delle norme che presidiano la medesima situazione⁴²². Al riguardo, come verrà illustrato nel presente capitolo, si rileva una certa considerazione della dottrina delle mani pulite, seppure con diverse sfumature, nelle controversie interstatali dirette e indirette.

para. 5.

⁴²¹ Per esempio, nel diritto dei trattati, con specifico riferimento agli obblighi dello Stato firmatario o dello Stato contraente nelle more della entrata in vigore, all'esecuzione dei trattati, alle regole di interpretazione, o alla violazione manifesta, secondo la codificazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (1969), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT) artt. 18, 26, 31, 46.

⁴²² DRAGHICI C., *L'applicazione della dottrina 'clean hands' all'esercizio della protezione diplomatica*, in PANELLA L. (ed.), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2009.

Nel contesto delle controversie interstatali, un richiamo alla *clean hands doctrine* si può riscontrare tanto nelle memorie presentate dagli Stati convenuti nei procedimenti dinanzi alla CIG, quanto in alcune opinioni concorrenti e dissenzienti espresse dai giudici partecipanti alle decisioni e allegate alle sentenze della stessa Corte. È interessante notare come, sebbene la Corte internazionale non abbia mai aderito in termini espliciti alla dottrina delle mani pulite, essa non abbia neppure mai preso posizione nel senso di escluderne la collocazione tra i principi generali di diritto internazionale; ciò, nonostante abbia avuto l'occasione di pronunciarsi in tal senso⁴²³. Se tuttavia la CIG non si è mai schierata espressamente a favore della applicabilità della dottrina delle mani pulite nelle controversie tra Stati, la Commissione di diritto internazionale (di seguito CDI), come si avrà modo di analizzare nel proseguo, ha deciso di non includere la dottrina delle mani pulite nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica⁴²⁴.

Ciò che si cercherà di dimostrare attraverso l'analisi della prassi giurisprudenziale internazionale e dei lavori della CDI è che la difesa di *clean hands* sebbene non pare potersi configurare, come taluno ha cercato di sostenere, tra quelle eccezioni preliminari volta ad escludere la ricevibilità delle domande, essa occupi, nondimeno, un posto suo proprio quale principio processuale che la Corte è tenuta a considerare nella fase di merito⁴²⁵.

⁴²³ Si vedano, ad esempio, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo, 9 luglio 2004, in *I.C.J. Rep.*, 2004, para. 63-64 (ritenendo che l'argomento israeliano che sosteneva le 'unclean hands' del governo Palestinese impedendo allo stesso di cercare rimedio non fosse pertinente in quanto "it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and the opinion is to the General Assembly, and not to a specific State") e *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza, 6 novembre 2003, *I.C.J. Rep.*, 2003, para. 29-30 (ove la Corte statui di non dover affrontare la questione delle 'unclean hands' iraniane quale eccezione preliminare fondando l'argomentazione sul fatto che gli Stati Uniti avessero sollevato l'eccezione della condotta illecita iraniana per il rigetto del ricorso e non per renderlo inammissibile).

⁴²⁴ *Diplomatic Protection, Report of International Law Commission, 57th Session, UN Doc. A/60/10.*

⁴²⁵ *Oil Platforms, supra*, para. 29.

2. La *clean hands doctrine* nelle controversie interstatali dirette

Sir Gerald Fitzmaurice, giudice della CIG tra il 1967 e 1973, durante le sue lezioni all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1957 affermava che: “*He who comes into equity for relief must come with clean hands. (...) Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary locus standi in judicio for complaining of corresponding illegalities on the part of the other States, especially if these were consequential on or embarked upon in order to counter its own illegalities – in short were provoked by it*”⁴²⁶.

Se questa è la prospettiva espressa dal giurista inglese, tuttavia, sino ad oggi, l'invocazione della *clean hands doctrine*, innanzi agli organi giurisdizionali internazionali, non ha dato luogo ad una linea interpretativa condivisa.

L'analisi della prassi dinnanzi alla CIG - e prima ancora di quella innanzi alla Corte Permanente internazionale di Giustizia - evidenzia come la *clean hands doctrine* (o massime di tradizione romanistica che sono, come si è avuto modo di rilevare nel capitolo precedente, ad essa affini) sia stata invocata nelle controversie interstatali dirette nelle memorie scritte e orali di quegli Stati convenuti che fondavano le proprie difese, volte al rigetto del ricorso, sulla motivazione (talvolta implicita) che l'attore si fosse presentato in giudizio con *unclean hands*⁴²⁷. Nondimeno, la *clean hands doctrine* ha trovato spazio nelle opinioni concorrenti e dissenzienti espresse dai Giudici partecipanti alla decisione finale. A tale riguardo, un primo sostegno, seppure indiretto e scarno, alla *clean hands doctrine* si può riscontrare nelle conclusioni formulate dal Giudice Anzilotti già nel 1933 nel caso concernente lo *status* giuridico della Groenlandia orientale e, secondo il quale “*an*

⁴²⁶ FITZMAURICE G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, *supra*, p. 119.

⁴²⁷ AMERASINGHE C., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 213, “*the doctrine has most frequently been raised in the context of inter-State relations where States (or dissenting judges) have sought to have a claim declared inadmissible or dismissed for the reason, apparently, if not explicitly, that the applicant State's hands are unclean*”.

*unlawful act cannot serve as the basis of an action at law*⁴²⁸. Se è vero che allo stato, come si è anticipato, la Corte internazionale non ha mai aderito in termini espliciti alla dottrina delle mani pulite, essa non si è neppure mai spinta sino al punto di negarne l'inquadramento tra i principi generali di diritto internazionale.

Partendo quindi dalla giurisprudenza della Corte Permanente internazionale di giustizia e poi di quella CIG, verrà quindi qui analizzata l'evoluzione giurisprudenziale in punto di '*clean hands*' per cercare di capire se, nonostante la reticenza della Corte a prendere una posizione definitiva sulla dottrina, essa giochi - o possa giocare - un ruolo nella composizione delle controversie interstatali.

2.1 La *clean hands doctrine* nella giurisprudenza della PCIJ

Una prima affermazione della *clean hands doctrine* (o, più precisamente, del principio affine, di tradizione romanistica, *inadimplenti non est adimplendum*) si riscontra nel caso *Factory at Chorzów*⁴²⁹ in merito alla riparazione che, secondo il governo del Reich, la Polonia avrebbe dovuto assicurare a due società tedesche (Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G e Bayerische Stickstoffwerke A.-G.) a causa dell'atteggiamento adottato dal governo polacco nei loro confronti nel momento in cui aveva espropriato la fabbrica di nitrati a Chorzów, ritenuto dalla Corte Permanente nella sentenza n. 7 del 25 maggio 1926 non conforme alle disposizioni degli articoli 6 e seguenti della Convenzione sull'Alta Slesia conclusa a Ginevra il 15 maggio 1922 tra Germania e Polonia e in forza della quale la Germania aveva accettato di trasferire il controllo della regione dell'Alta Slesia alla Polonia, con l'accordo che quest'ultima non avrebbe espropriato alcuna proprietà tedesca. Un principio procedurale fondamentale, secondo la Corte, ribadito peraltro dalla stessa Convenzione di Ginevra, è quello per cui nessuna espropriazione può essere effettuata senza preavviso, escludendo per il proprietario l'opportunità di essere ascoltato dinanzi al tribunale competente. In questo caso la Polonia non aveva consentito lo svolgimento della procedura corretta e l'espropriazione delle

⁴²⁸ *Legal Status of Eastern Greenland, supra*, p. 95.

⁴²⁹ *Factory at Chorzów case, supra*.

società interessate era avvenuta, quindi, in violazione della Convenzione di Ginevra⁴³⁰. Di conseguenza, il governo polacco non poteva pretendere, come invece pretendeva, che le parti interessate si presentassero per il risarcimento del pregiudizio subito innanzi ai tribunali interni perché, così procedendo, le parti interessate avrebbero potuto ottenere al più la riparazione dell'errore, mentre, se la procedura fosse stata eseguita rigorosamente, il danno non si sarebbe probabilmente mai prodotto⁴³¹. La Corte concludeva nel senso per cui “*it is a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress if the former party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question*”⁴³².

Si tratta, in realtà, dell'unico caso in cui la *clean hands doctrine* ha giocato un ruolo in favore della parte attrice. Infatti, il suo ambito di svolgimento tipico nella prassi giurisprudenziale successiva è quello che si concreta nella invocazione da parte del convenuto finalizzata a ‘bloccare’ le istanze attoree. In questo senso, l'invocazione e applicazione di maggior rilievo della *clean hands doctrine* nel diritto internazionale moderno si ritrova nella sentenza della Corte Permanente internazionale di giustizia nella causa relativa alla Deviazione delle acque della Mosa (Paesi Bassi v Belgio)⁴³³ e, in particolare, nelle opinioni espresse dai Giudici Hudson e Anzilotti, e sulle quali, decisione e opinioni, ci si soffermerà ampiamente nei paragrafi successivi.

2.1.1 Caso relativo alla Deviazione delle acque del fiume Mosa (Paesi Bassi v Belgio)

⁴³⁰ Ibid, para. 85

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid, para. 31. Si veda inoltre *Interpretation of Peace Treaties Case* (1950) by Judge Read, ICJ Reports (1950), pp. 221, 244.

⁴³³ *Case Concerning the Diversion of Water from the River Meuse, supra*.

Nel caso in esame, alla Corte veniva richiesto di interpretare un trattato del 1863 e ancora in vigore tra Paesi Bassi e Belgio, relativo al regime di sfruttamento delle acque del fiume Mosa. Nel caso *de quo*, in particolare, i Paesi Bassi accusavano il Belgio della alterazione del livello delle acque del fiume Mosa a seguito della costruzione di un sistema di canali in violazione dei termini del trattato. Il Belgio, nel replicare alle accuse olandesi sosteneva che i Paesi Bassi non potevano invocare giudizialmente quello stesso trattato bilaterale contro il Belgio in quanto avevano realizzato, a loro volta e precedentemente, un sistema di chiuse anch'esso in violazione dei termini stabiliti pattiziamente.

Sulla base della considerazione per cui i Paesi Bassi avevano essi stessi, precedentemente, posto in essere un comportamento illecito in relazione al medesimo trattato, la Corte concludeva nel senso per cui “[it] cannot refrain from comparing the case of the Belgian lock with that of the Netherlands lock at Bosscheveld. Neither of these locks constitutes a feeder, yet both of them discharge their lock-water into the canal, and thus take part in feeding it with water otherwise than through the treaty feeder, though without producing an excessive current in the Zuid-Willemsvaart. In these circumstances, the court finds it difficult to admit that The Netherlands are now warranted in complaining of the construction and operation of a lock of which they themselves set an example in the past”⁴³⁴.

La Corte quindi rigettava l'argomentazione olandese sulla base di un principio derivato dalla tradizione romanistica (*inadimplenti non est adimplendum*) già affermato nel caso *Factory at Chorzów* e che, come si è avuto modo di discutere precedentemente (capitolo I, para. 5), trova corrispondenza nel principio di *equity*, secondo il quale una Parte è esclusa dalla possibilità di invocare ed ottenere una pronuncia favorevole laddove la sua condotta sia macchiata da ‘*unclean hands*’. Una simile impostazione trovava conferma e, anzi, ancor maggior respiro nella *separate opinion* del Giudice Hudson.

2.1.1.1. Separate opinion del Giudice Hudson

⁴³⁴ Ibid, para. 84.

Il Giudice Hudson, pur concorrendo nella decisione della Corte nel caso relativo alla Diversione delle acque del fiume Mosa, chiariva la sua posizione in una *separate opinion*.

Il Giudice americano condivideva l'idea per cui al Belgio non poteva essere imposto di dismettere una certa attività permettendo, al contempo, ai Paesi Bassi di continuare a condurre una attività simile. Egli riteneva che “*the Court is asked to decree a kind of specific performance of a reciprocal obligation which the demandant is not performing. It must clearly refuse to do so*”⁴³⁵.

Nella sua opinione separata Hudson confermava che “*it would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party. The principle finds expression in the so-called maxims of equity which exercised great influence in the creative period of the development of Anglo-American law (...) ‘A Court of equity refuses relief to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper’. A very similar principle was received into Roman Law. (...) The exception non adimpleti contractus required a claimant to prove that he had performed or offered to perform his obligation*”⁴³⁶.

Nel sostenere la sua posizione, il Giudice faceva richiamo alla giurisprudenza di equità di *common law* ricordando come “*a court of equity refuses relief to a plaintiff whose conduct in regard to the subject matter of the litigation has been improper*”⁴³⁷. Nel richiamarsi a tale giurisprudenza, Hudson concludeva che “*in a proper case, and with scrupulous regard for the limitations which are necessary, a*

⁴³⁵ Ibid, *dissenting opinion* del Giudice Hudson, pp. 77-78.

⁴³⁶ Ibid, *Individual Opinion* del Giudice Hudson, para. 77.

⁴³⁷ Ibid.

tribunal bound by international law ought not to shrink from applying a principle of such obvious fairness”⁴³⁸.

Secondo il Giudice Hudson, quindi, il principio di *equity* espresso costituiva parte integrante del diritto internazionale. La Corte avrebbe quindi l’opportunità di utilizzare tali principi ai fini di rendere la propria decisione in base all’art. 38 del suo Statuto (sul quale ci si è soffermati ampiamente nel capitolo I)⁴³⁹.

D’altronde, sebbene abbia espresso una opinione dissenziente nell’ambito della stessa controversia, il Giudice Anzilotti condivideva la conclusione per cui il principio *inadimplenti non est adimplendum* “*is so just, so equitable, so universally recognized*”, al punto da trovare applicazione anche nel contesto delle relazioni internazionali e riteneva che, in ogni caso, esso integrasse uno di quei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili che la Corte applica in virtù dell’articolo 38 del suo Statuto⁴⁴⁰.

Nelle opinioni dei Giudici Hudson e Anzilotti emerge dunque chiaramente l’accoglimento di una difesa di *clean hands* nel diritto internazionale generale; si tratterebbe infatti di uno di quei principi comuni sviluppati negli ordinamenti giuridici interni di *common* e *civil law* (seppure con terminologia differente) dei ‘Paesi civili’ che costituiscono fonti del diritto internazionale ai sensi dell’articolo 38 dello Statuto della Corte.

Le ‘*clean hands*’ nel caso *de quo*, riguardano, in particolare, la violazione di obblighi sinallagmatici che, come si discuterà, costituiscono un’ipotesi concreta di applicazione della dottrina in parola (su cui *infra*, para. 6.1).

⁴³⁸ Ibid. Si veda inoltre la *dissenting opinion* del Giudice Anzilotti, para. 49 il quale, con riferimento al principio ‘*inadimplenti non est adimplendum*’, precisava che “*it is one of these ‘general principles of law recognized by civilized nations’ which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute*”.

⁴³⁹ JENKS C. W., *The Prospects of International Adjudication*, *supra*, pp. 326, 330, ove si legge che “*Judge Hudson’s view that this principle was applicable was shared by the majority of the Court and by Judge Anzilotti [himself]*”.

⁴⁴⁰ *Case Concerning the Diversion of Water from the River Meuse*, *supra*, *dissenting opinion* del Giudice Anzilotti, para. 49.

2.2. La *clean hands doctrine* nei procedimenti contenziosi innanzi alla CIG

La *clean hands doctrine* – a conferma ulteriore della sua qualificazione alla stregua di principio generale – si è prestata a supportare una varietà di difese sollevate dagli Stati convenuti innanzi alla CIG e accomunate tutte dalla considerazione per cui il ricorrente è tenuto a presentarsi in giudizio con le ‘mani pulite’ rispetto all’oggetto della controversia.

Il riferimento alla dottrina di *clean hands* non è quindi estraneo al panorama giurisdizionale considerato, anzi. Come si avrà modo di evincere dalla analisi proposta, una difesa in tali termini, invocata spesso dagli Stati convenuti, ha trovato riscontro e spiegazione nelle *opinions* dei Giudici partecipanti alla decisione finale, a partire dal contributo fondamentale offerto in proposito dal Giudice Schwebel nella sua opinione dissenziente nel caso relativo alle attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua.

Sebbene, come anticipato, la Corte internazionale di giustizia non abbia mai accolto in termini espliciti la *clean hands doctrine*, essa non si è mai spinta sino al punto di negarne l’esistenza come principio generale di diritto internazionale e ciò nonostante abbia avuto più di un’occasione per pronunciarsi in tal senso con ciò prestando il fianco alle discussioni dottrinali sulla relativa qualificazione⁴⁴¹.

2.2.1. Caso del personale diplomatico degli Stati Uniti in ostaggio a Teheran

⁴⁴¹ Si vedano, ad esempio, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *supra*, para. 63-64 (ritenendo che l’argomento israeliano che sosteneva le ‘*unclean hands*’ del governo Palestinese impedendo allo stesso di cercare rimedio non fosse pertinente in quanto “*it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and the opinion is to the General Assembly, and not to a specific State*”) e *Oil Platforms*, *supra*, para. 29-30.

Nella loro opinione dissenziente rispetto al giudizio reso dalla CIG nel caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*⁴⁴², i giudici Morozov e Tarazi invocavano un principio simile alla *clean hands doctrine*.

Prima del ricorso alla CIG, avente ad oggetto la presa in ostaggio del personale diplomatico statunitense nell'Ambasciata di Teheran e in seguito all'indicazione di misure provvisorie, il governo statunitense aveva imposto sanzioni unilaterali contro l'Iran, tra l'altro, congelando i conti iraniani negli Stati Uniti⁴⁴³. Inoltre, mentre la Corte era in procinto di deliberare sul merito della causa⁴⁴⁴, gli Stati Uniti intraprendevano un'operazione militare (fallita) per salvare il proprio personale detenuto in Iran, invocando come giustificazioni il benessere umanitario dei suoi cittadini e il suo diritto di autodifesa ai sensi della Carta delle Nazioni Unite⁴⁴⁵.

L'Iran, in una memoria indirizzata alla CIG, sosteneva che gli Stati Uniti fossero coinvolti in “*continual interference (...) in the internal affairs of Iran, the shameless exploitation of our country, and numerous crimes perpetrated against the Iranian people*”⁴⁴⁶. La Corte criticava aspramente l'incursione militare statunitense, rilevando la contrarietà al suo ordine, diretto a entrambi gli Stati, di non contribuire ad aggravare la situazione⁴⁴⁷. Tuttavia, la Corte dichiarava che l'incursione “*can have no bearing on the evaluation of the conduct of the Iranian Government over six months earlier (...) which is the subject-matter of the United States' Application*”⁴⁴⁸. La Corte affermava che i presunti interventi illeciti statunitensi non avrebbero potuto giustificare le illegalità dell'Iran ai danni dei diritti diplomatici e consolari degli Stati Uniti, poiché la Convenzione prevedeva rimedi per affrontare

⁴⁴² *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v Iran)*, Provisional Measures, Order, 15 dicembre 1979, I.C.J. Rep. 1979, pp. 53-55, 62-63.

⁴⁴³ Ibid, para. 30-31.

⁴⁴⁴ Ibid., para. 93.

⁴⁴⁵ Ibid, para. 32.

⁴⁴⁶ Ibid, para. 10.

⁴⁴⁷ Ibid, para 93.

⁴⁴⁸ Ibid, para. 94.

i problemi denunciati dall'Iran e l'Iran aveva scelto di non utilizzarli⁴⁴⁹. Inoltre, la CIG affermava che le questioni relative alla liceità dell'operazione e alle potenziali conseguenze di un atto illecito non erano state sollevate innanzi alla Corte⁴⁵⁰. Infine, la Corte respingeva l'idea che la responsabilità dell'Iran poteva essere esclusa in ragione della accettazione da parte degli Stati Uniti dello Shah sul suo territorio e del suo rifiuto di estradarlo⁴⁵¹.

Nel suo giudizio dissenziente il Giudice Tarazi adottava un approccio diverso. Pur concordando sul fatto che le accuse dell'Iran non facevano venir meno le sue violazioni⁴⁵², Tarazi era dell'opinione che le accuse iraniane di intervento statunitense negli affari interni dell'Iran - presumibilmente illegali secondo la legge iraniana - fossero fondate⁴⁵³. Tarazi riteneva che tali allegazioni *'should be placed in the balance when the responsibility incurred by the Iranian Government falls to be weighed'*⁴⁵⁴. Inoltre, Tarazi riteneva che gli Stati Uniti fossero in errore per quanto riguardava i disordini diretti nei suoi confronti poiché aveva concesso l'ingresso allo Shah in piena conoscenza delle sue potenziali ripercussioni - costituendo quindi un ulteriore elemento da considerare nella valutazione della responsabilità iraniana⁴⁵⁵.

Il dissenziente Giudice Morozov nel caso *de quo* rilevava, in sintesi, che, quando una parte in giudizio abbia agito in modo manifestamente illecito in relazione all'oggetto della controversia, alla stessa può essere impedito di far valere il proprio diritto. Il Giudice bielorusso, prendendo atto delle misure militari ed economiche adottate dagli Stati Uniti, dichiarava che: “[w]hile declaring its intention to settle

⁴⁴⁹ Ibid, para. 87

⁴⁵⁰ Ibid.

⁴⁵¹ Ibid, para. 88–89. La CIG, tuttavia, prevedeva in considerazione la possibilità che le accuse dell'Iran, se fondate, potessero influenzare le conseguenze della responsabilità dell'Iran (ibid, para. 89).

⁴⁵² Ibid, *Dissenting Opinion* del Giudice Tarazi, para. 62.

⁴⁵³ Ibid, para. 61-62

⁴⁵⁴ Ibid, para. 62

⁴⁵⁵ Ibid, para. 62-63.

*the dispute between the United States of America and the Islamic Republic of Iran exclusively by peaceful means, and presenting its Application to the Court, the Applicant in fact simultaneously acted contrary to its own declaration, and committed a series of grave violations of the provisions of general international law and the Charter of the United Nations*⁴⁵⁶.

In ragione di questo e di un'*enormous damage*' che gli Stati Uniti avevano causato all'Iran, Morozov era dell'idea di "*forfeited the legal right as well as the moral right to expect the Court to uphold any claim for reparation*"⁴⁵⁷.

Morozov sottolineava che "[t]he situation in which the Court has carried on its judicial deliberations in the current case has no precedent in the whole history of the administration of international justice either before this Court, or before any international judicial institution"⁴⁵⁸.

In sintesi, ciò che si ricava dalla lettura delle *opinions* citate è una propensione al bilanciamento delle condotte illecite poste in essere dalle Parti contrapposte, ispirato alla *ratio* di rendere una decisione equa.

2.2.2. Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua v Stati Uniti d'America)

Nel caso concernente le attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua il governo americano veniva accusato dal Nicaragua, di aver usato contro quest'ultimo la forza armata diretta in violazione del diritto internazionale consuetudinario – così come codificato dall'articolo 2 paragrafo 4 della Carta ONU -, avendo disseminato mine nelle acque territoriali nicaraguensi e causato quindi danni alle navi mercantili del Nicaragua e di altri stati confinanti. Queste accuse si aggiungevano a quelle di aver attaccato i porti, le installazioni petrolifere e le basi navali e soprattutto di aver fornito assistenza logistica ai ribelli anti-sandinisti. Già sotto l'amministrazione Carter si era proceduto a finanziare i gruppi di

⁴⁵⁶ Ibid, *Dissenting Opinion* del Giudice Morozov, para. 54.

⁴⁵⁷ Ibid, para. 53 e 54-55.

⁴⁵⁸ Ibid, para. 54-55.

‘Samocistas’, sostenitori della dinastia dei Samoja spodestata, ma fu con l’arrivo di Reagan che iniziò il supporto ai gruppi anti Sandinisti (cd. ‘*contras*’)⁴⁵⁹.

Il 9 aprile del 1984, il Nicaragua presentava quindi un ricorso alla CIG contro gli Stati Uniti d’America, unitamente a una richiesta di indicazione di misure provvisorie⁴⁶⁰.

La Corte condannava gli Stati Uniti a cessare immediatamente la propria condotta e ad astenersi da tutti quegli atti che costituivano violazioni degli obblighi previsti dal diritto internazionale consuetudinario e dal Trattato di amicizia commercio e navigazione del 1956, vigente tra le parti; l’importo della riparazione si sarebbe dovuto determinare nei procedimenti successivi qualora le Parti non fossero state in grado di raggiungere un accordo.

In tal caso la Corte non affrontava direttamente l’invocazione della dottrina delle mani pulite non prendendo neppure in considerazione la posizione dei Giudici Schwebel e Mosler in tal senso; non lo ha fatto nella sua valutazione dei fatti e non ha preso posizione sul principio in parola.

2.2.2.1. Dissenting opinion del Giudice Schwebel

Nel caso riguardante le attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua, l’opinione dissenziente del Giudice Schwebel ha portato all’attenzione dei giuristi la *clean hands doctrine*. Schwebel, infatti, ha utilizzato la *clean hands doctrine* per sostenere il proprio dissenso rispetto alla decisione resa dalla Corte a maggioranza⁴⁶¹. È interessante notare come l’opinione dissenziente espressa dal giudice americano si risolva in un’argomentazione di lunghezza doppia rispetto alla decisione effettiva.

⁴⁵⁹ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, supra.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, supra, dissenting opinion* del Giudice Schwebel, p. 266 e ss.

La decisione della CIG nel caso *de quo* si risolveva in giudizio favorevole al Nicaragua, rispetto al quale Schwebel esprimeva il proprio dissenso⁴⁶².

In primo luogo, Schwebel sosteneva che il Nicaragua si fosse presentato innanzi alla Corte con *unclean hands*, stanti i suoi precedenti illeciti commessi ai danni degli Stati confinanti, soprattutto nei confronti di El Salvador. Schwebel si pronunciava nei seguenti termini: “*Nicaragua has not come to the Court with clean hands. On the contrary, as the aggressor, indirectly responsible – but ultimately responsible – for large numbers of deaths and widespread destruction in El Salvador apparently much exceeding that which Nicaragua has sustained, Nicaragua’s hands are odiously unclean*”⁴⁶³.

Schwebel precisava inoltre che “*as against Nicaragua (...) a further factor comes into play, in addition to those specified above. Nicaragua stands in violation of that most pertinent obligation which the Court set forth in the Corfu Channel case, namely its ‘obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States’. Since Nicaragua has violated and continues to violate that cardinal obligation years before the mining and maintained that violation during the period of the mining and thereafter, Nicaragua cannot be heard to complain, as against it, of the mining of its ports*”⁴⁶⁴.

Schwebel concludeva ritenendo la *clean hands doctrine* una difesa capace di escludere lo Stato autore dell’illecito del necessario *locus standi in iudicio* “*for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if*

⁴⁶² *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, supra*, para.154-161. Di particolare rilievo – e probabilmente la ragione per la quale la Corte non applicò la *clean hands doctrine* – è la circostanza per cui la Corte non ritenne l’aiuto fornito dal Nicaragua agli insorti in El Salvador costituire un attacco armato contro El Salvador.

⁴⁶³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, supra*, *dissenting opinion* del Giudice Schwebel, I.C.J. Reports 1986, para. 268.

⁴⁶⁴ *Ibid*, para. 380-81, 392-94.

*these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality - in short were provoked by it*⁴⁶⁵.

Il Giudice statunitense rilevava inoltre come il Nicaragua avesse falsamente rappresentato alla Corte i fatti di causa in quelle che erano state le dichiarazioni testimoniali rese dai propri Ministri⁴⁶⁶.

Sicchè, Schwebel, sulla base di entrambi tali motivazioni, concludeva che “*both on the grounds of its unlawful armed intervention in El Salvador and its deliberate seeking to mislead the Court about the facts of that intervention through false testimony of its Ministers, Nicaragua’s claims against the United States should fail*”⁴⁶⁷ a prescindere dalla considerazione della proporzionalità e della necessità della azione statunitense⁴⁶⁸.

Nel sostenere la propria posizione, Schwebel richiamava anzitutto il caso relativo alla Deviazione delle acque del fiume Mosa nel quale La Corte aveva applicato, secondo il Giudice americano, “*a variation of the clean hands doctrine*”⁴⁶⁹ che trovava fondamento “*in a famous statement which have never been objected to*” del Giudice Anzilotti e per il quale “*the principle (inadimplenti non est*

⁴⁶⁵ Ibid, para. 271, richiamando *The General Principles of International Law, 92 Collected Courses*, Academy of International Law, The Hague, (1957-II), p. 119.

⁴⁶⁶ Ibid, para. 27, “*The foundation of judicial decision is the establishment of the truth. Deliberate misrepresentations by the representatives of a government party to a case before this Court cannot be accepted because they undermine the essence of the judicial function. This is particularly true where, as here, such misrepresentations are of facts that arguably are essential, and incontestably are material, to the Court’s Judgment*”. Ibid, para. 266 e ss.

⁴⁶⁷ Ibid, para. 268.

⁴⁶⁸ Ibid. Secondo Schwebel: “*The State which first intervened with the use of force in the affairs of another State in the dispute before the Court was Nicaragua (...). Moreover, Nicaragua has compounded its delictual behaviour by pressing false testimony on the Court in a deliberate effort to conceal it. Accordingly, on both grounds, Nicaragua does not come before the Court with clean hands. Judgement in its favour is thus unwarranted, and would be unwarranted even if it should be concluded – and should not be – that the responsive actions of the United States were unnecessary or disproportionate*”.

⁴⁶⁹ Ibid, para. 269.

adimplendum) *is so just so equitable, so univervally recognized that it must be applied in international relations*⁴⁷⁰. Schwebel citava inoltre l'opinione concorrente del Giudice Hudson nel medesimo caso, il quale notava come “*a very similar principle was received into Roman law (...) the exceptio inadimplenti non adimpleti contractus*” e rilevava come “*it is the basis of articles of the German Civil Code, and is indeed a general principle of law*”⁴⁷¹. Come il Giudice Hudson espresse l'idea per cui al Belgio non poteva essere imposto di dismettere una certa attività permettendo, al contempo, ai Paesi Bassi di continuare a condurre una attività simile in quanto “*the Court is asked to decree a kind of specific performance of a reciprocal obligation which the demandant is not performing*”⁴⁷², così Schwebel riteneva che anche nel caso *de quo* la Corte non potesse “*decree a kind of specific performance of a reciprocal obligation which (Nicaragua) is not performing*”⁴⁷³.

Schwebel riteneva che la *clean hands doctrine* trovasse inoltre diretto supporto anche nel caso *Mavrommatis* (*infra*, para. 4.1) in cui la Corte si era espressa nei seguenti termini: “*M. Mavrommatis was bound to perform the acts which he actually did perform in order to preserve his contracts from lapsing as they would otherwise have done*”⁴⁷⁴. Ancora maggiore supporto ad un principio di *clean hands* Schwebel lo riscontrava nelle conclusioni ancora del Giudice Anzilotti nel caso riguardante lo *status* giuridico della Groenlandia orientale e per il quale “*an unlawful act cannot serve as the basis of an action at law*”⁴⁷⁵ e nel caso *Factory at Chorzow* ove la Corte, similmente, ritenne che “*a party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation (...) if the former party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question*”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ Ibid.

⁴⁷¹ Ibid.

⁴⁷² *Dissenting opinion* del Giudice Hudson, *supra*, pp. 77-78.

⁴⁷³ *Dissenting opinion* del Giudice Schwebel, *supra*, para. 269.

⁴⁷⁴ Ibid, para. 270.

⁴⁷⁵ *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra*, para. 308.

⁴⁷⁶ Ibid.

Ricordando infine le parole di Sir Gerald Fitzmaurice secondo il quale “*he who comes to equity for relief must come with ‘clean hands’*. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in iudicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of the other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it”⁴⁷⁷, così le ‘unclean hands’ del Nicaragua, secondo Schwebel, costituivano ragione sufficiente per privarlo del necessario *locus standi in iudicio* per lamentare corrispondenti illiceità statunitensi in quanto queste erano appunto conseguenti o si erano comunque rese necessarie per fronteggiare la condotta illecita precedentemente posta in essere dal Nicaragua, “*in short were provoked by it*”⁴⁷⁸.

Schwebel concludeva quindi nel senso per cui la dottrina delle mani pulite avrebbe dovuto trovare sicura applicazione contro il Nicaragua, escludendolo dal necessario *locus standi in iudicio* e quindi ritenendola una questione di inammissibilità.

Ad adiuvandum si può ricordare altresì come la posizione espressa da Schwebel sia stata condivisa altresì dal Giudice Mosler nella sua opinione concorrente, il quale anche avrebbe applicato la *clean hands doctrine* al caso *de quo* sulla base della considerazione per cui: “*Nicaragua (...) was aware of the deficiency and could easily have clarified the situation (but) failed to do so. It cannot take advantages of uncertainties which it knowingly left unchallenged*”⁴⁷⁹.

I Giudici Schwebel e Mosler offrono quindi una chiara indicazione delle ragioni per cui la dottrina di ‘*clean hands*’ dovrebbe trovare applicazione nelle controversie interstatali. Essa, infatti, consentirebbe di escludere che una parte possa denunciare la condotta illecita della controparte qualora questa l’abbia posta in essere quale conseguenza della violazione di obblighi sinallagmatici.

⁴⁷⁷ Sir GERALD FITZMAURICE, 92 *Recueil des Cours*, 1957 – II, 119.

⁴⁷⁸ *Ibid*, para 272.

⁴⁷⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, dissenting opinion* del Giudice Schwebel, para. 464.

2.2.3. Caso relativo al progetto *Gabčíkovo-Nagymaros* (Ungheria v Slovacchia)

La rilevanza della *clean hands doctrine* nei rapporti tra Stati appare, *prima facie*, essere stata posta in dubbio dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso concernente il progetto *Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁸⁰ nel quale la Corte, pur evidenziando come non possano ignorarsi, ai fini della decisione, gli inadempimenti delle parti, sottolineava come i fatti derivanti dalla condotta illecita non potessero condizionare il diritto applicabile nei rapporti tra le parti⁴⁸¹.

Tuttavia, da una analisi più approfondita del caso *de quo*, emerge come il principio *ex injuria non oritur actio* sia stato richiamato non già con riferimento ai diritti processuali delle parti bensì e piuttosto con riferimento ai diritti e obblighi sostanziali derivanti da un accordo al quale non era stata data corretta applicazione.

In ogni caso, va rilevato come nessuno dei due Stati nel caso in parola abbia sollevato un'argomentazione fondata sulla '*clean hands doctrine*'.

Il 2 luglio del 1993 i governi della Repubblica di Ungheria e della Repubblica cecoslovacca notificavano congiuntamente alla cancelleria della Corte un accordo speciale, firmato a Bruxelles il 7 aprile 1993, per sottoporre all'organo giudicante talune questioni sorte dalle diverse posizioni delle Repubblica di Ungheria e di Slovacchia in merito alla attuazione del trattato di Budapest del 16 settembre 1977

⁴⁸⁰ In questo senso AMERASINGHE C., *supra*, p. 214.

⁴⁸¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, *supra*, para. 133: “The Court, however, cannot disregard the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook the factual situation – or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise – when deciding on the legal requirements for the future conduct of the Parties. This does not mean that facts – in this case facts which flow from wrongful conduct – determine the law. The principle *ex injuria jus non oritur* is sustained by the Court’ finding that the legal relationship created by the 1977 Treaty is preserved and cannot in this case be treated as voided by unlawful conduct”.

sulla costruzione e l'esercizio del sistema di chiuse *Gabčíkovo-Nagymaros* e sulla costruzione e l'attuazione di una soluzione provvisoria⁴⁸².

La Corte riteneva che l'Ungheria non avesse il diritto di sospendere e successivamente abbandonare, nel 1989, i lavori sul progetto *Nagymaros* e sulla parte del progetto *Gabčíkovo* di cui era responsabile. D'altra parte, la Corte dichiarava che la Cecoslovacchia non aveva il diritto di azionare nell'ottobre 1992 il sistema di sbarramento in questione. L'Ungheria avrebbe dovuto risarcire la Slovacchia, quale successore, per il danno subito dalla Cecoslovacchia a causa della sospensione e dell'abbandono da parte dell'Ungheria di lavori di sua competenza, mentre la Slovacchia avrebbe dovuto risarcire l'Ungheria per il danno che aveva subito a causa della messa in esercizio della diga da parte della Cecoslovacchia e del suo mantenimento in servizio da parte della Slovacchia.

Nel caso *de quo*, la CIG - in una sentenza evocativa di quella del Corte Permanente internazionale di giustizia nel caso relativo alla Deviazione delle acque del fiume Mosa - confermava l'applicazione del principio *ex iniuria ius non oritur* nei seguenti termini: "*The Court (...) cannot disregard the fact that the (Budapest) Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook that factual situation – or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise – when deciding on the legal requirements for the future conduct of the parties. This does not mean that facts – in this case, facts which flow from wrongful conduct – determine the law. The principle ex iniuria ius non oritur is sustained by the Court's finding that the legal relationship created by the 1977 Treaty is preserved and cannot in this case be treated as voided by unlawful conduct*"⁴⁸³.

La Corte precisava quindi, da una parte, che il principio *ex iniuria ius non oritur* ('dall'ingiustizia non scaturisce la giustizia') non inficiava la validità del diritto sostanziale applicabile tra le parti (il Trattato bilaterale del 1977). Si tratta di una

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Ibid, para. 133.

applicazione sostanziale del principio menzionato che quindi non pone in dubbio l'operatività della *clean hands doctrine*, essendo questa un principio avente carattere processuale (sul punto, *infra*, paragrafo 7).

La CIG, tuttavia, nel caso *de quo* non applicava neppure la dottrina delle mani pulite nella sua accezione di provocazione (sulla quale *infra*, paragrafo 6.3). Ma questo, non già sulla base della negazione della operatività della *clean hands doctrine* bensì e piuttosto per ragioni di equità. Come osservato dalla CIG infatti la condotta posta in essere dalla Slovacchia in risposta alla violazione ungherese era andata ben oltre ciò che sarebbe stato considerato proporzionato privando di fatto l'Ungheria di “*its basic right to an equitable and reasonable sharing of the resources of an international watercourse*”⁴⁸⁴. Quindi, se la CIG avesse applicato la dottrina delle mani pulite, avrebbe essenzialmente permesso che si verificasse un'illegalità che sarebbe andata ben oltre ciò che sarebbe stato proporzionato alla ‘provocazione’ dell'Ungheria.

2.2.4. *Legality of use of force* (Jugoslavia v alcuni membri NATO)

I casi concernenti la legalità dell'uso della forza che hanno visto confrontarsi da una parte la Jugoslavia, soggetta ad intervento umanitario, e dall'altra alcuni membri della *North Atlantic Treaty Organization* (di seguito NATO) hanno fatto luce sulla possibilità di applicare la dottrina delle mani pulite al fine di impedire a un tribunale di giudicare a favore di uno Stato oggetto di intervento umanitario⁴⁸⁵.

In buona sostanza, la domanda è se sia ammissibile per uno Stato che abbia commesso gravi violazioni dei diritti umani e che in ragione di ciò è stato oggetto di intervento umanitario, chiedere a un tribunale internazionale di giudicare lo Stato o gli Stati intervenienti che abbiano agito illegalmente.

⁴⁸⁴ Ibid, para 78.

⁴⁸⁵ POMSON O. E HOROWITZ Y., *Humanitarian Intervention and the Clean Hands Doctrine in International Law*, Israel Law Review, Cambridge University Press, 2015, pp. 219-251.

L'intervento umanitario è ritenuto da una parte della dottrina 'legittimo' laddove vengano poste in essere gravi e diffuse violazioni dei diritti umani⁴⁸⁶. Si tratta di una conclusione che muove dal ruolo centrale che i diritti umani hanno assunto nella comunità internazionale a partire dal secondo conflitto mondiale⁴⁸⁷. Secondo la dottrina maggioritaria (Dinstein), invece, la legittimità dell'intervento umanitario unilaterale non trova sostegno nell'attuale diritto internazionale *tout court*⁴⁸⁸.

Secondo questa opinione, il divieto di usare la forza, di cui all'articolo 2, paragrafo 4 della Carta ONU, deve essere interpretato in modo restrittivo nel senso che non consente eccezioni che non siano la legittima difesa di cui all'articolo 51 della Carta ONU e le azioni del Consiglio di sicurezza di cui al capitolo VII della Carta stessa⁴⁸⁹. Un sostegno all'intervento umanitario unilaterale non si troverebbe neppure nel diritto internazionale consuetudinario, in quanto l'articolo 2, paragrafo 4, della Carta ha sostituito le norme consuetudinarie internazionali che regolano l'uso della forza e non è stato modificato da alcuna nuova norma internazionale

⁴⁸⁶ Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford University Press, 2000, disponibile su <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-thekosovoreport.pdf>. Sul concetto di legittimità nel diritto internazionale si veda FRANCK T. M., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, 1990; SHAW M. N., *International Law: A System of Relationships*, 3 Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, 2011, pp. 237, 246–68.

⁴⁸⁷ CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, VII ed., 2012, p. 634.

⁴⁸⁸ Si veda CHESTERMAN S., *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford Scholarship Online, 2001, p. 28; DELBRUCK J., *Commentary on International Law: a Fresh Look on Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations*, 67 *Ind. L.J.*, 1992, p. 887; HENKIN L., *NATO's Kosovo Intervention: Kosovo and the Law of "Humanitarian Intervention"*, 93 *AM. J. INT'L L.*, 1999, p. 824; KRITSIOTIS D., *Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention*, 19 *MICH. J. INT'L L.*, 1998, p. 1005.

⁴⁸⁹ CHESTERMAN S., *Just War or Just Peace?*, *supra*, p. 47-53. DINSTEIN Y., *Comments on War*, 27 *HARV. J.L. & PUB. POL'Y*, 2004, pp. 877, 878, il quale si dimostra "apprehensive of any creative interpretation" of the Charter, unless it is supported by consistent and uniform practice".

consuetudinaria⁴⁹⁰. Inoltre, questa opinione restrittiva trova solido sostegno nei *travaux préparatoires* della Carta ONU, nella prassi successiva degli Stati e nelle dichiarazioni dell'Assemblea Generale, tra cui la Dichiarazione sulle relazioni amichevoli del 1970⁴⁹¹. Inoltre, la CIG non ha mai permesso eventuali eccezioni al principio di non intervento nei casi *Corfù Channel*⁴⁹² e *Nicaragua v U.S.A.*⁴⁹³.

Semplificando, si desume come l'intervento umanitario sia generalmente considerato illegale ai sensi del diritto internazionale⁴⁹⁴.

In questo contesto, la *clean hands doctrine* potrebbe essere utilizzata per impedire allo Stato attaccato di invocare la responsabilità dello Stato che agisce per proteggere le persone da gravi violazioni dei diritti umani⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Ibid, p. 53-60.

⁴⁹¹ Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess., U.N. Doc. A/RES/2625 (October 24, 1970), [hereinafter Declaration on Friendly Relations]. Al riguardo, VALEK P., *Is Unilateral Humanitarian Intervention Compatible with the U.N. Charter?*, disponibile su <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1246&context=mjil>.

⁴⁹² *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, sentenza, 9 aprile 1949, *I.C.J. Rep.*, 1949, pp. 4 ss (“*The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to preventing the administration of international justice itself*”).

⁴⁹³ *Military and Paramilitary Activities*, *supra*, para. 106, 202 (June 27) (“*The principle of non-intervention involves the right of every sovereign state to conduct its affairs without outside interference; though examples of trespass against this principle are not infrequent, the Court considers that it is part and parcel of customary international law*” e “*the principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States*” *ibid*, para. 108, 205).

⁴⁹⁴ POMSON O. E HOROWITZ Y., *Humanitarian Intervention and the Clean Hands Doctrine in International Law*, *supra*, p. 220.

⁴⁹⁵ LOWE V. E TZANAKOPOULOS A., *Humanitarian Intervention*, in R Wolfrum (ed), *The Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2014 disponibile su

Il 29 aprile 1999, la Repubblica Federale di Jugoslavia depositava presso la cancelleria della Corte una serie di ricorsi contro dieci membri della *NATO* - Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Regno Unito e Stati Uniti unitamente a una domanda di indicazione di misure provvisorie per garantire che gli Stati convenuti cessassero immediatamente di fare impiego della forza e si astenessero da qualsiasi minaccia o uso della forza contro la Jugoslavia (articolo 1 del *North Atlantic Treaty*)⁴⁹⁶.

Nelle argomentazioni orali delle potenze NATO convenute veniva sostenuto che i reclami proposti dalla Jugoslavia non dovevano essere accolti perché la Jugoslavia non si era presentata innanzi alla Corte con mani pulite⁴⁹⁷.

I casi furono tuttavia dismessi su altre basi⁴⁹⁸. Avendo respinto le richieste della Jugoslavia per carenza di giurisdizione, la CIG non ha ritenuto necessario affrontare l'argomento relativo alle '*unclean hands*' attribuite alla Jugoslavia. La Corte quindi non si è pronunciata sulla esistenza o meno della *clean hands* nel diritto

<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>, per i quali l'intervento umanitario può essere definito come "*a threat or use of armed force against another state that is motivated by humanitarian considerations*".

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Canada)*, obiezioni preliminari, decisione 15 dicembre 2004, ICJ Rep. 2004; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Germany)*, obiezioni preliminari, decisione 15 dicembre 2004, ICJ Rep. 2004; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Portugal)* ICJ Pleadings CR/99/21; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v United Kingdom)* ICJ Pleadings CR/99/23; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v United States of America)* ICJ Pleadings CR/99/24.

⁴⁹⁸ Nel dicembre 2004 la Corte dichiarava la propria carenza di giurisdizione. La declaratoria in parola si basava esclusivamente sul fatto che la Jugoslavia non era membro delle Nazioni Unite della Corte nel 1999. La sentenza concludeva che l'eccezione di cui all'articolo 35, paragrafo 2, dello Statuto CIG relativa ai 'trattati in vigore' non dava diritto a uno Stato che non fosse membro delle Nazioni Unite di comparire davanti al tribunale in una questione relativa alla Convenzione sul genocidio. Cfr. SWORDS C. WILLIS A., *The Decision of the International Court of Justice in the Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada)*, Cambridge University Press, 2016.

internazionale e sulla sua qualificazione e applicabilità ai casi aventi ad oggetto l'intervento umanitario.

Ciononostante, il Giudice Weeramantry, in un *obiter dicta*, affermava, riferendosi alla dottrina delle mani pulite, che: “[i]t is patently clear (...) that it is a precondition to the granting of any relief to the Applicant that if the Applicant is engaged on a course of violence relevant to the subject-matter of the Application, that violence should immediately cease”⁴⁹⁹. Tuttavia, il Giudice osservava che si trattava di un problema che avrebbe dovuto essere lasciato al merito⁵⁰⁰ – uno stadio che non è mai stato raggiunto a causa della declaratoria di mancanza di giurisdizione⁵⁰¹.

2.2.4.1. Clean hands doctrine e intervento umanitario

Sebbene nei casi relativi alla *Legality of Use of Force* la CIG non abbia preso posizione né sulla esistenza della *clean hands doctrine* nel diritto internazionale, né tantomeno sul rapporto tra *clean hands* e intervento umanitario non ci si può esimere qui da alcune considerazioni

Quanto all'intervento umanitario, si rileva innanzitutto che le violazioni dei diritti umani commesse dal reclamante e la successiva denuncia relativa all'intervento umanitario sono due azioni distinte. In altre parole, il fatto che lo Stato interveniente abbia usato la forza non fa parte della stessa azione commessa per le violazioni dei diritti umani, anche se sussiste un qualche nesso causale.

Ciò posto bisogna domandarsi se lo *status* di *jus cogens* del divieto dell'uso della forza impedisca l'applicabilità della dottrina delle mani pulite a controversie relative all'intervento umanitario.

⁴⁹⁹ *Yugoslavia v Belgium, Provisional Measures* (n 49), *Dissenting Opinion* del vice-Presidente Weeramantry, para. 184.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Serbia and Montenegro v Belgium, Preliminary Objections*, para. 155.

Lo status di *jus cogens* di una norma non sostituisce l'applicazione delle regole procedurali⁵⁰². Quindi, per rispondere a questa domanda, è innanzitutto necessario determinare se la dottrina delle mani pulite sia una norma procedurale in quanto si tratterebbe allora di norme che operano su piani differenti. Indipendentemente dalla gerarchia di una norma internazionale sostanziale, essa non può, infatti, superare uno sbarramento procedurale alla sua applicazione.

La risposta a questo interrogativo, a parere di chi scrive, è positiva (sul punto, *amplius*, capitolo I). In questa prospettiva, la dottrina delle mani pulite ha quindi il potenziale per svilupparsi al punto da poter bloccare le rivendicazioni dello Stato che è stato attaccato sulla base dell'intervento umanitario. Essendo una norma procedurale, la sua applicabilità non sarebbe infatti influenzata dallo *status* di *jus cogens* del divieto dell'uso della forza.

2.2.5. *Arrest Warrant Case* (Repubblica Democratica del Congo v Belgio)

Il 17 ottobre 2000, la Repubblica Democratica del Congo (di seguito RDC) presentava un ricorso contro il Belgio avente ad oggetto una controversia concernente un mandato di arresto internazionale emesso sei mesi prima da un

⁵⁰² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, sentenza, merito, 3 febbraio 2012, in I.C.J. Rep., 2012, para. 92 e ss., ove la Corte ha negato l'esistenza di un'eccezione fondata sullo *jus cogens* alla regola delle immunità giurisdizionali dello Stato sulla base della distinzione tra norme cogenti come regole sostanziali e immunità giurisdizionali come regole procedurali. In particolare, la Corte ha ritenuto: “Assuming (...) that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *jus cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful”. Contra, ESPÓSITO C., *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist*, Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, 2012 disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2103482> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103482>.

giudice belga contro il ministro congolese degli affari esteri, Mr. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, al fine di ottenere la sua detenzione e successiva estradizione in Belgio per presunti crimini internazionali. Il mandato d'arresto veniva trasmesso a tutti gli Stati, compresa la RDC, che lo riceveva il 12 luglio 2000⁵⁰³.

La RDC presentava inoltre una richiesta di indicazione di misure provvisorie volta a ottenere, in particolare, un ordine di cessazione immediata del mandato di arresto controverso. Il Belgio, da parte sua, chiedeva che tale istanza fosse respinta e che il caso fosse cancellato dal ruolo. Nella sua ordinanza dell'8 dicembre 2000, la Corte, respingendo la richiesta belga di cancellazione della causa dal ruolo, affermava che *“the circumstances, as they presented themselves to the Court, [were] not such as to require the exercise of its power, under Article 41 of the Statute, to indicate provisional measures”*⁵⁰⁴.

Dopo aver esaminato i termini del mandato di arresto dell'11 aprile 2000, la Corte osservava che l'emissione del mandato di arresto controverso rappresentava un atto delle autorità giudiziarie belghe inteso a consentire l'arresto nel territorio belga di un Ministro degli Affari esteri accusato di crimini di guerra e contro l'umanità. Data la natura e lo scopo del mandato, la sua semplice emissione costituiva una violazione di un obbligo del Belgio nei confronti della RDC, in quanto non aveva rispettato l'immunità di cui il sig. Yerodia godeva come Ministro in carica.

Tuttavia, nel cd. *Arrest Warrant Case*, Giudice *ad hoc* Van den Wyngaert esprimeva il suo dissenso rispetto alla decisione della Corte ritenendo che: *“The Congo was ill placed when accusing Belgium of exercising universal jurisdiction in the case of Mr. Yerodia. If the Congo had acted appropriately, by investigating charges of war crimes and crimes against humanity allegedly committed by Mr. Yerodia in the Congo, there would have been no need for Belgium to proceed with*

⁵⁰³ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza, 14 febbraio 2002, I.C.J. Rep. 2002 (*Dissenting Opinion* del giudice van den Wyngaert), *overview* del caso, disponibile su <https://www.icj-cij.org/en/case/121>.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

*the case. (...) The Congo did not come to the Court with clean hands. In blaming Belgium for investigating and prosecuting allegations of international crimes that it was obliged to investigate and prosecute itself, the Congo acts in bad faith*⁵⁰⁵.

Nel caso riguardante il mandato di arresto quindi, la dottrina di *clean hands* è stata richiamata espressamente dal Giudice dissenziente van den Wyngaert per sostenere che il Congo aveva agito in mala fede in quanto era venuto meno al proprio obbligo di indagare e perseguire crimini internazionali per poi lamentarsi delle conseguenze che questi avrebbero determinato⁵⁰⁶.

L'accusa da parte del Congo nei confronti del Belgio di esercitare la giurisdizione universale nel caso di Mr. Yerodia, secondo van den Wyngaert difettava di una solida base in quanto il Congo si era presentato innanzi alla Corte con '*unclean hands*'. Se infatti, in prima istanza, il Congo avesse agito in modo appropriato, indagando sulle accuse di crimini di guerra e crimini contro l'umanità presumibilmente commessi dal Ministro Yerodia in Congo, non sarebbe stato necessario per il Belgio procedere con il mandato di arresto. Il governo belga ripetutamente enfatizzata nelle sue dichiarazioni di apertura e chiusura innanzi alla CIG di avere inoltre tentato di trasferire il *dossier* in Congo, per far sì che ad indagare e perseguire il caso fossero le autorità congolese.

Pur tuttavia, la sentenza della Corte non contiene alcun riferimento al principio in parola. Alla luce della posizione dissenziente citata, il silenzio della Corte potrebbe far ritenere che questa non l'abbia ritenuta pertinente nel caso specifico. Secondo van den Wyngaert, tuttavia, la Corte internazionale di giustizia avrebbe

⁵⁰⁵ *Arrest Warrant, dissenting opinion* del Giudice Van den Wyngaert, para. 35.

⁵⁰⁶ *Ibid*, ove Van den Wyngaert richiama il contributo di FITZMAURICE G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, *supra*, p. 119. Il Giudice richiama altresì il contributo di SCHWEBEL S. M., *Clean Hands in the Court*, in E. Brown Weiss et al. (ed.), *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law*, 1999, pp. 74-78 e *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, dissenting opinion* del Giudice Schwebel, *supra*, pp. 382-384.

dovuto almeno rendere esplicito che il Congo avrebbe dovuto occuparsi del caso in prima istanza⁵⁰⁷.

2.2.6. Oil Platform Case

Il 6 novembre 2003, la Corte Internazionale di Giustizia decretava, con 14 voti favorevoli e 2 contrari, che una serie di atti di ritorsione posti in essere da parte della Marina degli Stati Uniti contro alcune piattaforme Iraniane nel Golfo Persico nell'ottobre 1987 e nell'aprile 1988, sebbene costituissero un uso illegale della forza, non violavano il *Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights* del 1955 in vigore tra gli Stati Uniti e l'Iran, poiché gli attacchi non avevano pregiudicato la libertà di commercio tra i territori delle parti. I Giudici egiziano e giordano dissentirono.

La CIG respingeva inoltre, con una decisione 15-1 la domanda riconvenzionale proposta dagli Stati Uniti che invocavano una responsabilità iraniana per avere asseritamente ostacolato le libertà di commercio e di navigazione nel Golfo attaccando le navi statunitensi attraverso attacchi missilistici e posizionamento di mine⁵⁰⁸.

La questione principale che doveva essere decisa dalla CIG era se le azioni statunitensi denunciate dall'Iran potessero influire sulla 'libertà di commercio' come garantita dall'articolo X, paragrafo 1, del trattato del 1955. La CIG riteneva che, laddove uno Stato distrugga i mezzi di produzione e trasporto di un altro Stato destinati a esportazioni - o mezzi ausiliari o relativi a tale produzione o trasporto -, vi è, in linea di principio, un'interferenza con la libertà del commercio internazionale. La Corte aggiungeva, tuttavia, che da tale affermazione non consegue che qualsiasi interferenza con tali attività abbia un impatto sulla libertà di commercio 'tra i territori' delle parti, come previsto dall'articolo X, paragrafo 1 dovendosi adottare un approccio casistico.

⁵⁰⁷ *Arrest Warrant Case, dissenting opinion* del Giudice *ad hoc* van den Wyngaert, *supra*, p. 162, para. 35.

⁵⁰⁸ BEKKER P., *International Decisions*, David D. Caron (ed.), 98 Am. J. Int'l L., p 550.

Le prove dimostravano che, al momento del primo attacco americano nell'ottobre 1987, le piattaforme petrolifere iraniane, bersaglio di quell'attacco, erano in riparazione e non funzionanti, cioè non producevano petrolio. Quando gli Stati Uniti avevano attaccato l'altra piattaforma petrolifera nell'aprile 1988, era invece in atto un embargo statunitense sul petrolio e sui servizi di origine iraniana. Sulla base di queste circostanze, la CIG concludeva che, al momento di entrambi gli attacchi statunitensi, non vi era alcun commercio in essere tra Iran e Stati Uniti avente ad oggetto il petrolio prodotto dalle piattaforme petrolifere oggetto di attacco, sicché le azioni statunitensi contro le piattaforme non avevano violato la libertà di commercio del petrolio. Di conseguenza, la CIG respingeva le istanze iraniane e la correlata richiesta di risarcimento.

Gli Stati Uniti chiedevano alla Corte di respingere la richiesta iraniana e rifiutare il rimedio richiesto, a causa delle *'unclean hands'* dell'Iran, ritenuto colpevole di aver violato il Trattato del 1955 e altre norme di diritto internazionale relative all'uso della forza⁵⁰⁹. Gli Stati Uniti invocavano tre principi correlati a sostegno di questa richiesta.

⁵⁰⁹ *Oil Platforms (Iran v Stati Uniti)*, *supra*, para. 5.04, “*The principle that a party in litigation may not attempt to reap advantages from its own wrong - nullus commodum capere de sua injuriapropria - is well established in international law. Numerous arbitral decisions reflect the unwillingness of international tribunals to grant relief to parties whose own conduct with respect to the underlying dispute was wrongful (See, e.g., Tippetts, Abbett, McCarthy, Sfratton v. TAM-AFFA, 6 Iran-U.S. C.T.R., pp. 219, 228 (1984) (“It is a well-recognized principle in many municipal systems and in international law that no one should be allowed to reap advantages from their own wrong, Nullus Commodum Capere De Sua Injuria Propria”). See also The Mary Lowell Case (1 879), 3 Moore Intl Arb., para. 2772,2776 (ove veniva accordato il rigetto di un reclamo in cui la nave asseritamente ingiustamente sequestrata era impegnata in comportamenti illegali e ove si legge che “this illegality was of such a character as to carry with it forfeiture of the protection of the United States flag”); The Montijo Case (1875), 2 Moore Int’l Arb., pp.1421, 1437 (“No one can be allowed to take advantage of his own wrong”); The Medea and The Good Return Cases (1866), 3 Moore Int'l Arb., pp. 2730, 2739 (rilevando, nel respingere un reclamo in cui l’attore aveva partecipato ad atti di pirateria, che “[a] party who asks for redress must present himself with clean hands”). Questo principio secondo cui una parte che ha commesso un comportamento illecito perde il diritto di chiedere un ricorso giudiziario è riconosciuto anche in dottrina (si veda, ad esempio., CHENG B.,*

In particolare, gli Stati Uniti sollevavano, nella fase di merito, una questione di natura preliminare basata sul comportamento anti-giuridico che l'Iran avrebbe posto in essere prima delle azioni statunitensi denunciate dallo Stato attore (si trattava, nella specie, delle violazioni di un trattato bilaterale in vigore tra le Parti, nonché del divieto consuetudinario dell'uso della forza)⁵¹⁰.

In secondo luogo, secondo gli Stati Uniti, l'Iran aveva commesso, al momento delle azioni contro le piattaforme, un attacco armato manifestamente illegale contro gli Stati Uniti e altre navi neutrali nel Golfo Persico, provocando la reazione statunitense, e aveva poi travisato i fatti del caso dinanzi alla Corte. Quindi il governo statunitense sottolineava come, in virtù del principio di reciprocità, uno Stato non possa pretendere che un altro Stato osservi, nei suoi confronti, obblighi che il primo Stato abbia violato nei confronti del secondo, nel caso di specie, ai sensi del Trattato del 1955 in vigore tra le parti.

Infine gli Stati Uniti ritenevano come una parte non possa avere diritto ad ottenere rimedio quando le azioni di cui si lamenta sono da considerarsi conseguenza della sua condotta illecita⁵¹¹.

supra, pp. 149-58; SIR GERALD FITZMAURICE, *supra*, pp. 117-19; BORCHARD E., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Banks Law Publishing Company, New York, 1915, p. 713 (“*It is an established maxim of all law, municipal and international, that no one can profit by his own wrong and that a plaintiff or a claimant must come into court with clean hands*”) e ROSSI C., *Equity and International Law*, *supra*, pp. 164-65 (per il quale il principio di ‘clean hands’ è un ‘general principle of law’).

⁵¹⁰ Ibid, para. 27: “*The Court will first consider a contention to which the United States appears to have attributed a certain preliminary character. The United States asks the Court to dismiss Iran’s claim and refuse in the relief it seeks, because of Iran’s allegedly unlawful conduct, i.e., its violation of the 1955 Treaty and other rules of international law relating to the use of force*”.

⁵¹¹ Ibid: “*The United States invokes (...) three related principles (...). First, a party that acts improperly with respect to the subject-matter of a dispute is not entitled to relief; (...). Second, a party that has itself violated obligations identical to those that are the basis for its application is not entitled to relief (...). Third, an applicant is not entitled to relief when the actions it complains of were the result of its own wrongful conduct*”.

Si trattava di principi che gli Stati Uniti riconducevano tutti alla *clean hands doctrine*. Al riguardo, gli Stati Uniti rilevavano infatti come l'Iran stesso avesse precedentemente invocato i medesimi principi innanzi allo *Iran-U.S. Claims Tribunal*, chiedendo che le controversie fossero dismesse in ragione delle asserite carenze nella condotta statunitense. Il Governo statunitense rilevava, in particolare, come l'Iran avesse nei suoi *pleading*, invocato e descritto la dottrina in parola nei seguenti termini: “*The claim should be dismissed under the universal, equitable doctrine of ‘clean hands’. The doctrine, which is supported by a vast and diverse body of international legal literature, State practice and international case-law, states that anybody wishing to bring a claim before an international court, must have acted, properly and correctly prior to the claim.... (Aryeh v. Iran, Cases Nos. 842,843 & 844, Respondent's Hearing Memorial and Written Evidence, Vol. III, Doc. 80, Exhibit C, p. 44 (23 ~ar. 1993) (Iran-U.S. Claims Tribunal), Exhibit 162)*”⁵¹².

L'Iran rispondeva che il concetto di ‘mani pulite’ alla base degli argomenti statunitensi “*while reflecting and incorporating fundamental principles of law inspired by good faith is not an autonomous legal institution*”⁵¹³. Il Governo iraniano sosteneva che “*the plaintiff's own wrongful conduct*”, quale motivo di irricevibilità di un reclamo, si applicasse tuttavia solamente con riguardo ai reclami sorti nel contesto della protezione diplomatica e concernesse quindi solo le ‘mani pulite’ di un privato straniero, mentre, tale principio, sarebbe irrilevante nelle controversie interstatali dirette⁵¹⁴. Secondo l'Iran, per quanto riguarda queste

⁵¹² Ibid, para. 5.06.

⁵¹³ *Oil Platforms, Reply and Defence to Counter-claim submitted by The Islamic Republic of Iran*, 10 marzo 1999, para. 83.3, p. 176.

⁵¹⁴ Ibid: “*Iran responds that the concept of ‘clean hands’ underlying these arguments of the United States, while reflecting and incorporating fundamental principles of law inspired by good faith, is not an autonomous legal institution. It contends that the concept of ‘clean hands’ requires the operation of other institutions or legal rules for its implementation. Iran argues that the plaintiff's own wrongful conduct as a ground for inadmissibility of a claim relates to claims arising in the context of diplomatic protection and concerns only a foreign individual's ‘clean hands’, but that such principle is irrelevant in direct State-to-State claims. According to Iran, as far as State-to-State*

ultime, tale principio può avere significato giuridico solo nella fase di merito e solo nella fase di quantificazione dei danni, ma non può privare uno Stato del *locus standi in judicio*⁵¹⁵.

Nelle memorie successive e nell'argomentazione orale veniva dimostrato come l'obiezione statunitense avesse un carattere preliminare, ma non si è mai andati così lontani da suggerire che si trattasse di questioni di irricevibilità, che è opportuno indagare prima di qualsiasi esame di merito. Gli Stati Uniti non chiedevano alla Corte di considerare irricevibili le richieste dell'Iran; chiedevano, piuttosto, il rigetto della domanda. In altre parole, gli Stati Uniti non sostenevano che alla Corte dovesse essere precluso l'esame del merito ma che la condotta dell'Iran fosse tale da “*precludes it from any right to the relief it seeks from this Court*” o che “*should not be permitted to recover on its claim*”⁵¹⁶. Gli Stati Uniti invitavano, piuttosto, la Corte a rilevare che “*the United States measures against the platforms were the consequences of Iran's own unlawful use of force*” e richiedevano che “*appropriate legal consequences should be attached to that finding*”⁵¹⁷.

Senza prendere posizione rispetto alla tesi iraniana, la CIG rilevava che l'argomento statunitense non era stato presentato come eccezione di irricevibilità ma, piuttosto, veniva sollevato nel *Counter-Memorial* (dopo la sentenza della Corte del 12 dicembre 1996 sulla obiezione preliminare alla giurisdizione sollevata dagli Stati Uniti) allo scopo di ottenere un riconoscimento circa la legittimità delle azioni statunitensi in risposta alla condotta iraniana; ciò imponeva, secondo la Corte, di procedere con l'esame del merito discutendo la pretesa degli Stati Uniti in quella fase⁵¹⁸.

claims are concerned, such principle may have legal significance only at the merit stage, and only at the stage of qualification of damages, but does not deprive a State of locus standi in judicio”.

⁵¹⁵ Ibid, para. 9.

⁵¹⁶ Ibid.

⁵¹⁷ Ibid.

⁵¹⁸ Ibid, para. 29-30: “*The United States does not task the Court to find Iran's claim inadmissible; it asks the Court to dismiss that claim. It does not argue that the Court should be debarred from examining the merits of the Iranian claim on the grounds of Iran's conduct; rather, it argues that*

La CIG si è disinteressata della qualifica della la *clean hands doctrine* quale principio processuale di diritto internazionale o meno, pur tuttavia, ribadendo che non si tratta di una questione di ammissibilità e confermandone la applicabilità nella fase di merito della controversia, come richiesto, peraltro, dalla difesa statunitense⁵¹⁹.

2.2.7. Certain Iranian Assets Case

Il 14 giugno 2016 la Repubblica islamica dell'Iran avviava un procedimento contro gli Stati Uniti d'America per presunte violazioni statunitensi del Trattato di amicizia, relazioni economiche e diritti consolari, firmato dai due Stati a Teheran il 15 agosto 1955 ed è entrato in vigore il 16 giugno 1957⁵²⁰.

Gli Stati Uniti sollevavano eccezioni di giurisdizione e ammissibilità fondate su abuso del processo e *clean hands doctrine*⁵²¹. Secondo il governo convenuto “*the U.S. actions (...) derive from Iran’s own unclean hands – as a sponsor of terrorism and its repeated violations of counter-terrorism, weapons proliferation, and arms*

Iran’s conduct is such that it ‘precludes it from any right to the relief it seeks from this Court’, or that ‘should not be permitted to recover on its claim’”.

⁵¹⁹ Ibid, para 29-30, “*The Court notes that in order to make that finding it would have to examine Iranian and United States actions in the Persian Gulf during the relevant period - which it has also to do in order to rule on the Iranian claim and the United States counter-claim” e “at this stage of its judgement, therefore, the Court does not need to deal with the request of the United States to dismiss Iran’s claim and refuse the relief that it seeks on the basis of the conduct attributed to Iran. The Court will now proceed to the consideration of the claims made by Iran and the defences put forward by the United States”.*

⁵²⁰ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, sentenza del 13 febbraio 2019, ICJ Rep No. 164, para. 1.

⁵²¹ Ibid, para. 1.10, “*(...) Iran’s unclean hands should preclude the Court from proceeding with this case. Iran’s allegations against the United States are focused on U.S. measures that engage the legal and political responsibility of Iran as a sponsor of terrorism directed at the United States, its nationals, and others over the past forty years, as well as its persistent violations of counter-terrorism, weapons proliferation, and arms trafficking obligations. Iran comes to the Court with unclean hands, and the Court should decline to exercise any such jurisdiction it may have, given that the U.S. measures that Iran now seeks to impugn were taken in response to Iran’s own conduct”.*

*trafficking obligations – (...) strongly counseling the Court to decline any jurisdiction it may have over Iran's claims*⁵²².

La Corte notava che, durante la fase orale, gli Stati Uniti avevano sostenuto che la dottrina delle ‘mani pulite’ fosse una *species* del principio di abuso di processo precisando che se la Corte avesse ritenuto che abuso del processo e dottrina delle ‘mani pulite’ fossero concetti distinti, quest’ultimo avrebbe comunque avuto una base sufficiente nel diritto internazionale⁵²³. La Corte riteneva che anche se le obiezioni basate sull’abuso di processo e sulla dottrina di *clean hands* potevano considerarsi collegate, nella fattispecie si trattava di questioni distinte quanto a portata e atti a sostegno. La Corte esaminava quindi in primo luogo l’obiezione basata sull’abuso del processo e in secondo luogo quella basata sulla dottrina di ‘mani pulite’⁵²⁴.

Sotto il primo profilo gli Stati Uniti affermavano che il tentativo dell’Iran di fondare la giurisdizione della Corte sul Trattato del 1955 (articolo XXI, paragrafo 2) costituiva un abuso del processo perché le condizioni fondamentali alla base del Trattato non esistevano più tra le Parti e perché l’Iran non cercava di rivendicare l’interesse protetto dal Trattato ma piuttosto di coinvolgere la Corte in una disputa strategica più ampia⁵²⁵.

In effetti, la Corte notava che Iran e Stati Uniti avevano cessato le relazioni diplomatiche nel 1980 in seguito alla rivoluzione iraniana e al sequestro dell’Ambasciata degli Stati Uniti a Teheran nel 1979⁵²⁶. Tuttavia, la CIG riteneva che solo in circostanze eccezionali avrebbe potuto respingere un reclamo basato su un titolo di giurisdizione valido per abuso del processo. In particolare, la Corte sosteneva come dovessero esserci prove evidenti che la condotta attorea equivaleva a un tale abuso. In quel caso il trattato era formalmente in vigore tra le parti alla

⁵²² Ibid, para. 6.1.

⁵²³ Ibid, para. 106.

⁵²⁴ Ibid, para. 107.

⁵²⁵ Ibid, para. 29.

⁵²⁶ Ibid, para. 19.

data di deposito della domanda iraniana e quindi la Corte respingeva la prima obiezione alla ricevibilità⁵²⁷.

Per quanto riguarda la seconda obiezione preliminare, di ammissibilità, secondo gli Stati Uniti, la Corte non avrebbe dovuto procedere con la causa perché l'Iran si sarebbe presentato innanzi alla Corte con *unclean hands*⁵²⁸; in particolare, secondo la difesa statunitense “*Iran has sponsored and supported international terrorism, as well as taken destabilizing actions in contravention of nuclear non-proliferation, ballistic missile, arms trafficking, and counter-terrorism obligations*”⁵²⁹.

Il punto di partenza, secondo gli Stati Uniti, doveva ravvisarsi nel bombardamento di Beirut nel 1983, quando gli Stati Uniti iniziarono ad attivare misure per fronteggiare il supporto iraniano al terrorismo.

Gli Stati Uniti sostenevano che l'Iran stesse cercando di ottenere riparazione in ragione dell'esito del caso *Peterson*, il quale, secondo il governo americano, aveva avuto origine dal supporto iraniano ad attività terroristiche⁵³⁰. Secondo gli Stati Uniti “*the heart of this case is Iran's attempt to evade accountability for acts of terrorism directed at or affecting US persons that Iran has sponsored, that Iran has instigated, that Iran has procured, that Iran has financed, and in which Iran has conspired. The accountability that Iran seeks to evade is accountability established*

⁵²⁷ Ibid. para. 114.

⁵²⁸ *Certain Iranian Assets, Oral Proceedings, Verbatim Record 2018/28*, para. 24-25.

⁵²⁹ Ibid.

⁵³⁰ Ibid, para. 24. Nel 1996, gli Stati Uniti modificavano il *Foreign Sovereign Immunity Act* (di seguito FSIA) in modo da rimuovere l'immunità processuale a quegli Stati designati come ‘Stato sponsor del terrorismo’ in alcuni casi aventi ad oggetto accuse di tortura, uccisioni extragiudiziali, sabotaggio di aerei, presa di ostaggi o fornitura di supporto materiale per tali atti (Sezione 1605 (a)(7)FSIA); veniva inoltre fatta eccezione all'immunità dall'esecuzione nei medesimi procedimenti (Sezioni 1610 (a) (7) e 1610 (b) (2) dell'FSIA). L'Iran veniva quindi citato davanti ai tribunali degli Stati Uniti per danni derivanti da decessi e lesioni causati da atti terroristici presumibilmente sostenuti, anche finanziariamente, dall'Iran. Queste azioni davano origine in particolare al Caso Peterson, relativo al bombardamento della caserma degli Stati Uniti a Beirut. L'Iran rifiutava di comparire in queste cause legali sostenendo che la legislazione degli Stati Uniti violasse il diritto internazionale sulle immunità statali.

*through US court proceedings pursuant to legislation that enables States to be held accountable for supporting terrorist acts. That is what this case is all about*⁵³¹.

Il governo statunitense rilevava come *“the principle that a would-be litigant with unclean hands is properly to be denied standing is the essence of this objection”*⁵³².

Gli Stati Uniti riconoscevano che, nelle decisioni precedenti, la CIG non aveva mai sostenuto una difesa basata sulla *clean hands doctrine* ma evidenziavano come la stessa Corte, tuttavia, *“has (never) rejected the principle and, indeed, we say, that the Court in Equatorial Guinea v. France*⁵³³ *accepted the existence of the closely related principle of abuse of process, subject to the appreciation that it only operates in ‘exceptional circumstances and requires ‘clear evidence’ that the conduct in question ‘could amount to an abuse of process’”*⁵³⁴ e che, in ogni caso, *“the time is ripe for the Court to acknowledge it and apply it”*⁵³⁵. Stando a quanto sostenuto dagli Stati Uniti la Corte non avrebbe dovuto procedere con l’esame del merito al fine di valutare le conseguenze giuridiche della condotta iraniana stante l’ostacolo rappresentato dalle *‘unclean hands’* attoree.

Gli Stati Uniti riconoscevano che la dottrina di *clean hands* non era, allo stato, ancora consolidata nella giurisprudenza della Corte. Tuttavia, ricordavano come un’attenta analisi della prassi statale dinanzi alla Corte, dei contributi accademici e delle opinioni individuali dei membri della Corte, fosse stata intrapresa dal professor John Dugard, nella sua qualità di relatore speciale della CDI sulla protezione diplomatica (infra, para. 4.2), il quale raggiungeva la conclusione per cui, *“[it is] difficult to sustain the argument that the clean hands doctrine does not apply to disputes involving direct inter-State relations. States have frequently raised the clean hands doctrine in direct inter-State claims and in no case has the*

⁵³¹ Ibid, para 4, p. 36 *“Iran now comes to the Court to seek assistance in evading those judgments. Iran comes to the Court with unclean hands”*.

⁵³² Ibid.

⁵³³ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France)*, obiezioni preliminari, decisione, 6 giugno 2018, para. 150.

⁵³⁴ *Certain Iranian Assets, Oral Proceedings*, Verbatim Record 2018/28, *supra*, para. 15

⁵³⁵ Ibid, para. 117.

*ICJ stated that the doctrine is irrelevant to inter-State claims*⁵³⁶. Inoltre il Governo statunitense si richiamava a un commento del Giudice Schwebel nella *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* il quale “*similarly reached the conclusion that a number of States have maintained the vitality and applicability of the principle of clean hands in inter-State disputes and that the Court has not rejected the principle*”⁵³⁷.

Gli Stati Uniti concludevano ritenendo che “*there is no stronger case for such a principle than the one before you, the case brought by Iran in these proceedings is calling for such an assessment*”⁵³⁸.

Dal canto suo, l’Iran respingeva le accuse mosse dagli Stati Uniti di aver violato gli obblighi antiterrorismo, non proliferazione nucleare e traffico di armi. Ad avviso del governo iraniano si trattava di accuse infondate e peraltro irrilevanti per la risoluzione della controversia, e quindi non potevano fornire la base per escludere la ricevibilità della domanda⁵³⁹. L’Iran sottolineava inoltre come vi fosse incertezza sulla sostanza e sul carattere vincolante della dottrina delle ‘mani pulite’ e che la Corte non ne aveva mai riconosciuto la sua applicabilità⁵⁴⁰.

Secondo l’Iran, era chiaro tuttavia che la dottrina delle ‘mani pulite’ non potesse essere applicata nella fase delle obiezioni preliminari e che non potesse servire da base per l’inammissibilità di una domanda⁵⁴¹.

L’Iran rilevava infine come, secondo i sostenitori della *clean hands doctrine*, “*it only applies when the claimant is engaged in ‘precisely similar action, similar in fact and similar in law’ as that of which it complains*”⁵⁴². Secondo il governo iraniano l’obiezione degli Stati Uniti non soddisfaceva tale ultimo requisito dal

⁵³⁶ Ibid, para. 82.

⁵³⁷ Ibid, para. 86.

⁵³⁸ Ibid.

⁵³⁹ *Certain Iranian Assets, supra*, para. 118.

⁵⁴⁰ Ibid, para. 119.

⁵⁴¹ Ibid, para. 120.

⁵⁴² Ibid, para. 121.

momento che il convenuto non aveva neppure fornito supporto alle accuse per cui le ‘*unclean hands*’ iraniane equivalevano a una violazione del Trattato⁵⁴³.

La Corte iniziava rilevando come gli Stati Uniti non avessero sostenuto che l’Iran, attraverso la sua presunta condotta illecita, avesse violato la disposizione del Trattato su cui si basava il ricorso. Senza prendere posizione sulla dottrina delle mani pulite, la Corte riteneva quindi che, anche se fosse stato dimostrato che il comportamento del ricorrente non fosse stato irreprensibile, “*this would not be sufficient per se to uphold the objection to admissibility raised by the Respondent on the basis of the ‘clean hands’ doctrine*”⁵⁴⁴.

La Corte concludeva che tale statuizione non pregiudicava l’esame delle accuse mosse dagli Stati Uniti in merito alla presunta sponsorizzazione e il sostegno dell’Iran al terrorismo internazionale e le sue presunte azioni in materia di non proliferazione nucleare e il traffico di armi, eventualmente, nella fase di merito⁵⁴⁵.

Pertanto, la Corte respingeva altresì la seconda eccezione di ricevibilità.

Ciononostante la CIG si occupava, in tal caso, di fornire una base giuridica alla *clean hands doctrine*. Infatti, la Corte rileva come l’Iran si fosse presentato in giudizio con ‘*unclean hands*’ chiedendo alla CIG di decidere delle misure statunitensi ma omettendo la circostanza per cui era stata, a monte, la condotta iraniana a comportare suddette misure. La Corte riteneva che “*in such circumstances, the Court should refuse to entertain Iran’s claims on the merits in this case. Iran’s claims against the United States – which derive from Iran’s own violations of international law – are unsuitable for adjudication by the Court*”⁵⁴⁶. Secondo la Corte, i principi generali di diritto, ispirati all’equità e al requisito della buona fede, dovrebbero indurre a rifiutare di considerare le rivendicazioni dell’Iran

⁵⁴³ Ibid.

⁵⁴⁴ Ibid. para. 124. *Avena and Other Mexican Nationals supra*, p. 38, para. 47; *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, obiezioni preliminari, decisione 2 febbraio 2017, I.C.J. Rep. 2017, p. 52, para. 142.

⁵⁴⁵ Ibid, para. 124.

⁵⁴⁶ Ibid, para. 6.28.

nel merito⁵⁴⁷. Procedere altrimenti, significherebbe ‘ricompensare’ la condotta illecita internazionale dell'Iran, in conseguenza della quale gli Stati Uniti hanno adottato le stesse misure di cui l'Iran ora si lamentava. Questi principi generali, che costituiscono la ‘*clean hands doctrine*’, sono stati espressi da vari brocardi latini, tra cui *nullus commodum capere de sua injuria propria e ex delicto non oritur actio*⁵⁴⁸. La premessa di questi principi – quella cioè per cui anche ad una parte che agisca per il risarcimento per azioni asseritamente illecite può essere precluso dall'ottenere ristoro laddove tali azioni risultino dalla condotta illecita della controparte - è stata riconosciuta dai membri della Corte, nella pratica degli Stati, e da molti studiosi molto apprezzati⁵⁴⁹. I giudici della Corte hanno in diverse

⁵⁴⁷ Cfr. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, 1998, I.C.J., para. 275, 296, (“*the principle of good faith is a well-established principle of international law*”); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, sentenza, 14 giugno, 1993, I.C.J. Rep. 1983 (*separate opinion* del Giudice Shahabuddeen), para. 38, 19, (“*Equity itself being part of the law, there is no question either of equity correcting law or law correcting equity*”); WHITE M., *Equity – A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations?*, 4 QUEENSLAND U. TECH. L. & JUST. J., 2004, pp. 103, 109, (“*The general understanding of the drafters of Article 38 appears to have been that (...) particular equitable principles, as recognised within the various legal systems of the world, might play a role as ‘general principles’ of international law*”).

⁵⁴⁸ Alcuni principi simili sono *ex injuria...*, *ex turpi...*, *ex malo...* e *ex dolo malo non oritur actio*; *inadimplenti non est adimplendum* e “*he who comes for relief must come with clean hands*”. Al riguardo, Sir G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, *supra*, pp. 117-119; CHENG B., *supra*, pp. 149-158. Anzillotti stesso, nel caso *Diversion of Water from the River Meuse*, si era riferito al principio *inadimplenti non est adimplendum* come un principio “*so just, so equitable, so universally recognized, that it must be applied in international relations also (...). It is one of these ‘general principles of law recognized by civilized nations’ which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute*”.

⁵⁴⁹ *Certain Iranian Assets*, *supra*, para. 6.30, ove la Corte richiama il caso relativo al progetto *Gabčíkovo-Nagymaros*, para. 110 (“*the Court could not ‘overlook’ that Czechoslovakia’s act was a result of Hungary’s own prior wrongful conduct,*” and finding that Hungary, by its own conduct, had prejudiced its right to terminate the Treaty”) ove veniva richiamato, a sua volta, il caso *Factory at Chorzów*, *supra*, para. 31. Entrambi i casi rappresentano la proposizione più generale secondo la quale una parte non è autorizzata, in base al diritto internazionale, ad opporsi alle azioni intraprese in risposta diretta al proprio comportamento internazionale illecito.

occasioni confermato il principio generale secondo il quale a una parte non dovrebbe essere consentito di beneficiare del proprio comportamento illecito. In questo senso, ad esempio, si può ricordare l'opinione separata del giudice Ajibola, nella *advisory opinion* avente ad oggetto la Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, ove si legge che “*an applicant who ‘wants equity must do equity’ implying that the applicant ‘must come with clean hands’*”⁵⁵⁰. In particolare, la Corte ricordava come, nel valutare il comportamento dell'Iran e degli Stati Uniti ai sensi del Trattato di amicizia nel caso *Oil Platforms*, la Corte non avesse escluso la possibilità di valutare - se le circostanze fossero state diverse - di respingere le richieste iraniane in ragione del fatto che gli asseriti atti illeciti posti in essere dagli Stati Uniti fossero stati conseguenza della condotta illecita posta in essere, a monte, dall'Iran⁵⁵¹.

La Corte rilevava inoltre che “*the practice of States similarly supports the continuing vitality of these general principles of law and equity, as States continue to invoke forms of the ‘clean hands’ doctrine in a variety of circumstances*”⁵⁵².

⁵⁵⁰ *Application of the Convention and Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, (Order on Further Requests for the Indication of Provisional Measures) I.C.J. Rep., 1993 (*Separate Opinion* del Giudice Ajibola), para. 325, 395; si veda inoltre *Legal Status of Eastern Greenland (Dissenting Opinion* del Giudice Anzilotti), *supra*, ove si legge che “*an unlawful act cannot serve as the basis for an action at law*”. Altri membri della Corte hanno espresso opinioni simili. Ad esempio, il giudice Read nella sua opinione dissenziente in Interpretazione dei trattati di pace dichiarava che “*in any proceeding which recognized the principles of justice,*” a nessuno Stato potrebbe essere consentito di “*profit from its own wrong.*” *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary, and Romania, Advisory Opinion (Second Phase)*, 1950 I.C.J. 221, 244 (July 18) (*Dissenting Opinion* del Giudice Read). Similmente, il Giudice Schwebel affermava nell'opinione dissenziente nel caso concernente le *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, *supra*, che la condotta illecita del Nicaragua avrebbe dovuto impedirgli di lamentarsi delle corrispondenti asserite illiceità commesse dagli Stati Uniti, “*especially because, if these were illegalities, they were consequential on or were embarked upon in order to counter Nicaragua’s own illegality*”.

⁵⁵¹ *Oil Platforms*, *supra*, para. 29.

⁵⁵² Si veda, ad esempio, *Preliminary Objections of the Kingdom of Belgium*, para. 481, 483 nel caso *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)* (ove il Belgio sosteneva che “*since*

Lo stesso Iran aveva avanzato un'argomentazione basata sulla *clean hands doctrine* innanzi all'*Iran-U.S. Claims Tribunal*, ritenendola una “*universal, equitable doctrine (...) which is supported by a vast and diverse body of international legal literature, State practice and international case law*”⁵⁵³. La Corte rilevava infine che la dottrina delle mani pulite era stata inoltre ampiamente riconosciuta dalla dottrina⁵⁵⁴.

[Yugoslavia] has acted, and continues to act, in bad faith [its] application must be considered inadmissible”); Verbatim Record of the Public Sitting of the I.C.J. Held on May 11, 1999, p. 23, para. 3.17, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States)* (ove gli Stati Uniti sostenevano che le misure provvisorie sarebbero state inappropriate in quanto la Jugoslavia “*does not come to the Court with clean hands*”); Verbatim Record of the Public Sitting of the I.C.J. Held on May 11, 1999, p. 15-16, para. 24, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom)* (ove il Regno Unito sosteneva come la *clean hands doctrine* fosse “*deeply rooted in the essential nature of the judicial function*” e “*should be regarded as a ‘general principle of law’ within the meaning of Article 38 of the Statute*”); Verbatim Record of the Public Sitting of the I.C.J. Held on May 11, 1999, p. 11, para. 3.1.4, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal)* (ove il Portogallo rilevava che “[b]earing in mind the ‘clean hands’ criterion, the request of the Federal Republic of Yugoslavia is not legitimate since the facts at the origin of Yugoslavia’s request were caused by Yugoslavia’s illicit conduct”); Verbatim Record of the Public Sitting of the I.C.J. Held on May 11, 1999, pp. 15-16, para. 44, 48(d), *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands)* (ove i Paesi Bassi sostenevano che la richiesta jugoslava doveva essere respinta in ragione delle “*extremely dirty hands*” della parte istante); Verbatim Record of the Public Sitting of the I.C.J. Held on May 11, 1999, p. 10, para. 1.6, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany)* (la Germania sosteneva che la controparte “*does not come to the Court with ‘clean hands*”); Verbatim Record of the Public Sitting of the I.C.J. Held on May 10, 1999, p. 7, para. 5, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada)* (la stessa posizione veniva assunta dal Canada).

⁵⁵³ *Aryeh v. Iran*, Case No. 842, 843 & 844, Respondent’s Hearing Memorial and Written Evidence, Vol. III, (Mar. 23, 1993) (Doc. 80), Exhibit C, p. 44 (Iran-U.S. Claims Tribunal) (US Annex 187). Si veda inoltre *Mohtadi v. Iran*, Case No. 271, Award No. 573-271-3 (Dec. 2, 1996), 32 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 124, 134 (US Annex 188) (ove l’Iran sollevava una difesa di *clean hands* quale base per escludere il ricorso; *Karubian v. Iran*, Case No. 419, Award No. 569-419-2 (Mar. 6, 1996), 32 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 3, 36 (US Annex 189) (affermando che il ricorso era precluso dalla applicazione, tra l’altro, dottrina delle mani pulite).

⁵⁵⁴ *Ex multis*, FITZMAURICE G., *supra*, p. 119; CHENG B., *supra*, pp. 149, 158; ROSSI C. R. *Equity*

È interessante notare come gli Stati Uniti abbiano mutato approccio con riguardo alla *clean hands doctrine* rispetto a quanto avevano sostenuto nel caso *Oil Platforms*. Infatti, sono passati dall'assumere che si tratti di una questione che la Corte avrebbe dovuto affrontare nel merito a ritenere la stessa una eccezione preliminare di irricevibilità scontrandosi con quello che era un prevedibile rigetto da parte della Corte.

2.2.8. *Jadhav Case* (India v Pakistan)

Da ultimo, la *clean hands doctrine* è stata invocata innanzi alla CIG nel cd. *Jadhav Case* (India v Pakistan)⁵⁵⁵.

L'8 maggio 2017 l'India avviava un procedimento dinanzi alla Corte contro il Pakistan, accusando quest'ultimo di alcune gravi violazioni della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963. La disputa riguardava, in particolare, il

and International Law: a Legal Approach to International Decision Making, supra, pp. 164,165; JENKS C. W., *The Prospects of International Adjudication, supra*, pp. 412, 414; In particolare, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sul progetto di articoli sulla Responsabilità internazionale degli Stati, James Crawford, riscontrava “*no basis for including the clean hands doctrine as a new circumstance precluding wrongfulness*” (*Second Report on State Responsibility*, Mr. James Crawford, Special Rapporteur, [1999] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 3, 83, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 1) (US Annex 190)). Per giungere a questa conclusione, il professor Crawford ha ragionato sul fatto che il concetto di mani pulite fosse collegato a “*such procedural questions as locus standi or the admissibility of claims,*” che non erano stati trattati nel dettaglio nel Draft Articles. Nei commentari sull'articolato, la CDI spiegava inoltre che “[*t*]he principle that a State may not benefit from its own wrongful act is capable of generating consequences in the field of State responsibility but it is rather a general principle than a specific circumstance precluding wrongfulness”. Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session, [2001] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 1, 72, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) (US Annex 191). Si veda inoltre BORCHARD E., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad, supra*, p. 713.

⁵⁵⁵ *Jadhav Case (India v Pakistan)*, sentenza, 17 luglio 2019, I.C.J. Rep. 2019.

trattamento di un cittadino indiano, Mr. Kulbushan Sudhir Jadhav, detenuto, processato e condannato a morte da un tribunale militare pakistano⁵⁵⁶.

L'India affermava che, il 3 marzo 2016, Mr. Jadhav era stato “*kidnapped from Iran, where he was carrying on business after retiring from the Indian Navy and was then shown to have been arrested in Baluchistan*”⁵⁵⁷ per sospetto di attività di spionaggio e sabotaggio. L'India dichiarava di non essere stata informata della detenzione del signor Jadhav fino a 22 giorni dopo il suo arresto e che il Pakistan non aveva informato il signor Jadhav dei suoi diritti ai sensi della Convenzione di Vienna. Le autorità pakistane avrebbero successivamente rifiutato di assicurare all'India l'accesso consolare in favore del signor Jadhav, nonostante le richieste.

L'India sosteneva inoltre che, il 23 gennaio 2017, il Pakistan aveva avanzato richiesta di assistenza nelle indagini sul coinvolgimento del signor Jadhav nello spionaggio e attività terroristiche⁵⁵⁸ e che aveva dichiarato che “*consular access (to Mr. Jadhav would) be considered in the light of the Indian side's response to Pakistan's request for assistance in the investigation process*”⁵⁵⁹. A tale proposito, l'India affermava che collegare l'assistenza consolare alla assistenza nelle indagini costituiva di per sé una grave violazione della Convenzione di Vienna⁵⁶⁰.

L'India chiedeva dunque alla Corte (insieme alla presentazione di una istanza di misure provvisorie) di: accertare la competenza giurisdizionale sulla base del Protocollo opzionale alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari; ordinare l'immediata sospensione della condanna a morte dell'imputato; dichiarare che la sentenza del tribunale militare, emanata in violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari e sui diritti umani fondamentali come stabiliti nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, violava il diritto internazionale; impedire

⁵⁵⁶ BAETENS F., *The International Court of Justice renders its judgement in the Jadhav case (India v Pakistan)*, 2019, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/>.

⁵⁵⁷ *Jadhav Case, supra*, para. 13.

⁵⁵⁸ *Ibid*, para. 7.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, para. 28.

⁵⁶⁰ *Ibid*, para. 12.

al Pakistan di dare esecuzione alla sentenza emessa dal tribunale militare e costringerlo a prendere provvedimenti per annullare la decisione del tribunale militare; dichiarare illegale la decisione del tribunale qualora il Pakistan non fosse stato nella condizione di poterla annullare, in quanto in violazione del diritto internazionale, e di ammonire altresì il Pakistan contro ulteriori violazioni del diritto internazionale dando effetto alla sentenza o alla condanna in qualsiasi modo e spingerlo a rilasciare immediatamente il signor Jadhav⁵⁶¹.

Il 17 luglio 2019, la Corte emetteva la sua sentenza definitiva, mostrando un accordo complessivamente significativo tra i giudici (unanimità sulla giurisdizione e 15 voti contro 1 su ricevibilità e merito).

La Corte stabiliva la propria giurisdizione sulla base del Protocollo opzionale relativo alla risoluzione obbligatoria delle controversie alla Convenzione di Vienna e che la domanda dell'India era ricevibile.

Il Pakistan aveva avanzato richiesta di dichiarare irricevibile il ricorso indiano sulla base della asserita condotta illecita indiana, ovvero del fatto che l'India si sarebbe presentata innanzi alla Corte con *unclean hands* e avrebbe violato il principio per cui *ex turpi causa non oritur actio* avendo fornito al comandante Jadhav un autentico passaporto indiano che indicava una falsa identità musulmana sotto il nome di Hussein Mubarak Patel⁵⁶². Secondo lo Stato convenuto si trattava di 'principles' che avevano trovato spazio nella giurisprudenza della CIPG (*Factory at Chorzow*, Caso relativo allo *status* giuridico della Groenlandia orientale) prima e della CIG poi (Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua)⁵⁶³. Il Pakistan richiamava inoltre la difesa di 'unclean hands' avanzata da alcuni membri NATO nei casi aventi ad oggetto alla legalità dell'uso della forza⁵⁶⁴. Il governo

⁵⁶¹ Ibid, para. 28, 60.

⁵⁶² *Counter-Memorial of the Islamic Republic of Pakistan* del 13 dicembre 2017, para. 188, p. 53.

⁵⁶³ Ibid, para. 189, p. 53.

⁵⁶⁴ Il Pakistan, nel suo *Counter-Memorial*, faceva richiamo in particolare alla difesa canadese (verbatim transcript del 12 maggio 1999, p. 6) ove veniva richiamata l'attenzione della Corte "to a glaring omission in the response of the Federal Republic of Yugoslavia: the absence of any reference to the second branch of our arguments: the inappropriateness of provisional measures. This is all

pakistano riconosceva che in tale ultima occasione la Corte aveva respinto la richiesta della Jugoslavia di indicare misure provvisorie sulla base di altri motivi e quindi non aveva discusso l'argomentazione avanzata riguardante la dottrina delle mani pulite. Tuttavia, il fatto che le maggiori potenze NATO coinvolte avessero sostenuto la *clean hands doctrine*, secondo il Pakistan costituiva una solida prova dell'esistenza della dottrina nel diritto internazionale consuetudinario; non solo, secondo il governo Pakistano il richiamo alla dottrina di *clean hands* nei casi relativi alla Legalità dell'uso della forza offriva inoltre “*an indication of the compelling reasons why the doctrine ought to be applied when the facts of the instant case are viewed in their proper context*”⁵⁶⁵.

the more striking that not only Canada. but I believe all the other Respondents. drew attention to the numerous breaches by the Federal Republic of Yugoslavia of international legal obligations erga omnes, and to the dreadful consequences of these violations on the Kosovar people and in neighbouring countries. That the Federal Republic of Yugoslavia did not even attempt to address these issues speaks volumes on its own awareness that it has come to the Court without clean hands”. Veniva richiamata inoltre la difesa britannica (verbatim transcript 11 maggio 1999, para. 24) ove l'Agent sosteneva che “*in considering whether or not to exercise that discretion, the Court would weigh up all the equities. In weighing up all the equities, the Court would pay particular attention as to whether the party seeking its assistance came with clean hands. The Court would not, however, allow its process to be used as an engine to assist turpitude. I can see no reason why exactly the same principles should not be applied by this honourable Court. They are deeply rooted in the essential nature of the judicial function. They should be regarded as 'general principles of law' within the meaning of Article 38 of the Statute*”. Infine venivano richiamate le parole dell'Agent statunitense per il quale “*the principle that a party in litigation may not attempt to reap advantages from its own wrong is well established in international law (see B. Cheng. General Principles of Law as Applied by international Courts and Tribunals, supra, pp. 149-158 (reprinted 1987). This principle is often expressed in the Latin phrase nullus commodum capere de sua iniuria propria ('no one can be allowed to take advantage of his own wrong'). Numerous arbitral decisions reflect the unwillingness of international tribunals to grant relief to parties whose own conduct with respect to the underlying dispute was wrongful (si veda Diversion of Water from the River Meuse, p. 77). Since the Court must assess all relevant circumstances in considering whether to grant provisional measures, it should take due account of this principle as well*”.

⁵⁶⁵ Ibid, para. 202, p. 58.

Il Pakistan faceva menzione inoltre del procedimento consultivo relativo alle conseguenze della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati (sul quale, *infra*, paragrafo 3.1)⁵⁶⁶. In particolare il governo pakistano richiamava l'opinione concorrente del Giudice Elaraby secondo il quale “*the general principle that an illegal act cannot produce legal rights - ex injuria jus non oritur - is well recognized in international law*”⁵⁶⁷.

Infine, il governo convenuto ricordava quanto il Relatore speciale, Jhon Dugard, aveva sostenuto nel Sesto Rapporto sulla protezione diplomatica dell'11 agosto 2004 e secondo il quale la *clean hands doctrine* non poteva trovare applicazione nel contesto della protezione diplomatica ma pur tuttavia non escludeva che essa potesse essere invocata nel contesto delle controversie interstatali dirette (*infra*, paragrafo 4.2)⁵⁶⁸.

Inoltre, il Pakistan avanzava un argomento di merito, pertanto subordinato al rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso – e pur sempre fondato sulla *clean hands doctrine* – volto a mitigare il risarcimento che la Corte avesse dovuto

⁵⁶⁶ Nel caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *supra*, p. 136, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite richiedeva alla Corte di fornire un parere consultivo su una questione relativa alle conseguenze legali della costruzione da parte di Israele di un muro nel territorio palestinese occupato considerando le regole e i principi del diritto internazionale.

⁵⁶⁷ *Counter-Memorial of the Islamic Republic of Pakistan*, *supra*, para. 204, p. 58.

⁵⁶⁸ *Ibid*, para. 205, p. 59 ove viene riportato il discorso diretto di Dugart secondo il quale “*the clean hands doctrine cannot be applied in the latter case to the injured individual for a violation of international law, first, because the claim has now assumed the character of an international, State v. State claim and secondly, because the individual has no international legal personality and thus cannot (outside the field of international criminal law) be held responsible for the violation of international law. In short, as a consequence of the fiction that an injury to a national is an injury to the State itself the claim on behalf of a national subjected to an internationally wrongful act becomes an international claim and the clean hands doctrine can be raised against the protecting State only for its conduct and not against the injured individual for misconduct that may have preceded the internationally wrongful act*”.

riconoscere eventualmente a favore dell'India nella fase di merito⁵⁶⁹. A sostegno di tale impostazione il Pakistan faceva richiamo alle argomentazioni statunitensi nel caso relativo alle Piattaforme petrolifere⁵⁷⁰. Infine, il governo Pakistano si richiamava all'articolo 39 dell'articolato della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti e ai sensi del quale *'In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by willful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought'*⁵⁷¹. In particolare, nelle difese del convenuto veniva richiamato il commento a tale disposizione, per il quale *'Article 39 recognizes that the conduct of the injured State, or of any person or entity in relation to whom reparation is sought, should be taken into account in assessing the form and extent of reparation'* e per cui la frase *'the willful or negligent action or omission which contributes to the damage may be that of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought'* doveva intendersi volta a coprire *'not only the situation where a State claims on behalf of one of its nationals in the field of diplomatic protection, but also any other situation in which one State invokes the responsibility of another State in relation to conduct primarily affecting some third party'*⁵⁷².

⁵⁶⁹ Ibid, para. 221, p. 64, *"Further, or in the alternative, Pakistan respectfully submits that, even if the Court considers that the preliminary issues raised in Section III above (abuse of process, abuse of rights/good faith, ex turpi causa/clean hands) do not operate so as to render India's claim inadmissible, the preliminary issues raised in Section III above nevertheless should militate against the granting of any relief to India"*.

⁵⁷⁰ *Counter-Memorial of the Islamic Republic of Pakistan, supra*, para. 225.

⁵⁷¹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf disponibile su

⁵⁷² Ibid.

La Corte respingeva l'obiezione sollevata dal Pakistan basata sulla *clean hands doctrine* e sui principi *ex turpi causa non oritur actio* e *ex injuria jus non oritur* e volta ad ottenere, in prima istanza, una declaratoria di inammissibilità del ricorso, in quanto riteneva che un'obiezione basata sulla dottrina delle mani pulite non potesse di per sé rendere inammissibile una domanda in presenza di un titolo di giurisdizione valido. La CIG ricordava, al proposito, il suo giudizio nel caso *Certain Iranian Assets* per cui “*even if it were shown that the Applicant’s conduct was not beyond reproach, this would not be sufficient per se to uphold the objection to admissibility raised by the Respondent on the basis of the ‘clean hands’ doctrine*”⁵⁷³. La Corte respingeva, pertanto, la difesa pakistana basata su detta dottrina.

In secondo luogo, la Corte rilevava come il Pakistan avesse fondato le proprie argomentazioni, tra l'altro, su quanto stabilito dalla Corte Permanente internazionale di giustizia nel caso *Factory at Chorzow* e per cui è “*generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation (...) if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question*”⁵⁷⁴.

Per quanto riguarda questo principio, la Corte riteneva che il Pakistan non avesse spiegato come qualsivoglia atto illecito, presumibilmente commesso dall'India, potrebbe aver impedito al Pakistan di adempiere l'obbligo in relazione alla fornitura di assistenza consolare al signor Jadhav. La Corte quindi riteneva che l'obiezione del Pakistan basata sul principio di *ex turpi causa non oritur actio* non potesse essere accolta.

Inoltre, la Corte giungeva ad una conclusione analoga per quanto riguarda il principio *ex injuria jus non oritur*, che indica che un comportamento illecito non

⁵⁷³ *Certain Iranian Assets*, preliminary objections, sentenza del 13 febbraio 2019, para. 122.

⁵⁷⁴ *Factory at Chorzow supra*, p. 31; si veda inoltre *Gabčíkovo-Nagymaros Project, supra*, p. 67, para. 110.

può modificare il diritto applicabile nei rapporti tra le parti (si veda sul punto *Gabčíkovo-Nagymaros Case, supra*).

La Corte affrontava la questione di *clean hands* ritenendo il principio inadeguato alle circostanze del caso di specie in quanto gli obblighi di uno Stato di accoglienza di consentire l'accesso consolare non possono essere condizionati dalle 'mani pulite' dello Stato di invio⁵⁷⁵.

Per quanto riguarda l'esito della controversia, la Corte riscontrava che le persone sospettate di spionaggio non erano escluse dalla protezione offerta ai sensi dell'articolo 36 della Convenzione di Vienna e, non informando senza indugio il sig. Jadhav dei suoi diritti ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 1, lettera b) e privando l'India del diritto di fornire l'assistenza prevista, il Pakistan avesse violato i suoi obblighi.

3. La *clean hands doctrine* nei procedimenti consultivi innanzi alla Corte Internazionale di Giustizia

Ad oggi, nel contesto dei procedimenti non contenziosi, una dottrina fondata sulla buona fede e sulle *clean hands* è stata invocata una sola volta dinnanzi alla CIG nel procedimento relativo al parere consultivo sulla costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati. Il Governo israeliano faceva leva sugli atti di violenza posti in essere contro Israele sostenendo che la Palestina non potesse sollecitare un rimedio per una situazione causata, a monte, dai suoi propri fatti illeciti. Secondo Israele, la regola di *clean hands* avrebbe quindi trovato applicazione non solo nei procedimenti contenziosi ma anche in quelli di natura consultiva⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ *Gabčíkovo-Nagymaros Project, supra*, p. 76, para. 133.

⁵⁷⁶ *Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, Advisory Opinion* del 9 luglio 2004, *supra*, pp. 136 e ss, para. 63: "Israel has contended that Palestine, given its responsibility for acts of violence against Israel and its population which the wall is aimed at addressing, cannot seek from the Court a remedy for a situation resulting from its own wrongdoing. In this context, Israel has invoked the maxim *nullus commodum capere potest de sua injuria propria*, which it considers to be as relevant in the advisory proceedings as it is in contentious cases.

La Corte respingeva l'argomentazione israeliana non già, tuttavia, sulla base della inesistenza della dottrina in parola bensì e piuttosto perché, nel caso specifico, non era stata la Palestina ad avviare il procedimento e le sue *'hands'* pulite o meno che fossero, non potevano, quindi, assumere rilevanza; infatti il parere era stato richiesto dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁵⁷⁷.

3.1. Procedimento consultivo relativo alle conseguenze legali della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati

Una argomentazione basata sulle *'mani pulite'* dinanzi alla CIG, come anticipato, è stata presentata da parte di Israele nel procedimento consultivo avente ad oggetto le Conseguenze legali della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati⁵⁷⁸.

Therefore, Israel concludes, good faith and the principle of 'clean hands' provide a compelling reason that should lead the Court to refuse the General Assembly's request".

⁵⁷⁷ Ibid, para. 64: "The Court does not consider this argument to be pertinent. As we emphasized earlier, it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and the opinion has to be given to the General Assembly, and not to a specific State or entity".

⁵⁷⁸ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, International Court of Justice*, 9 July 2004, in INNA UCHKUNOVA, *World Court Practice Guide: Summaries and Index of PCIJ and ICJ Cases*, Kluwer Law International, 2016, pp. 141-150. Alla fine della Prima guerra mondiale, come *ex* territorio dell'Impero ottomano, la Palestina fu designata come un mandato di classe A, affidato alla Gran Bretagna ai sensi dell'articolo 22 capoverso 4 del Patto della Società delle Nazioni. Il 29 novembre del 1947 l'Assemblea Generale adottava la Risoluzione 181(II) raccomandando un piano di spartizione del territorio tra due Stati indipendenti, uno arabo e uno ebraico. La popolazione araba della Palestina e i vicini Stati arabi respingevano questo piano. Di conseguenza, quando il 14 maggio 1948 Israele proclamò la propria indipendenza sulla base della summenzionata Risoluzione, scoppiò un conflitto armato tra Israele e un certo numero di Stati arabi. Nonostante la conclusione, nel 1949, di un accordo di armistizio generale tra Israele e gli Stati arabi vicini, le ostilità continuavano nella regione. Pertanto, durante il conflitto armato del 1967, le forze israeliane occuparono tutti i territori che avevano costituito la Palestina sotto mandato britannico, compresi quelli noti con il nome di Cisgiordania. Successivamente, Israele adottava misure per modificare lo *status* della città di Gerusalemme, tra cui esproprio di terreni e proprietà, trasferimento di popolazione e promulgazione di leggi volte a incorporare la zona occupata. Tali misure venivano condannate dal Consiglio di Sicurezza delle

Preoccupata che la costruzione del muro impedisse al popolo palestinese l'esercizio del suo diritto all'autodeterminazione e potesse finire col creare una annessione di fatto, l'Assemblea Generale chiedeva alla Corte fornire un parere consultivo sulla seguente domanda: *'What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the Report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?'*⁵⁷⁹.

Israele sosteneva che, data la responsabilità palestinese per gli atti di violenza posti in essere contro Israele e la sua popolazione, la Palestina *"cannot seek from the Court a remedy for a situation resulting from its own wrongdoing (...)"*⁵⁸⁰. Israele invocava la massima *nullus cotnmodum capere potest (de sua injuria propria)*, che riteneva essere rilevante nei procedimenti consultivi oltre che in quelli contenziosi, concludendo nel senso per cui *"Good faith and the principle of clean hands provide a compelling reason that should lead the Court to refuse the General Assembly's request"*⁵⁸¹.

Nazioni Unite e dichiarate nulle. Inoltre, sostenendo di agire per autodifesa contro infiltrazioni e attacchi terroristici provenienti dalla Cisgiordania, il governo israeliano adottava una decisione per la costruzione di opere volte a formare quella che Israele definiva una 'barriera di sicurezza' per proteggere la sua popolazione civile da ulteriori attacchi. Nel 2004, 190 chilometri di costruzione erano stati completati. La costruzione del muro e il suo regime associato avevano determinato, tra l'altro, la distruzione o la requisizione di proprietà e la creazione di enclave che limitavano la libertà di movimento degli abitanti del territorio palestinese occupato e creavano disoccupazione. Di conseguenza, un numero significativo di palestinesi si era visto costretto a lasciare le aree in questione. Inoltre, Israele avviava una politica di creazione di insediamenti israeliani nel territorio palestinese occupato (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Overview of the case, disponibile su <https://www.icj-cij.org/en/case/131>).

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ Ibid, para. 63.

⁵⁸¹ Ibid.

La Corte esaminava, anzitutto, la propria capacità di formulare il parere richiesto poiché, quando venga sollevata una richiesta di parere consultivo, la Corte deve prima valutare se sia competente a fornire il parere richiesto e se la risposta sia affermativa, se c'è qualche motivo perché dovrebbe rifiutare di esercitare un tale potere. Ritenuta sussistente la propria giurisdizione, la Corte procedeva col verificare se ci fossero motivi per rifiutare di rendere il parere consultivo richiesto.

Tra le obiezioni sollevate dagli Stati in merito alla questione della potestà giudiziaria, Israele cercava di evitare che la Corte potesse esprimere un proprio parere sulla base della dottrina delle mani pulite. Nella tesi di Israele, basata sul principio *nullus commodum capere potest de sua injuria propria*, “‘Palestine’, given its responsibility for acts of violence against Israel and its population which the wall is aimed at addressing, cannot seek from the Court a remedy for a situation resulting from its own wrongdoing”⁵⁸².

Israele, nella sua argomentazione, sosteneva come “*the Court has a discretion whether to give the requested opinion. In the past, it has emphasized that it would refrain from giving an opinion when to do so would be incompatible with its judicial functions. This is just such a case. Palestine does not come to the Court with clean hands*”⁵⁸³.

Il governo israeliano precisava che “*equitable principles of good faith and ‘clean hands’ are widely acknowledged in the Court’s jurisprudence, as also are their corollaries of bad faith and abuse of rights*”⁵⁸⁴.

⁵⁸² Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, para. 64, disponibile su <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/1579.pdf>

⁵⁸³ Ibid, para. 7.

⁵⁸⁴ Ibid, para. 9, richiamando varie statuizioni in questo senso tra cui *Factory at Chorzow*, *supra*, p. 167; *Legal Status of Eastern Greenland*, *supra*, p. 95; *Diversion of Water from the Meuse*, P.C.I.J., *supra*, opinione del Giudice Anzilloti, p. 50, e del Giudice Hudson, p. 77; *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgment*, I.C.J. Reports 1980, p. 3, opinione del Giudice Morozov, pp. 53-55, e Taranzi, pp. 62- 63; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, *supra*, *dissenting opinion* del Giudice Schwebel, para. 240 e 268- 272.

Richiamando l'opinione concorrente del Giudice Hudson nel caso relativo alla Diversione delle acque del fiume Mosa, Israele riteneva che “*although this is a request for an advisory opinion, it is difficult to conceive of a case to which Judge Hudson’s injunction to the Court to act is more appropriately suited. (...) ‘Palestine’ is responsible for the terrorism which the fence is aimed at addressing. This cannot be ignored. It cannot be open to a party to seek a remedy from a court in circumstances in which it has committed the wrong that has brought about the very situation which is under examination. This follows from the principle nullus commodum capere de sua injura propria - no one can be allowed to reap advantage from his own wrong - a principle which is just as pertinent in advisory proceedings which seek to raise for assessment questions which are essentially contentious*”⁵⁸⁵.

Sebbene la Corte non abbia negato l'esistenza della *clean hands doctrine* in quanto tale, essa respingeva la sua applicabilità per quanto riguarda la funzione consultiva della Corte in quanto “*it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and the opinion is to be given to the General Assembly, and not to a specific State or entity*”⁵⁸⁶.

Si tratta di una soluzione che appare condivisibile in quanto le ‘mani pulite’ sono oggetto di valutazione solo quando l’atto o il fatto illecito siano imputati alla controparte processuale.

Di fatto, la massima *nullus commodum capere potest de sua injuria propria* o la dottrina delle mani pulite non pregiudicano la competenza della Corte a fornire un parere consultivo quando sia un organo delle Nazioni Unite a formulare la richiesta e non già uno Stato specifico al quale le ‘*unclean hands*’ possano riferirsi⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Letter dated 29 January 2004, *supra*, para. 9.4.

⁵⁸⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *supra*, para. 64.

⁵⁸⁷ *Ibid*, para. 63,64. Si veda inoltre, UCHKUNOVA I., *Index of the Practice of the International Court of Justice: Advisory Opinions, in World Court Practice Guide: Summaries and Index of PCIJ and ICJ Cases*, Kluwer Law International, 2016, pp. 891-905.

4. La *clean hands doctrine* nelle controversie interstatali indirette

Nell'ambito più generale della responsabilità internazionale degli Stati si può tracciare una macro distinzione tra le controversie sorte in esercizio della protezione diplomatica (ove uno Stato subisce una lesione 'indiretta' attraverso il danno arrecato al suo cittadino) e le controversie interstatali dirette ove è lo Stato a subire in via immediata un certo danno⁵⁸⁸.

Come noto, quando si tratta di protezione diplomatica si fa riferimento a quell'istituto che affonda le proprie radici nello *ius gentium* e che consente ad uno Stato di invocare la responsabilità internazionale di un altro Stato (attraverso mezzi diplomatici o giurisdizionali) allo scopo di ottenere la riparazione dei danni subiti da un proprio cittadino (persona fisica o giuridica) in conseguenza di un fatto internazionalmente illecito commesso dallo Stato ospitante ai danni del privato⁵⁸⁹.

Nel linguaggio del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica adottato nel 2006 dalla CDI "*diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility*"⁵⁹⁰.

Il presupposto affinché venga attivata la protezione diplomatica è quindi il verificarsi di un fatto internazionalmente illecito, posto in essere dal cd. *host State* ai danni dello straniero. Il reclamo internazionale viene incardinato dallo Stato di

⁵⁸⁸ La codificazione delle regole sulla protezione diplomatica ha preso avvio nell'ambito degli studi sulla responsabilità internazionale (si vedano i rapporti del primo relatore speciale F. V. Garcia Amador, presentati tra il 1956 e il 1961).

⁵⁸⁹ Si veda sul punto PASTOR RIDRUEJO J. A., *Curso de derecho internacional publico y organizaciones internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, p. 255, (*omissis*); CASSESE A., *Diritto internazionale*, *supra*, p. 98: "ricorrere alla cd. protezione diplomatica (significa) agire a livello internazionale attraverso le vie diplomatiche (ad esempio, inviando una nota di protesta) o l'istituzione di procedure giudiziali internazionali, al fine di ottenere la cessazione dell'illecito e il risarcimento del danno a beneficio del proprio cittadino".

⁵⁹⁰ Art. 1 del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica adottato dalla CDI nel 2006.

nazionalità in quanto al privato non è generalmente concesso di agire a livello internazionale⁵⁹¹.

Secondo quella che è la finzione giuridica teorizzata da Emmerich Vattel⁵⁹² – e consacrata dal noto *dictum* della PCIJ nel caso *Mavrommatis*⁵⁹³ - lo Stato che agisca in protezione diplomatica fa valere, sul piano internazionale, un diritto suo proprio⁵⁹⁴. Il rapporto di responsabilità tra Stato aggressore e Stato indirettamente leso si iscrive a pieno titolo nell'ambito delle relazioni interstatali. Per utilizzare le parole di Shapolavov, “*by exercising diplomatic protection, the State brings the claim of its national to the State-to State level, making it an inter-State dispute*”⁵⁹⁵.

Appare d'altronde fondata la preoccupazione espressa dal Relatore speciale della CDI, John Dugard, nel Sesto rapporto sulla protezione diplomatica, di fronte alle implicazioni che potrebbero derivare da una distinzione troppo netta tra pretesa dello Stato in quanto tale e pretesa a titolo di protezione diplomatica in quanto, segnatamente, si corre il rischio che lo Stato venga a configurarsi quale mero agente del privato: “*One of the cornerstones of diplomatic protection is that ‘once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is the sole claimant’*. Surely it is not suggested that we should abandon this fiction and instead see the State in a claim for diplomatic protection as simply the agent acting on behalf of its national”⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ Salvo nell'ambito di sistemi convenzionali che permettono all'individuo di attivare una procedura quasi-giurisdizionale (quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il Patti delle Nazioni Unite ecc.) e l'arbitrato internazionale sugli investimenti. Si veda PASTOR RIDRUEJO, *supra*, p. 245 (*omissis*).

⁵⁹² V. DE VATTEL E., *The Law of Nations or the Principle of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nationals and Sovereigns*, vol. III, Liberty Fund, Indianapolis, 1758, p. 136.

⁵⁹³ *Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia v Regno Unito)*, PCIJ Reports, 1924, Series A, No. 2, p. 12.

⁵⁹⁴ PASTOR RIDRUEJO, *supra*, p. 245.

⁵⁹⁵ SHAPOLAVOV A., *Should a requirement of ‘clean hands’ be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection?*, *supra*, p. 839.

⁵⁹⁶ Sixth Report of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard (57th Session of the ILC, 2005, A/CN.4/546, para. 7.

Ciò posto, la domanda che ci si pone, e alla quale si cercherà qui di dare una risposta, è se la *clean hands doctrine* assuma un qualche significato – e se si in quali termini – nel contesto della protezione diplomatica per verificare se e come essa sia stata riconosciuta in un contesto connotato da talune particolarità rispetto alle controversie interstatali dirette e che costituisce un importante elemento di prassi.

L'analisi dell'applicabilità della dottrina delle mani pulite alla protezione diplomatica si basa su un duplice *test*. Il primo elemento considerato è se la dottrina sia o meno applicabile alle controversie interstatali poiché la protezione diplomatica è, secondo la dottrina prevalente, connotata da quella *fictio juris* per cui ove il danno sia stato cagionato al privato è lo Stato di sua nazionalità a considerarsi soggetto leso al quale spetta di agire in giudizio. Il secondo *test* riguarda il quesito se la *clean hands doctrine* possa essere impiegata o meno come causa di inammissibilità del ricorso. Se entrambi i *test* vengano risolti positivamente, si può dire che la dottrina delle mani pulite sia un requisito per poter esercitare la protezione diplomatica⁵⁹⁷. Si può anticipare quello che verrà discusso tra poco e cioè che l'unica domanda a cui si può dare una risposta positiva è quella dell'applicabilità della dottrina delle *clean hands* nelle controversie interstatali, dirette o indirette che siano.

Posto che le controversie azionate in protezione diplomatica non presentano specificità di sorta rispetto a quelle interstatali classiche quanto alla connotazione delle parti, si dovrebbe giungere a ritenere che la *clean hands doctrine* condiziona la condotta dello Stato anche nel contesto della protezione diplomatica (come si è osservato con riferimento alla giurisprudenza della CIG e prima ancora quella della Corte Permanente esaminate con riguardo alle controversie interstatali dirette) sicché uno Stato che si presenti innanzi alla Corte con '*unclean hands*' non dovrebbe essere ammesso a cercare e ottenere rimedio per l'illecito subito dal cittadino (*rectius* dallo Stato di nazionalità).

⁵⁹⁷ SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate*, *supra*, p. 837.

La *clean hands doctrine* sembra, nondimeno, assumere una connotazione sua propria nell'ambito del rapporto di responsabilità tra Stati quando questo nasca dall'illecito commesso ai danni di una persona fisica o giuridica privata.

Partendo dalla analisi degli studi di Jean Salmon si rileva come egli contestasse la formazione, la ragione d'essere e l'opportunità di una teoria autonoma di *clean hands* con riguardo alla protezione diplomatica⁵⁹⁸. Secondo Salmon, intesa come diritto di uno Stato di non agire in protezione diplomatica a favore di un cittadino che si sia 'macchiato' di *unclean hands*, la regola non sarebbe altro se non un caso di applicazione del carattere discrezionale della protezione diplomatica, sicché, in buona sostanza, priva di qualsivoglia utilità. Lo stesso se la teoria dovesse intendersi come motivazione che può portare un tribunale internazionale a respingere un ricorso nel merito o ad accordare un indennizzo in misura ridotta poiché si tratterebbe, di nuovo, di un caso di applicazione dei principi generali relativi alle conseguenze dell'illecito e al calcolo della riparazione⁵⁹⁹. Se, infine, si interpretasse la dottrina come causa di inammissibilità di un reclamo presentato da un ricorrente che non si è comportato correttamente, la teoria, secondo Salmon, non troverebbe sostegno nella prassi giurisprudenziale e non soddisferebbe gli interessi della giustizia⁶⁰⁰.

In senso opposto, nel suo manuale di diritto internazionale del 1967, Louis Cavaré, membro dell'*Institute de droit international*, include tra le cause della perdita della protezione diplomatica il comportamento scorretto dello straniero⁶⁰¹. Secondo l'autore, in capo allo straniero vi è un dovere di lealtà verso lo Stato ospitante, dovere che si ritiene trasgredito quando l'individuo violi la legge del foro

⁵⁹⁸ SALMON J., *Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales*, in *Annuaire française de droit international*, 1964, pp. 225-266.

⁵⁹⁹ Ibid.

⁶⁰⁰ Ibid, p. 259. Salmon ritiene che quando si verifica anche una violazione del diritto internazionale da parte dell'*host State*, ammettere l'irricevibilità del reclamo a tutela dell'individuo significherebbe legittimare le rappresaglie.

⁶⁰¹ CAVARE L., *Le droit international public positif*, Tome V (*Les rapports conflictuels*), *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1953, pp. 170-177.

oppure ponga in essere atti ostili nei confronti dell'*host State*⁶⁰². Tuttavia, Cavaré ritiene che, anche laddove si verificano simili ipotesi, la perdita della protezione diplomatica non sia totale: lo Stato di nazionalità potrà infatti intervenire solo se lo Stato ospitante adotti delle misure repressive eccessive contrarie al diritto internazionale o accordi al cittadino un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato ad altri stranieri nelle medesime condizioni⁶⁰³. Tuttavia, inquadrando la protezione diplomatica nella sfera delle prerogative statali connesse alla responsabilità internazionale (quindi alla commissione di un illecito e non già alla comminazione di una sanzione legittima da parte dell'*host State*) già si esclude che la *clean hands doctrine* possa avere una qualche ragion d'essere se non si sia verificato un illecito ad opera dello Stato ospitante.

Quanto alla tesi roussoniana, se questa contribuisce a teorizzare il principio, a discuterne i fondamenti e ad illustrare l'applicazione della *clean hands doctrine*, le sue conclusioni sulla rilevanza di questa vanno in senso opposto. Basandosi sulle precedenti teorie formulate in proposito (Reuter, Salmon), Rousseau osservava come anche gli autori che avevano fatto menzione della dottrina avessero indicato l'uso confuso e contraddittorio nella prassi (ora come eccezione di irricevibilità, ora come rifiuto di accordare la protezione, ora come motivo di rigetto del reclamo nel merito)⁶⁰⁴. Il concetto di *clean hands* applicato allo straniero rinviava, secondo il giurista francese, a due situazioni: la condotta contraria alla normativa interna dello Stato ospitante e l'attività contraria al diritto internazionale⁶⁰⁵. Per quanto concerne la prima ipotesi, la teoria roussoniana si basava sul fatto che la tutela dello straniero in base alla legge dell'*host state* presuppone che egli agisca conformemente alle norme dell'ordinamento interno (salvo il caso estremo in cui una di tali norme sia contraria ai principi di diritto internazionale); sicché lo straniero non potrebbe avanzare una richiesta di risarcimento dei danni provocati dalla sua stessa

⁶⁰² Ibid, p. 286.

⁶⁰³ Ibid.

⁶⁰⁴ ROUSSEAU C., *supra*, p. 170.

⁶⁰⁵ Ibid, pp. 171-177.

violazione di legge⁶⁰⁶. Rousseau attirava, in particolare, l'attenzione sulla circostanza che la prassi arbitrale non era univoca e che la violazione del diritto interno dello Stato ospitante non era unanimemente ritenuta causa di inammissibilità del reclamo ma, piuttosto, considerata nella fase di merito conducendo, in esito, al rigetto del reclamo. Con riguardo alla seconda situazione, ossia la violazione del diritto internazionale, Rousseau, analizzata la prassi in materia (avente ad oggetto la tratta di schiavi e le azioni contrarie alla neutralità dichiarata dallo Stato di appartenenza), rilevava come il ricorso altalenante e sporadico alla regola non consentiva di considerare l'illecito dell'individuo un ostacolo alla ammissibilità dei ricorsi internazionali e che quindi la regola non entrava a far parte del diritto internazionale consuetudinario⁶⁰⁷.

Altri autori, più recentemente, non accennano *tout court* alla dottrina in parola o ne contestano qualsivoglia rilevanza (perlomeno quale causa di inammissibilità della protezione diplomatica). Così, Pastor Ridruejo sottolinea che gli studi commissionati dal Governo spagnolo nel caso *Barcelona Traction*⁶⁰⁸ aventi ad oggetto l'analisi della prassi degli Stati e della giurisprudenza internazionale al fine di verificare la sussistenza della *clean hands doctrine* nel panorama internazionale, hanno concluso nel senso di nessuna conferma della dottrina in commento⁶⁰⁹. Il

⁶⁰⁶ Rousseau non parla di illecito dello Stato ospitante ma semplicemente di misure repressive conseguenti all'illecito commesso dallo straniero, sicché conviene ribadire che un elemento necessario per proporre reclamo a titolo di protezione diplomatica è la commissione di un illecito e non già l'adozione di una mera sanzione. Il giurista francese prendeva a riferimento come esempi di condotta illecita il mantenimento irregolare di dimora all'estero, l'assunzione di funzioni pubbliche all'estero incompatibili con la qualità di straniero, la partecipazione ad un movimento rivoluzionario contro il Governo dell'*host State*.

⁶⁰⁷ Ibid, (omissis).

⁶⁰⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, sentenza, merito (seconda fase), 5 febbraio 1970, in I.C.J. Rep., 1970.

⁶⁰⁹ PASTOR RIDRUEJO, *supra*, (omissis). Sembra opportuno sottolineare che la scarsa giurisprudenza che ha applicato la dottrina si fosse concentrata non già sulla violazione del diritto interno, bensì sulla violazione di una norma di diritto internazionale della quale è destinatario diretto l'individuo: la tratta degli schiavi. D'altronde, come si discuterà nel proseguo appare azzardato ammettere che una qualsivoglia violazione del diritto interno dell'*host State* (il quale potrebbe, peraltro contenere

giurista spagnolo osserva come, sulla base degli studi condotti in riferimento al caso *Barcelona Traction*, il comportamento del privato poteva avere talune conseguenze sulla decisione di merito, nel senso di ridimensionare il carattere illecito della condotta dell'*host state* quale risposta all'illecito posto in essere dal privato e il conseguente ammontare della riparazione⁶¹⁰. Si tratterebbe quindi di una questione para-giuridica che si rivolge al senso etico del giudice, il quale, pur facendo applicazione delle pertinenti norme giuridiche, ne dovrebbe tenere conto nella valutazione complessiva del caso; anche in questa connotazione '*soft*', in ogni caso, secondo l'autore, la dottrina si potrebbe far valere solo nella fase di merito e mai come eccezione di irricevibilità del caso⁶¹¹.

Contrario alla operatività della *clean hands doctrine* quale causa di irricevibilità di un reclamo internazionale a tutela di un privato si schiera altresì Schapovalov il quale, basandosi sulla prassi giurisprudenziale internazionale, conclude nei seguenti termini: "*The position that the clean hands doctrine is a question of admissibility is incorrect. The clean hands doctrine is a question of substantive law, not a procedural question referring to the admissibility of the claim, and may be raised and considered during the consideration of merits and examined on a case by case basis. The result of this is that the clean hands doctrine cannot preclude States from exercising protection, since it will be considered when the diplomatic protection has already been exercised*"⁶¹².

Sulla stessa linea si pone Amerasinghe il quale ritiene che: "*the doctrine is not an absolute one (...); because it is based on good faith, which is an important fundamental principle of international law, it has to be taken into account. But, as the practice of ICJ shows, it is a flexible doctrine subject to adaptation*"⁶¹³. L'autore evidenzia non solo l'esistenza problematica della regola ma altresì le questioni

norme contrarie al diritto internazionale) abbia quale conseguenza l'inammissibilità dell'esercizio della protezione diplomatica.

⁶¹⁰ Ibid.

⁶¹¹ Ibid, p. 255.

⁶¹² SHAPOLAVLOV, *supra*, p. 845.

⁶¹³ AMERASINGHE, *supra*, p. 222.

inerenti ai suoi effetti poiché: “*it is not clear whether the doctrine in direct inter-State cases, when it is applied, must result in dismissal of the case or could work as a source of mitigation or extenuation of offenses*”⁶¹⁴. Tuttavia, data “*the lack of guidance on the issue in the sources*”, Amerasinghe suggerisce che “*the defense of ‘unclean hands’ not only is one which pertains to the merits and not to admissibility, as the few relevant cases show, but is no more than one which is to be used to secure fairness and justice for the host State where the conduct of one or the other of two parties involved in the case may be questionable*”⁶¹⁵.

In dottrina, è stata avanzata l’ipotesi di distinguere due possibili accezioni della *clean hands doctrine* applicata al contesto della protezione diplomatica⁶¹⁶: *in primis*, inammissibilità della azione quando sia lo Stato di nazionalità dello straniero ad aver tenuto una condotta illecita nei confronti dello Stato ospitante, in relazione al torto presumibilmente subito dal cittadino (si tratta, in buona sostanza, di una semplice specificazione, nel contesto della protezione diplomatica, della regola così come invocata ed applicata alle controversie dirette inter-statali); *in secundis*, inammissibilità della azione quando il cittadino abbia subito un pregiudizio in conseguenza della propria condotta illecita. La dottrina

⁶¹⁴ Ibid.

⁶¹⁵ Ibid, p. 234.

⁶¹⁶ SHAPOVAVLOV, *supra*, p. 835-836 e AMERASINGHE, *supra*, p. 212-213. Il primo autore specifica ulteriormente la prima ipotesi, facendo una distinzione tra la circostanza in cui lo Stato si sia comportato nei confronti di stranieri in modo analogo a quello che ha dato luogo al reclamo e quella in cui lo Stato abbia agito illecitamente in relazione al caso del proprio cittadino: “*First, the clean hands doctrine can preclude a State from exercising diplomatic protection if it has acted in a similar manner to foreign nationals. Second, the doctrine may preclude diplomatic protection when the protecting State acted unlawfully in a particular case involving its national and consequently has made its hands unclean*”.

maggioritaria, sia recente⁶¹⁷ che più risalente⁶¹⁸, sembra propensa a considerare tale seconda connotazione della *clean hands doctrine* nel contesto della protezione diplomatica⁶¹⁹.

L'interpretazione maggioritaria, ossia quella che fa capo alla previa condotta illecita dell'individuo, ha trovato riscontro nei lavori di codificazione della CDI che sono sfociati nella adozione nel 2006 del Progetto di articoli sulla protezione

⁶¹⁷ Si veda sul punto PASTOR RIDRUEJO J. A., *Curso de derecho internacional publico y organizaciones internacionales*, *supra*, p. 254 (“*El pretendido requisito de la conducta correcta del perjudicando*”). L'autore ricorda, per contestarla, la tesi sostenuta da una parte della dottrina secondo la quale “*la conducta incorrecta del reclamante, por violacion del Derecho interno del Estado reclamando o del Derecho internacional, motivaria la inadmissibilidad de la proteccion diplomatica*”. L'autore non si richiama alla interpretazione della regola fondata sulla condotta dello Stato di origine.

⁶¹⁸ Per un contributo più risalente, ROUSSEAU C., *Droit international public*, *supra*, p. 170, dove si legge: “*D’après une pratique fréquemment appliquée par la jurisprudence arbitrale, un Etat ne peut présenter de réclamation internationale en faveur d’une personne physique ou morale que si celle-ci a eu une conduite correcte à l’égard de l’Etat prétendument responsable. En d’autres termes, suivant une expression imagée des auteurs anglais et américains, le réclamant doit avoir les mains propres (clean hands) pour pouvoir bénéficier de la protection diplomatique de l’Etat dont il est le ressortissant*”. Rousseau evidenziava inoltre come la condotta illecita del privato potesse riguardare una violazione sia del diritto interno dello Stato ospitante sia del diritto internazionale (*rectius* di quelle norme di diritto internazionale che si impongono all'individuo in virtù di una legge interna del proprio Stato dal momento che l'individuo non è destinatario diretto di norme dell'ordinamento internazionale) (pp. 171-173).

⁶¹⁹ Per ragioni di completezza si segnala come non manchi chi, tuttavia, si è schierato a favore di una diversa interpretazione della *clean hands doctrine*, segnatamente ponendo l'accento sulla condotta dello Stato di nazionalità dell'individuo leso. In questo senso AMERASINGHE, *supra*, pp. 222-223, il quale ritiene che la regola implichi una condizione duplice, consistente nel fatto che sia lo Stato di cittadinanza sia l'individuo abbiano ‘*clean hands*’: “*the clean hands doctrine may apply in respect of both State and alien (...) Both (...) must come to the court with clean hands as against the host State. (...) The solution (...) happens to favour Amerasinghe, supra, p the host State but (...) this does not interfere with the requirements of justice*”. Il requisito che anche lo Stato di appartenenza abbia le mani pulite varrebbe “*even though the result would be that the individual loses protection through no fault of his own. The Vattelian conception of diplomatic protection as a right of the State (...) would logically and pragmatically prevail*”.

diplomatica⁶²⁰. Il dibattito circa la inclusione o meno nel progetto di articoli di una norma relativa alla *clean hands doctrine* si è svolto nel corso della 57esima sessione della Commissione e ha trovato spazio nel Sesto Rapporto sulla Protezione Diplomatica realizzato dal relatore speciale John Dugard⁶²¹. Secondo tale rapporto si tratta del principio per cui “*no action arises from willful wrongdoing*”, che trae la propria origine da due brocardi latini, segnatamente, *ex dolo malo non oritur actio* e *nullus commodum capere potest de injuria sua propria*. Per spiegare la portata del principio in parola il Relatore speciale ha precisato come “*in the context of diplomatic protection the doctrine is invoked to preclude a State from exercising diplomatic protection if the national it seeks to protect has suffered an injury in consequence of his or her own wrongful conduct*”⁶²². Pertanto, pur esaurendosi il rapporto di responsabilità (così come la relativa controversia) tra gli Stati interessati, non è, secondo il Rapporto, lo Stato di nazionalità a doversi presentare in giudizio con ‘*clean hands*’ in quanto ciò che assume rilievo è, piuttosto, la condotta del privato⁶²³.

Sembra quindi che la *clean hands doctrine* assuma un significato suo proprio, in una certa misura autonomo, quando ci si trovi al cospetto dell’esercizio della protezione diplomatica rispetto a quella che è invece la sua connotazione nelle controversie interstatali dirette.

⁶²⁰ Si veda Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

⁶²¹ Sixth Report of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard, *supra*.

⁶²² Ibid, para. 2.

⁶²³ Si evidenzia tuttavia come la dottrina prescelta dal Relatore per spiegare la regola sia il testo di Sir Gerald Fitzmaurice nel Recueil des Cours del 1957 che fa riferimento, al contrario, ad un illecito commesso dallo Stato e non già dal privato e alle controversie statali tout court. Questa la spiegazione di Fitzmaurice: “*He who comes to equity for relief must come with clean hands. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary locus standi in judicio from complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it*”.

Tuttavia se la teoria per la quale l'illecito del privato impedisce l'azione dello Stato in protezione diplomatica corrispondesse allo stato del diritto internazionale contemporaneo, in casi quali *LaGrand* e *Avena* si sarebbe potuto contestare agli Stati di nazionalità dei rispettivi interessati l'azione in protezione diplomatica sulla base degli illeciti imputati ai loro cittadini. Nonostante ciò, in ambedue i casi ricordati, come si vedrà più avanti (*infra*, paragrafo 4.1), la parte convenuta (gli Stati Uniti) non facevano alcun riferimento al comportamento scorretto dei privati, bensì e piuttosto a quello degli Stati di nazionalità (rispettivamente Germania e Messico).

Pare potersi concludere che, secondo l'opinione attualmente prevalente, nell'ambito delle controversie incardinate in protezione diplomatica, la *clean hands doctrine* si attegga diversamente rispetto alla sua applicazione nell'ambito delle controversie interstatali dirette. Infatti, sebbene il cittadino leso sia formalmente estraneo alla controversia internazionale che sorge in esito all'illecito commesso dallo Stato ospitante (stante la finzione giuridica alla base dell'istituto della protezione diplomatica che equipara il danno arrecato al cittadino a un danno arrecato allo Stato di appartenenza), tuttavia è il suo comportamento ad assumere rilevanza ai fini della applicazione della *clean hands doctrine*.

In sintesi, lo scopo della applicazione della dottrina delle mani pulite alla protezione diplomatica sarebbe quello di impedire allo Stato di esercitare tale protezione quando la condotta illecita iniziale non sia stata posta in essere dallo Stato stesso, ma dal suo cittadino⁶²⁴.

Parimenti, osservazioni teoriche legate alla natura e alla funzione dell'istituto della protezione diplomatica raccomandano l'esclusione della *clean hands doctrine* come condizione di ammissibilità. Innanzitutto, privare lo Stato di cittadinanza di

⁶²⁴ Anche se, secondo quella che è la tradizionale visione della protezione diplomatica, lo Stato diventa l'unico legittimato a presentare ricorso in luogo del cittadino, questo non significa che la condotta illecita iniziale dello straniero diventi, per ciò stesso, attribuibile allo Stato di nazionalità, si veda sul punto *ILC's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, U.N. GAOR., 56th Sess., Supp. No. 10, 29, Doc. A/56/10 (2001) (“*as a general principle, the conduct of a private persons or entities is not attributable to the State under international law*”).

un suo diritto proprio di agire perché il suo cittadino ha commesso un reato non è in linea con il principio di non attribuzione di un fatto illecito posto in essere un privato allo Stato di cittadinanza. Infatti lo Stato che rivendica il diritto in parola rimane estraneo all'illecito commesso dal suo cittadino. La dottrina sarebbe applicabile se non si prendesse in considerazione l'interpretazione adottata dalla CDI ma se si considerasse che uno Stato non dovrebbe poter agire in protezione diplomatica in relazione a comportamenti di altri Stati qualora abbia tenuto il medesimo comportamento nei confronti di cittadini stranieri; con la conseguenza che un privato potrebbe non beneficiare della protezione senza avere alcuna colpa. La dottrina sarebbe in tal caso affine al principio *inadimplenti non est adimplendum* nelle controversie interstatali dirette e non si renderebbe necessaria una regola speciale per la protezione diplomatica.

In secondo luogo, se con la regola si intendesse che il cittadino non può richiedere la protezione del proprio Stato perché non ha '*clean hands*' con ciò non si aggiungerebbe nulla di nuovo all'istituto in quanto l'individuo non può reclamare la protezione non esistendo un diritto alla protezione da parte del proprio Stato ma solo una facoltà in capo allo Stato in tal senso⁶²⁵.

5. Prassi giurisprudenziale: i casi *LaGrand* e *Avena*

⁶²⁵ Si tratta di un principio consolidato in dottrina e ribadito a livello giurisprudenziale da ultimo nel caso *Abbasi* da una corte d'appello britannica. Si veda *R. v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Abbasi* (2002) EWCA Civ. 1598. Il ricorrente, detenuto nella base militare navale di Guantanamo Bay senza giusto processo, sosteneva che il mancato esercizio della protezione diplomatica da parte del governo britannico, finalizzata alla cessazione della detenzione arbitraria, costituiva una violazione indiretta dell'Art. 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte respingeva l'argomentazione evidenziando come il dovere di protezione sia circoscritto dalla massima discrezionalità politica, pur ammettendo, a latere, che il rifiuto di accordare protezione diplomatica può, in una certa misura, essere sottoposto a scrutinio giudiziale. Si veda *Abbasi*, cit., para. 80-106.

L'analisi della prassi della Corte Internazionale nel contesto della protezione diplomatica offre un'occasione per confrontarsi con l'applicabilità della *clean hands doctrine*.

Già nel 1924 la Corte Permanente internazionale di giustizia nel caso *Mavrommatis Palestine Concessions* ritenne che: “*M. Mavrommatis was bound to perform the acts which he actually did perform in order to preserve his contracts from lapsing as they would otherwise have done*”⁶²⁶.

Più recentemente si sono registrati due casi innanzi alla CIG ove la *clean hands doctrine* ha trovato spazio e che hanno visto gli Stati Uniti convenuti, rispettivamente da Germania e Messico: si tratta dei casi *LaGrand* e *Avena*.

Per quanto riguarda il caso *LaGrand*, il 2 marzo 1999, la Repubblica Federale Tedesca presentava ricorso alla CIG contro gli Stati Uniti d'America in una controversia relativa ad asserite violazioni della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari. La Germania dichiarava che, nel 1982, le autorità dello Stato dell'Arizona avevano arrestato due cittadini tedeschi, Karl e Walter LaGrand, i quali erano stati processati e condannati a morte senza essere stati informati dei loro diritti, come richiesto invece dall'articolo 36, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione di Vienna. La Germania affermava inoltre che la mancata notifica, prevista ai sensi degli articoli 5 e 36 della stessa Convenzione, le aveva impedito di proteggere l'interesse dei propri cittadini a livello processuale innanzi alle Corti statunitensi. La Germania sosteneva che, sebbene i due cittadini - infine con l'assistenza degli ufficiali consolari tedeschi - avessero fatto valere le violazioni della Convenzione di Vienna dinanzi alla corte federale, quest'ultima, applicando il diritto municipale di *'procedural default'*, aveva deciso che, poiché le medesime violazioni non erano state sostenute nei precedenti procedimenti a livello statale, l'eccezione non poteva essere sollevata, per la prima volta, nei procedimenti federali.

⁶²⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions case, P.C.I.J., Series A, sentenza del 30 agosto 1924, No. 5, p. 50.*

Nel caso *LaGrand* gli Stati Uniti sostenevano che sarebbe stato contrario ai principi di base dell'amministrazione della giustizia e dell'uguaglianza delle parti applicare le invocate norme statunitensi che la Germania non sembrava, a sua volta, accettare (un'argomentazione, questa, negata dalla Germania)⁶²⁷. Gli Stati Uniti formulavano quindi un'obiezione facente capo alla *clean hands doctrine*. Infatti, secondo il governo statunitense, il ricorso tedesco doveva reputarsi inammissibile in quanto il governo tedesco avrebbe preteso che si applicasse agli Stati Uniti uno *standard* diverso da quello praticato dalla Germania, in conflitto con il principio di uguaglianza delle parti⁶²⁸.

In risposta a tale difesa, la Germania non contestava il principio addotto, ma sosteneva che la prassi tedesca in materia di rimedi per la violazione della Convenzione del 1963 non differiva dalla prassi applicativa statunitense⁶²⁹.

La Corte riteneva di non dover esaminare, *in abstracto*, l'obiezione sollevata dagli Stati Uniti, ossia se essa avrebbe avuto quale conseguenza una dichiarazione di irricevibilità della causa⁶³⁰. La Corte si limitava, infatti, ad osservare come le prove addotte dagli Stati Uniti e la giurisprudenza tedesca richiamata non fossero sufficienti a dimostrare che la Germania non si era conformata agli *standard* di cui pretendeva l'applicazione⁶³¹.

⁶²⁷ *LaGrand (Germany v United States of America)*, sentenza, 27 giugno 2001, I.C.J. Rep. 2001, para. 61-63.

⁶²⁸ Ibid, para. 61: “*The United State also contends that Germany’s submissions are inadmissible on the ground that Germany seeks to have a standard applied to the United States that is different from its own practice. According to the United States, Germany has not shown that its system of criminal justice requires the annulment of criminal convictions where there has been a breach of the duty of consular notification; and that the practice of Germany in similar cases has been to do no more than offer an apology. The United States maintains that it would be contrary to basic principles of administration of justice and equality of the Parties to apply against the United States alleged rules that Germany appears not to accept for itself*”.

⁶²⁹ Ibid, para. 62.

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Ibid, para. 63: “*The Court need not decide whether this argument of the United States, if true, would result in the inadmissibility of Germany’s submissions. Here the evidence adduced by the*

Per quanto riguarda il caso *Avena* invece, era il Messico ad avviare un procedimento innanzi alla CIG contro gli Stati Uniti d'America per presunte violazioni degli articoli 5 e 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari nei confronti di 54 cittadini messicani che erano stati condannati a morte negli Stati Uniti⁶³². Contestualmente alla sua domanda, il Messico presentava una richiesta di misure provvisorie, in particolare affinché gli Stati Uniti prendessero tutte le misure necessarie per garantire che nessun cittadino messicano venisse giustiziato e che non fosse intrapresa alcuna azione che potesse pregiudicare i diritti del Messico o dei suoi cittadini con riguardo a qualsiasi decisione che la Corte avrebbe potuto prendere nel merito della causa. La Corte concludeva nel senso che, anche laddove gli Stati Uniti avessero dimostrato che la prassi del Messico in merito al trattato non era irreprensibile, ciò non avrebbe costituito motivo di opposizione alla ricevibilità della domanda messicana⁶³³.

Nel caso *Avena*, gli Stati Uniti formulavano un'obiezione simile a quella formulata nel caso *LaGrand* in relazione all'interpretazione dell'Art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 e secondo la quale "*the claim of Mexico is inadmissible in that Mexico should not be allowed to invoke against the US standards that Mexico does not follow in its own practice*"⁶³⁴.

Il Governo statunitense argomentava che un trattato non può essere interpretato in modo tale da imporre obblighi notevolmente più onerosi per una delle parti, così deducendo che il Messico non poteva invocare contro gli Stati Uniti *standards* che il Messico stesso, *in primis*, non praticava. La Corte respingeva l'obiezione evidenziando che anche laddove fosse stato dimostrato che la pratica messicana per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 36 era "*not beyond any reproach*", ciò non avrebbe costituito un motivo di inammissibilità della domanda⁶³⁵.

United States does not justify the conclusion that Germany's own practice fails to conform to the standards it demands from the United States in this litigation".

⁶³² *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *supra*.

⁶³³ *Ibid*, para. 47.

⁶³⁴ *Ibid*.

⁶³⁵ *Ibid*.

Tuttavia, tale esito non ci dice se la Corte abbia negato la sussistenza della *clean hands doctrine* nel diritto internazionale; infatti la Corte dell’Aja insisteva non già sulla posizione delle parti o sulla iniquità del reclamo, ma piuttosto sulla natura peculiare della Convenzione del 1963 la quale stabilisce obblighi multilaterali relativi allo svolgimento senza ostacoli delle relazioni consolari, importante nel contesto internazionale in quanto “*promot(e) the development of kindly relations among nations, and ensur(e) protection and assistance for aliens resident in the territories of other States*”⁶³⁶.

5.1. Il Progetto di articoli sulla protezione diplomatica

L’applicabilità della dottrina delle mani pulite nel contesto della protezione diplomatica è stata oggetto di un considerevole dibattito nella comunità internazionale, in particolare in seno alla CDI⁶³⁷ ove, nel corso dei lavori preparatori alla stesura di un Progetto di articoli sulla protezione diplomatica, era stato avanzato il suggerimento di includere la *clean hands doctrine* quale condizione di ammissibilità dei ricorsi⁶³⁸.

Il più forte sostenitore di questa posizione era Alain Pellet, secondo il quale la protezione diplomatica sarebbe stata, in realtà, l’unico campo di applicazione della

⁶³⁶ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran supra*, pp. 19-20, para. 40

⁶³⁷ U.N. Int’l L. Comm’n, *Introduction*, disponibile su <https://www.un.org/law/iic/introfra.htm>. Si veda, al riguardo *Provisional Summary Record of the 2793rd Meeting*, U.N. Int’l L. Comm’n, 56th Sess., 3-27, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2793 (May 14, 2004) (opinioni dei membri della Commissione con riguardo alla applicazione della *clean hands doctrine* nell’ambito della protezione diplomatica); *Provisional Summary Record of the 2792nd Meeting*, U.N. Int’l L. Comm’n, 56th Sess., 17-18, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2792 (May 28, 2004); *Provisional Summary Record of the 2819th Meeting*, U.N. Int’l L. Comm’n, 56th Sess., 10-13, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2819 (July 27, 2004); *Provisional Summary Record of the 2791th Meeting*, U.N. Int’l L. Comm’n, 56th Sess., 9-11, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2791 (May 7, 2004).

⁶³⁸ *Diplomatic Protection: Titles and Texts of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading*, U.N. Int’l L. Comm’n, 56th Sess., U.N. Doc. A/CN.4/L.647 (2004).

*clean hands doctrine*⁶³⁹. Il giurista francese evidenziava come il concetto di mani pulite “*was not very different from the general principle of good faith in the context of relations between States, and had no autonomous consequences and little practical effect on the general rules of international responsibility*”⁶⁴⁰. Considerando che Alain Pellet sosteneva che la dottrina delle mani pulite non avesse alcun significato nelle controversie tra Stati, il suo punto di vista sembra implicare che anche il principio di buona fede non abbia allora alcuna applicazione nelle controversie tra Stati⁶⁴¹. Questa posizione è certamente errata perché, oltre a negare il ruolo del principio di buona fede nel diritto internazionale, assume anche che la protezione diplomatica non abbia nulla a che fare con le controversie interstatali⁶⁴². Contrariamente, si rileva come sia implicita nel concetto di protezione diplomatica l’idea che “*once a state has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the state is*

⁶³⁹ ILC Meeting 2793, *supra*, p. 4 (“*The clean hands doctrine produced effect only in the context of diplomatic protection*” e “*in proceedings between States the [clean hands] doctrine was inapplicable. However, where a case involved an individual and a State via diplomatic protection was relevant*”).

⁶⁴⁰ Sixth Report, *supra*, para. 3 citando l’intervento di Pellet: “*The vague concept of ‘clean hands’ was not very different from the general principle of good faith in the context of relations between States, and had no autonomous consequences and little practical effect on the general rules of international responsibility. However, in the context of diplomatic protection, which involved relations between States and individuals, the concept took on new significance: it became functional, for in the absence of ‘clean hands’ the exercise of diplomatic protection was paralysed. If a private individual who enjoyed diplomatic protection violated either the internal law of the Protecting State – and it should be noted that international law played no role at all in cases involving relations between States – or international law, then in the general context of the claim, the State called upon to exercise protection could no longer do so*”.

⁶⁴¹ SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of “Clean Hands” Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate*, *supra*, p. 838.

⁶⁴² *Ibid.*

the sole claimant”⁶⁴³. Questa finzione di ‘lesione allo Stato’ rappresenta la base dell’attuale lavoro della CDI sulla protezione diplomatica⁶⁴⁴.

Contrario alla regola intesa quale condizione di ammissibilità si è pronunciato il Sesto Rapporto sulla protezione diplomatica presentato dal Relatore speciale della CDI, John Dugard⁶⁴⁵, il quale raccomandava che il progetto di articoli non includesse una disposizione sulla dottrina delle mani pulite⁶⁴⁶, una posizione questa, infine, adottata dalla CDI⁶⁴⁷. In tale Rapporto, il Relatore speciale rilevava che “*the (...) cases make it difficult to sustain the argument that the clean hands doctrine does not apply to disputes involving direct inter-State relations*”⁶⁴⁸. Dugard notava come “*States have frequently raised the clean hands doctrine in direct inter-State claims and in no case has the Court states that the doctrine is irrelevant to inter-State claims*”⁶⁴⁹. Il Relatore, esaminando la prassi internazionale, rilevava che la dottrina era stata invocata proprio nelle controversie dirette tra Stati nel cui contesto la CIG non si era mai spinta fino al punto di contestarne la esistenza e neppure la rilevanza⁶⁵⁰.

Posto quindi che la *clean hands doctrine* poteva trovare applicazione nel contesto interstatale, Dugard spiegava perché la dottrina non avrebbe invece dovuto applicarsi nella protezione diplomatica: “*The State of nationality (of an alien) may exercise diplomatic protection on behalf of the individual because of (an)*

⁶⁴³ Sul punto *Mavrommatis Palestine Concession (Greece v U.K.)* 1925 PCIJ (Ser. A) No. 2, 12 (Aug. 30).

⁶⁴⁴ BORCHARD E., *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 7 Am. J. Int’ L., 1913, p. 503.

⁶⁴⁵ ILC Meeting 2791, *supra*, 10.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Report of the International Law Commission, *supra*.

⁶⁴⁸ John Dugard, Sixth Report of the International Law Commission on Diplomatic Protection, UN Int’l L. Comm’n, 57th Sess., 2, UN Doc. A/CN.4/546, 11 Aug. 2006, para. 6.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ Sixth Report, *supra*, para 7. Il rapporto fa riferimento alle posizioni assunte dagli Stati e dai giudici dissenzienti che hanno fondato la propria pretesa di inammissibilità del ricorso per le ‘*unclean hands*’ attoree proprio nel contesto delle controversie Statali dirette.

internationally wrongful act”. Secondo Dugard, la dottrina delle mani pulite non potrebbe trovare applicazione in (questo) contesto, in primo luogo perché il reclamo ora ha assunto il carattere interstatale e, in secondo luogo, perché l'individuo non ha la personalità giuridica e quindi non può (al di fuori del campo del diritto penale internazionale) essere ritenuto responsabile della violazione del diritto internazionale⁶⁵¹.

Come suggerisce Dugard, sussistono differenze di rilievo tra le controversie interstatali dirette e quelle indirette (appunto, in protezione diplomatica) in punto di applicazione della dottrina delle mani pulite. Infatti, a differenza delle controversie dirette tra Stati, in cui l'atto illecito di uno Stato colpisce direttamente un altro Stato, quando si tratti di esercitare la protezione diplomatica lo Stato presenta un reclamo per atti internazionalmente illeciti commessi ai danni dei suoi cittadini. Nel contesto interstatale è la trasgressione dello Stato ricorrente quindi ad essere rilevante ai fini della valutazione della difesa di *'clean hands'*. Al contrario, nel contesto della protezione diplomatica non sarebbe la trasgressione dello Stato di nazionalità ad innescare la *clean hands defense* bensì e piuttosto quella del suo cittadino. Questa differenza fondamentale tra il modo in cui si atteggia la dottrina delle mani pulite rispettivamente nelle controversie tra Stati dirette e indirette fornisce una spiegazione del perché la dottrina dovrebbe applicarsi nel primo ma non nel secondo caso⁶⁵².

Lo *Special Rapporteur* precisava che, se uno straniero commette un reato e quale conseguenza viene sanzionato attraverso la privazione della libertà o della proprietà

⁶⁵¹ Ibid, para. 8. “*As a consequence of the fiction that an injury to a national is an injury to the State itself, the claim on behalf of a national subjected to an internationally wrongful act becomes an international claim and the clean hands doctrine can be raised against the protecting State only for its conduct and not against the injured individual for misconduct that may have preceded the internationally wrongful act*”.

⁶⁵² Ibid, para. 16. Se, tuttavia uno straniero è copevole di una condotta illecita in uno Stato ospitante e come conseguenza venga privato dei suoi diritti, secondo le regole del giusto processo, non si verifica un illecito internazionale e lo Stato di nazionalità dell'individuo non interverrà in sua protezione.

– secondo le regole dell’ordinamento dello Stato in cui si trova – è improbabile che lo Stato di nazionalità intervenga in suo aiuto poiché lo Stato autore della sanzione non ha commesso alcun illecito internazionale. Se, invece, un illecito internazionale viene commesso dall’*host State* – ove l’individuo abbia comunque sempre commesso un reato – quale reazione alla condotta del cittadino straniero (per esempio tortura, diniego di giusto processo ecc.), lo Stato di cittadinanza può allora agire in protezione diplomatica poiché un illecito internazionale sussiste. In tal caso la *clean hands doctrine* non troverebbe applicazione dato il carattere internazionale, interstatale, assunto dalla controversia e poiché l’individuo non è soggetto di diritto internazionale (salvo per quanto riguarda il diritto internazionale penale). Quindi, nella ricostruzione effettuata da Dugard la conseguenza della finzione per cui la lesione di un diritto del cittadino costituisce la lesione dello Stato di cittadinanza è che la pretesa a nome del privato vittima di un illecito internazionale diventa una pretesa internazionale e la *clean hands doctrine* può essere evocata contro lo Stato di cittadinanza solo per la condotta di quest’ultimo e non già contro l’individuo per il suo eventuale comportamento illecito antecedente la commissione dell’illecito perpetrato dall’*host state*⁶⁵³.

Il ragionamento ora descritto ha portato Dugard a concludere nel senso per cui la dottrina non occuperebbe uno spazio a sé stante nel contesto della protezione diplomatica: se l’individuo commette un reato e viene sanzionato secondo la legge, non sussiste alcun illecito internazionale e quindi la dottrina risulta irrilevante. Se invece il cittadino che ha commesso l’illecito subisce un trattamento che configura un illecito internazionale allora si è in presenza di un illecito ai danni dello Stato di nazionalità il quale avrà titolo per far valere la responsabilità internazionale dell’altro Stato direttamente nei suoi confronti. In tal caso la dottrina può essere invocata solo nei confronti dello Stato che intende esercitare la protezione.

Il Rapporto ricorda come nei casi *LaGrand* e *Avena* gli Stati Uniti non abbiano invocato la *clean hands doctrine* in quanto i privati avevano commesso gravi reati

⁶⁵³ Ibid, para. 8.

ma perché i rispettivi Stati di nazionalità non rispettavano le medesime norme internazionale di cui pretendevano l'osservanza da parte degli Stati Uniti⁶⁵⁴.

Dugard continuava ritenendo che la dottrina potesse essere, semmai, invocata in sede giurisdizionale non già quale ostacolo alla ammissibilità del reclamo bensì e piuttosto nella fase di merito, quale circostanza attenuante o escludente la responsabilità dello Stato: *“If the doctrine is applicable to claims relating to diplomatic protection it would seem that the doctrine would more appropriately be raised at the merit stage as it relates to attenuation or exoneration of responsibility rather than to admissibility”*⁶⁵⁵.

Il rapporto conclude (così come poi la CDI ha codificato nel Progetto di articoli) nel senso per cui non esistono sufficienti elementi di prassi che consentano di affermare certamente l'applicabilità della *clean hands doctrine* alle cause riguardanti la protezione diplomatica⁶⁵⁶. L'incertezza attorno all'esistenza di una tale norma e alla sua applicabilità, secondo Dugard rende peraltro poco auspicabile l'introduzione di una norma di tale portata anche a titolo di sviluppo progressivo⁶⁵⁷.

La corrispondenza delle conclusioni del Relatore speciale (e del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica) allo stato del diritto internazionale è confermata dalle posizioni espresse dai vari delegati durante i lavori del Sesto

⁶⁵⁴ Ibid, para 9.

⁶⁵⁵ Ibid, para. 16.

⁶⁵⁶ Ibid, para. 18. *“The present report has shown that the evidence in favour of the clean hands doctrine is inconclusive. Arguments premised on the doctrine are regularly raised in direct inter-State cases before the International Court of Justice, but they have yet to be upheld. Whether the doctrine is applicable at all to claims involving diplomatic protection is highly questionable. There is no clear authority to support the applicability of the doctrine to cases of diplomatic protection. Such authority as there is uncertain and of ancient vintage, dating mainly from the mid-nineteenth century – as the above cited passages from Salmon demonstrate”*.

⁶⁵⁷ Ibid, *“In these circumstances the Special Rapporteur sees no reason to include a provision in the draft articles dealing with the clean hands doctrine. Such a provision would clearly not be an exercise in codification and is unwarranted as an exercise in progressive development in the light of the uncertainty relating to the very existence of the doctrine and its applicability to diplomatic protection”*.

comitato (giuridico) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 11 novembre 2005, quando furono prese in considerazione le tematiche all'attenzione della CDI nella sua 57esima sessione⁶⁵⁸. I delegati intervenuti accoglievano con favore la proposta del Relatore speciale di non includere nel progetto di articoli una norma sulla *clean hands doctrine*. Diversi relatori facevano leva, in particolare, sulla irrilevanza della prassi⁶⁵⁹, altri contestavano invece l'opportunità dell'inclusione a titolo di sviluppo progressivo⁶⁶⁰ e altri si concentravano sulla incompatibilità della dottrina con la natura e lo scopo della protezione diplomatica⁶⁶¹. C'è stato anche chi ha rilevato come l'inclusione nel progetto della dottrina di *clean hands*, di per sé connotata da un certo livello di incertezza, quale regola per la ammissibilità della protezione diplomatica, avrebbe potuto affievolire la protezione internazionale dei diritti umani, mentre un certo rilievo glielo si sarebbe potuto accordare nella fase di merito⁶⁶².

È chiaro che la decisione della CDI di non includere una disposizione avente ad oggetto la dottrina delle mani pulite nel Progetto di articoli sulla protezione

⁶⁵⁸ Sul punto comunicato stampa della Sixtieth General Assembly, Sixth Committee, 18th Meeting, 01711/2005, doc. GA/L/3287. Si veda inoltre il riassunto delle discussioni del Sesto Comitato nel rapporto CDI sulla sua 57esima sessione del 13 gennaio 2006, A/CN.4/560.

⁶⁵⁹ In questo senso il delegato austriaco, Konrad Buhler, il quale ha affermato che la dottrina delle 'mani pulite' non dovesse essere inclusa nel progetto di articoli in quanto "*it was not sufficiently anchored in international law to be considered an established customary rule*".

⁶⁶⁰ In questo senso la rappresentante olandese, Brechje Schwachöfer, la quale ha dichiarato che il suo Paese "*supported the view of the Special Rapporteur, the few cases falling within the scope of diplomatic protection did not constitute sufficient practice to warrant codification, nor could its inclusion be justified as an exercise in the progressive development of international law*".

⁶⁶¹ Sul punto, il rappresentante coreano, Kim Sun-Pyo, ha osservato che "*the argument for the 'clean hands' doctrine to be included overlooked the basic nature and function of diplomatic protection*".

⁶⁶² Il rappresentante canadese, John Currie, si è espresso nei seguenti termini: "*the status of the 'clean hands doctrine' was at best inconclusive in customary law. In addition, from a practical point of view, application of that doctrine in relation to the admissibility of diplomatic protection would weaken the universal application of human rights protection. The clean hands doctrine should more appropriately be raised at the merit stage, as it related to attenuation or exoneration of responsibility rather than to admissibility*".

diplomatica non significa che il principio non faccia parte del diritto internazionale; piuttosto questa decisione chiarisce che l'unica condotta rilevante ai fini della valutazione dell'ammissibilità dei ricorsi ai sensi del diritto internazionale è quella del ricorrente stesso. Infatti, lo stesso Dugard osservava come: "*the clean hands doctrine is an important principle of international law that has to be taken into account whenever there is evidence that an applicant State has not acted in good faith and that it has come to court with unclean hands*"⁶⁶³. Del pari, il rapporto, nelle parole di Dugard, non esclude *tout court* l'applicabilità di una *clean hands doctrine* nel contesto della protezione diplomatica ma lascia uno spazio di sua rilevanza nella fase di merito della controversia, quale questione meta-giuridica.

5.2. L'approccio CEDU

Sono noti tre casi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU) in cui gli Stati convenuti o i giudici hanno fatto riferimento alla *clean hands doctrine* con riguardo al rapporto tra Stato e privato.

In due casi i governi convenuti contestavano la legittimazione dei privati a presentare ricorso in quanto essi si sarebbero presentati innanzi alla Corte con '*unclean hands*'. Nel caso *Van der Tang c. Spagna*⁶⁶⁴ il governo spagnolo formulava una obiezione preliminare basata sulla *clean hands doctrine*. La Spagna riteneva che il fatto che il ricorrente si fosse reso irreperibile per sottrarsi alla giustizia costitutiva, per lo stesso, un ostacolo all'invocazione di un rimedio innanzi alla Corte⁶⁶⁵. In particolare, il governo spagnolo sosteneva che la *clean hands doctrine* nel diritto internazionale facesse sì che "*the responsibility of a State is not engaged when the complainant himself has acted in breach of the law, international*

⁶⁶³ Report of the International Law Commission, *supra*, para. 236.

⁶⁶⁴ CEDU, *Van der Tang c. Spagna*, ricorso n. 19382/92, sentenza del 22 giugno 1995.

⁶⁶⁵ Ibid, para. 49: "*The Government reiterated their previous plea before the Commission (...) that the applicant, who had absconded in breach of the conditions attaching to his provisional release (...), was not entitled to bring a case against the very State whose justice he had evaded. (...) In the Government's submission, the resultant lack of 'clean hands' prevented him from bringing the present action*".

*or domestic (ex delicto non oritur actio)*⁶⁶⁶. La Corte non contestava la rilevanza della dottrina né la sua formulazione nei termini proposti dal governo convenuto ma respingeva l'eccezione in quanto, nel caso specifico, la violazione da parte dello Stato (eccessiva durata dell'arresto preventivo, per più di tre anni) era intervenuta prima dell'illecito commesso dal ricorrente (tentativo di sottrarsi alla giustizia)⁶⁶⁷. Si può quindi concludere che la CEDU non abbia escluso, in linea di principio, che la *clean hands doctrine* possa costituire una condizione preliminare alla ammissibilità del ricorso individuale, pur non ritenendo la stessa applicabile al caso *de quo* alla luce delle circostanze esposte.

Nella sua opinione concorrente nel caso *Van der Tang c. Spagna*, il Giudice Morenilla contestava invece esplicitamente l'applicabilità della dottrina di *clean hands* nei ricorsi individuali dinnanzi alla Corte ritenendo, peraltro, la sua esistenza incerta nel diritto internazionale.⁶⁶⁸ Ciononostante, da tale opinione, emerge un elemento utile a connotare la *clean hands doctrine*. Infatti, il Giudice Morenilla riteneva necessario un nesso di causalità tra la condotta illecita dell'individuo e l'illecito commesso dallo Stato (criterio non soddisfatto nel caso di specie): "*the applicant's unlawful conduct in the instant case did not give rise to the violation he complained of or contribute to bringing about*"⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Ibid.

⁶⁶⁷ Ibid, para. 51: "*The Delegate of the Commission submitted that since the facts on which the substance of the complaint was based, that is pre-trial detention lasting more than three years, preceded the applicant's flight from Spanish justice, the latter act did not affect the grounds of the alleged violation*". Si veda anche para. 53 ove si legge che: "*The Court agrees with the conclusion of the Commission and the applicant. The alleged violation of the Convention by the Spanish authorities occurred before Mr van der Tang absconded in breach of his undertakings (...) His subsequent flight, albeit wrongful, did not render illegitimate his interest in obtaining from the Convention institutions a ruling on the violation he is alleging. The Government's preliminary objection must therefore be rejected*".

⁶⁶⁸ Ibid, opinione concorrente del Giudice Morenilla, para. 6.

⁶⁶⁹ Ibid.

La *clean hands doctrine* è stata, inoltre, invocata recentemente nel caso *Ukraine-Tyumen c. Ucraina*⁶⁷⁰. Citandola con l'intento di supportare la tesi della inammissibilità del ricorso, il Governo convenuto riassumeva la dottrina in parola ritenendo che la violazione della legge da parte dell'autore di un reclamo esonerasse lo Stato autore del presunto illecito dalla responsabilità internazionale⁶⁷¹. L'attore non contestava l'inquadramento giuridico dei procedimenti oggetto di controversia e si disinteressava nelle sue repliche della *clean hands doctrine*⁶⁷². La CEDU, dal canto proprio, non prendeva posizione definitiva sulla dottrina di *clean hands* in quanto, pur non contestandone espressamente l'esistenza, respingeva l'eccezione ucraina sulla base di una ragione più liquida⁶⁷³.

Si può infine ricordare la sentenza *Chapman c. Regno Unito*⁶⁷⁴ ove il Giudice Bonello, nella sua opinione concorrente, invocava la *clean hands doctrine a*

⁶⁷⁰ CEDU, *Ukraine-Tyumen v Ucraina*, ricorso n. 22603/02, sentenza del 22 novembre 2007.

⁶⁷¹ Ibid, para. 34 dove si legge: “*The Government (...) argued that the applicant, which had first benefited from the extraordinary review of the judgement favourable to another party to the proceedings (...), was not entitled to bring into question the compliance of the same procedure, as a result of which it had finally lost the case, with the Convention*”.

⁶⁷² Ibid, para. 35, “*The applicant disagreed, stating that the review of its case by the Review Panel had been a part of the ordinary court procedure for the purpose of Article 6 para. 1 of the Convention and had not contravened the principle of legal certainty. In contrast, the review of its case by the Plenary Court was an extraordinary procedure which contravened Article 6 para. 1 of the Convention*”.

⁶⁷³ Ibid, para. 37: “*The Court finds that the resolution of the Review Panel of 11 March 1999 was the ‘final decision’ in the case, within the meaning of Article 35 para. 1 of the Convention, and the Court rejects the Government’s submission that the applicant company’s application to the Review Panel disqualified it from complaining about subsequent events*”.

⁶⁷⁴ CEDU, *Chapman v Regno Unito*, ricorso n. 27238/95, sentenza del 18 gennaio 2001. Nello stesso senso i casi *Coster, Beard, Lee e Jane Smith v Regno Unito* (18 gennaio 2001). Tali casi avevano ad oggetto famiglie nomadiche che avevano installato alcune carovane malgrado il rifiuto posto dalle autorità circa il rilascio della autorizzazione all’uopo necessaria. Gli argomenti al centro del ricorso riguardavano il *modus vivendi* tipico della cultura nomade e la circostanza per cui gli spazi concessi dalle autorità per l’installazione di carovane non fossero sufficienti. La Corte riteneva che le misure esecutorie e le sanzioni pecuniarie adottate contro i ricorrenti costituissero un’ingerenza nella vita private e familiari, giustificate, tuttavia, dal bene collettivo.

contrario, ovvero per affermare che la violazione della legge da parte dell'individuo può risolversi in una conseguenza scusabile quando vi sia una previa violazione della legge da parte delle autorità: “*I believe that a public authority which is in breach of its legal obligations should not be allowed to plead that it is action ‘in accordance with the law’. The classic constitutional doctrine of ‘clean hands’ precludes those who are in prior contravention of the law from claiming the law’s protection*”⁶⁷⁵.

6. Questioni preliminari: l'ammissibilità

L'obiezione preliminare è uno strumento procedurale sviluppato nella prassi del contenzioso internazionale⁶⁷⁶, riscontrabile principalmente in quella della Corte permanente di giustizia internazionale e della Corte internazionale di giustizia ma che si ravvisa altresì nella procedura della Corte di giustizia dell'Unione Europea (artt. 91–92 del Regolamento di procedura) e in quella di alcuni organi arbitrali permanenti (ad esempio, art. 21 dell'*Iranian-US Claims Tribunal*).

L'obiezione preliminare ha assunto talmente tante forme diverse che è difficile definirla se non in base ai suoi effetti: la Corte Permanente internazionale di giustizia si è espressa nei seguenti termini, definendo l'obiezione preliminare come⁶⁷⁷ “*any objection of which the effect will be, if any objection is upheld, to interrupt further proceedings in the case and which it will therefore be appropriate*

⁶⁷⁵ CEDU, *Chapman c. Regno Unito*, *supra*, opinione concorrente del Giudice Bonello allegata, para. 5. Il giudice sottolineava inoltre che l'illecito del privato era conseguenza dell'illecito posto in essere dallo Stato (para. 7): “*In the present case, both the public authorities and the individual had undoubtedly trespassed the boundaries of legality. But it was the public authority’s default in observing the law that precipitated and induced the subsequent default by the individual. That failing of the authorities has brought about a situation which almost justifies the defence of necessity*”.

⁶⁷⁶ THIRLWAY H., *Preliminary Objections*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2006, disponibile su <https://sslvpn.univr.it/view/10.1093/law:epil/9780199231690/DanaInfo=opil.oupilaw.com,SSL+law-9780199231690-e73?rskey=45r4Yt&result=6&prd=EPIL>.

⁶⁷⁷ *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, PCIJ, sentenza, 28 febbraio 1939.

for the Court to deal with before enquiring into the merits”⁶⁷⁸. In sostanza, un’obiezione preliminare consiste nella contesa di uno Stato, parte in un procedimento internazionale (normalmente il convenuto) per cui una determinata questione, a prescindere dalla fondatezza o meno della domanda, dovrebbe essere esaminata e risolta dal tribunale prima di procedere all’esame del merito, in quanto una decisione che accogliesse l’obiezione preliminare renderebbe impossibile o superfluo occuparsi della fondatezza della domanda. Come la CIG osservava nel caso *Barcelona Traction*⁶⁷⁹ “*the object of a preliminary objection is to avoid not merely a decision on, but even any discussion of the merits*”⁶⁸⁰.

L’esempio caratteristico di un’obiezione preliminare si concreta in una obiezione alla giurisdizione: una questione giurisdizionale deve essere trattata in via preliminare in quanto, essendo la giurisdizione nel diritto internazionale di tipo consensuale, uno Stato ha il diritto di impedire il controllo della sua condotta da parte di un tribunale a meno che non gli abbia conferito la giurisdizione. Solitamente, lo strumento costitutivo di un organo giudiziario prescrive le condizioni richieste affinché tale organo possa esercitare la giurisdizione in un caso particolare. Lo strumento costitutivo insieme a qualsiasi altro strumento specifico prescelto costituisce il ‘titolo di giurisdizione’. Le obiezioni alla giurisdizione sostengono quindi che il caso presentato non rientra nella giurisdizione della Corte come accettata dallo Stato parte, *ratione personae* o *ratione materiae*, o nell’ambito temporale di qualsiasi giurisdizione accettata dallo Stato interessato.

Le obiezioni preliminari non si limitano tuttavia alle questioni di giurisdizione⁶⁸¹. Infatti, il Regolamento della CIG fa richiamo a “[a]ny objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits”⁶⁸²

⁶⁷⁸ Ibid, para. 16.

⁶⁷⁹ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd, supra*.

⁶⁸⁰ Ibid, para. 44.

⁶⁸¹ *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, supra*.

⁶⁸² Art. 79 (1) ICJ Rules.

Quelle che generalmente vengono considerate obiezioni alla ammissibilità sono quelle riguardanti la nazionalità delle parti⁶⁸³ e quelle collegate al mancato esaurimento dei ricorsi interni.⁶⁸⁴ La CIG ha fornito la seguente spiegazione di ciò che intende per ammissibilità (o ricevibilità): “*Objections to admissibility normally take the form of an assertion that, even if the Court has jurisdiction and the facts stated by the applicant State are assumed to be correct, nonetheless there are reasons why the Court should not proceed to an examination of the merits*”⁶⁸⁵. La ricevibilità, in questo senso, affronta la questione se, alla luce di tutte le circostanze del caso, l’organo giurisdizionale debba accogliere il caso. Così delineata, è chiaro come la ammissibilità possa importare un elemento di discrezionalità che deve essere esercitato rigorosamente in conformità con i criteri giuridici, tenendo conto del luogo di risoluzione giudiziale delle controversie internazionali nello svolgimento degli affari internazionali, il modo in cui opera un tribunale internazionale, e come ottiene la sua autorità per decidere un caso⁶⁸⁶.

Una questione cruciale è quella riguardante la distinzione tra giurisdizione ed ammissibilità. Non si tratta, peraltro, di un mero esercizio teorico; infatti, qualificare una questione come attinente alla giurisdizione, trattandosi di regole predeterminate, lascia il controllo alle parti⁶⁸⁷. Le questioni di giurisdizione attengono infatti al conferimento del potere decisionale alla Corte. Quindi, laddove condizioni preliminari (come ad esempio il mancato esperimento di rimedi alternativi) non siano state soddisfatte, la Corte manca *tout court* del potere di giudicare. Detto altrimenti, una volta soddisfatte le condizioni per l’esercizio della giurisdizione la Corte non può rifiutarsi di rendere il proprio giudizio. Al contrario, una qualificazione in termini di ammissibilità lascia alla Corte un certo margine

⁶⁸³ Si veda sul punto *The question of ius standi raised in South West Africa (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa)*, obiezioni preliminary, decisione, 18 luglio 1966, I.C.J. Rep 1966.

⁶⁸⁴ Per esempio il caso *Barcelona Traction*, *supra*.

⁶⁸⁵ *Oil Platforms*, *supra*, para. 29.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ SHANY Y., *Jurisdiction and Admissibility*, Cap. 36, disponibile su https://internationalcourts.net/system/files/CourseMaterials/Romano_Chapter_36.pdf.

discrezionale.⁶⁸⁸ In questo caso si tratta infatti non già di un dovere di decidere posto in capo alla Corte, bensì e piuttosto, di un potere⁶⁸⁹.

Se è vero dunque che la giurisdizione affronta la questione se l'autorità giudiziaria adita per un caso possa accoglierlo e rendere una decisione vincolante per le parti secondo quello che è un concetto strettamente legale, è altrettanto vero che spesso il termine ammissibilità (*recevabilité*) viene posto in stretta relazione con la giurisdizione⁶⁹⁰. Un'obiezione alla ricevibilità sostiene tuttavia che, indipendentemente dal fatto che la Corte sia competente o meno, vi siano altri motivi per cui la Corte dovrebbe rifiutare di accogliere la causa⁶⁹¹. La CIG ha distinto tra questioni di giurisdizione e ammissibilità, dichiarando, nella decisione seminale sulla piattaforma petrolifera, che “*objections to admissibility normally take the form of an assertion that, even if the Court has jurisdiction and the facts stated by the applicant State are assumed to be correct, nonetheless there are reasons why the Court should not proceed to an examination of the merits*”⁶⁹².

Chi scrive condivide la prospettiva di quella parte della dottrina che reputa la *clean hands doctrine* non già una questione preliminare di ammissibilità, bensì e piuttosto una difesa da affrontare nel merito della causa⁶⁹³. Sebbene in alcune

⁶⁸⁸ Ibid, p. 786.

⁶⁸⁹ Peraltro, mentre la carenza di giurisdizione può essere sanata dalle parti in qualsiasi momento (*forum prorogatum*) la irricevibilità del ricorso no. Per una distinzione tra diritti che comportano doveri e quelli che importano privilegi si veda HONFELD W. N., *Some Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal, p. 16.

⁶⁹⁰ ROSENNE S., *International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of inter-state Applications*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2006, disponibile su <https://sslvpn.univr.it/view/10.1093/law:epil/9780199231690/DanaInfo=opil.oup.com,SSL+law-9780199231690-e56?rskey=65x604&result=1&prd=EPIL>

⁶⁹¹ Ibid.

⁶⁹² *Oil Platforms*, *supra*, para. 29.

⁶⁹³ PASTOR RIDRUEJO, *supra*, p. 255; SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of “Clean Hands” Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate*, *supra*, p. 845 e AMERASINGHE C., *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 232–58.

memorie difensive gli Stati abbiano fatto riferimento alla *clean hands doctrine* come una questione di ammissibilità, la dottrina delle mani pulite dovrebbe essere piuttosto trattata nella fase di esame del merito⁶⁹⁴. Si tratta infatti di un principio processuale la cui sussistenza va accertata nella fase di merito secondo un approccio casistico che impone l'esame dei fatti di causa⁶⁹⁵. Infatti, solo affrontando tale obiezione nella fase di merito il tribunale può ottenere una chiara comprensione di alcuni aspetti della difesa di *clean hands* e una piena conoscenza dei fatti ad essa correlati così rispettando la *ratio* equitativa della dottrina in parola che verrebbe frustrata laddove il collegio giudicante si concentrasse sulle azioni di una sola parte⁶⁹⁶. Altrimenti, considerando le *clean hands* una questione preliminare, il rischio è quello che una conoscenza sommaria dei fatti non consenta un bilanciamento delle condotte delle parti. In definitiva, nella fase di merito, la *clean hands doctrine* può utilmente servire per mitigare la compensazione in favore dell'attore quando questo abbia posto in essere una condotta illecita.

La *clean hands doctrine* è strettamente correlata alla buona fede, che è un principio generale di diritto sostanziale, e alla regola che vieta di beneficiare della propria condotta illecita, che è anch'essa considerata da alcuni studiosi un principio generale di diritto⁶⁹⁷. Le memorie orali e scritte di alcuni Stati di fronte ai tribunali internazionali creano l'impressione che le parti spesso usino il termine '*clean*

⁶⁹⁴ Ibid, p. 840.

⁶⁹⁵ SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate*, *supra*, p. 845.

⁶⁹⁶ LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, *supra*, pp. 167-169; si vedano inoltre SHAW M. N., *International Law*, 114, V ed., *supra*, richiamando il caso *Pajzs, Csàky Esterhàzy (Estonia v Lithuania)*, PCIJ Rep Series A/B No. 76, sentenza del 16 dicembre 1936.

⁶⁹⁷ LAUTERPACHT H., *The Development of International Law by the International Court*, *supra*, pp. 167-169; SHAW M. N., *International Law*, V ed., *supra*, pp. 97-99; BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, V ed., *supra*; CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, p. 157. Si veda inoltre *Legal Status of the Eastern Greenland e Diversion of Water from the River Meuse*, *supra*.

hands' come sostituto o specificazione della 'buona fede'⁶⁹⁸. Essendo la buona fede un principio generale di diritto, esso viene valutato dai tribunali nella fase di merito, ove i comportamenti delle parti sono bilanciati e valutati sulla base di una piena conoscenza dei fatti di causa⁶⁹⁹. Del pari si deve procedere nell'affrontare la difesa di *clean hands*.

La stessa prospettiva può essere rintracciata nel ragionamento della CIG nel caso relativo alle Piattaforme petrolifere⁷⁰⁰. Nel *Counter-Memorial* e *Counter-Claim* presentato dagli Stati Uniti il 23 giugno 1997 gli Stati Uniti sollevavano la dottrina delle mani pulite come obiezione preliminare. La Corte respingeva la posizione statunitense e sottolineava come la dottrina delle mani pulite dovesse essere, semmai, considerata nella fase di merito⁷⁰¹.

L'approccio suggerito produce risultati benefici in termini di equità; infatti, laddove la dottrina delle mani pulite venga applicata nella fase di merito, essa consente di tenere adeguatamente in considerazione le posizioni di entrambe le parti evitando così argomentazioni pretestuose.

7. Manifestazioni della *clean hands doctrine* nelle controversie tra Stati

Individuato il momento processuale in cui la *clean hands doctrine* assume rilevanza occorre ora esaminare le tre forme in cui la dottrina in parola può manifestarsi nelle controversie interstatali⁷⁰². Infatti, la *clean hands doctrine* si manifesta diversamente a seconda delle circostanze del caso, le quali articolazioni condividono, tuttavia, la medesima *ratio* ispiratrice e il presupposto per cui '*he who*

⁶⁹⁸ *Van der Tang v Spain*, 22 Eur. Ct. H.R. 363, 381, 1993.

⁶⁹⁹ SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of "Clean Hands" Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate*, *supra*, p. 845.

⁷⁰⁰ *Case Concerning Oil Platform*.

⁷⁰¹ *Ibid*, para. 29.

⁷⁰² Una simile (anche se sfumatamente diversa) distinzione è stata tracciata da Stephen Mathias nella memoria orale statunitense nel caso *Oil Platforms*, disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/5181.pdf>.

seeks equity must do equity'.

7.1. Violazione di obblighi sinallagmatici

La *clean hands doctrine* viene anzitutto in rilievo in occasione della violazione di obblighi sinallagmatici, per cui ad una parte viene impedito di poter invocare giudizialmente la responsabilità dell'altra parte quando la prima si sia resa, precedentemente, colpevole della violazione di un obbligo reciproco, in una logica che richiama il principio di tradizione romanistica *inadimplendi non est adimplendum*⁷⁰³.

La dottrina delle mani pulite ha trovato raramente applicazione in questa sua manifestazione⁷⁰⁴.

Nel caso *Avena*⁷⁰⁵ gli Stati Uniti sostenevano che al Messico avrebbe dovuto essere impedito di invocare la responsabilità statunitense poiché il Messico stesso non agiva in conformità con le norme che sosteneva essere state violate da parte statunitense. Nel respingere questo argomento, la CIG faceva richiamo allo scopo delle relazioni consolari, affermando che esse sono volte alla promozione del “*development of friendly relations among nations, and ensuring protection and assistance for aliens resident in the territories of other states*”. Di conseguenza, la Corte concludeva che, se anche la tesi sostenuta dagli Stati Uniti fosse stata effettivamente corretta, essa non sarebbe stata, comunque, un motivo per respingere la richiesta del Messico. Infatti la Convenzione sulle relazioni consolari, pur imponendo obblighi sinallagmatici in capo alle parti, è animata da uno scopo di maggior respiro, segnatamente lo sviluppo delle relazioni internazionali.

La manifestazione in parola della dottrina di *clean hands* si riscontra nel caso

⁷⁰³ WRIGHT Q., ‘*The Goa Incident*’, 56 Am. J. of Int’l L., 1962, pp. 617, 628.

⁷⁰⁴ La CIG non applicava la dottrina nel caso *Arrest Warrant*. Ciò nonostante la Corte riconosceva implicitamente che anche la Repubblica democratica del Congo aveva violato i suoi obblighi in materia. Il Giudice Kooijmans e il Giudice *ad hoc* Kateka si discostavano espressamente dalla sentenza proprio in ragione di tale motivo.

⁷⁰⁵ *Avena, supra*, para 47.

relativo alla Diversione delle acque del fiume Mosa⁷⁰⁶ ove, in un *obiter dictum*, la Corte dichiarava che “[the Court] finds it difficult to admit that the Netherlands are now warranted in complaining of the construction and operation of a lock of which they themselves set an example in the past”⁷⁰⁷. Tuttavia, è stata l’opinione concorrente del Giudice Hudson in questo caso a far avanzare questa affermazione. Riferendosi, tra l’altro, a fonti anglo-americane e romane, Hudson dichiarava infatti che: “[i]t would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party”⁷⁰⁸. L’applicabilità del principio dichiarato da Hudson veniva quindi condivisa dalla maggioranza della Corte⁷⁰⁹. Sebbene Hudson non abbia invocato esplicitamente la dottrina delle mani pulite, la sua opinione è stata presa in considerazione quale “[t]he most notable exposition and application of the [clean hands] principle’, or at least of ‘an allied principle’”,⁷¹⁰ dalla giurisprudenza successiva⁷¹¹.

Nel suo dissenso espresso nel caso *Nicaragua v Stati Uniti*, il Giudice Schwebel riteneva che la dottrina delle mani pulite, nella sua manifestazione relativa all’adempimento di obblighi reciproci, avrebbe dovuto essere applicata. Schwebel dichiarava – contrariamente alla decisione presa a maggioranza della Corte⁷¹² – che

⁷⁰⁶ *Diversion of Waters from the Meuse, supra*, para. 16.

⁷⁰⁷ *Ibid*, para. 25.

⁷⁰⁸ *Diversion of Waters from the River Meuse, Individual Opinion* del Giudice Hudson, p. 77. Nella medesima decisione concorreva il giudice Anzilotti il quale affermava di essere “convinced that the principle underlying this submission (*inadimplenti non est adimplendum*) is so just, so equitable, so universally recognized, that it must be applied in international relations also. In any case, it is one of these ‘general principles of law recognized by civilized nations’ which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute”.

⁷⁰⁹ JENKS C. W., *The Prospects of International Adjudication, supra*, p. 326.

⁷¹⁰ SCHWEBEL S. M., *Clean Hands Principle, supra*.

⁷¹¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, dissenting opinion* del Giudice Schwebel, *supra*, para. 269.

⁷¹² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, supra*, para. 128.

il Nicaragua aveva consapevolmente permesso di usare il suo territorio per scopi dannosi per El Salvador e, nondimeno, aveva successivamente travisato i fatti innanzi alla Corte⁷¹³. Di conseguenza, attraverso un richiamo espresso alle opinioni di Hudson e Anzilotti nel caso relativo alle acque del fiume Mosa, Schwebel concludeva che al Nicaragua doveva essere preclusa la possibilità di sollevare pretese nei confronti degli Stati Uniti per aver attaccato i porti nicaraguensi, stante la somiglianza di obblighi – violati - facenti capo ad entrambe le Parti⁷¹⁴.

Alla luce dell'analisi di cui sopra, si deve concludere che la *clean hands doctrine*, nella sua manifestazione intesa a preservare le obbligazioni sinallagmatiche, è stata, seppure sporadicamente, accettata nel diritto internazionale.

Tuttavia, alla luce della sentenza della CIG in *Avena*, sarebbe necessario dimostrare che impedire al ricorrente di invocare la responsabilità del convenuto non vanifica l'oggetto e lo scopo di un accordo multilaterale. L'approccio adottato

⁷¹³ Ibid, *dissenting opinion* del giudice Schwebel che cita il caso Corfu Channel ove la CIG stabilì un obbligo di *not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*' (*Corfu Channel, supra*, para. 22).

⁷¹⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, dissenting opinion* del Giudice Schwebel, *supra*, para 240. Un ulteriore uso della dottrina delle mani pulite nella sua manifestazione di obblighi reciproci può essere trovato nell'opinione separata del giudice Principe Bola Adesumbo Ajibola nel caso del genocidio in Bosnia. La Bosnia-Erzegovina aveva richiesto ulteriori misure provvisorie per proteggersi contro i presunti atti di genocidio commessi contro la sua popolazione con il sostegno della Repubblica federale di Jugoslavia (vedi *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Provisional Measures*, Order del 13 settembre 1993, [1993] ICJ Reports 325. La Corte ha respinto questa richiesta. Il giudice Ajibola ha dichiarato che, stante la discrezionalità della Corte per decidere '*whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties*' (ICJ, Rules of Court, art 75(1), disponibile su <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>), essa deve tenere conto dei principi di *equity*. Di conseguenza egli ha ritenuto che '*if an applicant wants the court to exercise its equitable discretion on a matter, he must first satisfy the court that the earlier order issued by the court has been complied with, otherwise the court may refuse to make any further order*'.

dalla Corte in *Avena* sembra essere un risultato appropriato, poiché l'obbligo non è più strettamente reciproco quando un trattato cerca di raggiungere uno scopo più ampio.

Quando si tratti invece di intervento umanitario, considerando il carattere *erga omnes* e di *jus cogens* del divieto dell'uso della forza, anche se si dovesse riscontrare una violazione dell'obbligo reciproco da parte del reclamante, la dottrina delle mani pulite sarebbe inapplicabile.

7.2. Collegamento causale tra illecito e rimedio

La manifestazione forse più tipica della *clean hands doctrine* nel diritto internazionale è quella che esclude il diritto di uno Stato di presentare con successo un reclamo contro un altro Stato quando la condotta illecita dello Stato richiedente sia causalmente correlata al rimedio richiesto al *forum* giudiziario.

In questa manifestazione, nella giurisprudenza internazionale possono essere identificati diversi gradi e forme di legame causale: *nullus commodum capere de sua injuria propria*, *ex delicto non oritur actio* e provocazione, che verranno di seguito analizzati.

7.2.1. *Nullus commodum capere de sua injuria propria*

Tradotto in inglese dal latino come '*[n]o advantage (may be) gained from one's own wrong*' (nessun vantaggio può derivare dal proprio comportamento scorretto)⁷¹⁵, questo principio è stato riconosciuto dalla Corte Permanente internazionale di giustizia nel caso *Factory at Chorzów*⁷¹⁶.

La Polonia in quel caso affermava che la Corte non aveva giurisdizione, sostenendo che c'erano altri tribunali a cui le società tedesche asseritamente lese avrebbero dovuto rivolgersi, in conformità con il trattato bilaterale in vigore tra

⁷¹⁵ Si veda CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, p. 149.

⁷¹⁶ Ad esempio *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v Poland)*, Preliminary Objections, PCIJ Rep, Ser A, No 6, 1925, para. 8–10.

Polonia e Germania⁷¹⁷. Tuttavia, le società tedesche avrebbero potuto rivolgersi a tali tribunali solo se la Polonia avesse permesso loro di ricorrere prima che intervenisse l'espropriazione delle loro proprietà. Nel respingere la domanda presentata dalla Polonia, la Corte dichiarava che: “[a] principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, [is] that one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open to him”⁷¹⁸.

Nel caso *Temple of Preah Vihear*⁷¹⁹, il vicepresidente, Ricardo Joaquin Alfaro, osservava che, secondo il principio di *estoppel*⁷²⁰, uno Stato, in determinate circostanze, non può trarre vantaggio dall'incoerenza nella sua condotta a danno di un altro Stato. Quindi, a *fortiori*, uno stato non dovrebbe essere autorizzato a raccogliere i frutti delle sue azioni scorrette quando un altro Stato venga privato, in ragione di tale condotta, del suo diritto o di poter esercitare il suo diritto⁷²¹.

⁷¹⁷ *Factory at Chorzów*, *supra*, para. 25.

⁷¹⁸ La Corte faceva richiamo al medesimo principio nel parere consultivo sulla *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, (1928) PCIJ Rep (Ser B, No 15) para. 26–27. Il parere consultivo riguardava un'affermazione polacca secondo cui i tribunali di Danzica non avevano giurisdizione su pretese avanzate dai funzionari delle ferrovie di Danzica contro l'Amministrazione delle ferrovie polacche (PRA); i ricorrenti erano al servizio della PRA ai sensi del trattato di Versailles e dei successivi accordi tra la Polonia e il Città libera di Danzica (*ibid* para. 8–10). Nell'affrontare una potenziale argomentazione polacca secondo cui i tribunali di Danzica mancavano di giurisdizione poiché la Polonia non aveva previsto tale giurisdizione nel suo diritto interno, la Corte dichiarò che alla Polonia sarebbe stato impedito di presentare una simile richiesta poiché si sarebbe basata su una violazione della sua proprio obbligo (*ibid* para. 26–27).

⁷¹⁹ *Temple of Preah Vihear*, *supra*, *Separate Opinion* del Giudice Fitzmaurice, 62–64.

⁷²⁰ TAMS C. J., *Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription*, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press 2010, pp. 1035, 1044.

⁷²¹ *Temple of Preah Vihear*, *supra*, *Separate Opinion* del vice-Presidente Alfaro, para. 40.

Allusioni più recenti al principio *nullus commodum capere de sua injuria propria* si possono trovare nella giurisprudenza del Tribunale *ad hoc* iraniano-statunitense⁷²² e in quelle dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (sul quale, *amplius*, capitolo III)⁷²³.

Pertanto, alla luce di quanto esposto pare che il principio *nullus commodum capere de sua injuria propria* sia ben radicato nel diritto internazionale.

È bene precisare, tuttavia, che quando si considera questo principio, è necessario dimostrare che le azioni poste in essere dall'attore siano state l'unica causa della presunta violazione commessa dal convenuto.

Nel contesto dell'intervento umanitario, lo stato interveniente agisce di propria

⁷²² Nel caso TAMS-AFFA, il Claims Tribunal doveva decidere come valutare l'importo del risarcimento dovuto a un *partner* americano dopo che questo era stato privato delle sue attività in un'ente a controllo congiunto a seguito della sua acquisizione da parte del governo iraniano: *Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA* (1984) 6 Iran-US CI Trib, Rep 219, para. 224–227. Considerando che l'ente era stata coinvolta in progetti che prevedevano pagamenti dal governo iraniano, il Tribunale dichiarava che se il governo iraniano non avesse effettuato tali pagamenti all'ente non avrebbe potuto beneficiare della detrazione di tali importi dal valore dell'ente (*ibid* para. 227–228). Al contrario, il *partner* americano non ha potuto beneficiare delle tasse che il suo ente di proprietà congiunta non aveva pagato al governo iraniano al momento della valutazione del valore dell'ente (*ibid*, para. 228).

⁷²³ Nel caso *Inceysa v El Salvador*, il tribunale ICSID si trovava di fronte a una controversia relativa a una società spagnola che accusava El Salvador di violazione contrattuale ed esproprio: *Inceysa Vallisoletana SL v El Salvador*, ICSID Case No ARB/03/26, Award (2006). Tuttavia, la società aveva assunto l'obbligo contrattuale con lo stato in esito a comportamenti fraudolenti. Nel respingere la propria giurisdizione sul caso, l'ICSID dichiarava, tra l'altro, che “[n]o legal system based on rational grounds allows the party that committed a chain of clearly illegal acts to benefit from them” (*ibid*, para. 244); si veda inoltre MOLOO R., ‘*A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law*’ 7 *Inter Alia*, 2010 p. 39 e ss., p. 46. A questo proposito, va notato che uno dei motivi per cui Schwebel era dell'opinione che il Nicaragua avesse ‘*unclean hands*’ era perché aveva falsamente rappresentato alla CIG i fatti in merito al suo presunto intervento armato in El Salvador (*Dissenting Opinion* del Giudice Schwebel, para. 268). Solo di recente il giudice ha dichiarato che il Nicaragua ‘*grossly misled the Court*’ (SCHWEBEL S. M., *Celebrating a Fraud on the Court*, 106 *Am. J. of Int'l L.*, 2012 pp. 102-103).

iniziativa nel decidere se difendere attraverso l'uso della forza armata i diritti delle persone nello stato attaccato. Pertanto, anche questa sotto-manifestazione della *clean hands doctrine* non può assumere rilievo nel contesto dell'intervento umanitario.

7.2.2. *Ex delicto non oritur actio*

Secondo questa sub-manifestazione '*an unlawful act cannot serve as the basis of an action in law*' (un'azione non può derivare da un atto illecito)⁷²⁴. Sebbene questa manifestazione sia simile a quella riconducibile alla massima *nullus commodum capere de sua injuria propria*⁷²⁵, a differenza di quest'ultima, l'enfasi viene posta sul fatto che la rivendicazione del richiedente sia contaminata dall'illiceità - cioè, il diritto del richiedente esiste direttamente a causa della illegalità commessa dal richiedente⁷²⁶.

Questa sotto-manifestazione della dottrina delle mani pulite è stata spiegata dal Giudice Anzilotti nel caso della Groenlandia orientale⁷²⁷. Il Giudice italiano considerava illegale la dichiarazione norvegese di sovranità relativa alla parte del territorio della Groenlandia orientale conteso poiché essa contraddiceva il suo precedente impegno con la Danimarca⁷²⁸ e quindi precludeva alla Norvegia la possibilità di ottenere una dichiarazione della Corte nel senso per cui l'occupazione esercitata dal suo governo fosse legittima e valida⁷²⁹.

⁷²⁴ *Legal Status of Eastern Greenland, Dissenting Opinion* del Giudice Anzilotti, *supra*, para. 95.

⁷²⁵ CHENG B., *supra*, p. 155.

⁷²⁶ Al contrario, il *nullus commodum capere de sua injuria propria* si applica quando una parte di una controversia invoca la responsabilità di un'altra parte che è stata direttamente causata dalla prima parte.

⁷²⁷ *Eastern Greenland, supra*, para. 26.

⁷²⁸ *Ibid, Dissenting Opinion* del Giudice Anzilotti, *supra*, para. 94.

⁷²⁹ *Ibid*, para. 95. Va notato che la ragione per cui l'opinione di Anzilotti è ritenuta dissenziente è dovuta alla sua posizione contraria alla maggioranza della Corte secondo cui l'area dichiarata dalla Norvegia non era *terra nullius* (*ibid* para. 85–86). La Corte ha applicato un principio simile anche nel caso *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Second Phase) (France v Switzerland)*,

Quanto all'intervento umanitario, si rileva che le violazioni dei diritti umani commesse dal reclamante e la successiva denuncia relativa all'intervento umanitario sono due azioni distinte. In altre parole, il fatto che lo stato interveniente abbia usato la forza non fa parte della stessa azione commessa per le violazioni dei diritti umani, anche se esiste un qualche nesso causale. Di conseguenza, neppure questa sotto-manifestazione è rilevante per impedire l'invocazione della responsabilità dello Stato interveniente.

7.2.3. Provocazione

Quando si applica questa sotto-manifestazione del nesso causale, la responsabilità di uno Stato si ritiene non poter essere invocata quando i suoi presunti atti illeciti siano stati provocati dalla illegalità del richiedente. A differenza del *nullus commodum capere de sua injuria propria*, qui l'atto illecito del convenuto non è il risultato diretto dell'illegalità posta in essere dal ricorrente; piuttosto, la condotta del convenuto è semplicemente influenzata dall'illegalità del ricorrente. A

Order (1930) PCIJ Rep Ser A, No 24, para. 16. In base al Trattato di Versailles, Francia e Svizzera dovevano concordare lo *status* delle zone franche dell'Alta Savoia e del Distretto di Gex alla luce delle 'condizioni attuali'. In seguito all'entrata in vigore del Trattato, la Francia unilateralmente e illegalmente trasferì un cordone doganale alla frontiera politica nell'area. La Corte Permanente decretò che alla Francia era vietato fare affidamento sulle conseguenze del suo atto illecito quando gli stati dovevano decidere il regime appropriato alla luce delle 'condizioni attuali'. Un'applicazione del principio *ex delicto non oritur actio* si trova in UN Compensation Commission Governing Council, Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning the First Instalment of 'E2' Claims, 3 July 1998, UN Doc S/AC.26/1998/7, para 170 (First Instalment of 'E2' Claims) che si occupava della questione se fornire un risarcimento ai reclamanti per il lavoro svolto nonostante l'embargo commerciale contro l'Iraq durante la prima guerra del Golfo. Pur non invocandolo per nome, sembra che l'UNCC abbia effettivamente utilizzato il principio *ex delicto non oritur actio*⁷²⁹ nel considerare che il risarcimento doveva essere negato per atti che violavano il diritto (segnatamente una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza). Pertanto, l'UNCC ha anche ammesso che il principio *ex delicto non oritur actio* è applicabile nelle memorie dinanzi ai meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie. ALFORD R. P., *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, 94 American Society of International Law Proceedings of the Annual Meeting, 2000, pp. 160, 161.

differenza della massima *ex delicto non oritur actio*, il richiedente invoca la responsabilità, piuttosto che cercare il riconoscimento di un suo diritto.

Questa sub-manifestazione provocatoria è stata sollevata nel caso degli ostaggi di Teheran⁷³⁰. L'Iran sosteneva, in una memoria indirizzata alla CIG, che gli Stati Uniti erano coinvolti in “*continual interference (...) in the internal affairs of Iran, the shameless exploitation of our country, and numerous crimes perpetrated against the Iranian people*”⁷³¹.

La Corte affermava che i presunti interventi illeciti statunitensi non avrebbero potuto giustificare le illegalità commesse dall'Iran ai danni dei diritti diplomatici e consolari degli Stati Uniti, poiché la Convenzione prevedeva rimedi per affrontare i problemi denunciati dall'Iran e l'Iran aveva scelto di non utilizzarli⁷³². Inoltre, la Corte respingeva l'idea che la responsabilità dell'Iran potesse essere esclusa in ragione della accettazione da parte degli Stati Uniti dello Shah sul suo territorio e del suo rifiuto di estradarlo⁷³³.

Nel suo giudizio dissenziente il Giudice Tarazi adottava un approccio diverso. Pur concordando sul fatto che le accuse dell'Iran non facevano venir meno le sue violazioni⁷³⁴, Tarazi era dell'opinione che le accuse iraniane di intervento statunitense negli affari interni dell'Iran - presumibilmente illegali secondo la legge iraniana - fossero fondate⁷³⁵. Taranzi riteneva che tali allegazioni “*should be placed in the balance when the responsibility incurred by the Iranian Government falls to be weighed*”⁷³⁶. Inoltre, Tarazi riteneva che gli Stati Uniti fossero in fallo per quanto riguardava i disordini diretti nei suoi confronti poiché avevano concesso l'ingresso

⁷³⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, supra.*

⁷³¹ *Ibid*, para. 10.

⁷³² *Ibid*, para. 87

⁷³³ *Ibid*, para. 88–89. La CIG, tuttavia, prevedeva in considerazione la possibilità che le accuse dell'Iran, se fondate, potessero influenzare le conseguenze della responsabilità dell'Iran (*ibid*, para. 89).

⁷³⁴ *Ibid*, *Dissenting Opinion* del Giudice Tarazi, para. 62.

⁷³⁵ *Ibid*, para. 61-62

⁷³⁶ *Ibid*, para. 62

allo Shah in piena conoscenza delle sue potenziali ripercussioni - costituendo quindi un ulteriore elemento da considerare nella valutazione della responsabilità iraniana⁷³⁷.

Sebbene non abbia invocato esplicitamente la dottrina delle mani pulite, Schwebel in *Nicaragua*, dichiarò che Tarazi aveva applicato un ‘*like principle*’⁷³⁸.

La CIG non ha applicato la dottrina delle mani pulite nella sua accezione di provocazione nel caso relativo al progetto *Gabčíkovo-Nagymaros*, nonostante sembrasse essere l’istanza ideale per farlo⁷³⁹.

Quanto all’intervento umanitario, accettando che lo Stato interveniente abbia agito in ragione di reali intenzioni umanitarie, tali azioni sono state provocate dalle gravi violazioni dei diritti umani da parte dello stato attaccato.

Infine, nel parere consultivo sulle conseguenze della costruzione di un Muro nei territori palestinesi occupati, Israele sosteneva che la sua costruzione di una barriera di sicurezza era stata provocata dal terrorismo palestinese, e quindi la CIG avrebbe dovuto rifiutare di esercitare la propria giurisdizione⁷⁴⁰. In tal caso, tuttavia, CIG ha

⁷³⁷ Ibid, para. 62-63.

⁷³⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Dissenting Opinion* del Giudice Schwebel, *supra*, para. 270.

⁷³⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project, supra*. Come osservato dalla CIG la violazione della Slovacchia è andata ben oltre ciò che sarebbe stato considerato proporzionato privando di fatto l’Ungheria di “*its basic right to an equitable and reasonable sharing of the resources of an international watercourse*”. Quindi, se la CIG avesse applicato la dottrina delle mani pulite, avrebbe essenzialmente permesso che si verificasse un’illegalità che sarebbe andata ben oltre ciò che sarebbe stato proporzionato alla ‘provocazione’ dell’Ungheria. Inoltre, per quanto riguarda la pretesa risoluzione del trattato da parte dell’Ungheria, la Corte non ha avuto bisogno di fare ricorso alla dottrina mani pulite, considerando che c’era una ragione sostanziale per respingere l’argomentazione ungherese. In ogni caso, nessuno dei due Stati in quel caso ha sollevato un’argomentazione in tal senso.

⁷⁴⁰ Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *supra*, para. 9.3–9.4, disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1579.pdf>.

ritenuto che la dottrina delle mani pulite fosse irrilevante, poiché l'entità che richiedeva il parere consultivo era l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, e non la Palestina – la quale ultima era invece destinataria delle accuse di illegalità⁷⁴¹.

7.3. Azioni illecite collegate all'oggetto della controversia

Secondo quest'ultima manifestazione della *clean hands doctrine*, quando una parte di una controversia abbia agito in modo manifestamente illecito in relazione all'oggetto della controversia, alla stessa può essere impedito di far valere il proprio diritto. Questa posizione si riflette nell'opinione dissenziente del Giudice Morozov nel caso degli ostaggi di Teheran⁷⁴². A questo proposito, va notato che, prima del ricorso alla CIG e in seguito all'indicazione di misure provvisorie da parte di questa, gli Stati Uniti avevano imposto sanzioni unilaterali contro l'Iran, tra l'altro, congelando i conti iraniani negli Stati Uniti⁷⁴³. Inoltre, mentre la Corte era in procinto di deliberare sul merito della causa⁷⁴⁴, gli Stati Uniti avevano intrapreso un'operazione militare (fallita) per salvare il proprio personale detenuto in Iran, invocando come giustificazioni il benessere umanitario dei suoi cittadini e il diritto di autodifesa ai sensi della Carta delle Nazioni Unite⁷⁴⁵.

La Corte criticava aspramente l'incursione militare statunitense, rilevando che era contrario al suo ordine diretto a entrambi gli Stati di non contribuire ad aggravare la situazione⁷⁴⁶. Tuttavia, la Corte dichiarava che l'incursione “*can have no bearing on the evaluation of the conduct of the Iranian Government over six months earlier (...) which is the subject-matter of the United States' Application*”⁷⁴⁷. Inoltre, la CIG rilevava che le questioni relative alla liceità dell'operazione e alle

⁷⁴¹ *Legal consequences, supra*, para. 64.

⁷⁴² *Teheran Hostages, supra, Dissenting Opinion* del Giudice Morozov.

⁷⁴³ *Ibid.*, para. 30–31.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, para. 93.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, para. 32.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, para 93.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, para. 94.

potenziali conseguenze di un atto illecito non erano state sollevate innanzi alla Corte⁷⁴⁸.

Morozov, tuttavia, adottava un approccio diverso. Prendendo atto delle misure militari ed economiche adottate dagli Stati Uniti, dichiarava che: “[w]hile declaring its intention to settle the dispute between the United States of America and the Islamic Republic of Iran exclusively by peaceful means, and presenting its Application to the Court, the Applicant in fact simultaneously acted contrary to its own declaration, and committed a series of grave violations of the provisions of general international law and the Charter of the United Nations”⁷⁴⁹.

In ragione di questo e di un’*enormous damage*’ che gli Stati Uniti avevano causato all’Iran, Morozov era dell’idea che bisognasse “*forfeit the legal right as well as the moral right to expect the Court to uphold any claim for reparation*”⁷⁵⁰.

Il Giudice Weeramantry sembra aver applicato questa manifestazione della dottrina delle mani pulite nei casi aventi ad oggetto la *Legalità dell’uso della forza*⁷⁵¹. Come accennato, essi si risolvevano in una serie di domande proposte dalla Repubblica federale di Jugoslavia contro gli Stati che stavano partecipando ai bombardamenti NATO. In questo contesto, Weeramantry affermava - riferendosi alla dottrina delle mani pulite – che: “[i]t is patently clear (...) that it is a precondition to the granting of any relief to the Applicant that if the Applicant is engaged on a course of violence relevant to the subject-matter of the Application, that violence should immediately cease”⁷⁵². Tuttavia, il Giudice osservava che si trattava di un problema che avrebbe dovuto essere lasciato al merito⁷⁵³ – uno stadio che non è mai stato raggiunto a causa della declaratoria di mancanza di

⁷⁴⁸ Ibid.

⁷⁴⁹ Ibid, *Dissenting Opinion* del Giudice Morozov, para. 54.

⁷⁵⁰ Ibid, para. 53 e 54–55.

⁷⁵¹ Ibid, para. 53-54–55.

⁷⁵² *Yugoslavia v Belgium*, Provisional Measures (n 49), *Dissenting Opinion* del vice-Presidente Weeramantry, para. 184.

⁷⁵³ Ibid.

giurisdizione⁷⁵⁴.

8. La *clean hands doctrine* come principio di diritto internazionale processuale

L'esistenza di principi generali di diritto processuale nell'ambito delle attività dei tribunali internazionali è stata talvolta contestata⁷⁵⁵. Tuttavia, secondo l'opinione di Kolb, non vi è dubbio che a partire dall'Arbitrato *Jay* alla fine del diciottesimo secolo, vi sia riscontro di un *corpus* giurisprudenziale crescente che ha progressivamente riconosciuto e affermato una serie di regole e principi generali sulla gestione arbitrale o giudiziaria delle controversie⁷⁵⁶.

Innanzitutto occorre distinguere i 'principi generali' di procedura rispetto a semplici regole e massime giuridiche. Un 'principio' di diritto è una proposizione normativa generale espressiva della *ratio* di una serie di regole più specifiche⁷⁵⁷.

Il principio è quindi una sorta di proposizione 'costituzionale' di un certo ordinamento giuridico del quale esprime un valore importante e generale, ovvero, è il segno distintivo di una *ratio* che permea diverse questioni di diritto. Esso copre quindi un segmento importante o addirittura illimitato della realtà giuridica, senza tuttavia precisare in maniera statica le condizioni per la sua applicazione o i suoi effetti giuridici⁷⁵⁸.

I principi, a differenza delle regole, non essendo contenuti entro limiti prestabiliti, si prestano ad assumere funzioni diverse nell'ordinamento giuridico. Essi giocano un ruolo importante nel facilitare l'applicazione della legge in un

⁷⁵⁴ *Serbia and Montenegro v Belgium, Preliminary Objections*, para. 155.

⁷⁵⁵ THIRLWAY H., *Procedure of International Courts and Tribunals*, EPIL III, p. 1128. BROWN C., *A Common Law of International Adjudication*, *amplius*, capitolo I.

⁷⁵⁶ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, pp. 871 e ss.

⁷⁵⁷ Per un'analisi più approfondita si veda KOLB R., *Les maximes juridiques en droit international public: questions historiques et théoriques*, *Revue belge de droit international*, 1999, vol. 32, no. 2, p. 407-434.

⁷⁵⁸ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, p. 795.

determinato caso e hanno una sorta di funzione adattativa o di equità⁷⁵⁹. Una semplice ‘*rule of law*’ non possiede invece un simile ruolo ‘costituzionale’⁷⁶⁰.

Nel suo senso più ampio e generico, il termine ‘principio’ comprende: (i) tutti i mezzi necessari all’ applicazione delle norme del diritto sostanziale e (ii) le regole che determinano l’organizzazione, la competenza e il funzionamento degli organi giudiziari per raggiungere un tale obiettivo⁷⁶¹.

Si possono riscontrare alcuni principi comuni alla CIG, agli arbitrati internazionali (interstatali e potenzialmente anche commerciali), ad altri tribunali internazionali (es. ITLOS, CEDU, ecc.) e, potenzialmente, anche organi come il Comitato per i diritti umani nell’ambito del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Tuttavia, i principi generali non si applicano necessariamente esattamente nella stessa misura in tali *fora*.

I principi processuali utilizzati dalla CIG possono raggrupparsi in tre categorie⁷⁶²:

- principi strutturali e costituzionali, come l’uguaglianza delle parti (incluso il principio *audiatur et altera pars*) o il principio della corretta amministrazione della giustizia;
- principi procedurali *strictu sensu* intesi: questi riguardano la divisione dei compiti tra le parti e la Corte. Regolano questioni relative al ‘chi fa cosa’ e ‘chi deve fare cosa’. Tra questi si possono ricordare i principi concernenti l’onere della prova, il principio *iura novit curia*, il principio del *ne ultra petita* e la libera valutazione delle prove da parte del giudice;
- principi sostanziali relativi al procedimento. A questo proposito, si

⁷⁵⁹ Ibid.

⁷⁶⁰ Ibid.

⁷⁶¹ Ibid.

⁷⁶² SCHWARZENBERGER G., *International Judicial Law*, Stevens, University of Michigan, 1957, p. 723 “[I]ndividual parties to cases before the Court have but a limited choice: they may take the Statute as they find it or leave it”. Nello stesso senso, BUSTAMANTE A., *La Cour permanente de justice internationale*, Tenin, *supra*, p. 152

possono distinguere due sottoinsiemi. Alcuni principi di merito riguardano direttamente le sentenze della Corte, come, ad esempio, il principio di *res judicata* e il dovere di indicare i motivi su cui si basa la decisione. Altri sono i principi sostanziali del diritto internazionale generale applicabili anche agli aspetti procedurali. Questi principi descrivono il comportamento fondamentale atteso dalle parti. Sono fondati sul principio di lealtà tra le parti e includono, ad esempio, il divieto di abuso del processo, l'*estoppel* e la massima *nemo commodum capere potest de sua propria injuria*. Questi principi scaturiscono dal generale principio di buona fede al quale le parti devono ispirarsi reciprocamente quando intraprendano un procedimento giudiziario.

Vi sono quindi taluni principi sostanziali che, nell'azione giudiziaria, assumono una connotazione processuale. In questo contesto si inserisce la *clean hands doctrine*.

Il principio di buona fede ha una serie di 'concretizzazioni' nel campo del diritto processuale: in primo luogo, impone alle parti di non intraprendere alcuna azione che possa frustrare o influire sostanzialmente negativamente sul corretto funzionamento della procedura; in secondo luogo, costituisce la base della regola più specifica sul divieto di abuso del processo; infine, è alla base dell'applicazione dell'*estoppel* di tipo processuale e della massima *nemo commodum capere potest de sua propria turpitudine*⁷⁶³ che opera, analogamente al principio di *estoppel*, sia al livello di diritto sostanziale che a livello di diritto processuale. In quest'ultima area, la massima romanistica si avvicina al principio di *estoppel*, applicandosi, in effetti, allo stesso modo: una parte che rivendica un determinato fatto o una certa questione giuridica non sarà ammessa a beneficiarne a causa di un precedente errore dalla stessa commesso avuto riguardo all'oggetto della controversia. Il punto è essenzialmente quello di non consentire a una parte di raccogliere i frutti della sua precedente condotta scorretta. Solitamente si tratta un atto illecito, ma a volte si sostanzia in una condotta moralmente riprovevole o in semplice negligenza⁷⁶⁴. Il

⁷⁶³ KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, *supra*, p. 832.

⁷⁶⁴ *Ibid*, p. 834.

punto è che uno Stato non può invocare un'obiezione che equivarrebbe a sostenere la non esecuzione di uno dei suoi obblighi internazionali⁷⁶⁵.

La massima rappresenta un principio di logica giuridica prestato al diritto processuale. Si presta a una vasta gamma di applicazioni ed è caratterizzato da una forma di flessibilità che è inerente ai principi generali. L'effetto dell'operare di tale principio è che la Corte, *in limine litis*, annullerà il ricorso così viziato.

Le norme procedurali sono tutte regole che non riguardano la questione se la condotta sia lecita o meno⁷⁶⁶. Pertanto, le parti nelle controversie invocano norme procedurali per impedire a un tribunale di applicare norme sostanziali in merito alle quali sono state asserite violazioni⁷⁶⁷. È in questo contesto che si inserisce la *clean hands doctrine* la quale impedisce a un tribunale di accogliere la tesi sostenuta da una Parte quando questa sia stata coinvolta in una condotta illecita connessa alla controversia. Anche se può apparire difficile da distinguersi da una regola sostanziale⁷⁶⁸ la dottrina delle mani pulite è certamente una regola procedurale. Questo perché la sua applicazione non riguarda la questione dell'illegittimità dell'atto conteso dal ricorrente. Piuttosto, riguarda l'illegittimità di un atto diverso, seppur collegato, commesso dal ricorrente.

Assumendo, secondo l'approccio dichiarato nel capitolo I (supra, para. 1) e per il quale la *clean hands doctrine* sarebbe una norma procedurale, occorre esaminare l'interazione tra norme procedurali e sostanziali nel diritto internazionale. Il rapporto tra norme sostanziali e procedurali è stato oggetto di esame nel diritto internazionale⁷⁶⁹. Come accennato, vengono invocate le norme procedurali al fine

⁷⁶⁵ Ibid, p. 835.

⁷⁶⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, supra, para. 93.

⁷⁶⁷ TALMON S., *Jus Cogens after Germany v Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*, 25 *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 979, 985.

⁷⁶⁸ BROWNLIE I., *Principles of Public International Law* (7th ed.), Oxford University Press, 2008, p. 503.

⁷⁶⁹ Per esempio *East Timor (Portugal v Australia)*, Judgment [1995] ICJ Rep 90, para. 29; *Arrest Warrant*, supra, para. 60; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Germany)*, Preliminary Objections, Judgment [2004] ICJ Rep 720, para. 39; *Armed Activities on the Territory of the Congo*

di impedire a un tribunale di esaminare se vi sia stata una violazione di una norma sostanziale. Si pone quindi la questione se la gerarchia delle norme nel diritto internazionale entri in gioco nel rapporto tra norme procedurali e sostanziali⁷⁷⁰. Nel diritto internazionale, le norme procedurali determinano l'applicazione del diritto sostanziale; quindi, nell'equilibrio tra norme sostanziali e norme procedurali, prevalgono queste ultime⁷⁷¹. Questo potrebbe apparire sorprendente, data la natura di alcune delle regole sostanziali, come le norme *jus cogens*. Si dice che le norme di *jus cogens* siano quelle che “*safeguard interests transcending those of individual States, have a moral or humanitarian connotation*” e che sono perentorie “*because [their] breach would involve a result so morally deplorable as to be considered absolutely unacceptable by the international community as a whole*”⁷⁷². Pertanto, non sono consentite deroghe alle norme *jus cogens* che prevalgono su tutte le altre norme del diritto internazionale che non abbiano lo stesso *status*⁷⁷³.

Tuttavia, la logica della persistenza delle norme procedurali si basa sul fatto che nel diritto internazionale manca, a differenza degli ordinamenti domestici, di qualsiasi forma di ‘*central government*’ e quindi è importante separare le regole

(*Democratic Republic of the Congo v Rwanda*), *Jurisdiction and Admissibility*, sentenza, 3 febbraio 2006, I.C.J. Rep. 2006, para. 64; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Judgment [2010] ICJ Rep 14, para. 67 e 158.

⁷⁷⁰ DE WETE, *The International Constitutional Order*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 51, 64.

⁷⁷¹ Un esempio è il seguente. Il numero necessario di nove giudici per giudicare una controversia dinanzi alla CIG non può mai essere ridotto, anche se una richiesta di misure provvisorie riguarda la prevenzione del genocidio o altre gravi violazioni del diritto internazionale. Se il numero richiesto di giudici non è disponibile, i procedimenti non possono aver luogo fino a quando tale numero non viene raggiunto, ICJ Statute, *supra*, art. 25(1) e (3), 41; ICJ Rules (n 90) adottate il 14 aprile 1978 (entrate in vigore il 1 luglio 1978) art. 74(2)–(3); ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., ELLERS-FRAHM K. (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p. 436.

⁷⁷² ORAKHELASHVILI A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, 2006, p. 50.

⁷⁷³ Vienna Convention on the Law of the Treaties, *supra*, artt. 53, 64; Articles on Responsibility of States - Commentary to Article 26, para 5.

sostanziali dalla loro esecutività⁷⁷⁴.

Pertanto, la natura delle norme procedurali ai sensi del diritto internazionale differisce da quella ai sensi del diritto interno, poiché le norme procedurali sono alla base del giudizio nel diritto internazionale. Le regole procedurali hanno lo scopo di mettere in chiaro le ‘regole del gioco’ la cui accettazione permette al meccanismo di risoluzione delle controversie di esistere nel diritto internazionale⁷⁷⁵.

9. Conclusioni

Quanto è emerso dalla analisi della prassi è che né la giurisprudenza né la dottrina offrono soluzioni univoche e definitive per quanto riguarda quelli che sono gli aspetti essenziali che dovrebbero caratterizzare la *clean hands doctrine*.

La dottrina delle mani pulite ha trovato ampio spazio nelle difese presentate dai convenuti nei giudizi innanzi alla Corte internazionale – accompagnata dalla assenza di contestazioni manifeste mosse dalle controparti - così come nelle opinioni dissenzienti e concorrenti dei Giudici partecipanti alla decisione finale. Sebbene mai affermata in termini espressi nelle decisioni della Corte internazionale quale base per un giudizio a favore del convenuto, l’esistenza e l’operatività della *clean hands doctrine* non sono neppure mai state poste in discussione e ciò nonostante la Corte abbia avuto più di un’occasione per farlo. Quello che la Corte sembra avere chiarito con sufficiente chiarezza è che la *clean hands doctrine* non può essere annoverata tra le eccezioni preliminari volte ad escludere l’ammissibilità del ricorso. Piuttosto, si tratterebbe di una difesa da affrontare nella fase di merito.

⁷⁷⁴ BARTSCH K., ELBERLING B., *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*, 4 German Law Journal, 2003, p. 477 e ss., p. 484; Rau M., *After Pinochet: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case*, 3 German Law Journal, 2002, p. 13.

⁷⁷⁵ POMSON O. E HOROWITZ Y., *Humanitarian Intervention and the Clean Hands Doctrine in International Law*, *supra*, p. 244.

Accertato che la dottrina delle mani pulite è presente nel contesto del contenzioso interstate diretto, del pari si è rilevata l'invocazione della stessa nelle controversie in cui si sia verificato un danno indiretto allo Stato attraverso la violazione dei diritti di un suo cittadino. L'esame delle fonti primarie e secondarie idonee a gettare luce sull'esistenza della *clean hands doctrine* con specifico riferimento alla protezione diplomatica ha evidenziato la fragilità degli argomenti addotti a sostegno della dottrina in commento in tale contesto. Gli interrogativi ai quali si è cercato di dare una risposta sono stati i seguenti: la condotta di quale soggetto è rilevante ai fini dell'invocazione della regola (quella dello Stato di nazionalità o dell'individuo protetto o entrambe?); in che cosa consiste tale condotta, violazione (qualsiasi o qualificata?) del diritto interno (dello Stato ospitante? O anche dello Stato di cittadinanza?) e/o internazionale?; con quali effetti opera la regola (costituisce una causa di inammissibilità o una circostanza attenuante o addirittura esimente della responsabilità dello Stato ospitante?)

Nella protezione diplomatica l'operatività *clean hands doctrine* pare potersi escludere, perlomeno quale eccezione preliminare di irricevibilità in quanto, seppure si tratti, pur sempre di controversie interstatali (stante la *fictio iuris* per cui la lesione dei diritti di un cittadino viene intesa come lesione allo Stato di nazionalità). Sarebbero infatti le '*unclean hands*' del privato a dover costituire oggetto di valutazione da parte della Corte. Il che, tuttavia, si scontra con la considerazione per cui il privato non può rendersi autore di un illecito internazionale e con il principio di non attribuzione di un comportamento del privato allo Stato di nazionalità. Tale prospettiva è stata, infine, accolta nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica. È chiaro che la decisione della CDI di non includere una disposizione avente ad oggetto la dottrina delle mani pulite nel Progetto di articoli non significa che il principio non faccia parte del diritto internazionale; piuttosto questa decisione chiarisce che l'unica condotta rilevante ai fini della valutazione dell'ammissibilità dei ricorsi ai sensi del diritto internazionale è quella del ricorrente stesso, ossia lo Stato. Lo stesso Dugard ha precisato che "*the clean hands doctrine is an important principle of international law that has to be taken into account whenever there is evidence that an applicant State has not acted in good faith and that it has come to court with unclean*

hands”⁷⁷⁶. In buona sostanza è sempre e comunque la condotta dello Stato agente ad assumere rilevanza per l’applicazione della dottrina in commento.

Quanto al caso in cui venga contestato un intervento umanitario la conclusione pare essere coerente nel senso di ritenere possibile l’invocazione di una dottrina di *clean hands* nelle sue manifestazioni di provocazione e di azioni illecite connesse all’oggetto della causa e sempre nella fase di merito.

Chi scrive condivide l’impostazione per cui la *clean hands doctrine* si può annoverarsi tra i principi processuali del diritto internazionale prestandosi a coprire una vasta gamma di situazioni; essa può - e anzi deve - giocare un ruolo nella fase di merito in quanto l’amministrazione della giustizia impone che si tenga conto del comportamento di una parte nella valutazione della legittimità della condotta della controparte per determinare la fondatezza della pretesa e l’ammontare dei possibili danni.

Se anche non si dovesse ritenere sufficiente la prassi proposta per concludere nel senso che un principio di tale portata si sia formato, sembra tuttavia auspicabile la promozione della regola a titolo di sviluppo progressivo.

Ciò posto, va rilevato come, accolta la prospettiva della *clean hands doctrine* alla stregua di principio processuale, lo stesso si presti ad essere utilizzato non solo dalla Corte internazionale ma anche da altri organi internazionali, in termini peraltro non necessariamente affini.

⁷⁷⁶ Report of the International Law Commission, *supra*, para. 236.

CAPITOLO III - LA *CLEAN HANDS DOCTRINE* NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE SUGLI INVESTIMENTI

1. Introduzione

Gli investimenti esteri svolgono un ruolo vitale nel progresso dell'economia mondiale. I flussi globali di investimento nel 2018 sono stati pari a \$ 1,43 trilioni⁷⁷⁷. Gli investitori stranieri sono interessati principalmente a che i loro investimenti siano sicuri nel Paese ospitante. Per questa ragione si è avvertita la necessità di sviluppare un meccanismo di risoluzione delle controversie svincolato dal sistema giudiziario nazionale, al fine, dichiarato, di evitare un giudizio polarizzato a favore dello Stato ospitante o di una sua entità⁷⁷⁸.

La valutazione della legalità della condotta dell'*host state* in relazione a un certo investimento ha costituito, tradizionalmente, il nucleo centrale dell'arbitrato internazionale sugli investimenti; si tratta, infatti, come accennato, di un sistema nato al fine di depoliticizzare e denazionalizzare le controversie investitore-Stato al

⁷⁷⁷ The UNCTAD World Investment Report 2018, p 1, disponibile su https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_overview_en.pdf. Si veda inoltre MOSES M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, II. ed., 2012, pp. 230-31.

⁷⁷⁸ LLAMAZON A, SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, in Albert Jan van den Berg (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Vol. 18, Kluwer Law International, 2015, p. 523. L'arbitrato sugli investimenti è una branca della risoluzione obbligatoria delle controversie di natura ibrida. Le richieste che normalmente si basano su strumenti giuridici internazionali sono risolte da tribunali la cui operazione può evocare quella di arbitrato commerciale. La scomposizione delle diverse leggi che regolano tutti gli elementi dell'arbitrato sugli investimenti è complessa e non può essere sintetizzata senza semplificazione. Per uno studio più completo, si veda HEISKANEN V., *Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration*, 32 *Suffolk Transnational Law Review*, 2008, pp. 367, 375, ove la categorizzazione che segue è presentata: “*One must distinguish between: (a) the law governing the arbitration agreement; (b) the law governing the arbitral proceedings; (c) the law governing the arbitral tribunal; (d) the law governing the merits of the claim, or the subject matter of the dispute; and (e) the law governing the recognition, enforcement and execution of the award*”.

fine di rendere maggiormente tutelati gli investimenti all'estero⁷⁷⁹. In ragione di ciò, l'arbitrato internazionale sugli investimenti è stato tradizionalmente percepito come sbilanciato a favore degli investitori; la circostanza che questi siano divenuti oggetto di un intenso scrutinio da parte dei tribunali arbitrali in ragione della considerazione di eventuali atti illeciti commessi nello stabilimento o nella *performance* dell'investimento o anche nell'accesso alla fase arbitrale rivela, tuttavia, un quadro abbastanza equilibrato con una percentuale di controversie vinte dagli Stati convenuti non distante da quella in cui gli investitori sono risultati vincitori⁷⁸⁰.

Come osservato dal Giudice McNair nella sua pluricitata *separate opinion* nel caso *South-West Africa*, nell'arbitrato internazionale, i 'principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili' ai sensi dell'articolo 38(1)(c) dello Statuto CIG non possono considerarsi "*lock, stock and barrel*" così come qualificati negli ordinamenti giuridici nazionali⁷⁸¹. Tra questi, la massima secondo la quale '*he who comes into equity must come with clean hands*'⁷⁸², come si è avuto modo di chiarire nel Capitolo I della presente trattazione, diffusa negli ordinamenti giuridici sia di

⁷⁷⁹ Ibid.

⁷⁸⁰ Un'analisi delle statistiche al riguardo è disponibile su <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁷⁸¹ *International Status of South-West Africa*, parere consultivo, 11 luglio 1950, *Separate Opinion* di Sir Arnold McNair (1950) I.C.J. Rep. 1950, p. 148. Si veda inoltre, WEIL P., *Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public*, 237 RCDAI 9, 1992-VI, p. 146.

⁷⁸² La '*clean hands doctrine*' a volte viene indicata come '*unclean hands*' or '*dirty hands*' doctrine. Essa è inoltre strettamente connessa con altre massime di derivazione romanistica come ad esempio, *ex delicto non oritur actio*, *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facit*, *ex turpicausa non oritur*, *inadimplenti non est adimplendum* e *nullus commodum capere potest de in juria sua propria*.

common law che di *civil law*⁷⁸³, produce l'effetto di 'bloccare' la domanda, stante la condotta illegale posta in essere dall'attore in relazione alle proprie istanze⁷⁸⁴.

Quanto all'arbitrato in materia di investimenti, la *ratio* alla base della eccezione di '*unclean hands*', invocata ivi sovente dagli Stati convenuti, si riporta segnatamente alla considerazione per cui la legittimità dell'investimento è condizione necessaria affinché il tribunale arbitrale possa accordare la compensazione richiesta per asseriti atti illeciti perpetrati dallo Stato ospitante ai danni dell'investitore⁷⁸⁵. Tuttavia, l'applicazione di tale dottrina in tale contesto non dovrebbe significare, a differenza di quello che appare attualmente essere l'indirizzo maggioritario, che gli Stati dispongono di un diritto illimitato di evitare la controversia *sic et simpliciter* in ragione della condotta illecita posta in essere dall'investitore.

La questione al centro di questo capitolo è quindi se e in che termini un tribunale arbitrale debba trattare una controversia in materia di investimenti quando l'investimento di cui si fa questione sia contaminato da un atto illecito (*rectius* dalle '*unclean hands*') perpetrato dall'investitore. Poniamo, ad esempio, che un investitore voglia sviluppare i propri affari in un Paese straniero e che, a tal fine, effettui un investimento iniziale di 10 milioni di euro. Supponiamo quindi che l'investitore, animato dallo scopo di garantire il proprio investimento, abbia corrotto alcuni funzionari pubblici ma che, al contempo, lo Stato ospitante avesse posto in essere una serie di azioni che, secondo il punto di vista dell'investitore, avrebbero violato gli obblighi scaturenti da un trattato di investimento bilaterale

⁷⁸³ POMEROY J., *Equity Jurisprudence*, (V ed.), *supra*, p. 397-404 ("the clean hands doctrine is a universal rule guiding and regulating the action of equity courts in the interposition on behalf of suitors for any and every purpose and in their administration of any and every species of relief").

⁷⁸⁴ MARTIN E., *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, III ed., 1994 ("a person who makes a claim in equity must be free from any taint of fraud with respect to that claim. For example, a person seeking to enforce an agreement must not himself be in breach of it"). Si veda inoltre MITCHELL A. D., SORNARAJAH M E VOON T., *supra*, p. 29-30.

⁷⁸⁵ DOUGLAS Z., *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, *ICSID Review*, 2014, p. 29(1).

esistente (cd. *Bilateral Investment Treaty*, di seguito, BIT) in vigore tra lo Stato ospitante e il Paese d'origine dell'investitore. Una volta che l'investitore abbia incardinato la causa dinanzi a un tribunale arbitrale internazionale per il presunto, supponiamo, *unfair and inequitable treatment* o per l'asserita espropriazione dell'investimento, poniamo che lo Stato ospitante sollevi la difesa in base alla quale all'investitore non dovrebbe essere consentito di soddisfare le proprie istanze essendosi presentato in giudizio con *'unclean hands'* per aver violato, nell'instaurazione dell'investimento, la legge dell'*host state*⁷⁸⁶ che, verosimilmente, persegue il reato di corruzione.

Il quesito che si pone a questo punto è se i tribunali arbitrali debbano applicare la *clean hands doctrine* e se sì, in quali termini e quindi con quali effetti. Infatti, in caso la natura *'clean'* o meno dell'operazione finanziaria rilevi ai fini della qualificazione dell'investimento, e quindi come questione preliminare di giurisdizione, il tribunale dovrà valutarla indipendentemente dagli argomenti forniti dalle parti e il procedimento subirà un arresto a tale fase preliminare. Lo stesso dicasi nel caso in cui le *'unclean hands'* dell'investitore vengano ritenute in violazione dell'ordine pubblico transnazionale, fornendo così la base per un'eccezione di inammissibilità. Se invece le *'clean hands'* dell'investitore siano trattate alla stregua di questione di merito, incidendo sulla valutazione dei vari *standard* di tutela degli investimenti o ai soli fini risarcitori, il tribunale si dovrà attenere, in fatto e in diritto, alla controversia come circoscritta dalle Parti, onde evitare di incorrere in un giudizio *ultra petita*, e l'effetto pratico del sollevamento dell'eccezione sarà quello di limitare le pretese avanzate dall'investitore, in una logica di bilanciamento delle condotte di entrambe le parti.

La *'clean hands doctrine'*, come si dirà nel proseguo, rappresenta, allo stato, una robusta eccezione nelle mani dei cd. *host states* (o Stati ospitanti), ragion per cui essa negli ultimi anni è stata sollevata ripetutamente e argomentata variamente dagli Stati parti della controversia nell'arbitrato internazionale sugli investimenti in

⁷⁸⁶ DE ALBA M., *Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration*, 2015, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612402.

relazione alle richieste avanzate dagli investitori⁷⁸⁷. Dinanzi al diritto azionato dall'investitore, lo Stato convenuto tenta infatti di utilizzare tutti gli argomenti disponibili per evitare l'affermazione della propria responsabilità che a sua volta determinerebbe l'obbligo di provvedere un considerevole risarcimento⁷⁸⁸. Pertanto, non sorprende che gli Stati stiano facendo sempre maggiore affidamento sulla 'clean hands doctrine' che, come si vedrà, si è dimostrata essere una convincente difesa, accettata dai tribunali arbitrali. Infatti, a seguito della fortunata invocazione di una difesa di mani pulite nella fase pregiudiziale della controversia i tribunali hanno dichiarato, a seconda della base giuridica considerata (*infra*, para. 4-5), la propria mancanza di giurisdizione⁷⁸⁹ o l'inammissibilità⁷⁹⁰. o, almeno, hanno valutato la difesa nella fase di merito ove la dottrina delle mani pulite può, in

⁷⁸⁷ KREINDLER R., *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, in K. Hober et al., *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, 2010, p. 309. LAMM C.B., PHAM H.T., ET AL., *Fraud and Corruption in International Arbitration*, in Miguel Angel Fernandez-Ballester and David Arias (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer Espana; La Ley, 2010, pp. 699-731; MOLOO R., *A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law*, 8 *Transnational Dispute Management*, 2011, no. 1, p. 1485-1486; DUMBERRY P. E DUMAS-AUBIN G., *The Doctrine of Clean Hands and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, 10 *Transnational Dispute Management*, 2013, No. 1.

⁷⁸⁸ *Mytilineos Holdings SA v. Serbia and Montenegro and Serbia*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, 8 September 2006; *Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/8/08, Jurisdiction, decisione, 8 marzo 2010; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, giurisdizione, decisione, 29 aprile 2004; *Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, *supra*; *Phoenix Action Ltd. v Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/05 (Stern, Bucher and Fernández Armesto), lodo 15 aprile 2009; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, lodo, 16 agosto 2007.

⁷⁸⁹ Si vedano *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan* (ICSID Case No. ARB/10/3), Award, 4 October 2013; *Fraport AG v. The Republic of the Philippines*, *supra*; *Incesya Vallisoletana v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26), Award, 2 August 2006.

⁷⁹⁰ Per esempio, *Plama Consortium Limited v. Bulgaria* *supra*; *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, *supra*.

definitiva, servire da meccanismo per limitare l'importo del risarcimento a favore dell'investitore⁷⁹¹.

Ciò posto, va evidenziato come non ogni singola attività illecita posta in essere dall'investitore conduca a un rifiuto di siffatta protezione internazionale⁷⁹². Gli scenari nei quali i tribunali hanno accertato che la '*clean hands doctrine*' possa trovare applicazione sono, segnatamente, i casi in cui l'investitore è stato coinvolto in atti di: corruzione, frode o falsa dichiarazione o violazioni deliberate di talune norme dello Stato ospitante (*infra*, para. 3).⁷⁹³

Anche se la prassi arbitrale in materia di investimenti non è ancora ben definita, una difesa dalle mani pulite è stata dimostrata come un argomento efficace per convincere il tribunale che l'investitore non poteva ottenere protezione internazionale⁷⁹⁴. Tuttavia, i tribunali non possono considerare, in una logica unidirezionale, solamente le azioni degli investitori, dimenticando il potenziale coinvolgimento o l'acquiescenza dello Stato ospitante nei relativi atti illeciti. In effetti, se lo Stato ospitante sia stato coinvolto o abbia acconsentito alla presunta condotta illecita, questa circostanza dovrebbe ragionevolmente tradursi in un terreno legale sufficiente per escludere l'applicazione della dottrina delle mani pulite (almeno) nella fase preliminare della controversia⁷⁹⁵.

Alla luce di quanto sopra, l'obiettivo del presente capitolo è dunque quello di analizzare l'approccio arbitrale corrente alla dottrina di *clean hands* nel quadro dell'arbitrato internazionale sugli investimenti e di suggerire un approccio

⁷⁹¹ *Hulley Enterprises (Cyprus) Limited, Yukos Universal Limited (Isle of Man) and Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v Russian Federation*, *supra*, para. 435, 492, 436.

⁷⁹² DOUGLAS Z., *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, *supra*.

⁷⁹³ LOSCO M. A., *Streamlining the corruption defense: a proposed framework for FCPA-ICSID interaction*, 63 *Duke L.J.*, 2013-2014, p. 1201.

⁷⁹⁴ Ad esempio, *World Duty Free Company Ltd. v The Republic of Kenya*, *supra*, para. 180-181 ove il tribunale, all'unanimità, ha dichiarato che un investitore che è stato coinvolto in corruzione non dovrebbe poter accedere alla protezione internazionale. Si veda inoltre, MOLOO R., *A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law*, *supra*.

⁷⁹⁵ MOLOO R., *ibid.*

alternativo rispetto alla sua applicazione. Se infatti, tradizionalmente, gli arbitri hanno affrontato le *'unclean hands'* dell'investitore nella fase preliminare della controversia come questione di giurisdizione o di ammissibilità, qui, si cercherà di dimostrare che sarebbe preferibile che gli arbitri considerassero la difesa nella fase di merito in quanto ciò consentirebbe di bilanciare il comportamento sia dell'investitore che dello Stato ospitante nella commissione dell'atto illecito alla luce di tutte le circostanze presenti nel caso di specie. Infatti, seguendo l'approccio tradizionale, quando venga accettata una difesa di *'clean hands'*, gli Stati ospitanti sono in grado di eludere qualsiasi responsabilità e ciò nonostante, talvolta, essi abbiano contribuito al realizzarsi dell'atto illecito perpetrato dall'investitore o siano rimasti acquiescenti nella fase *'fisiologica'* dell'investimento (lamentandosene solo *ex post* nella cd. fase *'patologica'* ossia quella arbitrale, e quindi in esito a una domanda della controparte). Pertanto, valutare la difesa nella fase di merito conduce ad un risultato ragionevole e giusto: sarebbe infatti contrario alle esigenze del sistema giudiziario complessivo che le conseguenze di una condotta *'macchiata'* da *'unclean hands'* si ripercuotessero solo sugli investitori, esonerando *sic et simpliciter* gli Stati ospitanti – qualora questi abbiano contribuito alla commissione dell'illecito o abbiano prestato acquiescenza rispetto all'illecito - da qualsiasi responsabilità. Così procedendo, il rischio è quello di legittimare un abuso del sollevamento della dottrina di *clean hands*. Il ragionamento alla base dell'approccio suggerito si basa quindi su principi di equità - a cui fa capo la dottrina delle mani pulite - che sollecitano i tribunali a usare la propria discrezionalità per giungere ad un risultato *'giusto'*.

2. La definizione di 'investimento'

Il diritto internazionale in materia di investimenti si fonda su un sistema decentrato di accordi di investimento internazionali (cd. *International Investment Agreements*, di seguito IIAs)⁷⁹⁶. Tra gli oltre 3.000 accordi internazionali relativi

⁷⁹⁶ FECAK T., *International Investment Agreements and EU Law - Chapter 2: Protection of Investment in International Agreements and in EU law*, Kluwer Law International, 2016, p. 11-140.

agli investimenti esteri ad oggi in vigore, la maggioranza è sicuramente rappresentata dai cd. *Bilateral Investment Treaties* (di seguito BITs)⁷⁹⁷, accanto ai quali si collocano taluni importanti accordi multilaterali (quali, ad esempio, il NAFTA⁷⁹⁸ o l'ECT⁷⁹⁹).

Nonostante talune differenze di dettaglio, la struttura e il contenuto sostanziale della maggior parte degli IIAs presentano notevoli somiglianze. La maggior parte degli IIAs tradizionali sono infatti accordi costituiti da un ridotto numero di previsioni sostanziali e procedurali, per di più caratterizzate da notevole generalità. Gli IIAs stabiliscono, in particolare, le regole sostanziali destinate a proteggere gli investitori di uno Stato contraente nel territorio dell'altro stato contraente, il cd. *host state*, e spesso contengono clausole processuali sull'arbitrabilità delle controversie scaturenti dalla interpretazione e applicazione del trattato in essere tra le parti contraenti⁸⁰⁰.

Il concetto di investimento è centrale nell'approccio al diritto internazionale degli investimenti. La comprensione di questo termine è cruciale in quanto la maggior parte degli *standard* sostanziali di trattamento si applicano all'investimento in quanto tale e, nella maggior parte dei casi, la nozione di investimento è anche determinante per stabilire la giurisdizione *rationae materiae*⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ Secondo il Report UNCTAD, nel febbraio 2015 il numero totale di *International Investment Agreements* (IIAs) ammontava a 3,268. UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note No. 1*, 2015 (UNCTAD/WEB/DIAE/PBC/2015/1), 19 February 2015.

⁷⁹⁸ *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), United States – Canada – Mexico, firmato il 17 dicembre 1992 (entrato in vigore il 1 gennaio 1994).

⁷⁹⁹ *Energy Charter Treaty* (ECT), Lisbon, firmato il 17 dicembre 1994 (entrato in vigore il 16 aprile 1998). Si veda inoltre TANZI A. M., *International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis*, in De Brabander, Gazzini (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector. Balancing Private and Public Interests*, Leiden, 2014, pp. 61-100.

⁸⁰⁰ FECAK T., *International Investment Agreements and EU Law - Chapter 2*, *supra*.

⁸⁰¹ Secondo l'articolo 25(1) della *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (ICSID Convention), firmata a Washington il 18 marzo 1965, (entrata in vigore il 14 ottobre 1996), la giurisdizione del Centro si estende alle '*legal dispute[s]*

Il termine investimento si trova anzitutto nell'articolo 25 della Convenzione ICSID⁸⁰², ivi contemplato a fini giurisdizionali. Secondo la lettera di questa disposizione 'the jurisdiction of the Center shall extend to any legal dispute arising directly out of investment'. Tuttavia, se è vero che la giurisdizione di un tribunale ICSID può essere stabilita solo se la controversia ha ad oggetto un investimento, la convenzione ICSID non contiene una sua propria definizione del termine.

Al riguardo, il caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade Sp.A. v. Kingdom of Morocco*⁸⁰³ (di seguito riportato come *Salini v. Morocco*) ha influenzato significativamente la prassi arbitrale successiva⁸⁰⁴; infatti, gli elementi necessari e sufficienti per individuare un investimento articolati dal tribunale nel caso *de quo* sono stati ampiamente riconosciuti e citati sotto la dicitura 'Salini test', che definisce un investimento utilizzando i seguenti requisiti in via cumulativa:

- Contributo in denaro o beni;
- Certa durata;
- Presenza di un elemento di rischio;
- Contributo all'economia degli Stati ospitanti⁸⁰⁵.

L'accettazione universale del *Salini test* è stata tuttavia minata dalla decisione nel caso *Biwater Gauff v. Tanzania*⁸⁰⁶ e soprattutto dall'annullamento della decisione del tribunale nel caso *Malaysia Historical Salvors v. Malaysia*⁸⁰⁷.

arising directly out of an investment'. I principali requisiti affinché il Centro abbia giurisdizione possono sintetizzarsi in: (i) esistenza di una controversia legale e (ii) sussistenza di un investimento.

⁸⁰² *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ibid.

⁸⁰³ *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, decisione, giurisdizione, 16 luglio 2001.

⁸⁰⁴ DOLZER R. & SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, II ed., 2012, pp. 51-52.

⁸⁰⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, *supra*, para. 50-58.

⁸⁰⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, lodo, 24 luglio 2008.

⁸⁰⁷ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, giurisdizione, decisione, 17 maggio 2007.

I tribunali, nei casi appena citati, hanno preso espressamente e intenzionalmente le distanze dal *Salini test*. La critica si basa su due argomenti principali: in primo luogo, i criteri del *Salini test* non troverebbero alcun riscontro né sostegno nell'articolo 25 della Convenzione ICSID e, in secondo luogo, i *travaux préparatoires* della Convenzione ICSID stessa dimostrerebbero come i negoziatori si siano deliberatamente astenuti dall'adottare qualsiasi definizione di investimento lasciando quindi le tipologie di controversie che possono essere presentate innanzi al Centro al consenso delle parti⁸⁰⁸.

L'attuale prassi arbitrale, per quanto riguarda la nozione di investimento ai sensi della convenzione ICSID, è ambivalente: una serie di decisioni arbitrali propende per una nozione indipendente di investimento ai sensi dell'articolo 25 della convenzione ICSID e sottolinea l'autonomia delle parti in causa e la natura vincolante della definizione di investimento nel rispettivo IIA, laddove presente. L'altro indirizzo arbitrale rimane invece fedele al *Salini test*⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Si vedano DOLZER & SCHREURER, *supra*, p. 68-69.

⁸⁰⁹ Strettamente connessa alla nozione di investimento è quella di investitore straniero. La nazionalità dell'investitore è elemento decisivo per determinare se questi sia protetto dal trattato di investimento e, per quanto riguarda la relativa procedura arbitrale, essa rappresenta altresì un criterio per stabilire la giurisdizione del tribunale arbitrale *rationae personae* (MCLACHLAN C., SHORE L. & WEINIGER M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 6, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 131). La protezione garantita dagli IIAs si estende sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche (tendenzialmente multinazionali). La nazionalità dell'investitore si determina principalmente con riferimento alla legge nazionale dello stato del soggetto la cui nazionalità è in discussione. Alcuni IIAs utilizzano, eccezionalmente, il criterio della residenza abituale in cumulo o in alternativa al criterio della nazionalità (per esempio, Articolo 1(3) Czech Republic- Germany BIT, October 2, 1990). Gli investitori dello Stato ospitante sono generalmente esclusi dalla protezione, anche quando siano al contempo cittadini dell'altra parte contraente (vale a dire in caso di doppia nazionalità) (FECAK T., *International Investment Agreements and EU Law - Chapter 2*, *supra*, p. 17. La regola in parola è contenuta nell'articolo 25(2)(a) della Convenzione ICSID e la si ritrova altresì nel testo di alcuni IIAs). Per quanto riguarda la nazionalità delle società, il criterio più frequentemente utilizzato dagli IIAs è quello dell'incorporazione, il quale collega la nazionalità alla legge dello stato in cui la società è stata costituita ovvero ove la stessa ha la sede legale (per esempio, Articolo 17(a)(ii) ECT ove si legge '*Investor means (...) a company or other*

I BIT sono notoriamente asimmetrici nel senso che concedono agli investitori diritti ma non obblighi, imponendo, al contempo, obblighi in capo agli Stati che non sono accompagnati da diritti⁸¹⁰. In particolare, gli accordi internazionali in materia di investimenti contengono talune regole vincolanti che impongono determinati limiti al trattamento da parte dello Stato ospitante degli investimenti esteri dopo che tali investimenti siano stati effettuati nel suo territorio⁸¹¹. Il regime della protezione degli investimenti dopo l'insediamento comprende, ad esempio, le norme sull'espropriazione, gli *standard* assoluti di *Fair and Equitable Treatment* (di seguito FET) e *Full Protection and Security* e gli *standard* relativi di trattamento sotto forma di *Most Favorable Nation* (di seguito MFN) e *National Treatment* (NT). Queste ultime disposizioni, in particolare, hanno lo scopo di porre l'investitore straniero su un piano di parità rispetto all'investitore di nazionalità dello Stato ospite (NT) ovvero rispetto agli investitori di Paesi terzi (MFN). Tali clausole sono solitamente indicate come *standard* relativi di trattamento poiché il livello di trattamento che garantiscono deriva e dipende strettamente dal trattamento accordato dallo stato ospitante rispettivamente ai propri investitori e agli investitori di paesi terzi⁸¹². In sostanza, tali *standard* garantiscono semplicemente parità di condizioni, quali che siano. D'altro canto, le relative disposizioni non proteggono gli investitori in tutte quelle ipotesi in cui le garanzie di trattamento accordate agli investitori dello stato ospitante siano limitate o praticamente assenti. Del resto, va aggiunto che gli IIAs non vietano agli Stati ospitanti di trattare gli investitori dell'altro contraente in modo più favorevole rispetto all'investitore nazionale o a quello di un Paese terzo (cioè consentono una discriminazione positiva)⁸¹³.

organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party'). Alcuni trattati combinano entrambi i criteri in parola (Per esempio, Articolo 1(2)(b) *Agreement between the Czech Republic and Georgia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, signed on Aug. 29, 2009).

⁸¹⁰ YACKEE J. W., *Investment Treaties and Investor Corruption: an Emergent Defense for Host States?*, *supra*.

⁸¹¹ FECAK T., *International Investment Agreements and EU Law* - Chapter 2, *supra*, p. 23

⁸¹² *Ibid*, p. 27.

⁸¹³ *Ibid*.

Gli *standard* relativi sono generalmente combinati con i cosiddetti *standard* assoluti di trattamento, che garantiscono all'investitore dell'altra parte contraente un certo livello minimo di protezione, indipendentemente dal trattamento accordato ad altri investitori⁸¹⁴. In quest'ottica, gli investimenti esteri devono sempre ricevere un trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment* – FET) e agli stessi deve essere assicurata una protezione completa e la sicurezza nel territorio dell'altra parte contraente (*full protection and security*)⁸¹⁵. Peraltro, il divieto di misure e/o trattamenti arbitrari e discriminatori viene spesso analizzato separatamente dallo *standard* FET, in quanto ad esso è sovente dedicata a una specifica disposizione negli IIAs. Tuttavia taluni tribunali hanno considerato questa regola come facente parte dello *standard* FET⁸¹⁶. La violazione dello *standard* FET può anche essere determinata da una condotta abusiva che comporta violazione di legittime aspettative, pressioni improprie, abuso di potere, persecuzioni, minacce, intimidazioni e uso della forza o misure simili per le quali non vi è alcun motivo legittimo e si rivelano, nei fatti, eccessive e sproporzionate⁸¹⁷.

A tale riguardo, va evidenziato il fatto che è invece comunemente accettato che gli Stati siano autorizzati a espropriare le proprietà private di stranieri, sussistenti talune determinate condizioni⁸¹⁸. Tale prospettiva la si ritrova nella maggior parte degli IIAs, che definiscono le condizioni che devono essere rispettate affinché l'espropriazione possa essere considerata legittima⁸¹⁹. Sebbene la formulazione specifica delle disposizioni concernenti l'espropriazione possa variare a seconda dell'IIA considerato, affinché l'espropriazione sia lecita, devono essere soddisfatte almeno le seguenti condizioni minime, che devono essere presenti in maniera cumulativa: l'espropriazione deve perseguire uno scopo di pubblica utilità; non deve trattarsi di espropriazione arbitraria e discriminatoria; l'espropriazione deve

⁸¹⁴ Ibid.

⁸¹⁵ Ibid, p. 34.

⁸¹⁶ Ibid, p. 38.

⁸¹⁷ Ibid, p. 39.

⁸¹⁸ DOLZEN & SCHREURE, *supra*, p. 98; MCLACHLAN, SHORE & WEINIGER, *supra*, p. 268.

⁸¹⁹ FECAK T., *supra*, p. 30.

essere accompagnata da un indennizzo tempestivo, adeguato ed efficace; inoltre, talvolta può essere richiesto che la procedura di espropriazione si conformi ai principi del giusto processo⁸²⁰.

Disposizioni di sicuro rilievo della maggior parte degli IIAs attualmente esistenti sono infine quelle che concernono il meccanismo per la risoluzione delle controversie tra investitori stranieri e Stati ospitanti sotto forma di arbitrato internazionale⁸²¹. Gli arbitrati in materia di solito riguardano le controversie tra un investitore straniero e lo Stato ospitante che sarebbero altrimenti destinate ad essere risolte dai tribunali nazionali degli *host states*; alla luce di ciò, risulta del tutto evidente come il principale vantaggio dell'arbitrato concernente i trattati di investimento risieda nella terzietà del giudice⁸²². Nello specifico, il meccanismo per la risoluzione delle controversie tra gli investitori stranieri e gli Stati ospitanti, così come stabilito nella maggior parte degli IIAs, consente all'investitore di azionare le controversie, attraverso il cd. *mixed arbitration* o *investor-state arbitration*,

⁸²⁰ Nella maggior parte delle controversie odierne in materia di investimenti, l'investitore lamenta di essere vittima di un'espropriazione indiretta, mentre lo Stato ospitante nega che sia avvenuta qualsivoglia azione in tal senso (DOLZEN & SCHREURE, *supra*, p. 100). Per questo, la maggior parte degli IIAs non si occupa solo di espropriazione diretta, ma si riferisce esplicitamente anche all'espropriazione indiretta, nel linguaggio del trattato comunemente descritta come '*measures having equivalent effect*' (*Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, lodo, 30 agosto 2000, para. 103, "*thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state*"). Una specifica forma di espropriazione indiretta è la cosiddetta espropriazione strisciante (*creeping expropriation*), una situazione in cui i diritti dell'investitore non sono privati da una singola misura, ma il presupposto si sostanzia in una serie di azioni protratte per un determinato periodo di tempo e che culminano con l'erosione dei medesimi diritti; il che equivale, nella sostanza, all'espropriazione diretta della proprietà *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, lodo, 16 settembre 2003, para. 20-22).

⁸²¹ FECAK T., *supra*, p. 43.

⁸²² *Ibid*, p. 17.

direttamente nei confronti dello Stato ospitante per asserite violazioni del trattato, senza dover passare attraverso il meccanismo della protezione diplomatica⁸²³.

La proliferazione degli IIAs a partire dai primi anni '90 è stata accompagnata da una crescita vertiginosa del numero di arbitrati internazionali tra investitori e stati aventi ad oggetto tali accordi. La costituzione del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie sugli investimenti (di seguito il Centro) nel 1966 ha certamente contribuito in modo sostanziale all'emergere di controversie in materia di investimenti esteri. La Convenzione sulla risoluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati (Convenzione ICSID o Convenzione di Washington) ha creato infatti una struttura per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati⁸²⁴. La stessa Convenzione ICSID, tuttavia, non contiene alcuna disposizione sostanziale sulla protezione degli investimenti stranieri e non stabilisce nemmeno una giurisdizione obbligatoria del Centro. Perché tale giurisdizione sia stabilita, è richiesto infatti un consenso espresso *ad hoc* dalle parti⁸²⁵.

Sebbene i tribunali arbitrali siano costituiti su base *ad hoc* e gli arbitri non siano formalmente vincolati dalla dottrina del precedente (ovvero il cd. *stare decisis*), l'influenza esercitata dalle decisioni precedenti è palese. La proliferazione degli IIAs, che contengono regole *standard* e l'applicazione di tali regole nell'arbitrato in materia di investimenti ha condotto alla cristallizzazione di alcuni principi che costituiscono oramai un sottosistema relativamente autonomo del diritto internazionale⁸²⁶. Tuttavia, nonostante una forte tendenza alla convergenza nell'applicazione delle regole sostanziali comuni alla maggior parte degli accordi internazionali, l'interpretazione di talune disposizioni chiave da parte dei tribunali

⁸²³ MOLOO R. AND KHACHATURIAN A., *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, Fordham Int'l L.J., 2010, p. 1473.

⁸²⁴ FECAK T., *International Investment Agreements and EU Law* - Chapter 2, *supra*, p. 14.

⁸²⁵ *Ibid*, p. 16.

⁸²⁶ MCLACHLAN, SHORE & WEINIGER, *supra*, p. 19-22.

non è stata coerente e alcune sentenze possono apparire, per certi versi, contraddittorie⁸²⁷.

3. La *clean hands doctrine* nella giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti

Il ragionamento che sta alla base della '*clean hands defense*' negli arbitrati di diritto degli investimenti è quello per cui la legittimità della condotta dell'investitore nell'instaurazione del suo investimento nell'*host state* è condizione affinché il tribunale arbitrale possa accordare giustizia compensativa⁸²⁸.

Invocando la *clean hands doctrine*, gli Stati ospitanti mirano ad impedire al ricorrente di andare oltre la fase preliminare della controversia⁸²⁹. Infatti, la difesa in parola si è dimostrata essere un argomento efficace per convincere il tribunale che l'investitore non debba accedere *tout court* alla protezione internazionale⁸³⁰. Ove una difesa di *clean hands* sia stata positivamente stabilita, i tribunali arbitrali hanno dichiarato *sic et simpliciter* e a seconda delle premesse (*infra*), la propria mancanza di giurisdizione o l'inammissibilità della controversia⁸³¹.

⁸²⁷ FECAK T., *supra*, p. 16.

⁸²⁸ DOUGLAS Z., *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, *supra*, p. 29(1).

⁸²⁹ MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan – Is Really No One Getting Punished?*, Kluwer Arb. Blog, Jan. 3, 2014, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/01/03/metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-is-really-no-one-getting-punished/>.

⁸³⁰ DE ALBA M., *supra*.

⁸³¹ SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, p. 106; KNHAR C., *Investment in Accordance with Host State Law*, 4 Trans'l Dispute Management, 2007, p. 5; BOTTINI G., *Legality and Investments Under ICSID Jurisprudence*, in M. Waibel, A. Kaushal, K-H Liz Chung and C. Balchin, *The Clash Against Investment Arbitration*, Wolter Kluwer 2010, p. 297; KRIEBAUM U., *Illegal Investments*, in *Austrian Yearbook on International Law*, 2010 p. 307; MOLOO R. AND KHACATURIAN A., *supra*, p. 1473; MILES C. A., *Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims*, 3 *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, p. 347. SCHILL S., *Illegal Investments in International International Arbitration*, gennaio 2012, disponibile su <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=305031083029086125109085101024066109034071>

Indipendentemente dalla valutazione della condotta dello Stato ospitante⁸³² quindi, il fatto che l'investitore sia coinvolto in determinate violazioni della legislazione nazionale dell'*host state* o del rilevante trattato di investimento o, ancora, della cd. '*transnational public policy*' (sulla quale *infra*, para. 5) in relazione all'investimento ha giocato finora un ruolo significativo rispetto alla possibilità per l'investitore di accedere alla protezione sostanziale accordata dal trattato⁸³³.

La '*clean hands defense*', sollevata dagli Stati convenuti, si è quindi dimostrata essere un'arma potente nelle loro mani per fronteggiare le istanze degli investitori in circostanze in cui questi abbiano ottenuto contratti pubblici attraverso atti illeciti⁸³⁴. La crescente accettazione della difesa in parola da parte degli arbitri ha

000010027054111069000102104103002111012102099011058111062051098127024103013099106068025070025007037006084030067031084094037080053110064024075092094026079013075094019024110028071003004097085116006101013064085&EXT=pdf. Molti BIT contengono previsioni ai sensi delle quali affinché un investitore possa ottenere protezione ai sensi del trattato, deve, nell'insediamento e nello sviluppo del suo investimento, agire "*in accordance with the law*" dell'*host state*. Tale terminologia opera come un limite al consenso espresso dallo stato a sottoporsi ad arbitrato e quindi come una condizione affinché il tribunale arbitrale possa avere giurisdizione sulla controversia. Sotto altro profilo, laddove machi una previsione espressa del trattato in tal senso, l'illegalità che contamina l'investimento non deve essere considerata come una condizione sospensiva per l'affermazione della giurisdizione ma piuttosto deve essere intesa come base per rigettare l'azione sotto il profilo della inammissibilità della domanda o, ancora, può essere sollevata come eccezione nella fase di merito; si veda, sul punto, LLAMAZON A., SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, *supra*, pp. 451-530.

⁸³² HABAZIN M., *Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration*, 18 *Cardozo J. Conflict Resol.*, 2016-2017, p. 805.

⁸³³ YACKEE J.W., *Essay, Investment Treaties and Investor Corruption: an Emerging Defense for Host States?*, *supra*.

⁸³⁴ HEPBURN J., *In Accordance with which Host State Laws? Restoring the "Defence" of Investor Illegality in Investment Arbitration*, 5 *J. Int. Disp. Settlement*, 2014, p. 531.

portato molti Stati ospitanti a fare affidamento su di essa come prassi argomentativa⁸³⁵.

Peraltro, va sottolineato che, sebbene nell'arbitrato internazionale in materia di investimenti non esista alcun concetto formale di precedente (cd. *stare decisis*), i tribunali in futuro potrebbero, a buona ragione, considerare i casi ICSID precedenti come guida concreta nel formulare le loro conclusioni⁸³⁶.

Non tutte le infrazioni poste in essere dagli investitori stranieri rispetto al diritto nazionale, al rilevante IIA o all'ordine pubblico internazionale sono state considerate dalla giurisprudenza arbitrale basi sufficienti per consentire agli Stati ospitanti di invocare efficacemente una '*clean hand defense*'⁸³⁷. Gli scenari nei quali i tribunali hanno accertato che la '*clean hands doctrine*' possa trovare applicazione sono infatti, segnatamente, i casi in cui l'investitore è stato coinvolto in atti di: corruzione, frode - o falsa dichiarazione - o violazioni deliberate di talune norme dello Stato ospitante.⁸³⁸

In primo luogo, il tribunale arbitrale dovrebbe quindi valutare la natura (e l'entità) della violazione della legge presumibilmente perpetrata dall'investitore. In secondo luogo, dovrebbe valutare la relazione tra l'illecito commesso dall'investitore e l'azione dallo stesso proposta e, nondimeno, come si discuterà, il coinvolgimento dello Stato ospitante nell'atto illecito ovvero la sua acquiescenza rispetto ad esso⁸³⁹.

Di seguito verranno trattate le ipotesi applicative della *clean hands doctrine* distinte in base alla violazione posta in essere dall'investitore.

⁸³⁵ *Ex multis, Tokios Tokelés v. Ukraine, supra; Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador, supra; Phoenix Action Ltd. V. Czech Republic, supra; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, supra.*

⁸³⁶ OBERSTEINER T., "*In Accordance with Domestic Law*" Clauses: *How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*, 31 Int'l Arb. 2014, p. 265.

⁸³⁷ DOUGLAS Z., *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration, supra*, p. 155.

⁸³⁸ LOSCO M. A., *Streamlining the corruption defense: a proposed framework for FCPA-ICSID interaction, supra*, p. 1201.

⁸³⁹ DE ALBA M., *supra*.

3.1. Corruzione

Il termine ‘corruzione’ è impiegato con riferimento a qualsiasi trasferimento di valori, compreso il denaro, a un pubblico ufficiale, a suo vantaggio, in modo che tale funzionario agisca o si astenga dall’agire nell’esercizio delle sue funzioni ufficiali⁸⁴⁰.

La corruzione ha un impatto significativo sugli affari e gli investimenti internazionali e produce una vasta gamma di effetti dannosi che vanno dalla inefficienza del sistema alla diminuzione degli investimenti e alla decrescita economica⁸⁴¹.

La maggioranza dei Paesi ha ritenuto il divieto di corruzione una regola essenziale dei propri ordinamenti migliorando ed emendando, per preservarla, normative nazionali e internazionali⁸⁴².

Tuttavia, la corruzione è ancora un problema complesso e diffuso⁸⁴³. Mercati più aperti e globalizzazione sono tra i fattori che hanno certamente contribuito ad incrementare i livelli complessivi di corruzione⁸⁴⁴. Secondo il *Global Corruption*

⁸⁴⁰ United Nation Convention against Corruption, firmata a New York, il 31 ottobre 2003 (entrata in vigore il 14 dicembre 2005), art. 15-16, G.A. Res. 58/4, U.N. Doc. A/58/422 dove si legge: “*International definitions of corruption for policy purposes are much more common. One frequently-used definition that covers a broad range of corrupt activities is the “abuse of public or private office for personal gain”*”. Questa definizione può essere un utile riferimento per lo sviluppo delle politiche e la sensibilizzazione, nonché per l’elaborazione di strategie anticorruzione, piani d’azione e misure di prevenzione della corruzione.

⁸⁴¹ MESHEL T., *supra*.

⁸⁴² SAYED A., *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, pp. 231-309.

⁸⁴³ LLAMAZON A., *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 13.

⁸⁴⁴ HWANG S.C. M., LIM K., *Corruption in Arbitration – Law and Reality*, disponibile su https://www.arbitration-icca.org/media/4/97929640279647/media013261720320840corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf.

Barometer 2010 di Transparency International, la corruzione è aumentata in tutto il mondo e molti investitori stranieri hanno lamentato di aver perduto importanti affari e opportunità di investimento proprio in ragione del fatto che i loro concorrenti avevano posto in essere attività corruttiva⁸⁴⁵.

In molti Paesi in via di sviluppo la corruzione è ancora il modo in cui i governi conducono gli affari e gli Stati continuano quindi, tacitamente, a tollerare gli atti corruttivi dei loro funzionari pubblici⁸⁴⁶. Gli investitori stranieri sono spesso quindi incentivati a porre in essere pratiche corruttive dal momento che solo queste garantiscono il risultato sperato (l'ottenimento dell'investimento ovvero la sua prosecuzione). Attraverso l'acquisizione di 'alleati', stante l'attuale regime, gli investitori si assicurano contro potenziali espropriazioni da parte dello Stato ospitante o anche semplicemente contro la possibilità che un concorrente ottenga il contratto governativo in gioco⁸⁴⁷.

Dal momento in cui le istanze anti-corruzione hanno acquisito un ruolo significativo a livello internazionale⁸⁴⁸, maggiore considerazione è stata attribuita al ruolo dell'arbitrato internazionale sugli investimenti⁸⁴⁹ poiché, in effetti, esso rappresenta il foro tipico in cui vengono fatte valere istanze di corruzione⁸⁵⁰. Nel

⁸⁴⁵ Global Corruption Barometer, disponibile su <https://www.transparency.org/gcb201011>.

⁸⁴⁶ Ibid, p. 81.

⁸⁴⁷ SUMMERFIELD J., *The Corruption Defense in Investment Disputes: a discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions*, 6 *Transnat'l Disp. Mgmt.*, n. 1, 2009, p. 5.

⁸⁴⁸ Gli articoli 15,16, 18 e 21 della UN Convention against Corruption (UNCAC) forniscono una definizione di corruzione largamente accettata. Queste disposizioni fanno riferimento rispettivamente a corruzione di pubblici ufficiali (Art. 15), corruzione di pubblici ufficiali stranieri e appartenenti a organizzazioni internazionali (Art. 16), traffico di influenze illecite (Art. 18) e corruzione nel settore privato (Art. 21).

⁸⁴⁹ KULIK A., YACKEE J.W., *Investment Treaties and Investor Corruption: an Emergent Defense for Host States?*, *supra*. Si veda inoltre LAMM C. B., GREENWALD B. K. & YOUNG K.M., *From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegation of Corruption*, 29 *ICSID Rev.* 328, 2014.

⁸⁵⁰ COSAR U., *Claims of Corruption in Investment Treaty Arbitration: Proof, Legal Consequences and Sanctions*, *supra*.

panorama dell'arbitrato internazionale, le accuse di corruzione sono oramai divenute sempre più frequenti⁸⁵¹. I tribunali ICSID hanno permesso agli Stati ospitanti di invocare una eccezione di *'unclean hands'* ogni qualvolta un investitore abbia posto in essere atti di corruzione per assicurarsi un contratto governativo. Inoltre, alcuni tribunali ICSID hanno accolto la difesa in parola e hanno dichiarato nelle loro decisioni che è impossibile ignorare l'impatto negativo provocato dagli atti corruttivi⁸⁵². I tribunali hanno accettato il principio secondo il quale gli atti corrotti minano in principio la sussistenza di un investimento o sono comunque contrari all'ordine pubblico transnazionale⁸⁵³ e che, quale conseguenza, essi non possono dare esecuzione a contratti o assicurare la protezione ai sensi del rilevante trattato laddove un investimento sia stato contaminato da un tale atto illecito⁸⁵⁴.

I tribunali ICSID si sono mossi quindi nella direzione di punire coloro che si apprestano a porre in essere attività corruttive attraverso la negazione di una sentenza di merito e del connesso rimedio⁸⁵⁵. Quando infatti la *'clean hands doctrine'* è stata invocata con successo, gli investitori sono stati privati di una qualsivoglia protezione sostanziale dei loro asseriti diritti in relazione alle pretese violazioni da parte degli *host states*⁸⁵⁶.

La corruzione in relazione all'ottenimento di un contratto governativo si è dimostrata quindi una strategia di difesa efficace e di successo nelle mani degli Stati

⁸⁵¹ MESHEL T., *supra*.

⁸⁵² MORCHILADZE T., *Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing get*, 2012, disponibile su <https://www.duo.uio.no/handle/10852/35644>. Quanto alla prassi, si possono ricordare le decisioni *World Duty Free Comapny Ltd. v. Republic of Kenya*, *supra*, e *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, Oct. 4, 2013.

⁸⁵³ MICHAEL A. LOSCO, Note, *Streamlining the Corruption Defense: A proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction*, 63 Duke L.J. 2014, p. 1201.

⁸⁵⁴ ODUMOSU I. T., *International Investment Arbitration and Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v Kenya*, 4 L.&Dev. Rev. 87, 2011, p. 118.

⁸⁵⁵ SUMMERFIELD J., *The Corruption Defense in Investment Disputes: a discussion of the Imbalance between Internationa Discourse and Arbitral Decisions*, *supra*.

⁸⁵⁶ LAMM C. B. ET AL., *supra*.

ospitanti⁸⁵⁷ grazie alla quale gli stessi sono stati in grado di eludere la responsabilità per le denunciate violazioni concernenti gli investimenti, così come la conseguente obbligazione risarcitoria traendo, di fatto, vantaggio dalla violazione del diritto internazionale in materia di investimenti⁸⁵⁸.

I tribunali ICSID hanno permesso agli Stati convenuti di sollevare una difesa di ‘*unclean hands*’ ogni qualvolta un investitore avesse posto in essere atti di corruzione al fine di assicurarsi un contratto pubblico. Inoltre, alcuni tribunali ICSID hanno accolto una tale difesa di ‘*unclean hands*’⁸⁵⁹.

Oggi, grazie a una consolidata giurisprudenza arbitrale⁸⁶⁰ alla codificazione dei principi volti a fronteggiare la corruzione (ad esempio la Convenzione

⁸⁵⁷ LOSCO M. A., *supra*.

⁸⁵⁸ MESHEL T., *The use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration*, 30 J. Int’L Arb., 2013, pp. 267, 274.

⁸⁵⁹ MORCHILADZE T., *Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing get*, *supra*.

⁸⁶⁰ L'arbitrato sugli investimenti è una branca della risoluzione obbligatoria delle controversie di natura ibrida. Le richieste che normalmente si basano su strumenti giuridici internazionali sono risolte da tribunali la cui operazione può evocare quella dell'arbitrato commerciale. La scomposizione delle diverse leggi che regolano tutti gli elementi dell'arbitrato sugli investimenti è più complessa e non può essere sintetizzata senza semplificazione. Per uno studio più completo, HEISKANEN V., *Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration*, *supra*, pp. 367, 375, ove viene effettuata la seguente categorizzazione: “*Thus, one must distinguish between: (a) the law governing the arbitration agreement; (b) the law governing the arbitral proceedings; (c) the law governing the arbitral tribunal; (d) the law governing the merits of the claim, or the subject matter of the dispute; and (e) the law governing the recognition, enforcement and execution of the award*”. Per una riflessione simile si veda LAIRD I., ASKEW R., *Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System*, 7 Journal of Appellate Practice and Process, 2005, p. 285. Gunnar Lagergren, illustre avvocato e giudice svedese, è stato il primo arbitro a occuparsi direttamente in termini espliciti della questione della corruzione nell'arbitrato internazionale, segnatamente nell'arbitrato commerciale. Lagergren, in un giudizio *ad hoc* del 1963, proclamava espressamente una *international public policy* contraria all'attuazione dei contratti pubblici ottenuti attraverso la corruzione. Nella sua decisione, Lagergren superava la legislazione nazionale, dichiarando un principio generale secondo il quale i contratti contaminati da corruzione sono nulli e, in quanto tali, privi di effetti. Lagergren affermava che non poteva “*be contested that*

anticorruzione dell'OCSE⁸⁶¹) così come alla diffusione globale delle leggi nazionali modellate sul diritto statunitense che criminalizza le pratiche corruttive straniere⁸⁶²,

there exists a general principle of law recognized by civilized nations that contracts which seriously violates bonos mores or transnational public policy are invalid or at least unenforceable and that they cannot be sanctioned by courts or arbitrators". Lagergren sottolineava inoltre come "bribery is an international evil and contrary to good morals and an international public policy common to the community of nations" e "parties who ally themselves in an enterprise" che coinvolgono "gross violations of good morals and transnational public policy (...) must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (...) in settling their disputes" così WETTER G., *Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110*, 10, Arb. Int'l, 1994, p. 282. Numerose sentenze arbitrali contemporanee (tra cui *World Duty Free* che la richiama espressamente) riflettono ora la posizione centrale enucleata da Lagergren secondo cui i tribunali non dovrebbero avere giurisdizione con riferimento a quelle controversie concernenti l'esecuzione degli obblighi relativi ai contratti ottenuti attraverso la corruzione pubblica. In questo senso SAYED A., *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, supra, pp. 231-309 il quale ricorda *Westacre v. Jugoinport* ICC Award 7047, Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage, 1995, p. 332, ove il tribunale arbitrale riconobbe che "it was bound to give effect to the 'provisions of the law which is excluded' only to the extent that they are part of the 'ordre public interenationat' e che (...) examples of this are provisions to fight corruption and bribery" e RACINE JB, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris, p. 394, para. 711. Per quanto riguarda l'arbitrato in materia di investimenti si può ricordare la decisione in tal senso in *World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya*, supra. Si veda infine *Republic of Croatia v MOL Hungarian Oil and Gas Plc*, PCA Case n. 2014-15, lodo, 23 dicembre 2016, ove il tribunale ha ritenuto che: "It is thus generally accepted that corruption is a cancer that eats into the body politic. Many governments and international organisations have done much in recent years to attempt to stamp it out. Unfortunately it is endemic in certain parts of the world. Issues of corruption sometimes arise in international arbitration and arbitrators must be on their guard to ensure that they are not used as a mean of disguising this evil".

⁸⁶¹ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, firmata il 17 dicembre 1997 (entrata in vigore il 15 febbraio 1999). United Nation Convention Against Corruption (UNCAC A/58/422) firmata il 31 ottobre 2003, i entrata in vigore il 14 dicembre 2005.

⁸⁶² L'articolo 8 della Civil Law Convention on Corruption, Council of Europe, ETS No. 174, firmata a Strasburgo il 4 novembre 1999 (entrata in vigore il 1 novembre 2003) prevede che "Each Party

difficilmente sembra controverso il fatto che la ‘*transnational public policy*’ condanni la corruzione fino a spingersi al punto di permettere a uno Stato ospitante di sfuggire alla propria responsabilità per l’espropriazione di un investimento *ab origine* ottenuto attraverso la corruzione⁸⁶³.

Mentre la corruzione è condannata dalla maggior parte degli Stati - se non da tutti –, la dottrina e la giurisprudenza internazionalpubblicistica riconducono sovente la stessa ad una violazione della cd. *transnational public policy* (anche detta ‘*truly international policy*’⁸⁶⁴), così come ad una violazione del diritto internazionale pubblico⁸⁶⁵ per negare rimedio agli investitori.

In particolare, i tribunali arbitrali hanno accettato il principio secondo cui essi non possono dare corso a contratti o fornire protezione ai sensi del rilevante trattato laddove l’investimento a valle, che dovrebbe essere tutelato, sia contaminato da

shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void”.

⁸⁶³ YACKEE J. W., *Investment Treaties and Investor Corruption: an Emergent Defense for Host States?*, *supra*.

⁸⁶⁴ LALIVE P., *Transnational (or Truly International) Public Police and International Arbitration*, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series no. 3, 1987; Cfr. *World Duty Free v. Kenya*, *supra*; *Metal-Tech v. Republic of Uzbekistan*, *supra*.

⁸⁶⁵ Attualmente vi è un numero significativo di convenzioni che hanno condannato la corruzione come questione di diritto internazionale. Questi strumenti richiedono agli Stati di investigare, perseguire e punire la corruzione e quindi la mancata emanazione di una legislazione in tal senso o di meccanismi in grado di sanzionare effettivamente tale crimine costituisce una violazione del diritto internazionale convenzionale e consuetudinario. *Ex multis* Inter-American Convention Against Corruption adottata il 29 marzo 1996 (entrata in vigore il 3 giugno 1997), OECD Convention on Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions adottata il 21 November 1997 (entrata in vigore il 15 febbraio 1999), Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption adottata il 4 novembre 1998 (entrata in vigore il 18 giugno 2002), United Nations Convention against Transnational Organized Crime adottata il 15 novembre 2000 (entrata in vigore il 29 settembre 2003), Council of Europe Civil Law Convention, *supra*, Southern African Development Community Protocol Against Corruption, adottata il 14 agosto 2001 (entrata in vigore il 6 luglio 2005), United Nations Convention Against Corruption, adottata il 13 ottobre 2003 (entrata in vigore il 14 dicembre 2005), The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, adottata il 11 luglio 2003 (entrata in vigore il 5 agosto 2006).

corruzione⁸⁶⁶ sulla base della considerazione per cui gli atti di corruzione sono contrari alle leggi nazionali così come al diritto internazionale e alla *transnational public policy*⁸⁶⁷. Di conseguenza, quando una difesa per corruzione è stata accolta dal collegio arbitrale, gli investitori sono stati privati *tout court* della protezione dei loro diritti sostanziali derivanti dall’IIA o dal contratto stipulato con l’*host state* attraverso una declaratoria di carenza inammissibilità della controversia⁸⁶⁸. In tal modo, gli Stati ospitanti sono stati in grado di eludere qualsivoglia loro propria responsabilità per denunciate violazioni concernenti l’investimento e il conseguente obbligo compensatorio, beneficiando talvolta della acquiescenza o del coinvolgimento di pubblici funzionari nella attività illecita⁸⁶⁹.

Una crescente attenzione alla corruzione nell’arbitrato internazionale sugli investimenti si è palesata in seguito alla emanazione del lodo arbitrale in *World Duty Free v. Republic of Kenya* nel 2006⁸⁷⁰. Tuttavia, essendo *World Duty Free* un caso basato su un contratto governativo di concessione tra l’investitore e lo Stato ospitante, fino a *Metal-Tech Ltd. v. the Republic of Uzbekistan*, nessun *investment treaty arbitration* è stato risolto in ragione della corruzione da parte di un tribunale

⁸⁶⁶ ODUMOSU I. T., *International Investment Arbitration and Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v Kenya*, *supra*, p. 118.

⁸⁶⁷ LALIVE P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, *supra*, il quale ritiene che “while corruption is condemned by most if not all states, doctrine and jurisprudence have increasingly lead it back to a violation of transnational (or ‘truly international’) public policy, as well as a violation of public international law”.

⁸⁶⁷ *Metal-Tech Ltd. v Republic of Uzbekistan*, *supra*.

⁸⁶⁸ HABAZIN M., *Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors’ Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration*, *supra*.

⁸⁶⁹ MESHEL T., *The use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration*, *supra*, pp. 267, 274.

⁸⁷⁰ UROFSKY P., WEISBURG H. & TORRES-FLOWER Z., *A Bribe is a Bribe: FCPA’s Influence on International Arbitration*, N.Y L.J., Feb. 9, 2015, disponibile su <https://www.law.com/newyorklawjournal/almID/1202717099538/A-Bribe-Is-a-Bribe-FCPAs-Influence-on-International-Arbitration/?sreturn=20190120042358>.

ICSID⁸⁷¹. Sia *World Duty Free* che *Metal-Tech* hanno tuttavia evidenziato la crescente importanza delle preoccupazioni concernenti la corruzione nelle ipotesi di investimenti internazionali e hanno ricordato alla comunità imprenditoriale, così come ai professionisti legali, che la corruzione non è un problema marginale che può essere sottovalutato⁸⁷².

La questione della corruzione dei pubblici ufficiali dell'*host state* sta diventando sempre più centrale nelle controversie tra investitori e Stati i quali la invocano quale base per sostenere una difesa di *clean hands*⁸⁷³.

3.1.1. World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya

World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya (di seguito, *World Duty Free*) ha confermato il fatto che gli *standard* anti-corruzione enucleati dagli ordinamenti interni siano stati incorporati nell'ordinamento internazionale e che l'ordine pubblico transnazionale condanna la corruzione al punto tale da consentire allo Stato ospitante di andare esente da responsabilità per l'espropriazione illegittima dell'investimento⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ LAMM C. B. ET AL., *supra*.

⁸⁷² COWLEY R. & BRIDI A., *Investor Corruption, Bilateral Investment Treaties and International Arbitration: Bribery as Center of Failed Investor Claim*, Norton Rose Fullbright, Jan. 2014, disponibile su <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a79cbad5-9178-4f78-8e98-fbcc97323b1e>

⁸⁷³ PARTASIDES C., *World Duty Free v. The Republic of Kenya: A Unique Precedent?*, Chatham House, disponibile su https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Moi_World_Duty_Free_Chatham_House_Mar_28_2007.pdf

⁸⁷⁴ Ibid, para. 74. Segnatamente l'investitore lamentava "(i) use of World Duty Free in the Goldenberg fraud; (ii) illegal expropriation of the Company; (iii) placing of World Duty Free in receivership; (iv) damage suffered from Court-appointed "receiver"; (v) Court refusal to protect World Duty Free from crime; (vi) unlawful deportation of the company's Chief Executive Officer; (vii) final judgment in defiance of ICSID; and (viii) registration of a duplicate World Duty Free during the pendency of the ICSID proceedings".

Nel caso in parola, l'investitore, World Duty Free, avviava un arbitrato ICSID convenendo il Kenya, quale *host state*, sulla base a un contratto “*for the construction, maintenance and operation of duty-free complexes at Nairobi and Mombassa International Airports*” del 27 aprile 1989 tra la società straniera e il Kenya⁸⁷⁵. L'investitore lamentava che il governo keniota aveva espropriato illegittimamente l'investimento posto in essere dall'investitore e violato varie obbligazioni contenute nel contratto del 1989 “*in using its executive, judiciary and agents like Kamlesh Pattni and his hand picked purported receivers*”⁸⁷⁶.

Nel corso del procedimento arbitrale, l'investitore ammetteva e forniva al tribunale la prova di aver ottenuto il contratto governativo pagando 2 milioni di dollari americani all'allora Presidente del Kenya⁸⁷⁷ ma dichiarava, al contempo, di considerare la donazione quale ‘costo di fare affari in Kenya’⁸⁷⁸.

Il Kenya, dal canto proprio, approfittava di una simile ammissione per argomentare che il caso avrebbe dovuto essere respinto, stanti le ‘*unclean hands*’ dell'investitore.

Il tribunale ICSID nel lodo arbitrale accoglieva la difesa keniota stabilendo che l'investitore straniero non era legittimato ad avanzare richieste risarcitorie per i danni subiti a causa della lamentata espropriazione illegittima dell'investimento dal momento che World Duty Free aveva commesso, a monte del contratto, atti di corruzione, per il suo ottenimento⁸⁷⁹.

Il tribunale concludeva quindi ritenendo che “*the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of ordre public international and public policy under the contract's applicable laws claims (...) on the ground of the Latin maxim ex turpi causa non oritur actio*” in quanto

⁸⁷⁵ *World Duty Free, supra*, para. 62.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ ROSE C., *Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption*, 31 *J. Int'l Arb.* 183, 2014, p. 204.

⁸⁷⁸ YACKEE J. W., *supra*, pp. 723, 730.

⁸⁷⁹ UROFSKY ET AL., *supra*.

tutte le questioni dedotte in arbitrato “*sound(ed) or depend(ed) upon*” l’accordo di concessione contaminato da corruzione⁸⁸⁰. In buona sostanza, l’ammissione del pagamento di una tangente da parte dell’investitore⁸⁸¹ portava il tribunale ICSID a concludere che, se fossero stati riconosciuti i diritti derivanti da un contratto di investimento procurato tramite corruzione e si fosse consentito il proseguimento delle istanze avanzate dall’investitore, ciò avrebbe violato l’ordine pubblico transnazionale⁸⁸².

Il Tribunale deduceva inoltre come la circostanza asserita dal ricorrente e secondo la quale la corruzione pubblica era culturalmente tollerata in Kenya e facente parte del suo tradizionale sistema cd. ‘*Harambee*’ fosse legalmente irrilevante.

In *World Duty Free*, quindi, il tribunale, attraverso la negazione di una decisione favorevole all’investitore, consentiva, di fatto, al Kenya di beneficiare delle azioni corrotte del suo Presidente e di trarre, al contempo, profitto dall’espropriazione⁸⁸³. La decisione del tribunale di ignorare il coinvolgimento significativo dello Stato ospitante nelle attività corrotte ha suscitato notevole interesse nella comunità arbitrale⁸⁸⁴. Da molti, infatti, *World Duty Free* è considerato il *leading case* che ha stabilito una ‘*clean hands defense*’ in grado di consentire a uno Stato ospitante di sfuggire alle proprie responsabilità nonostante i suoi funzionari pubblici siano partecipanti attivi in attività corrotte e l’investitore non abbia altra scelta, se vuole ottenere il contratto governativo, se non quella di pagare una tangente.

⁸⁸⁰ Ibid, para. 179, “*In conclusion, as regards public policy both under English law and Kenyan law (being materially identical) and on the specific facts of this case, the Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of ex turpi causa non oritur actio*”.

⁸⁸¹ PARTASIDES C., *World Duty Free v. The Republic of Kenya: A Unique Precedent?*, *supra*.

⁸⁸² DE CLAPIERS P., *The Impact of Corruption on the Ability to Arbitrate*, Ashrst, Apr. 2, 2014, disponibile su <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/the-impact-of-corruption-on-the-ability-to-arbitrate/#main-content>.

⁸⁸³ YACKEE J. W., *supra*, pp. 723, 733.

⁸⁸⁴ Ibid.

3.1.2. Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan

Fino alla decisione nel caso *Metal-Tech Ltd. v Republic of Uzbekistan* (di seguito, *Metal-Tech*) del 4 ottobre 2013 nessuna richiesta di protezione dei diritti sostanziali dell'investitore derivati da un trattato di investimento era stata mai respinta in ragione della corruzione di pubblici funzionari dell'*host state* (*rectius* in ragione delle '*unclean hands*' dell'investitore) da parte di un tribunale ICSID⁸⁸⁵.

In *Metal-Tech*⁸⁸⁶, l'investitore avviava un arbitrato ICSID contro l'Uzbekistan affermando che quest'ultimo aveva violato i suoi obblighi nascenti dalla legislazione nazionale e dal BIT in vigore tra Israele e Uzbekistan⁸⁸⁷, tra l'altro, non accordando alla Metal-Tech e al suo investimento un *fair and equitable treatment* e una *full protection and security* (FET) nonché espropriando la proprietà di Metal-Tech senza il dovuto giusto processo⁸⁸⁸. L'Uzbekistan respingeva le accuse della

⁸⁸⁵ PERRY S., *Uzbek claims dismissed because of corruption*, Global. Arb. Rev., Nov. 26, 2013, disponibile su <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32072/uzbek-claim-dismissed-corruption>; Si veda inoltre *Metal-Tech*, *supra*.

⁸⁸⁶ *Metal-Tech Ltd*, *ibid*.

⁸⁸⁷ *Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (Israel-Uzbekistan BIT)*, del 4 luglio 1994.

⁸⁸⁸ *Ibid*, “Uzbekistan violated its obligation to accord Israeli investments fair and equitable treatment pursuant to Article 2(2) of the BIT, namely its obligation not to frustrate the legitimate expectations engendered by the representations and commitments which it made and on which the Claimant relied in making its investment” (para. v) e “Uzbekistan violated its obligation to provide full protection and security to Metal-Tech’s investment in violation of Article 2(2) of the BIT. In particular, by revoking the legal guarantees set forth in Resolution No. 15, the Respondent violated its obligation to provide Metal-Tech with a secure commercial and legal environment. Moreover, by not intervening when UzKTJM denied Uzmetal access to its facilities in Chirchik, Uzbekistan violated its obligation to provide Claimant’s investment with physical security” (para. vii) e ancora “Uzbekistan’s measures against Uzmetal were taken in wilful disregard of due process and proper procedure” (para. vi). Si veda inoltre MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan – Is Really No One Getting Punished?*, Kluwer Arb. Blog, Jan. 3, 2014, disponibile su

Metal-Tech, sostenendo che “*the illegality in the Claimant’s investment bars jurisdiction over claims*”⁸⁸⁹ e presentava domande riconvenzionali per recuperare i danni asseritamente sostenuti a causa della condotta illecita posta in essere dalla Metal-Tech⁸⁹⁰. Segnatamente, l’Uzbekistan rilevava che: “*The Tribunal lacks jurisdiction over this dispute because the Claimant’s investment was ‘implemented’, i.e. made and operated, in violation of Uzbek law. In particular, the Claimant engaged in corruption and made fraudulent and material misrepresentations to gain approval for its investment. It also implemented its investment unlawfully by unjustly enriching itself and defrauding the JV, the Uzbek partners and the State*”⁸⁹¹.

Il tribunale giungeva alla conclusione per cui i pagamenti effettuati dall’investitore, pari a circa 4 milioni di dollari statunitensi, a vari individui, tra cui un funzionario pubblico e il fratello dell’allora Primo Ministro dell’Uzbekistan, mentre venivano presentati come remunerazione per asseriti servizi di consulenza, costituivano, di fatto, un’ipotesi di corruzione⁸⁹² e violavano l’obbligo ai sensi del rilevante BIT di effettuare investimenti in conformità con la legge uzbeka⁸⁹³. In particolare, il tribunale riteneva che “*corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant’s investment in Uzbekistan*”. Di conseguenza l’investimento non era stato posto in essere “*in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made*” come richiesto dall’art. 1(1) del rilevante BIT⁸⁹⁴ mentre, invece, il consenso espresso dall’Uzbekistan circa l’arbitrabilità di una controversia, ai sensi dell’articolo 8(1) dello stesso BIT era limitato alle

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/01/03/metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-is-really-no-one-getting-punished/>.

⁸⁸⁹ Ibid, para. 379.

⁸⁹⁰ Ibid, “*the Claimant engaged in corruption and made fraudulent and material misrepresentations to gain approval for its investment*”.

⁸⁹¹ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, *supra*, para. i.

⁸⁹² MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, *supra*.

⁸⁹³ PERRY S., *supra*.

⁸⁹⁴ *Metal-Tech*, *supra*, para. 372.

controversie ‘concerning an investment’. Al riguardo, l’articolo 1(1) del BIT restringeva la nozione di ‘investimento’ solo a quelle operazioni finanziarie sviluppate in conformità con la legge locale. Di conseguenza il tribunale concludeva nel senso per cui “*the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan’s consent. This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute*”⁸⁹⁵.

Il tribunale riteneva inoltre di non avere giurisdizione sulla pretesa vantata da Metal-Tech neppure ai sensi della legge uzbeka, dal momento che l’Uzbekistan non aveva acconsentito a sottoporre ad arbitrato tali questioni indipendentemente dal BIT.

Il tribunale accennava inoltre brevemente alla condanna della corruzione ai sensi del diritto internazionale e delle leggi emanate dalla maggioranza degli Stati, delle convenzioni internazionali anti-corruzione e alle precedenti decisioni, fondandosi tuttavia principalmente sull’interpretazione del BIT, della legge uzbeka e della convenzione ICSID per respingere l’azione dell’investitore⁸⁹⁶.

Quanto all’onere e allo *standard* di prova (sui quali *infra*, para. 3.3) per ritenere che “*corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant’s investment in Uzbekistan*”, il tribunale riteneva che “*since the claims brought in this arbitration seek to establish the responsibility of a State for breach of the latter’s international obligations, it is appropriate to apply international law to the burden of proof. The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognised and applied by international courts and tribunals*” (*maxim actori incumbat probatio*)⁸⁹⁷. Il tribunale aggiungeva che “*it notes that corruption is by*

⁸⁹⁵ Ibid, para. 373.

⁸⁹⁶ MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan – “Strike Two” Against Investor Claimants Facing the Corruption Defense*, InfLawGrrls, Dec. 18, 2013, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2370840.

⁸⁹⁷ *Metal-Tech, supra*, para. 237.

*essence difficult to establish and that it is thus generally admitted that it can be shown through circumstantial evidence*⁸⁹⁸ ma che “*the Claimant was unable to substantiate its contention that actual services had been carried out for legitimate purposes in return for those payments*”⁸⁹⁹.

Nel raggiungere le sue conclusioni, il tribunale dichiarava che i fatti del caso presentavano una serie di ‘*red flags*’ stabilite dalla comunità internazionale quali indicatori di corruzione⁹⁰⁰. Nel concludere che i pagamenti dell’investitore erano illegali secondo la legge uzbeka, il tribunale considerava, in particolare: l’entità dei pagamenti effettuati dall’investitore, il fatto che questi fossero sproporzionati rispetto ai servizi forniti, la mancanza di qualifica professionale dei consulenti e la mancanza di trasparenza delle modalità di pagamento, nonché la stretta connessione di alcuni dei consulenti con funzionari pubblici uzbeki responsabili per l’approvazione dell’investimento dell’investitore e l’incapacità dell’investitore di fornire una spiegazione chiara e logica a giustificazione della legittimità dei servizi per i quali i pagamenti erano stati effettuati⁹⁰¹.

A seguito quindi dell’interpretazione del BIT, della legge uzbeka così come della convenzione ICSID e sulla base delle prove circostanziali addotte, il tribunale riscontrava quindi la propria mancanza di giurisdizione *tout court* sulla controversia⁹⁰².

Tuttavia, nel ritenere l’istanza di Metal-Tech respinta in via preliminare in ragione della condotta corruttiva posta in essere dalla stessa, il tribunale dichiarava

⁸⁹⁸ Ibid, para. 243. “*The question is whether for allegations of corruption, the burden should be shifted to the Claimant to establish that there was no corruption. Rules establishing presumptions or shifting the burden of proof under certain circumstances, or drawing inferences from a lack of proof are generally deemed to be part of the lex causae. In the present case, the lex causae is essentially the BIT, which provides no rules for shifting the burden of proof or establishing presumptions. Therefore, the Tribunal has relative freedom in determining the standard necessary to sustain a determination of corruption*” (ibid, para. 238).

⁸⁹⁹ Ibid, para. 256.

⁹⁰⁰ PERRY S., *supra*.

⁹⁰¹ MESHEL T., *supra*.

⁹⁰² MESHEL T., *supra*.

di essere “*sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act*”⁹⁰³.

Sebbene quindi il tribunale abbia respinto la richiesta della Metal-Tech, lo stesso riconosceva che essendo la corruzione essenzialmente bilaterale in qualche misura anche l’*host state* aveva partecipato alla condotta corrotta, decidendo conseguentemente sulla ripartizione delle spese. Il tribunale notava che la sua decisione “*does not mean that the state has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the parties share in the costs*”⁹⁰⁴.

Pertanto, questa decisione ha non solo ribadito l’impostazione accolta in *World Duty Free* circa l’importanza della corruzione nel contesto degli investimenti internazionali ma ha altresì evidenziato che respingere un reclamo sulla base di attività corruttiva risponde ad esigenze di giustizia complessiva del sistema pur rilevando che si tratta di una attività essenzialmente bilaterale e che quindi una qualche considerazione deve aversi altresì per la condotta dell’*host state*⁹⁰⁵.

3.1.3. Siemens A.G. v. Argentine Republic

⁹⁰³ *Metal-Tech, supra*, para. 389.

⁹⁰⁴ *MESHEL T., supra*.

⁹⁰⁵ *COWLEY R. & BRIDI A., supra*.

Siemens A.G. v Argentine Republic (di seguito, *Siemens*)⁹⁰⁶ è un caso interessante ai nostri fini in quando, pur mancando una decisione da parte del tribunale arbitrale in relazione all'ipotesi di corruzione, ha dimostrato i potenziali benefici extra-giudiziali di una difesa di *'unclean hands'*.

In *Siemens*, l'investitore, una multinazionale tedesca, avviava un arbitrato ICSID contro l'Argentina sulla base del BIT in vigore tra Argentina e Germania⁹⁰⁷ accusando l'*host state* di non aver ottemperato allo *standard FET*, di aver imposto misure discriminatorie e arbitrarie a suo carico nonché di aver espropriato il suo investimento⁹⁰⁸. Il tribunale ICSID nella sua decisione, dichiarava che l'Argentina avesse violato il relativo BIT poiché le azioni del governo argentino durante la crisi costituivano una forma di espropriazione illegale⁹⁰⁹. Alla multinazionale tedesca veniva quindi riconosciuto un risarcimento del valore di 200 milioni di dollari⁹¹⁰.

Mentre pendeva il procedimento di annullamento del lodo avviato dalla Siemens, veniva tuttavia alla luce come i dirigenti di questa avessero sistematicamente incoraggiato la corruzione di funzionari pubblici in tutto il mondo, su vasta scala, anche in Argentina⁹¹¹. La Siemens si trovava così coinvolta in una serie di indagini su ipotesi di corruzione e, in esito, ammetteva la propria

⁹⁰⁶ *Siemens A.G. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/08, lodo, 6 febbraio 2007, disponibile su <https://www.italaw.com/cases/1026>

⁹⁰⁷ Treaty on the Mutual Protection and Promotion of Investments between the Federal Republic of Germany and the Argentine Republic del 9 aprile 1991.

⁹⁰⁸ *Siemens A.G. v Argentine Republic*, *supra*, para. 195.

⁹⁰⁹ *Ibid*, para. 273 “*The Treaty requires that the expropriation be for a public purpose and compensated. The Tribunal finds that there is no evidence of a public purpose in the measures prior to the issuance of Decree 669/01. It was an exercise of public authority to reduce the costs to Argentina of the Contract recently awarded through public competitive bidding, and as part of a change of policy by a new Administration eager to distance itself from its predecessor*” e “*in any case, compensation has never been paid on grounds that, as already stated, the Tribunal finds that are lacking in justification*”.

⁹¹⁰ *Siemens A.G. v Argentine Republic*; si veda inoltre LOSCO M. A., *supra*, p. 1202.

⁹¹¹ YACKEE J. W., *supra*.

colpevolezza negli accordi transattivi con le autorità anti-corrruzione statunitense e tedesca.

In risposta a siffatte rivelazioni, l'Argentina chiedeva al tribunale ICSID di 'rivedere' la sentenza emessa. La richiesta di revisione del procedimento arbitrale convinceva la Siemens a definire un accordo, seppure a caro prezzo⁹¹². La multinazionale tedesca accettava infatti di rinunciare al risarcimento di 200 milioni di dollari in cambio del consenso dell'Argentina ad interrompere i procedimenti di annullamento e revisione⁹¹³.

La rilevanza (o l'irrelevanza) della corruzione non è stata mai considerata durante il procedimento arbitrale e il tribunale non ha mai avuto la possibilità di pronunciarsi sulle conseguenze legali delle accuse di corruzione⁹¹⁴. Ciononostante, si può tentare di formulare un'ipotesi relativamente a ciò che sarebbe potuto accadere se il tribunale si fosse confrontato con una simile eccezione avendo riguardo alla giurisprudenza arbitrale che già aveva considerato la rilevanza della corruzione pubblica nelle controversie contrattuali di tal genere. È abbastanza probabile infatti che il tribunale ICSID, laddove ne avesse avuta la possibilità, avrebbe fatto riferimento ad un ordine pubblico transnazionale che condanna la corruzione per negare a Siemens ristoro sulla base del suo comportamento corrotto⁹¹⁵.

3.1.4. MOL Hungarian Oil and Gas Plc v. Republic of Croatia: prospettive applicative

Nel 2003 le autorità croate decidevano di privatizzare INA Industrije Nafta d.d. (di seguito, INA), la più importante impresa croata nel settore del petrolio e del gas, e MOL Hungarian Oil and Gas PLC (di seguito, MOL), una società ungherese, ne acquisiva una quota azionaria pari al 25% + 1, mentre il governo croato rimaneva

⁹¹² Ibid.

⁹¹³ YACKEE J. W., *supra*.

⁹¹⁴ LOSCO M. A., *supra*.

⁹¹⁵ YACKEE J. W., *supra*, p. 739.

il principale azionista. Come parte dell'accordo, MOL e il governo croato sottoscrivevano un patto parasociale in data 17 luglio 2003. Tra il 2003 e il 2007, il governo croato proseguiva il processo di privatizzazione di INA riducendo via via la propria partecipazione azionaria fino ad una rinegoziazione dello *shareholder agreement* all'inizio del 2008, utilizzato come base per aumentare la partecipazione di MOL in INA alla soglia del 29,08%. I negoziati culminavano in due accordi conclusi il 30 gennaio 2009 (cd. '2009 Shareholders' agreements'). In esito a tale operazione MOL diveniva la principale azionista di INA con una quota di proprietà azionaria di poco inferiore al 50% e il controllo di gestione della società⁹¹⁶.

Due sono gli arbitrati che hanno visto quali parti contrapposte MOL e il governo croato: un arbitrato secondo le regole UNCITRAL da un lato, amministrato dalla CPA e conclusosi a favore della Croazia, e un arbitrato ICSID dall'altro, il cui procedimento è ancora in corso.

Per quanto riguarda la procedura ICSID *MOL Hungarian Oil and Gas PLC v. Repubblica di Croazia* (di seguito MOL) l'investitore, MOL, avviava un arbitrato ai sensi dell'*Energy Charter Treaty* (di seguito, ECT)⁹¹⁷ per l'asserito *unfair and inequitable treatment* e per l'espropriazione posti in essere dal governo croato nei confronti del suo investimento in INA.

Nel frattempo, nel gennaio 2014, il governo croato avviava un arbitrato parallelo contro MOL ai sensi delle *UNCITRAL Rules* con l'intento di invalidare gli *shareholders' agreements* del 2009⁹¹⁸. In quest'ultimo procedimento, il governo croato richiedeva che gli accordi del 2009 fossero dichiarati nulli *ab origine* sulla base del fatto che la corruzione aveva avuto luogo nel corso della stipulazione degli accordi quando il Primo Ministro croato era Ivo Sanader, che MOL pagasse i danni asseritamente causati dalla sua condotta delittuosa e che questi fossero riconosciuti a favore della Croazia.

⁹¹⁶ Il Governo Croato detiene attualmente una percentuale pari al 44.8% in INA.

⁹¹⁷ *MOL Hungarian Oil and Gas Plc v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/13/32, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4073.pdf>.

⁹¹⁸ *Republic of Croatia v MOL Hungarian Oil and Gas Plc*, *supra*.

In entrambi gli arbitrati la principale argomentazione del governo croato era ed è quella per cui MOL avrebbe procurato gli accordi del 2009 attraverso la corruzione del Primo Ministro croato, Ivo Sanader⁹¹⁹ da parte del CEO di MOL e il suo presidente Zsolt Hernadi. Lo Stato ospitante evidenzia la circostanza per cui nel novembre 2012 Sanader veniva condannato a una pena detentiva di otto anni dal tribunale croato per aver ricevuto tangenti per un importo di cinque milioni di euro dall'investitore MOL in cambio della facilitazione degli accordi azionari del 2009. Tuttavia, nel luglio 2015, la Corte Suprema croata annullava la condanna per corruzione contro Sanader sulla base di errori procedurali e ordinava la revisione del processo, avviata nel settembre 2015. Le autorità croate sollevavano inoltre un'accusa contro Zsolt Hernadi per aver pagato tangenti per assicurare a MOL una quota azionaria significativa in INA, ma Hernadi sta attualmente eludendo l'accusa⁹²⁰.

Secondo il punto di vista dello Stato ospitante, l'investitore non avrebbe mai effettuato un investimento valido e il tribunale non avrebbe quindi giurisdizione sul caso⁹²¹.

D'altra parte, l'investitore nega qualsiasi illecito da parte sua, affermando che né MOL né Hernadi sono mai stati condannati per alcun reato in relazione agli accordi azionari del 2009 e che le accuse penali contro Hernadi sono perseguite in uno sforzo da parte dello Stato ospitante per assumere nuovamente il controllo in

⁹¹⁹ Ivo Sanader è stato Primo Ministro dal dicembre 2003 al luglio 2009, quando improvvisamente si dimise dalla carica.

⁹²⁰ *MOL Hungarian Oil and Gas Plc v. Republic of Croatia*, *supra*, para. 17, p. 5.

⁹²¹ *Ibid*, para. 55, “*the corruption which underlies the First Amendment and the GMA will not only feature at the merits stage of these proceedings but will also form a jurisdictional objection based on inter alia lack of consent, lack of “investment”, lack of good faith and violation of public policy*”. Si veda inoltre, OBERSTEINER T., “*In Accordance with Domestic Law*” *Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*, *supra*, p. 5.

INA⁹²². Inoltre, MOL sostiene che le determinazioni fattuali raggiunte nei procedimenti penali croati non sono nella disponibilità del tribunale ICSID⁹²³.

In generale e come si discuterà a breve (*infra*, para. 3.3), la prova della corruzione è tutt'altro che agevole in quanto di solito vi è scarsa - se non alcuna - prova concreta. In MOL il tribunale ICSID dovrà stabilire quindi, anzitutto, come affrontare questa particolare situazione dal momento che, a differenza di quanto visto con riferimento ai casi *World Duty Free* e *Metal-Tech*, qui l'investitore contesta fermamente la denuncia di corruzione mentre i fatti e le circostanze di questo caso suggeriscono che gli accordi azionari del 2009 potrebbero essere stati, in effetti, contaminati da corruzione. Il tribunale ICSID dovrà quindi stabilire qual è la parte gravata dall'onere della prova e se tale onere della prova possa essere soddisfatto semplicemente attraverso l'asserzione delle cd. *red flags* stabilite dalla comunità internazionale come indici che un'attività corruttiva è stata effettivamente posta in essere. Il tribunale potrebbe trovarsi nella condizione di dover fare ricorso a presunzioni piuttosto che prove piene. In ogni caso la corruzione dovrà essere sufficientemente provata per convincere il tribunale che non ha giurisdizione sulle istanze presentate da MOL⁹²⁴.

⁹²² *MOL Hungarian Oil and Gas Plc v. Republic of Croatia*, *supra*, para. 17, p.5.

⁹²³ *Ibid*, para. 50.

⁹²⁴ Nell'arbitrato PCA secondo le regole UNCITRAL il governo croato ha presentato prove 'circostanziali' quanto all'accusa di corruzione, sostenendo che: "*Firstly, it relied upon the fact that Dr Sanader had been convicted of bribery by the Zagreb County Court and the conviction had been upheld by the Court of Appeal. Although Croatia did not submit that this Tribunal was bound by that conviction and, indeed, there was no challenge to the expert reports from Judge Schwebel and Professor Reisman to the contrary effect, Croatia submitted that the conviction was nevertheless a factor which this Tribunal should take into account. Secondly, Croatia relied upon the evidence of Mr Jedio, who had given statements to USKOK, had given evidence at the trial of Dr Sanader, and finally gave evidence before this Tribunal in May 2015. His evidence, says Croatia, establishes the bribery without any doubt. The third strand of evidence was from Mr Horlimann. The Tribunal thought originally that he was a lawyer, as he was a partner in the law firm of Wenger and Vieli, which is based in Zug. Mr HOrlimann, who had been involved in some of the transactions to be considered below and was certainly acting on behalf of Mr Jedio and his companies, gave a*

Pertanto, il tribunale in MOL dovrà decidere se l'investitore abbia diritto di accedere alla protezione internazionale⁹²⁵.

Dal canto proprio, invocando la *'clean hands defense'*, il governo croato spera che il tribunale ICSID respinga la richiesta dell'investitore e non imponga alcuna responsabilità finanziaria in capo alla Croazia.

Il tribunale potrebbe ritenere, seguendo l'approccio adottato nel caso *Plama*, che la protezione ai sensi dell'ECT non riguardi investimenti contrari al diritto nazionale o internazionale⁹²⁶, nonostante l'ECT non disponga espressamente in tali termini⁹²⁷.

Tuttavia, il tribunale dovrà altresì prendere in considerazione il fatto che l'ECT deve essere interpretato in conformità con la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e che il preambolo dell'ECT stesso stabilisce che lo scopo del trattato è quello di *'strengthen the rule of law on energy issues'*⁹²⁸. Di conseguenza, il tribunale potrebbe verosimilmente concludere che la protezione sostanziale offerta dall'ECT non può essere applicata agli investimenti illeciti. Il tribunale potrebbe anche ritenere che l'investimento in questione abbia violato non solo la

voluntary statement to USKOK, which was placed before the Sanader trial court when Mr Hurlimann declined to attend the Sanader trial' (ibid, para. 81-83).

⁹²⁵ SMUTNY A. C. & POLÁSEK P., *Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration*, TDM, 1, 2012, disponibile su <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1794>.

⁹²⁶ Seri tentativi di eliminare la corruzione indicano che il governo croato è impegnato seriamente nella lotta alla corruzione. Ad esempio, la Croazia ha ratificato la *Council of Europe Criminal Law Convention against Corruption*. Una novella del codice penale croato, in cui il delitto di corruzione è stato considerato sia sotto il profilo attivo che quello passivo, è stata approvata (con modifiche che hanno riguardato inoltre il riciclaggio di danaro sporco, traffico di influenze illecite, abuso d'ufficio e di autorità, concorrenza sleale negli affari internazionali, bancarotta, ecc.).

⁹²⁷ Il tribunale nel caso *Plama* sottolineava il fatto che l'ECT non contenesse una espressa previsione che richiedeva la conformità dell'investimento alla legge dell'*host state* ma il tribunale ha ritenuto, nondimeno, che *"this does not mean, however, that the protection provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law"* (*Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, supra*).

⁹²⁸ SMUTNY A. C. & POLÁSEK P., *supra*, p. 292.

legislazione croata, ma anche il diritto internazionale, ai sensi dell'articolo 26(6) dell'ECT, che prevede che le controversie debbano essere decise in conformità di *'applicable rules and principles of international law'*⁹²⁹. Tali norme e principi applicabili del diritto internazionale potrebbero certamente includere il principio di buona fede, il principio per cui *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, così come la nozione di ordine pubblico transnazionale.

Pertanto, il tribunale potrebbe concludere nel senso che concedere protezione ai sensi dell'ECT agli investimenti di MOL contrasterebbe con le nozioni di base dell'ordine pubblico transnazionale⁹³⁰ e accettare la difesa di *'unclean hands'* sollevata dallo Stato ospitante escludendo MOL dal recupero del proprio investimento alla luce dell'ECT per il fatto che gli accordi degli azionisti del 2009 sono stati ottenuti attraverso corruzione.

Idealmente, le conseguenze della corruzione non dovrebbero ricadere esclusivamente sull'investitore MOL. Piuttosto, il tribunale dovrebbe valutare le azioni illegali di entrambi lo Stato ospitante e l'investitore e non accettare in misura assoluta la difesa di *'clean hands'* dello Stato ospitante⁹³¹.

Mentre l'arbitrato ICSID è ancora pendente, l'esito dell'arbitrato UNCITRAL nel 2016 ha respinto la richiesta della Croazia di annullare gli accordi del 2009 ritenendo che il governo croato non abbia fornito prove sufficienti riguardo al fatto che la corruzione abbia avuto luogo durante il processo di formazione degli accordi azionari⁹³².

⁹²⁹ Ibid.

⁹³⁰ Ibid.

⁹³¹ Nel dicembre 2016, il tribunale arbitrale UNCITRAL rigettava la richiesta croata di dichiarare nulli gli accordi azionari del 2009 ritenendo che le prove presentate non fossero sufficienti a dimostrare la corruzione. Nella sentenza si legge che: *"The Arbitral Tribunal finds, declares, rules, orders and awards that Croatia's claim based on bribery, corporate governance and MOL's alleged breaches of the 2009 Shareholders' Agreements are all dismissed"*.

⁹³² *Republic of Croatia v. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc*, *supra*, para. 459.

3.1.5. Niko resources (Bangladesh) v Bangladesh

Vale la pena accennare, seppur brevemente e per mere ragioni di completezza, al caso *Niko Resources v Bangladesh*⁹³³, sebbene si tratti di una controversia che vede quali parti contrapposte il Bangladesh e un'entità bengalese. In tal caso, peraltro, così come in *World Duty Free*, non vi era un BIT rilevante, bensì e piuttosto un accordo di *Joint Venture* che otteneva l'approvazione governativa. Ciononostante, la decisione appare rilevante, ai nostri fini, in quanto ha trattato ampiamente ed esplicitamente la *clean hands doctrine* in un caso avente ad oggetto una difesa invocata per corruzione.

I convenuti (People's republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) e Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)) sostenevano che l'investitore, Niko resources, avesse posto in essere attività corruttiva e che, quindi, non avrebbe potuto beneficiare della clausola arbitrale ICSID contenuta nell'accordo di *Joint Venture*⁹³⁴. In particolare, i convenuti sostenevano che: “*jurisdiction must be denied because the Claimant has violated the principles of good faith and international public policy*” e che il tribunale arbitrale aveva il potere-dovere di proteggere l'integrità del sistema ICSID di risoluzione delle controversie “*by dismissing a claim which represents a violation of fundamental principles of law*”⁹³⁵.

Citando alcuni estratti di due decisioni ICSID⁹³⁶ i convenuti rilevavano che: “*As noted by the Phoenix tribunal, 'the purpose of the international protection is to*

⁹³³ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v Bangladesh, petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/18.

⁹³⁴ A sostegno della loro posizione, i convenuti invocano diverse argomentazioni, segnatamente: (i) l'offerta di arbitrato ICSID ai sensi del contratto si applica solo agli investimenti effettuati in buona fede, (ii) l'accettazione della giurisdizione comprometterebbe l'integrità del meccanismo di risoluzione delle controversie ICSID e (iii) la dottrina delle mani pulite.

⁹³⁵ *Ibid*, para. 374.

⁹³⁶ *Phoenix Action Ltd. v Czech Republic*, *supra*, para. 106; *Gustaf F. W. Hamster Gmb Hamp Co. KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, lodo, 18 giugno 2010, (*Hamster*), para.123.

*protect legal and bona fide investments'. Thus when there is an allegation of fraudulent conduct by the foreign investor, tribunals should examine all the circumstances surrounding the lifespan of the investment, having direct relation to the investment claim. As stated by the Phoenix tribunal, one function of an ICSID tribunal is 'to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected'"*⁹³⁷.

Nelle successive memorie tale posizione veniva sviluppata nel senso che *"jurisdiction should be denied because the Claimant has violated the principles of good faith and international public policy, in a manner intimately linked to the alleged investment (...) The Claimant does not bring this claim with clean hands"*⁹³⁸.

⁹³⁷ *Niko Resources, supra*, para. 375.

⁹³⁸ *Ibid*, para. 376-377 "(1) *An admitted aim of the two acts of bribery set out in the Agreed Statement of Facts was 'to persuade the Bangladesh Energy Minister to exercise his influence to ensure that Niko was able to secure a gas purchase and sales agreement acceptable to Niko' (the other being 'to ensure the company was dealt with fairly in relation to claims for compensation for the blowouts')*: (2) *As defined in domestic and international law, an act of bribery is complete when the benefit is provided to the public official, with the intention of influencing that official's performance of his or her functions. Whether or not the bribe in fact causes the official to act as the briber desired is not within the briber's control, and does not affect the gravity of the briber's conduct.* (3) *Whether or not the bribe had a causal link with the conclusion of the contract may be relevant where one party to the contract argues that it is void or voidable.* (4) *The Respondents do not intend to argue that the contract is void or voidable, by reason of corruption or otherwise. They would, of course, revisit this position if further disclosure made it appropriate to do so.* (5) *The question in this case is whether ICSID jurisdiction should be denied to a claimant which attempts to procure a contract by bribery, or only to one which succeeds.* (6) *The Respondents intend to argue that the Tribunal should decline jurisdiction because, in attempting to procure by bribery the very agreement on which its jurisdiction would be based, the Claimant has violated the principles of good faith and international public policy, in a manner intimately linked to the alleged investment. The Tribunal is empowered to protect the integrity of the ICSID dispute settlement mechanism by dismissing a claim which represents a violation of fundamental principles of law. The Claimant does not bring this*

Con specifico riguardo all'ipotesi di corruzione, al fine di obiettare alla giurisdizione, i convenuti affermavano che “*corruption is unlawful in domestic and international law*”, e che “*bribery is illegal under the law of Bangladesh*” oltre che “*condemned throughout the world*”. Tali asserzioni non venivano contestate dall'investitore⁹³⁹. I convenuti precisavano poi che “*corruption is contrary to the principles of good faith, clean hands and international public policy. It is widely accepted that the prohibition of bribery is of such importance for the international legal order that it forms part of what has been described as international or transnational public policy. Arbitral awards and learned writers have supported this position. The matter was considered in particular detail and with admirable erudition in the World Duty Free case by a distinguished tribunal*⁹⁴⁰”. Il tribunale arbitrale in *Niko Resources* affermava di non essere a conoscenza di alcuna posizione contraria a tali statuizioni e accettava pertanto, senza ulteriori sviluppi, che il divieto di corruzione facesse parte dell'ordine pubblico transnazionale⁹⁴¹.

Quanto alla *clean hands doctrine*, nel *Counter-Memorial* i convenuti precisavano che “*‘clean hands’ principle is well recognised in common law*” citando, a supporto, l'opinione individuale che il giudice Manley Hudson aveva reso nella causa dinanzi alla Corte Permanente di giustizia internazionale concernente la *Diversione dell'acqua dalla Mosa*⁹⁴².

claim in good faith or with clean hands. That is not affected by whether or not, on the facts, the bribery achieved its admitted purpose. [...] The Respondents submit that the fact that the Claimant's proven bribery was intended to procure the conclusion of that Agreement [the GPSA] suffices as a bar to the admissibility of the claim”.

⁹³⁹ Ibid, para. 430.

⁹⁴⁰ Il tribunale in *World Duty Free* stabiliva che “*bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy*” e che “*(...) claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*”.

⁹⁴¹ Ibid, para. 431-433. Tale opinione si basava su un principio legale descritto da varie espressioni tra cui la massima ‘*he who seeks equity must do equity*’ che viene spesso citata quale manifestazione particolarmente importante del principio di ‘*clean hands*’.

⁹⁴² *Netherlands v Belgium*, (1937) PCIJ, Series A/B, No. 70, para. 73 e ss.

Il collegio arbitrale in *Niko Resources* rilevava che: “*the principle of clean hands is known as part of equity in common law countries. The question whether the principle forms part of international law remains controversial and its precise content is ill defined. The situation has been analysed in great detail in a recent award in the case of Guyana v. Suriname by an Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). That UNCLOS Tribunal found: ‘No generally accepted definition of the clean hands doctrine has been elaborated in international law. Indeed, the Commentaries of the ILC Draft Articles on State Responsibility acknowledge that the doctrine has been applied rarely and, when it has been invoked, its expression has come in many forms. The ICJ has on numerous occasions declined to consider the application of the doctrine, and has never relied on it to bar admissibility of a claim or recovery. However, some support for the doctrine can be found in dissenting opinions in certain ICJ cases, as well as in opinions in cases of the Permanent Court of International Justice (‘PCIJ’). [...] These cases indicate that the use of the clean hands doctrine has been sparse, and its application in the instances in which it has been invoked has been inconsistent*”⁹⁴³. Il tribunale arbitrale UNCLOS nel considerare l’eccezione di inammissibilità formulata dallo Stato convenuto sulla base delle ‘*unclean hands*’ di controparte riteneva che la dottrina in parola potesse operare nel diritto internazionale se tre condizioni fossero state soddisfatte (ricavate dalla prassi giurisprudenziale che si era occupata di *clean hands*): “(i) *the breach must concern a continuing violation, (ii) the remedy sought must be “protection against continuance of that violation in the future”, not damages for past violations and (iii) there must be a relationship of reciprocity between the obligations considered*”⁹⁴⁴.

Il tribunale in *Niko* rilevava tuttavia che, sebbene non fosse possibile considerare la *clean hands doctrine* alla stregua di diritto consuetudinario (stante la richiamata prassi tutt’altro che univoca in tal senso), taluni giuristi ritengono che “*primarily*

⁹⁴³ *Guyana v. Suriname*, PCA Case 2004/04, lodo, 16 settembre 2007, para. 418.

⁹⁴⁴ *Ibid*, para. 420-421

*because of its recognition in the domestic orders of many States, it must be qualified as a general principle of law*⁹⁴⁵. Concerning the substantive content of the principle in international law, it has been summarised by Fitzmaurice: “‘He who comes to equity for relief must come with ‘clean hands’. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary locus standi in judicio for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it”⁹⁴⁶. Come dimostrato da tale richiamo, l’applicazione del principio richiede una sorta di reciprocità (tant’è che ne caso relativo alla diversione delle acque del fiume Mosa il Giudice Hudson lo assimilava alla *exceptio non adimpleti contractus* e del pari si esprimeva il Giudice Schwebel nel caso concernente le attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua)⁹⁴⁷.

In un’accezione più ampia è stato ritenuto che la *clean hands doctrine*, seppure non menzionata con tale espressa terminologia, ha trovato applicazione in molte azioni che sono state rigettate per mancanza di giurisdizione o inammissibilità in quanto il *petitum* era stato ottenuto in maniera illecita o comunque non ‘*in accordance with the law of the host State*’⁹⁴⁸.

Il tribunale rilevava che, applicando queste considerazioni al caso di specie e all’obiezione formulata dai convenuti sulla base della dottrina delle mani pulite, era ovvio che essa non soddisfacesse i criteri che il giudice Hudson e il tribunale arbitrale UNCLOS avevano identificato per l’applicazione della dottrina nel diritto

⁹⁴⁵ DUMBERRY, DUMAS-AUBIN, *supra*, p. 3, riferendosi a KREINDLER, *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, *supra*, p. 317, e alle opinioni dei Giudici Schwebel e Anzilotti nei casi, rispettivamente, innanzi alla CIG e alla Corte Permanente.

⁹⁴⁶ FITZMAURICE G., *The General Principles of International Law*, *supra*, p. 119

⁹⁴⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Dissenting Opinion* del Giudice Schwebel, *supra*.

⁹⁴⁸ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh*, *supra*, para. 482.

internazionale⁹⁴⁹ ed escludeva quindi l'applicabilità della dottrina in parola pur non negandone la sussistenza nel diritto internazionale⁹⁵⁰.

3.2. Frode e false dichiarazioni

Il concetto di frode rilevante ai nostri fini può definirsi, in estrema sintesi, come un travisamento consapevole della verità od occultamento di un fatto materiale da parte di un investitore al fine di indurre lo Stato ospitante ad agire in un modo che è dannoso per i suoi interessi⁹⁵¹.

Quindi, a differenza della corruzione, affinché si verifichi un'ipotesi di frode, le azioni o le omissioni di una sola parte sono necessarie e sufficienti.

Sebbene il divieto di frode non sia stato così ampiamente riconosciuto come è avvenuto invece con riguardo alla corruzione, vi sono stati taluni casi in cui agli investitori è stato impedito di ottenere protezione innanzi ad un tribunale arbitrale in ragione della loro condotta fraudolenta⁹⁵². La logica alla base di questa conclusione risiede nel fatto che lo Stato non avrebbe mai approvato l'investimento se fosse stato a conoscenza dei fatti reali, travisati dall'investitore⁹⁵³. Il divieto di frode si può ricondurre in termini generali al rispetto del principio di buona fede il quale “*requires parties to deal honestly and fairly with each other, to represent their motives and purposes truthfully, and to refrain from taking unfair advantage*”⁹⁵⁴. Sebbene il divieto di frode come regola di ordine pubblico

⁹⁴⁹ *Ibid*, para. 481.

⁹⁵⁰ *Ibid*, para. 483-485.

⁹⁵¹ *Incesya Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, *supra*, para. 102-128. Per una definizione di frode nel diritto internazionale si rimanda a Transparency International (“*The offence of intentionally deceiving someone in order to gain an unfair or illegal advantage (financial, political or otherwise)*”), disponibile su <https://www.transparency.org/glossary/term/fraud>.

⁹⁵² *Incesya Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, *supra*, para. 143.

⁹⁵³ *Ibid*, para. 102-128.

⁹⁵⁴ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, *supra*, para. 107. Nel discutere il ruolo del principio di buona fede nel diritto internazionale, il tribunale nel caso *Incesya Vallesoletana v. Republic of El Salvador*, *supra*, para. 231, affermava che: “*in the contractual field, good faith means absence of*

transnazionale non sia ancora, come accennato, così largamente accolto come nel caso della proscrizione della corruzione vi è chi ritiene che “*certainly some manifestations of fraud, particularly those that might conceal illegal activities such as corruption and money laundering, are, with no doubts, condemned by international public policy*”⁹⁵⁵.

Una crescente attenzione nei confronti della frode è riscontrabile nell’arbitrato in materia di investimenti. Un’ipotesi di frode può ricorrere non solo nelle false dichiarazioni relative alla transazione in questione, ma può altresì presentarsi nel contesto del procedimento arbitrale laddove una parte presenti documenti falsi o induca coscientemente in errore il tribunale⁹⁵⁶. La condanna della frode nell’arbitrato internazionale si spiega sulla base della convergenza delle leggi nazionali, delle convenzioni internazionali, della giurisprudenza arbitrale, dei principi generali del diritto internazionale e delle opinioni dottrinali. Quanto agli ordinamenti interni, si può osservare come la maggior parte dei Paesi punisca, ai sensi del proprio ordinamento interno, la frode, prevedendo l’annullamento di contratti ottenuti per tale via⁹⁵⁷ e i tribunali nazionali rifiutino di riconoscere, ovvero di dare attuazione, ai lodi arbitrali che siano stati contaminati da frode⁹⁵⁸. Sul piano

deceit and artifice during the negotiation and execution of instruments that gave rise to the investment, as well as loyalty, truth and intent to maintain the equilibrium between the reciprocal performance of the parties”.

⁹⁵⁵ CREMADES B. M., CAIRNS D. J. A., *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, 58 Disp. Resol. J., 2004, p. 68.

⁹⁵⁶ HANOUTIAU B., *Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings*, in *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, A. J. Van Den Berg ed., 2003, p. 273-277.

⁹⁵⁷ RUBINO-SAMMARTANO M., *International Arbitration Law and Practice*, Juris, 2001, p. 449.

⁹⁵⁸ Per citare alcuni esempi, Australian International Arbitration Act 1974 § 19 (“*an award is in conflict with the public policy of Australia if it was induced or affected by fraud*”); Belgian Judicial Code, Art. 1704(2)(a) & (3) (a)-(c) (“*an arbitral award can be set aside if it was obtained by fraud or it is contrary to public policy*”); India Arbitration and Conciliation Act 1996 §§ 34(2)(b)(ii), 48(2)(b) (“*for the avoidance of any doubt (...) an award is in conflict with the public policy of India if the making of the award was induced or affected by fraud or corruption*”); Netherlands Arbitration Act of 1986, Art. 1068 (consente la revoca di una sentenza arbitrale se affetta da frode); New

del diritto internazionale convenzionale, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito TFUE) incoraggia i membri dell'UE a denunciare e contrastare le frodi a livello interstatale⁹⁵⁹, così come la Convenzione anti-corrruzione dell'OCSE contiene disposizioni che richiedono registri finanziari completi e accurati allo scopo di contrastare transazioni fraudolente. Altre convenzioni condannano reati come il riciclaggio di denaro sporco o la contraffazione⁹⁶⁰.

Quanto alla giurisprudenza arbitrale, per esempio, in *Phoenix Action Ltd. v Czech Republic* il tribunale riteneva che “*the purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State. (...) The purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments*”⁹⁶¹. Allo stesso modo in *Plama Consortium Ltd. v Republic of Bulgaria* (di seguito, *Plama*) il tribunale ICSID riconosceva che le dichiarazioni fraudolente sono proibite dall'ordine pubblico internazionale⁹⁶² e, similmente, il tribunale in *Incesya Vallesoletana v Republic of El Salvador* affermava che la falsa dichiarazione fraudolenta in una procedura di asta per l'ottenimento di un contratto governativo costituiva una violazione di un “*principle of international public policy*”⁹⁶³.

Zealand Arbitration Act of 1996, Art. 36(3) (“*an award is in conflict with the public policy of New Zealand if it was induced or affected by fraud*”); United States Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 10(a)(1);

⁹⁵⁹ The Treaty on the Functioning of the European Union, firmato a Roma il 25 marzo 1957 (entrato in vigore il 1 gennaio 1958), art. 325.

⁹⁶⁰ United Nation Convention Against Transnational Organized Crime, 29 settembre 2003, Art. 6, 2225, UNTS 209; International Convention for the Suppression of Counterfeiting, 20 aprile 1929, 112 LNTS 395.

⁹⁶¹ *Phoenix Action Ltd. v Czech Republic*, *supra*, para. 100.

⁹⁶² *Plama Consortium Ltd. v Republic of Bulgaria*, *supra*, “*The investment was obtained by deceitful conduct*” e accordare protezione sarebbe stato “*contrary to the basic notion of international public-policy that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by the tribunal*”.

⁹⁶³ *Incesya Vallesoletana v Republic of El Salvador*, *supra*, para. 247, 249, 252. Il tribunale osservava come il BIT rilevante, richiedendo che l'investimento fosse posto in essere in conformità della legge, fosse “*a clear manifestation of said international public policy, which demonstrates the*

Quanto alla dottrina, Cremades e Cairns hanno affermato che “*fraud has not been the subject of the same degree of international cooperation and rule-making as bribery and money laundering. Nevertheless, some steps have been taken to combat this kind of misconduct, particularly with respect to fraudulent record keeping that might facilitate or conceal corruption, money laundering or other crimes*”⁹⁶⁴.

Sulla base di quanto illustrato, si evince come esista un ordine pubblico transnazionale contrario non solo alla corruzione ma altresì alla frode⁹⁶⁵. Entrambi questi crimini, infatti, soffocano la crescita economica “*undermining the integrity of international business*” attraverso “*pernicious macro-economic effects, including the distortion of competition and securities markets*”⁹⁶⁶.

La maggior parte dei casi in cui è stata sollevata una difesa di ‘*unclean hands*’ da parte degli Stati ospitanti per la frode compiuta dagli investitori stranieri si è conclusa con una decisione nel senso della carenza di giurisdizione del tribunale sul caso⁹⁶⁷ per violazione della ‘clausola di legalità’ contenuta nel rilevante BIT⁹⁶⁸. Stante la clausola ‘*in accordance with the law*’ contenuta in molti BIT, gli Stati ospitanti hanno spesso fatto riferimento alla legislazione nazionale dell’*host state* tramite *renvoi* affermando che l’investimento non era stato posto in essere o

clear and obvious intent of the signatory states to exclude from its protection investments made in violation of the internal laws of each of them” (ibid, para. 246) e inoltre “*it is uncontroversial that respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country. If this tribunal declares itself competent to hear the disputes between the parties, it would completely ignore the fact that, above any claim of an investor, there is a meta-provision that prohibits attributing effects to an act done illegally*” (ibid, para. 248)

⁹⁶⁴ CREMADES, CAIRNS, *supra*, pp. 76, 82.

⁹⁶⁵ Report of United Nations Commission on International Trade Law, 21 June 1985, para. 297, UN Gaor Supp. N. 17, Annex I, UN Doc. A/40/17 (“*public policy is made up of fundamental principles of law and justice in substantive as well as procedural respects*” e “*corruption, bribery and fraud are universally prohibited*”).

⁹⁶⁶ CREMADES, CAIRNS, *supra*, p. 77.

⁹⁶⁷ LLAMAZON A., SINCLAIR A., *supra*, p. 7.

⁹⁶⁸ *Fraport AG v. The Republic of the Philippines*, *supra*.

sviluppato in conformità con la legge e, di conseguenza, non poteva essere considerato protetto ai sensi del trattato⁹⁶⁹. Anche nei casi in cui una tale clausola di legalità non dovesse essere presente nel rilevante trattato, la frode rimarrebbe tuttavia un ostacolo in quanto rientra nelle violazioni dell'ordine pubblico internazionale, alla luce della massima latina *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*⁹⁷⁰. La frode è stata infatti ritenuta in contrasto con l'ordine pubblico transnazionale⁹⁷¹. In quest'ultimo caso le questioni di frode hanno portato ad una decisione nel senso dell'inammissibilità dell'azione⁹⁷².

⁹⁶⁹ LLAMAZON A., SINCLAIR A., *supra*, p. 7.

⁹⁷⁰ *Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, *supra*, para. 138-146.

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² In *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, il rilevante trattato di investimento (*l'Energy Charter Treaty* e il *Cyprus-Bulgaria BIT*) non conteneva la cd. '*legality clause*'; ciononostante il tribunale dichiarava l'azione inammissibile per contrasto con i principi anti-frode presenti sia nella legislazione bulgara che nel diritto internazionale. *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, *supra*, Il tribunale in *Phoenix Action* dichiarava che "*conformity of the establishment of the investment with the national laws (...) is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT*" (*ibid.*, para. 104). La decisione del tribunale in *Phoenix* di negare la giurisdizione, in contrasto con l'ammissibilità o la decisione sul merito, seppure possa apparire non conforme a tale indirizzo, può essere tuttavia motivata in termini di economia giudiziaria (*ibid.*, para. 101). Similmente, in *Gustaf F. W. Hamester Gmb Hamp Co. KG v. Republic of Ghana*, *supra*, para. 123-124, il tribunale stabiliva che "*an investment will also not be protected if it is made in violation of the host state's law (as elaborated, e.g. by the tribunal in Phoenix) These are general principles that exist independently of specific language to this effect to the treaty*". Ritenendo un tale requisito essere implicito anche in un trattato multilaterale, il tribunale di *Plama* riteneva che "*unlike a number of Bilateral Investment Treaties, the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the investment with a particular law. This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law*" (*ibid.*, para. 138). In *Plama*, lo Stato ospitante convenuto contestava la giurisdizione del tribunale in quanto l'investimento doveva considerarsi nullo *ab initio* ai sensi della legge bulgara a seguito della falsa dichiarazione presentata nella fase di insediamento dell'investimento (ai sensi dell'articolo 5(1) del Bulgarian Privatization Act, l'ottenimento del consenso da parte del governo bulgaro attraverso falsa rappresentazione viziava il consenso dello Stato ad obbligarci). Il tribunale sottolineava che il ricorrente aveva effettivamente commesso frode "*represented to the Bulgarian Government that the investor was a consortium – which was true during the early stages of negotiations*" ma poi "*failed*

3.2.1. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria

In materia di frode e false dichiarazioni connesse ad un investimento il *leading case* è certamente rappresentato da *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria* (di seguito, *Plama*), sull'interpretazione dell'ECT.

In *Plama*, l'investitore lamentava di essere stato “*victim of a series of unlawful acts and omissions which individually and cumulatively defeated its efforts to operate the Refinery beyond 1999 and make good its investment*”⁹⁷³. In particolare, si trattava della “*violation of several of the protections owed by Bulgaria under Articles 10(1) and 13 of the ECT*”⁹⁷⁴.

Nel caso in parola, lo Stato ospitante contestava la giurisdizione del tribunale ritenendo che l'investimento straniero doveva considerarsi nullo *ab initio* ai sensi della legge bulgara stante la falsa dichiarazione presentata nella fase iniziale dell'investimento circa la compagine azionaria, mentre il ricorrente sosteneva di non essere gravato da alcun obbligo di comunicare al governo bulgaro l'identità degli azionisti della società⁹⁷⁵. Il tribunale riteneva che “*this may be acceptable in some cases but not under the present circumstances in which the State's approval of the investment was required as a matter of law and dependant on the financial*

deliberately to inform (the) Respondent of the change in circumstances” quando l'investitore era rimasto un individuo senza le richieste risorse finanziarie (para. 133-134). Ciononostante, il tribunale stabiliva che la falsa dichiarazione dell'investitore non aveva viziato il consenso ad arbitrare la controversia, ma costituiva piuttosto una base in grado di escludere la domanda per irricevibilità (*rectius* inammissibilità) (Ibid, para. 135, 138-140, 146. Sebbene il tribunale non si sia espresso in questi termini la decisione dello stesso si pone in tal senso).

⁹⁷³ *Claimant's Memorial on the Merits*, para. 9.

⁹⁷⁴ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, *supra*. para. 151, “*Claimant alleges that Bulgaria has: failed to create a stable, equitable, favorable and transparent conditions for making the investment; (b) failed to provide fair and equitable treatment to Claimant's investment; (c) failed to provide to Claimant's investment the most constant protection and security; (d) subjected Claimant's investment to unreasonable measures; (e) breached contracts with PCL; and (t) subjected Claimant's investment to measures having an effect equivalent to expropriation*”.

⁹⁷⁵ Ibid.

*and technical qualifications of the investor. If a material change occurred in the investor's shareholding that could have an effect on the host State's approval, the investor was, by virtue of the principle of good faith, obliged to inform the host State of such change. Intentional withholding of this information is therefore contrary to the principle of good faith. In consideration of the above and in light of the ex turpi causa defence, this Tribunal cannot lend its support to Claimant's request and cannot, therefore, grant the substantive protections of the ECT*⁹⁷⁶.

Nel caso *de quo*, il tribunale statuiva che una falsa dichiarazione (*rectius* una dichiarazione fraudolenta) è vietata alla luce dell'ordine pubblico internazionale⁹⁷⁷. Il collegio arbitrale sottolineava che “*the claimant had indeed committed fraud having 'represented to the Bulgarian Government that the investor was a consortium' – which was true during the early stages of negotiations*” ma poi “*failed deliberately to inform (the) Respondent of the change in circumstances*” quando l'investitore era rimasto un solo individuo sprovvisto delle necessarie risorse finanziarie⁹⁷⁸.

Precisamente, il tribunale arbitrale dichiarava che, nonostante la Bulgaria non avesse richiesto tali informazioni, il ricorrente era a conoscenza di nuovi fatti per i quali sussisteva un obbligo di *disclosure* derivante dal principio di buona fede⁹⁷⁹. Pertanto, il tribunale ICSID evidenziava come l'investitore si fosse posto nella condizione di “*deliberate concealment amounting to fraud, calculated to induce Bulgarian authorities to authorize the transfer of shares to an entity that did not have the financial and managerial capabilities required*⁹⁸⁰”. Inoltre, il tribunale

⁹⁷⁶ Ibid, para. 145-146.

⁹⁷⁷ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, *supra*, para. 141.

⁹⁷⁸ Ibid, para. 133-134.

⁹⁷⁹ Ibid, para. 144 “*The Tribunal finds that Claimant's conduct is contrary to the principle of good faith which is part not only of Bulgarian law - as indicated above at paragraphs. 135-136 - but also of international law - as noted by the tribunal in the Inceysa case. The principle of good faith encompasses, inter alia, the obligation for the investor to provide the host State with relevant and material information concerning the investor and the investment. This obligation is particularly important when the information is necessary for obtaining the State's approval of the investment*”.

⁹⁸⁰ Ibid, para. 135.

arbitrale evidenziava come Plama si fosse poi trovata coinvolta in “*deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law*” e che, accordare protezione ai sensi dell’ECT “*to the claimant’s investment would be contrary to the basic notions of international public policy – that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal*”⁹⁸¹, sulla base della massima *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*⁹⁸².

Ritenendo un tale requisito essere implicito in un trattato multilaterale sugli investimenti quale l’ECT, il tribunale in *Plama* riteneva che “*unlike a number of Bilateral Investment Treaties, the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the investment with a particular law. This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law*”⁹⁸³.

Sebbene dunque l’ECT, a differenza di numerosi BITs, non contenga una cd. clausola di legalità, il tribunale arbitrale, come altri⁹⁸⁴, deduceva la sussistenza di un requisito implicito parallelo alla clausola espressa che prevede la legalità dell’investimento ritenendo comunque che tra gli obiettivi del trattato vi sia il rafforzamento dello stato di diritto in materia di emissioni energetiche. Pertanto, il tribunale sosteneva che l’ECT “*should be interpreted in a manner consistent with the aim of encouraging respect for the rule of law (...) which means that it cannot apply to investments made contrary to law*”⁹⁸⁵.

In conclusione il tribunale stabiliva che la falsa dichiarazione dell’investitore seppure non avesse viziato il consenso ad arbitrare la controversia, costituiva

⁹⁸¹ Ibid, para. 143.

⁹⁸² Ibid, para. 136-138.

⁹⁸³ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, *supra*, para. 138.

⁹⁸⁴ Nel caso *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union Myanmar*, ASEAN Case No. ARB/01/01, lodo, 31 marzo, 2003, para. 58, il tribunale evidenziava l’esistenza di una “*general rule that for a foreign investment to enjoy treaty protection it must be lawful under the law of the host state*”.

⁹⁸⁵ Ibid, para. 138-140.

tuttavia una base in grado di escludere la domanda per irricevibilità⁹⁸⁶ stante l'implicito requisito, ricavato per interpretazione dell'ECT, della legalità dell'investimento al fine di ottenere la protezione accordata dal trattato. La frode rimane infatti un ostacolo al riconoscimento di tale protezione in quanto rientra nelle violazioni dell'ordine pubblico internazionale, alla luce della massima latina *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*⁹⁸⁷.

3.2.2. Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador

Similmente alla conclusione raggiunta dal collegio arbitrale in *Plama*, in *Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (di seguito, *Incesya*), il tribunale stabiliva che l'investitore aveva posto in essere una falsa dichiarazione nel contesto della procedura di gara per l'ottenimento di un contratto per l'installazione, la gestione e l'esercizio di un impianto di ispezione meccanica per veicoli⁹⁸⁸. Mentre l'investitore sosteneva che l'*host state* avesse illegittimamente espropriato il suo investimento, il governo convenuto rispondeva sostenendo che Incesya aveva agito

⁹⁸⁶ Ibid, para. 135, 138-140, 146.

⁹⁸⁷ *Incesya Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, *supra*, para. 138-146.

⁹⁸⁸ *Incesya Vallisoletana*, *supra*, para. 103-104, “*The analysis of the arguments and evidence presented by the parties, in their written and oral submissions, allows this Tribunal to decide that the financial statements submitted by Incesya with its tender in the Bid did not reflect the real financial condition of the Claimant, as the information contained in them is not correct. Incesya did not present its real financial condition and that during the Bidding process it made false statements concerning its true financial condition*” e “*during the proceedings, both in the written and oral submissions, it was proven that the financial statements for fiscal years 1997 to 1999 presented by Incesya with its tender in the Bid considerably differ from the financial statements filed by it with the Commercial Registry in Spain, pursuant to Spanish legislation on the matter. The differences between the two sets of financial statements are notable because the statements for the fiscal years 1997 to 1999 filed with the Spanish Commercial Registry show losses for the Claimant, while the financial statements for the same fiscal years enclosed with Incesya's tender in the Bid show earnings*” (ibid, para. 105). Inoltre “*it was fully demonstrated before this Tribunal that in the bid, Incesya did not mention at all the supposed consolidation of these financial statements or the existence of Kira, S.A.*” (ibid, para. 108).

fraudolentemente e che pertanto non era legittimata ad invocare la protezione ai sensi del BIT in vigore tra Spagna ed El Salvador⁹⁸⁹.

Il tribunale arbitrale traeva conclusioni in ordine all'intento ingannevole dell'investitore sulla base della circostanza per cui Incesya aveva falsamente e deliberatamente indotto lo Stato ospitante a ritenere che il suo *partner* strategico fosse una entità pubblica di rilievo dotata del necessario *background*⁹⁹⁰. Segnatamente il tribunale riscontrava: false informazioni finanziarie nel contesto della gara, false dichiarazioni nell'offerta riguardanti l'esperienza e la capacità finanziaria necessarie per rispettare i termini del contratto; falsa documentazione e occultamento della relazione sussistente tra Incesya e un'altra società offerente⁹⁹¹.

Il tribunale stabiliva quindi che *“it is uncontroversial that respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador but in any civilized country. If this tribunal declares itself competent to hear the disputes between the parties it would completely ignore the fact that, above any claim of an investor, there is a meta-positive provision that prohibits attributing effects to an act done illegally”*⁹⁹². Il tribunale ICSID concludeva in tal senso considerando l'investimento del ricorrente alla luce dei principi generali del diritto *“part of Salvadorian law”*⁹⁹³. Questi principi, secondo quanto affermato dagli arbitri nel caso *Incesya*, includono la massima *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*⁹⁹⁴ ritenuta una manifestazione della *'clean hands doctrine'*, della quale il tribunale si è servito per affermare che *“benefit(s) from an investment effectuated by means of one or several illegal acts”* non possono essere accordati⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments signed between the Republic of El Salvador and the Kingdom of Spain del 23 aprile 1996.

⁹⁹⁰ *Incesya Vallisoletana, supra*, para. 112.

⁹⁹¹ *Ibid.*, para. 236.

⁹⁹² *Ibid.*, para. 248.

⁹⁹³ *Ibid.*, para. 243.

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ *Ibid.*, para. 240-242.

Il tribunale concludeva quindi nel senso della mancanza di giurisdizione “*since its investment cannot benefit from the protection of the BIT*”⁹⁹⁶. Il tribunale rilevava che l’esistenza della clausola ‘in conformità alla legge’ presente nell’articolo III del BIT in vigore tra El Salvador e Spagna era una chiara manifestazione di un richiamo all’ordine pubblico internazionale per escludere dalla protezione internazionale gli investimenti posti in essere in violazione delle leggi degli stati contraenti⁹⁹⁷.

In particolare, il tribunale in *Incesya* riconduceva la frode alla massima *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* e, sulla base della massima *ex dolo malo non oritur action* (un’azione non può essere fondata sulla frode), concludeva che “*foreign investor cannot seek to benefit from an investment effectuated by means of one or several illegal acts and, consequently, enjoy the protection granted by the host state, such as access to international arbitration to resolve disputes, because it is evident that its act had fraudulent origin and, as provided by the legal maxim nobody can benefit from its own fraud*”⁹⁹⁸.

Il tribunale in *Incesya* concludeva quindi nel senso per cui “*it is not possible to recognize the existence of rights arising from illegal acts, because it would violate the respect for the law which, as already indicated, is a principle of international public policy*”⁹⁹⁹ e dichiarava la propria carenza di giurisdizione rispetto alla controversia stante la mancanza di un investimento valido (*rectius* di un investimento).

⁹⁹⁶ Ibid, para. 239.

⁹⁹⁷ Ibid, para. 246.

⁹⁹⁸ Ibid, para. 242.

⁹⁹⁹ Ibid, para. 249, 252. L’investimento del ricorrente non può essere protetto ai sensi del rilevante BIT perché ha violato il requisito in esso stabilito per cui tutti gli investimenti devono essere effettuati ‘in conformità con la legge’. Si veda inoltre *Fraport A.G. v. The Republic of the Philippines, supra, Dissenting Opinion* di Bernardo Cremades, para. 40 (“*In cases of gross illegality there may also be other reasons for the inadmissibility of a claim. In some cases, for example, the principles of good faith and public policy may bar a claim. Both good faith and international public policy were important in Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador. International public policy barred the claims in World Duty Free v. The Republic of Kenya*”).

3.2.3. Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic

In *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic* (di seguito, *Phoenix Action*), l'investitore conveniva in giudizio l'*host state* sulla base di quattro tipologie di azioni illegali, segnatamente, “*the failure to terminate the freeze, the failure to terminate the document seizure, the violation of the obligation to accord fair and equitable treatment*” e per espropriazione illegittima¹⁰⁰⁰.

Phoenix, una società israeliana, nel 2002 aveva acquisito due società ceche, Benet Praha (BP) e Benet Group (BG), mentre queste erano coinvolte in controversie legali in corso (BG con una parte privata, BP con le autorità fiscali della Repubblica ceca). Il governo convenuto contestava quindi in via preliminare la giurisdizione del tribunale sulla base del fatto che Phoenix sarebbe in realtà stata una falsa società israeliana *post facto* creata da un cittadino ceco al fine di stabilire una diversa nazionalità¹⁰⁰¹.

Il tribunale stabiliva che “*the purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State. The protection of foreign investments made in accordance with the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments*”¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ *Phoenix Action, supra*, para. 44

¹⁰⁰¹ VON KRAUSE C., *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, supra*, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/07/08/phoenix-action-ltd-v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/>.

¹⁰⁰² *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, supra*, para. 100.

Il tribunale in *Phoenix Action* aggiungeva che “*conformity of the establishment of the investment with the national laws (...) is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT*”¹⁰⁰³.

La decisione del tribunale in *Phoenix* di negare infine la giurisdizione, in contrasto con l’approccio che nega l’ammissibilità della azione o rimanda la questione alla fase di merito nei casi in cui il trattato non contenga la cd. clausola di legalità (*infra*, para. 4), seppure possa apparire non conforme a tale indirizzo, può essere tuttavia motivata in termini di economia giudiziaria¹⁰⁰⁴.

3.3. Il problema della prova nelle ipotesi di corruzione e frode

Quando debbono affrontare ipotesi di frode o corruzione, gli arbitri si trovano innanzi a illeciti fattualmente difficili da provare senza la dovuta cooperazione delle parti.

Si tratta quindi anzitutto di stabilire come operino, nel diritto internazionale l’onere della prova e lo *standard* di prova sufficiente a corroborare i fatti per poi cercare di capire in che termini essi si applichino nelle ipotesi di corruzione e frode.

Il procedimento probatorio nel diritto internazionale ha subito l’influenza della tradizione degli ordinamenti giuridici nazionali. I sistemi giuridici di *common law* impongono regole piuttosto stringenti quanto all’ammissione delle prove¹⁰⁰⁵. Allo stesso tempo, una volta che le prove siano state dichiarate ammissibili, nessun peso specifico o valore probatorio speciale è accordato alle diverse forme di prova, precostituite o costituende, documentali o orali che siano¹⁰⁰⁶. Al contrario, gli

¹⁰⁰³ Ibid, para 101. Similmente, in *Gustaf F. W. Hamster Gmb Hamp Co. KG v. Republic of Ghana*, *supra*, para. 123-124.

¹⁰⁰⁴ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, *supra*, para. 104.

¹⁰⁰⁵ JOLOWICZ J. A., *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000, p. 214; si veda inoltre SANDIFER D. V., *Evidence before International Tribunals*, The Foundation Press Inc, Chicago, II ed., 1975, p. 2 e EVENSEN J., *Evidence before International Courts*, Nord. T. Internat. Ret., 1955, p. 25.

¹⁰⁰⁶ JOLOWICZ J. A., *On Civil Procedure*, *supra*, p. 214; HOWARD M., *Phipson on Evidence*, Sweet

ordinamenti giuridici di *civil law* hanno relativamente regole meno restrittive per quanto riguarda l'ammissibilità delle prove¹⁰⁰⁷. Tuttavia, a ciò si accompagna il rilievo per cui alle diverse tipologie di prova nei sistemi di diritto civile è attribuito un peso diverso¹⁰⁰⁸.

Venendo dunque all'approccio utilizzato dai tribunali internazionali si rileva che esso si avvicina a quello proprio dei sistemi di *civil law* quanto alle tipologie di prova ammesse in quanto le prove documentali costituiscono la regola e le prove orali dirette l'eccezione¹⁰⁰⁹. Allo stesso modo, l'ammissibilità delle prove dinanzi ai tribunali internazionali ha molto in comune con l'approccio utilizzato dai tribunali nei Paesi della tradizione giuridica civilistica in quanto vi è la tendenza ad evitare un approccio restrittivo all'ammissibilità delle prove¹⁰¹⁰.

Nel caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, la Corte Permanente enunciava un famoso *dictum* riguardante il trattamento delle questioni probatorie: “*the Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law*”¹⁰¹¹ La CIG non si è discostata da tale approccio¹⁰¹² e anche altri tribunali internazionali

& Maxwell, London, XV ed., 2000, pp. 112–114.

¹⁰⁰⁷ SANDIFER D. V., *supra*, pp. 2, 3; cfr. GINSBURG R. B., BRUZELIUS A., *Civil Procedure in Sweden*, Columbia Law Review Association, 1965, p. 295; si veda inoltre EVENSEN J., *supra*, p. 43, 45 e FELLER A. H., *The Mexican Claims Commission 1923-1934, A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, The MacMillan Company, New York, 1935, p. 251.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ SANDIFER D. V., *supra*, p. 197. Per alcune considerazioni ulteriori sul punto si rimanda a SIMPSON J. L., FOX H., *International Arbitration, Law and Practice*, London, 1959, pp. 207–211.

¹⁰¹⁰ SIR HERSCH LAUTERPACHT, *The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law*, 12 *British Yearbook of International Law* 31, 1931, pp. 41–2.

¹⁰¹¹ *Mavrommatis Palestine Concessions*, *supra*. Si veda, tuttavia il dibattito in *Legality of Use of Force*, CR 2004/6, para. 29–39 (Daniel Bethlehem).

¹⁰¹² Per esempio, *Barcelona Traction (Second Phase)* *supra*, para. 65, 98, *Separate Opinion* del Giudice Fitzmaurice).

(ICSID¹⁰¹³, panel OMC¹⁰¹⁴ e ICTY) hanno adottato il medesimo atteggiamento liberale nei confronti delle questioni relative alle prove.

Quanto all'onere della prova¹⁰¹⁵ si tratta di capire quale parte ne sia gravata nei procedimenti internazionali¹⁰¹⁶. La norma sull'*onus probandi* è ispirata al principio generale per cui *actori incumbit probatio*. Tale approccio è stato fatto proprio dai tribunali internazionali i quali impongono alla parte che presenta un reclamo di stabilire i fatti sui quali può essere fondata una decisione a suo favore¹⁰¹⁷. Per converso, quando una parte fa una certa affermazione ma non è in grado di offrire sostegno probatorio si parla di '*adverse inference*' in quanto il tribunale considererà la circostanza non provata come non fondata¹⁰¹⁸.

¹⁰¹³ *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, lodo, 27 giugno 1990; si veda inoltre *Tradex v Albania* (1999) 14 ICSID Review—FILJ 197, 220–1; ICSID Arbitration Rules, disponibili su <<http://www.worldbank.org/icsid>>, Rule 34(1).

¹⁰¹⁴ *Argentina—Textiles and Apparel*, DSR 1998—III, 1033, 1159 (PR); PALMETER D., MAVROIDIS P., *Dispute Settlement in the World Trade Organisation*, Springer Netherlands, 1999, p. 76.

¹⁰¹⁵ AMERASINGHE, *International Arbitral Jurisdiction*, *supra*, p. 61–95; FOSTER C., *The Adjudication of International Disputes Involving Scientific Uncertainty* (PhD Dissertation, University of Cambridge, 2003), pp. 79–86; KAZAZI M., *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1996, p. 104. Si veda inoltre *Iran—US Claims Tribunal Rules of Procedure*, 1 Ir-USCTR 57, art 24(1); *PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States*, disponibile su <<http://www.pca-cpa.org>>, art 24(1); *Model Rules of Procedure for Chapter 20 of the NAFTA*, disponibile su <<http://www.nafta-sec-alena.org>> Rule 33.

¹⁰¹⁶ FOSTER C., *supra*, 79–80; SIR ARTHUR WATTS, *Burden of Proof, and Evidence before the ICJ*, in Friedl Weiss (ed), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, 2000, pp. 289, 291; ROSENNE S., *Law and Practice 1920-2005*, *supra*, pp. 1039–1040; KAZAZI M., *supra*, pp. 76, 85; CHENG B., *supra*, 326–335; SCHWARZENBERGER G., *International Law*, vol. IV, Stevens and Sons, London, 1986, pp. 641–643; SANDIFER, *supra*, pp. 123–141; WITENBERG, *La théorie des preuves*, Recueil des Course, vol. 56, 1936, pp. 97–98.

¹⁰¹⁷ ROSENNE S., *Law and Practice*, *supra*, p. 1040.

¹⁰¹⁸ Nei sistemi di *common law*, gli scrittori fanno una distinzione, quanto all'onere della prova, tra i concetti di '*evidential*' e '*persuasive*'. L'onere '*evidential*' che è anche noto come '*the duty of passing the judge*', inizialmente si pone a carico del ricorrente al quale viene fatto obbligo di

Il principio secondo cui ciascuna parte ha l'onere di provare i fatti su cui si basa è quindi ampiamente riconosciuto e applicato dai tribunali internazionali secondo il noto brocardo latino *actori incumbat probatio*¹⁰¹⁹.

Per quanto invece concerne lo *standard* di prova, strettamente collegato all'onere della prova, si tratta di capire quale sia il livello minimo sufficiente a dimostrare un certo fatto¹⁰²⁰. Come nel caso dell'onere della prova, la norma sullo *standard* di prova differisce tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*. Nei sistemi di *common law*, lo *standard* di prova nelle azioni civili è noto come ‘*balance of probabilities*’¹⁰²¹; nei sistemi di diritto civile, lo *standard* di prova nelle azioni civili è la ‘*conviction of the judge*’, nota come la ‘*intime conviction*’ o ‘*freie richterliche Überzeugung*’¹⁰²². Ciò posto, si rileva che nei procedimenti innanzi agli organi internazionali non esiste uno *standard* chiaro¹⁰²³. Si ha, al contrario, riscontro di cinque diversi *standard* probatori che hanno trovato applicazione nei procedimenti giudiziari internazionali¹⁰²⁴. Il primo *standard* è quello della prova

produrre prove sufficienti ‘*to raise an issue as to the existence or non-existence of a fact in issue*’. L'onere ‘*persuasive*’, noto anche come onere ‘legale’, incombe sulla parte che corre il rischio di ‘perdere’ sulla questione di cui si fa oggetto se una proposta non venga formulata. Quindi, in un processo di *common law*, una volta che il richiedente abbia soddisfatto l'onere ‘*evidentiary*’, egli deve altresì soddisfare il quello ‘*persuasive*’. Si sottolinea che tale ultima tipologia di onere potrebbe anche incombere sul convenuto che cerchi di stabilire una certa difesa. Nel caso *Temple of Preah Vihear*, la Cambogia era formalmente la ricorrente mentre la Thailandia faceva valere la propria richiesta nel suo controricorso. Entrambe le parti basavano le proprie affermazioni su una serie di fatti e contestazioni, e ciascuna portava di conseguenza un onere della prova.

¹⁰¹⁹ BROWN C., *supra*, p. 89.

¹⁰²⁰ KAZAZI, *supra*, p. 323.

¹⁰²¹ TAPPER C., *Cross & Tapper on Evidence*, Roderick Munday, IX ed., 1999, p. 141; KAZAZI, *supra*, para. 324.

¹⁰²² Per esempio, HANOTIAU B., *Satisfying the Burden of Proof: The Viewpoint of a “Civil Law” Lawyer*, 10 *Arbitration International*, 1994, p. 341; REINER A., *Burden and General Standards of Proof*, 10 *Arbitration International*, 1994, p. 335; FROWEIN J., *Fact-Finding by the European Commission of Human Rights*, in *Fact-finding before International Tribunals*, Lillich (ed.), 1992, pp. 237, 248.

¹⁰²³ CHESTER B., *A ‘Common Law’ of International Adjudication*, *supra*, p. 98

¹⁰²⁴ Si veda, in particolare, AMERASINGHE C., *Evidence in International Litigation*, *supra*, pp. 232–

*prima facie*¹⁰²⁵. Si tratta del livello minimo di prova, tant'è che la mancata presentazione di una sostegno probatorio *prima facie* può comportare il rigetto di una domanda¹⁰²⁶. Un secondo possibile *standard* di prova è la necessità di provare fatti 'oltre ogni ragionevole dubbio'¹⁰²⁷. Un terzo *standard* è la cd. '*proof in a convincing manner*', che sembra essere uno *standard* di prova situato tra la 'prova oltre ogni ragionevole dubbio e la '*preponderance of evidence*'. Un quarto *standard*, applicato da alcuni tribunali internazionali, è appunto quello di '*preponderance of evidence*' o di '*balance of probabilities*'¹⁰²⁸. È stato suggerito che questo *standard* sarebbe quello più appropriato nei procedimenti internazionali in cui le prove non sono sempre facilmente ottenibili o sono nel controllo esclusivo di uno Stato e non vi è un obbligo di produzione; in questo senso, lo *standard* di prova appare non dissimile dallo *standard prima facie*¹⁰²⁹. Lo *standard* di '*preponderance of evidence*' è stato riconosciuto da Sir Hersch Lauterpacht nel

58; e KAZAZI, *supra*, p. 326; si veda, tuttavia, *M/V 'Saiga' (No 2)*, 120 ILR 143, 220, 222 (*Separate Opinion* di Wolfrum) (ITLOS, 1999), in cui è stato espresso il parere che esistevano solo due possibili *standard* di prova nella sentenza internazionale '*proof beyond reasonable doubt, which requires a high degree of cogency, and preponderance of evidence*'. Uno *standard* identificato dal professor Amerasinghe, quello di '*reasonableness*' (p. 243), non è, tuttavia, uno *standard* di prova in quanto tale, ma piuttosto uno *standard* per la revisione da parte della Chamber of Appeals dell'ICTY sui risultati della Trial Chamber. Nel caso *Prosecutor v Tadic*, la Appeals Chamber ha sostenuto che "*the standard to be used when determining whether the Trial Chamber's factual finding should stand is that of unreasonableness, that is, a conclusion which no reasonable person could have reached (...) It is only where the evidence relied on by the Trial Chamber could not reasonably have been accepted by any reasonable person that the Appeals Chamber can substitute its own finding for that of the Trial Chamber*": (1999) 38 ILM 1518, 1532.

¹⁰²⁵ KAZAZI, *supra*, p. 326–433.

¹⁰²⁶ Per esempio, *Golshani v Iran*, 29 Ir-USCTR 78, 116 (1993); *Pomeroy v Iran*, 2 Ir-USCTR 372, 382 (1983); *Batchelder*, 22 ILR 864, 866 (Italy-US CC, 1954); Kazazi, *above* n 60, 327–8.

¹⁰²⁷ KAZAZI, *supra*, p. 344–347.

¹⁰²⁸ Si veda, ad esempio, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* [1992] ICJ Rep, para. 351, 506; KAZAZI, *supra*, p. 347–50; *Pereira Associates, Inc v Iran*, 5 Ir-USCTR 198, 230, 231 (1984) (*Separate Opinion* di Mosk).

¹⁰²⁹ Si veda inoltre *Armed Activities, (DRC v Uganda)*, CR 2005/3, 12 April 2005, para. 25–26 (Philippe Sands).

caso *Norwegian Loans*, ove si legge che: “*the degree of burden of proof (...) to be adduced ought not to be so stringent as to render the proof unduly exacting*”¹⁰³⁰.

Infine si rileva come lo *standard* di ‘*preponderance of evidence*’ è simile al quinto possibile *standard*, ossia il conferimento al giudice di un potere discrezionale per determinare se le prove prodotte dalle parti siano ‘sufficienti’ per soddisfare l’onere della prova¹⁰³¹.

Stante la mancanza di un consenso generalizzato sullo *standard* di prova applicabile, i tribunali internazionali applicano *test* diversi a seconda dei fatti e delle circostanze di ciascun caso¹⁰³².

Venendo ora alle questioni dell’onere e dello *standard* di prova declinate con riferimento alle ipotesi di corruzione e frode si rileva che, mentre l’onere della prova continua a gravare sulla parte che deduce la frode o la corruzione¹⁰³³, il

¹⁰³⁰ *Certain Norwegian Loans*, *supra*, para. 34, 39 (*Separate Opinion* del Giudice Lauterpacht).

¹⁰³¹ Si tratta dello *standard* più comunemente utilizzato. Si veda al riguardo *Oil Platform Case*, *supra*, para. 134.

¹⁰³² Si afferma spesso che i poteri dei tribunali internazionali in materia di prove sono molto ampi, ci si lamenta altrettanto spesso del fatto che i tribunali internazionali sono portatori di handicap a causa della loro mancanza di poteri coercitivi per costringere una parte a produrre le prove e per quanto concerne le prove orali. *Iran-U.S. Claims Tribunal*, nel caso *Rockwell International Systems Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-USCT. sentenza N. 438-430, 5 settembre 1989, il ricorrente non era stato in grado di ottenere prove piene dal momento che il governo iraniano non era disposto a concedere l’accesso ai documenti pertinenti, sicché il tribunale spiegava che “*prima facie evidence must be recognized as satisfactory basis to grant a claim where proof of the facts underlying the claim presents extreme difficulty and an inference from the evidence can reasonably be drawn*” Similmente in *Asian Agricultural Product Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka*, *supra*, para. 56 ove il tribunale, nel decidere un *treaty claim* ha evidenziato come “*in cases where proof of a fact presents extreme difficulty, a tribunal may thus be satisfied with less conclusive proof, i.e. prima facie evidence*”.

¹⁰³³ REDFERN A., *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence – An English Perspective*, 10 *Arb. Int’l*, 1994, pp. 317, 321, ove si legge: “*The practice of nearly all international arbitral tribunals is to require each party to prove the facts upon which it relies to support its case*”; si veda inoltre *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, lodo, 31 ottobre 2012, para. 56 (“*There exists a general principle of law*

tribunale potrebbe dover ricorrere a determinate tecniche, quali, ad esempio, lo spostamento dell'onere della prova, laddove talune prove che inducano a ritenere, *prima facie*, fondata l'ipotesi dedotta, siano state presentate¹⁰³⁴. Un tribunale potrebbe altresì disporre un'indagine, di propria iniziativa, se riscontri la sussistenza di gravi indizi di frode o corruzione nel corso del procedimento¹⁰³⁵.

Si rileva al riguardo che, di fatto, ottenere prove dirette di frode o corruzione è assai difficile; per questo alcuni tribunali arbitrali hanno adottato un differente approccio: quando una parte porti all'attenzione del tribunale indizi sufficienti a ritenere verosimile un'ipotesi di frode o corruzione, gli arbitri, tendenzialmente, chiederanno alla controparte di addurre fatti tali da confutare le prove addotte di attività illecita spostando quindi, in sostanza, l'onere della prova su quella parte¹⁰³⁶.

Quanto allo *standard* di prova quando si tratti di frode o di corruzione, questo dipende, in ultima analisi, dalla legge applicabile. Mentre la legge rilevante in

placing the burden of proof upon the claimant (...) The term actor in the principle onus probandi actori incumbit is not to be taken to mean the plaintiff from the procedural standpoint, but the real claimant in view of the issue involved. Hence, with regard to the proof of individual allegations advanced by the parties in the course of proceedings, the burden of proof rests upon the party alleging the fact). La regola in questione è espressamente contenuta in molte regole d'arbitrato (per esempio, UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 24(1) “*Each party should have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence*” e ICDR International Arbitration Rules, Art. 19(1) “*Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense*”).

¹⁰³⁴ Ibid.

¹⁰³⁵ CREMADES B., CAIRNS D. J.A., *Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making*, in *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC, 2003, p. 79 e ss.

¹⁰³⁶ *Liechtestein v Germany*, ICC Award N. 6497, Final Award 1994 (“*The ‘alleging Party’ has the burden of proof [to demonstrate the existence of bribery] (...) The ‘alleging Party’ may bring some relevant evidence for its allegation, without these elements being really conclusive. In such case, the arbitral tribunal may exceptionally request the other party to bring some counterevidence, if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counterevidence, the arbitral tribunal may conclude that the facts alleged are proven (Article 8 of the Swiss Civil Code). However, such change in the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons*”).

alcuni arbitrati può richiedere un livello elevato di prova¹⁰³⁷, lo *standard* di prova nell'arbitrato internazionale generalmente si avvicina al cd. *preponderance of evidence test*¹⁰³⁸.

Indipendentemente dall'onere e dallo *standard* di prova applicabili, determinati dal tribunale in base alla legge applicabile, un tribunale ha discrezione nel determinare il peso e la credibilità da accordare alle prove presentate¹⁰³⁹. Questa discrezionalità riconosciuta agli arbitri è particolarmente importante perché, come detto, raramente gli arbitri hanno a disposizione prove dirette e univoche che

¹⁰³⁷ Per esempio, *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award 8 Oct. 2009 (“*the seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence*”).

¹⁰³⁸ CRIVELLARO A., *Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence*, in *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, (Kristine Karsten, Andrew Berkeley ed.) 2003, pp. 114, 117, ove viene evidenziato come su venticinque decisioni arbitrali in materia di corruzione solo cinque hanno ritenuto che “*clear and convincing evidence was needed to declare the agreement invalid because of corruption*”; VON MEHREM R. B., *Burden of Proof in International Arbitration*, in *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, (Albert Jan Van Den Berg ed.), 1996, pp. 123, 127, (“*The standard most generally applied in international commercial arbitration is probably the ‘preponderance of evidence’*. This standard reflects the general view that the proponent of a position must do more than create an equilibrium between its position and that of its opponent to prevail”); PETROCHILOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford Private International Law Series, 2004, para 5.125 (“*Subject to a contrary provision of law applicable on the merits, the standard of proof is the balance of probability or ‘conviction in time’*”).

¹⁰³⁹ ICDRI International Arbitration Rules, Art. 20(6), disponibili su https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf (“*the tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered by any party*”); UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 25(6) (“*the arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered*”); IBA Rules of Evidence, Art. 9.1 (“*the Arbitral Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence*”); ICSID Arbitration Rules, Rule 34(1) (“*the tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value*”).

dimostrino la frode o la corruzione¹⁰⁴⁰. Di conseguenza, i tribunali arbitrali possono confrontarsi (e spesso si confrontano) con prove indirette o circostanziali di frode o corruzione, che possono essere tuttavia ritenute sufficienti per consentire a una parte di soddisfare lo *standard* di prova applicabile¹⁰⁴¹.

Nel caso *Metal-Tech* il tribunale rilevava che “*the question is whether for allegations of corruption, the burden should be shifted to the Claimant to establish that there was no corruption. Rules establishing presumptions or shifting the burden of proof under certain circumstances, or drawing inferences from a lack of proof are generally deemed to be part of the lex causae. In the present case, the lex causae is essentially the BIT, which provides no rules for shifting the burden of proof or establishing presumptions. Therefore, the Tribunal has relative freedom in determining the standard necessary to sustain a determination of corruption*”¹⁰⁴². Nel caso *de quo*, quindi, il tribunale concludeva nel senso che avrebbe “*determine on the basis of the evidence before it whether corruption has been established with reasonable certainty. In this context, it notes that corruption is by essence difficult to establish and that it is thus generally admitted that it can be shown through circumstantial evidence*”¹⁰⁴³. In esito, il collegio arbitrale rilevava che “*the Claimant was unable to substantiate its contention that actual services had been carried out for legitimate purposes in return for those payments*”¹⁰⁴⁴.

Gli arbitri si affidano spesso a prove indirette di corruzione quando sono avanzate accuse in tal senso e che presentano un certo grado di credibilità¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ SCHERER M., *Circumstantial Evidence in Corrupt Cases Before International Arbitral Tribunals*, 5 Int'l Arb. L. Rev., N. 1, 2012, pp. 32-33.

¹⁰⁴¹ LAMM C. B., PHAM H. T., MOLOO R., *Fraud and Corruption in International Arbitration*, *supra*, p. 703.

¹⁰⁴² *Metal-tech*, *supra*, para. 238.

¹⁰⁴³ *Ibid*, para. 243.

¹⁰⁴⁴ *Ibid*, para. 256.

¹⁰⁴⁵ CRIVELLARO A., *supra*, p. 109. Nel caso ICC No. 8891 (1998), il tribunale arbitrale, occupandosi di un ‘*consulting agreement*’ contaminato da un’ipotesi di corruzione, identificava una serie di indizi che possono essere presi in considerazione al fine di ottenere la prova che l’ipotesi corruttiva si sia effettivamente verificata (“1. *The inability of the agent to provide evidentiary proof of his activity;*

Alla luce di quanto sopra, è chiaro che un tribunale è libero di attribuire maggior peso alle prove indirette e circostanziali laddove una parte dimostri di essere in difficoltà oggettiva nell'ottenere prove dirette adeguate¹⁰⁴⁶.

A ciò si aggiunga che le parti arbitrali potrebbero respingere la richiesta di presentare taluni documenti o porre comunque in essere tecniche processuali dilatorie. Per rimediare a tale ostruzionismo, i tribunali hanno affermato che le prove nella disponibilità di una parte ma da questa non presentate devono considerarsi in danno della parte che si rifiuta di produrle¹⁰⁴⁷.

2. *The very short duration of the agent's involvement in the contract*; 3. *Remuneration in the form of a commission based on the value of the contract and 4. A particularly high rate of commission*"). Si veda inoltre ROSELL J. E PRAGER H., *Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof*, 15 Arb. Int'l, 1999, p. 329; International Law Commission Articles on State Responsibility, Art. 7 Commentary 8 n. 157, in CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: introduction, Text & Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.

¹⁰⁴⁶ LAMM C. B., PHAM H.T., MOLOO R., *Fraud and Corruption in International Arbitration*, *supra*, p. 704.

¹⁰⁴⁷ SANDIFER D.V., *Evidence Before International Tribunals*, The Foundation Press Inc., Chicago, 1939, p. 97 ("*tribunals will accept less satisfactory evidence than would be required in municipal procedure if the opposing party fails to produce evidence in his possession, or if in the face of some proof he fails to substantiate his own claim by any acceptable evidence. In other words, a party cannot simply assert or deny a proposition, and then rest his case upon a technical rule throwing the burden of proof on the other party without running a risk of adverse inference being drawn from his failure to produce evidence*"); CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *supra*, p. 324-325 ("*the absence of evidence in rebuttal is an essential consideration in the admission of prima facie evidence. Where the opposite party can easily produce countervailing evidence, its non-production may be taken into account in weighing the evidence before the Commission (...) The situation, as established by prima facie evidence, coupled with the adverse presumption arising from the non-production of available counter-evidence, is thus sufficient to create a moral conviction of the truth of an allegation*"); REINER A., *Burden and General Standards of Proof*, 10 Arb. Int'l, 1994, 328, 388, ("*if a party does not comply with its obligations in the arbitration, for instance by refusing to produce certain documents requested by the other side and/or by the arbitrators, this will not affect the burden and standards of proof, but the arbitral tribunal will draw (adverse) conclusions, from that party's behaviour, that is to say, it will take the*

Per esempio l'*Iran-U.S. Claims Tribunal* ha stabilito che “*it is an accepted principle that an adverse inference¹⁰⁴⁸ may be drawn from a party’s failure to submit evidence likely to be at its disposal*”¹⁰⁴⁹.

Al fine di prendere una decisione nel senso di ritenere utilizzabili le inferenze avverse, il tribunale deve valutare se: (i) La parte che chiede che venga effettuata un’inferenza avversa abbia presentato tutte le prove rilevanti nella sua disponibilità e, in ogni caso, se abbia presentato sufficienti indizi di frode o corruzione per corroborare l’impianto accusatorio; (ii) la parte contro cui viene condotta l’inferenza avversa abbia rifiutato di produrre prove a cui aveva verosimilmente accesso e che sarebbe stata tenuta a produrre; (iii) L’inferenza che viene dedotta sia coerente con i fatti presentati e si riferisca logicamente alle prove producibili ma

behaviour into account for the weighing of the evidence and for deciding whether the required standard of proof has been reached, i.e. whether the burden of proof has been discharged by the concerned party”); CRAIG L., PARK W. & PAULSSON J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publication Inc., 3 ed., 1998, p. 450 (“*a party which refuses to comply with an order (...) should be advised that arbitrators are likely to conclude that the document in question is unfavorable to that party*”); Si veda inoltre SHARPE J. K., *Drawing Adverse Inferences from the non-production of Evidence*, 22 Arb. Int’l, 2002, p. 549.

¹⁰⁴⁸ Rule 34(3) delle ICSID Arbitration Rules: “*The parties shall cooperate with the Tribunal in the production of the evidence and in the other measures provided for in paragraph (2). The Tribunal shall take formal note of the failure of a party to comply with its obligations under this paragraph and of any reasons given for such failure*”. Per un esempio di applicazione della regola in parola si veda *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, lodo, 13 agosto 2009.

¹⁰⁴⁹ *Arthur J. Fritz & Co. v. Sherkate Tavonie Sherkathaye Sakhtemanies (STSS)*, Award No. 426-276-3, 30 June 1989. In quel caso il tribunale, tuttavia, rifiutò di negare l’azione per mancanza di giurisdizione perché le prove circostanziali prodotte dalla società non erano sufficienti per stabilire un ‘*adverse inference*’ contro STSS. Si veda BROWER N. & BRUESCHKE J., *The Iran-United States Claims Tribunal ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 13, Issue 2, Fall 1998, pp. 718–723, disponibile su <https://doi.org/10.1093/icsidreview/13.2.718>. HOLTZMANN H. M., *Fact-Finding by the Iran-United States Claims Tribunal*, in *Fact-Finding Before International Tribunals*, (Richard B. Lillich ed.) 1992, p. 101, 127.

non prodotte¹⁰⁵⁰. Dopo aver soddisfatto tali criteri, un tribunale può decidere di trarre le pertinenti conclusioni.

Dato che le prove di attività fraudolente e corrotte sono spesso scarse e dal momento che non ci sono strumenti per costringere una parte a produrre prove nell'arbitrato internazionale, l'uso di eventuali inferenze avverse è spesso fondamentale per la parte che afferma un certo fatto per soddisfare il relativo onere probatorio¹⁰⁵¹.

3.4. Altre violazioni della legislazione domestica dell'*host state*

Una violazione intenzionale di disposizioni legislative fondamentali dell'ordinamento nazionale dell'*host state* è stata altresì riconosciuta da diversi tribunali arbitrali come una base sufficiente per l'applicazione '*clean hands doctrine*'¹⁰⁵², seppure con minore frequenza rispetto alle ipotesi di corruzione e frode.

Teoricamente, queste violazioni possono assumere tante forme diverse quante sono le leggi nazionali. Nei fatti, tuttavia, la violazione del diritto nazionale riguarda un ristretto gruppo di ipotesi quali la corruzione, la frode o false dichiarazioni nello stabilimento o nello sviluppo dell'investimento e la violazione delle leggi che limitano i tipi di settori di attività in cui gli investitori stranieri possono intervenire¹⁰⁵³.

Sotto quest'ultimo profilo, l'illegalità può comprendere forme di trasgressione delle leggi dello Stato ospitante in materia di ammissibilità di investimenti esteri (ad esempio, proibizione nei confronti di investitori stranieri che intendano

¹⁰⁵⁰ BROWER N., BRUESCHKE J, *The Iran-United States Claims Tribunal ICSID Review*, *supra*.

¹⁰⁵¹ LAMM C. B., PHAM H.T., MOLOO R., *Fraud and Corruption in International Arbitration*, *supra*, p. 705.

¹⁰⁵² *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, *supra*.

¹⁰⁵³ LLAMAZON A., SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, *supra*, p. 3.

acquisire una particolare categoria di investimenti, come i servizi pubblici); in alternativa, gli investimenti, che sarebbero altrimenti leciti (ad esempio la partecipazione azionaria), potrebbero essere stati ottenuti attraverso mezzi illegali¹⁰⁵⁴.

Ad esempio, anticipando qui quello che si dirà tra poco, in *Fraport*, il tribunale dichiarava che l'investitore era a conoscenza del fatto che, ai sensi della legislazione filippina, ai cittadini stranieri era fatto divieto di intervenire nella gestione, nell'esercizio o nel controllo delle società che si occupano di servizi pubblici¹⁰⁵⁵. Quindi, dal momento che Fraport decideva, ciononostante, di organizzare segretamente la gestione e il controllo del progetto in un modo che sapeva non essere conforme alla legge filippina, aveva per ciò stesso perduto il diritto alla protezione di tale investimento¹⁰⁵⁶.

Pertanto, anche le deliberate violazioni delle disposizioni costituzionali e legali nazionali in genere, purché non si tratti di una violazione *de minimis*, consentono a un tribunale arbitrale di negare la protezione a un investimento ai sensi del rilevante trattato.

Sul punto si è espresso il tribunale arbitrale in *Tokios Tokelès v. Ukraine*¹⁰⁵⁷.

Nel 1994, Tokios Tokelès creava Taki Spravy, una partecipata interamente controllata, stabilita in accordo con la legislazione ucraina e investiva complessivamente oltre 6,5 milioni di dollari nella controllata ucraina nel periodo 1994-2002. Tokios Tokelès lamentava il fatto che le autorità governative in Ucraina avessero intrapreso una serie di azioni dirette nei confronti di Taki Spravy in violazione degli obblighi del trattato bilaterale sugli investimenti in vigore tra Ucraina e Lituania (*Ukraine-Lithuania BIT*)¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, supra.*

¹⁰⁵⁵ *Ibid*, para. 327.

¹⁰⁵⁶ *Ibid*, para. 401.

¹⁰⁵⁷ *Tokios Tokelès v. Ukraine, supra.*

¹⁰⁵⁸ In particolare “*The Claimant contends that, beginning in February 2002, the Respondent engaged in a series of unreasonable and unjustified actions against Taki spravy that adversely*

Lo Stato convenuto, nel rispondere a tali istanze, sollevava una eccezione preliminare di giurisdizione contestando, tra l'altro, che Tokios Tokelès avesse posto in essere un investimento.

Il collegio arbitrale rilevava che l'articolo 25 della Convenzione ICSID richiede, affinché il tribunale possa avere giurisdizione, che la disputa nasca da un 'investimento'. Tuttavia, le parti dispongono di ampia discrezionalità nel decidere quali "*kinds of investment they wish to bring to ICSID*"¹⁰⁵⁹. Infatti "[p]recisely because the Convention does not define 'investment', it does not purport to define the requirements that an investment should meet to qualify for ICSID jurisdiction"¹⁰⁶⁰. Le parti godono dunque di "*large measure of discretion to determine for themselves whether their transaction constitutes an investment for the purposes of the Convention*"¹⁰⁶¹. Spesso tale discrezionalità viene tradotta nel linguaggio adottato dal BIT rilevante.

In questo caso il parametro di riferimento era quindi rappresentato dal BIT in vigore tra Lituania e Ukraina il cui articolo 1 disponeva che per 'investimento' doveva intendersi "*every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws*

affected the Claimant's investment. The Claimant alleges that governmental authorities of the Respondent: (1) conducted numerous and invasive investigations under the guise of enforcing national tax laws; (2) pursued unsubstantiated actions in domestic courts, including actions to invalidate contracts entered into by Taki spravy; (3) placed the assets of Taki spravy under administrative arrest; (4) unreasonably seized financial and other documents; and (5) falsely accused Taki spravy of engaging in illegal activities. The Claimant argues that the governmental authorities took these actions in response to the Claimant's publication in January 2002 of a book that favorably portrays a leading Ukrainian opposition politician, Yulia Tymoshenko" (ibid, para. 3).

¹⁰⁵⁹ Ibid, para. 73

¹⁰⁶⁰ Ibid.

¹⁰⁶¹ *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, lodo, 11 luglio 1997, para. 22 (citando Carolyn B. Lamm e Abby Cohen Smutny, *The Implementation of ICSID Arbitration Agreements*, 11 ICSID Review-FILJ 64, 1996, p. 80 ("*Fedax*").

*and regulations of the latter (...)*¹⁰⁶². Il tribunale, sul punto, rilevava che “*the requirement in Article 1(1) of the Ukraine-Lithuania BIT that investments be made in compliance with the laws and regulations of the host state is a common requirement in modern BITs*”¹⁰⁶³. Lo scopo di tale previsione, come spiegato dal tribunale nel caso *Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A v Marocco*, è quello di “*prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal*”¹⁰⁶⁴.

La questione riguardava dunque se le violazioni lamentate dal governo convenuto potevano portare a ritenere che l’investitore non avesse posto in essere il suo investimento ‘*in accordance with the laws and regulations*’ ucraine. Ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il significato ordinario dei termini ‘*must emerge in the context of the treaty as a whole and in the light of its objects and purposes*’¹⁰⁶⁵. Come rilevato poc’anzi, lo scopo e l’oggetto del BIT è quello di assicurare un’ampia protezione agli investitori e ai loro investimenti. Nel caso in parola il tribunale rilevava che “*the Respondent does not allege that the Claimant’s investment and business activity—advertising, printing, and publishing—are illegal per se. In fact (...) governmental authorities of the Respondent registered the Claimant’s subsidiary as a valid enterprise in 1994, and, over the next eight years, registered each of the Claimant’s investments in Ukraine, as documented in twenty-three Informational Notices of Payment of Foreign Investment*”¹⁰⁶⁶. E ancora “*the Respondent now alleges that some of the documents underlying these registered investments contain defects of various types, some of which relate to matters of Ukrainian law*”¹⁰⁶⁷.

Quindi, il collegio arbitrale rilevava che, anche laddove le asserzioni del convenuto fossero state confermate (peraltro attraverso un minuzioso esame delle

¹⁰⁶² Ibid, para. 17.

¹⁰⁶³ Ibid, para. 84, citando Schreurer, *supra*, p. 130.

¹⁰⁶⁴ *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, *supra*, para. 46.

¹⁰⁶⁵ BROWNIE I., *Principles of International Law*, *supra*, p. 634.

¹⁰⁶⁶ Ibid, para. 86.

¹⁰⁶⁷ Ibid.

procedure amministrative ai sensi della legge ucraina), escludere un investimento “*on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty*”. Peraltro, il tribunale rilevava che la registrazione da parte del convenuto degli investimenti di Tokios Tokeles, secondo una logica di acquiescenza, dimostrava che “*investment in question was made in accordance with the laws and regulations of Ukraine*”¹⁰⁶⁸.

Il tribunale valuterà quindi anzitutto se la violazione della legge dello Stato ospitante sia stata effettivamente intenzionale, ossia, se l’investitore fosse effettivamente consapevole del fatto che la sua condotta era contraria all’ordinamento giuridico dello Stato di investimento, decidendo, ciononostante, di portare avanti la propria linea di condotta illegale e, in secondo luogo, la gravità della violazione posta in essere¹⁰⁶⁹.

Se l’azione è ammessa, l’ulteriore valutazione dell’atto illecito può essere effettuata nella fase di merito della controversia. Questo perché, come sostenuto dal tribunale in *Fraport* “*when the question is whether the investment is made in accordance with the law of the host state, considerable arguments may be made in favor of construing jurisdiction in a more liberal way which is generous to the investor*”¹⁰⁷⁰. Pertanto, il tribunale, in quel caso, riconosceva come possono esservi circostanze in cui la legge dello Stato ospitante potrebbe non essere del tutto chiara e gli errori potrebbero essere stati commessi in buona fede al momento dell’acquisizione dell’investimento¹⁰⁷¹. Pertanto tale circostanza può essere successivamente presa in considerazione dal tribunale nella fase di merito della

¹⁰⁶⁸ Ibid.

¹⁰⁶⁹ DE ALBA M., *supra*, p. 329.

¹⁰⁷⁰ *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, *supra*, para. 396.

¹⁰⁷¹ Ibid. Il tribunale considerava errori scusabili l’incapacità del consulente legale di segnalare alcune questioni legali o la circostanza per cui l’accordo che violava la legge dello Stato ospitante non era centrale per la redditività dell’investimento. Tutte queste eccezioni, tuttavia, sono state ritenute non applicabili a favore di Fraport in quanto la società aveva volontariamente violato i divieti stabiliti dalla legge delle Filippine in relazione al controllo straniero delle società di servizi pubblici.

controversia, in particolare ai fini del calcolo dei danni, se del caso, a favore dell'investitore¹⁰⁷².

Il tribunale arbitrale dovrebbe, infine, valutare il grado di rilevanza delle norme violate dall'investitore.

3.4.1. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines

Il caso *Fraport v The Republic of the Philippines* (di seguito, *Fraport*) assume rilievo sia per quanto riguarda i casi di frode che quelli relativi ad altre violazioni della legge dello stato ospitante. Tuttavia, il caso si può qualificare principalmente come un caso che coinvolge altre forme di illegalità, in quanto la legislazione penale nazionale oggetto di esame da parte del tribunale (la legge penale filippina concernente le società di comodo) è volta essenzialmente ad escludere l'esercizio del controllo manageriale straniero su determinate aree dell'economia, segnatamente quella dei servizi pubblici quali i *terminal* aeroportuali, motivo di controversia.

Al centro della procedura arbitrale, istituita sulla base del BIT in vigore tra Germania-Filippine, vi era la protezione invocata dall'investitore tedesco rispetto al proprio investimento, operato nelle Filippine (*l'host state*) a partire dal 1999 nel settore della costruzione e gestione di aeroporti. Tale investimento consisteva in partecipazioni acquisite in una società filippina (PIATCO) aggiudicatasi due anni prima, nel 1997, la concessione per la costruzione e la gestione del nuovo *terminal* internazionale III Ninoy Aquino a Manila e in altre società filippine partecipanti nel capitale della prima, unitamente a numerosi prestiti concessi alle suddette società.

Il governo filippino annullava in seguito il contratto di concessione concluso tra il Dipartimento filippino dei trasporti e delle comunicazioni e Fraport.

Il convenuto lamentava la violazione della legislazione filippina in materia di restrizioni imposte a stranieri rispetto all'esercizio di attività economiche nel settore

¹⁰⁷² DE ALBA M., *supra*, p. 329.

delle ‘*public utilities*’ (tra queste la cd. *Anti-Dummy Law* al centro della analisi del Comitato di annullamento)¹⁰⁷³.

Il convenuto contestava la giurisdizione del tribunale nell’arbitrato *de quo* ritenendo che “*the protections afforded by the BIT at issue do not extend to investments made in violation of Philippine law (...) The Respondent refers to the ‘limited nature’ of the BIT’s application and contends that the Claimant’s investment falls outside of the BIT’s expressly limited scope because it was not made in compliance with Philippine law. In brief, the Respondent avers that the Claimant’s investment was not ‘accepted’ in accordance with the laws of the Philippines, in the words of Article 1(1) of the BIT*”¹⁰⁷⁴.

Il collegio arbitrale rilevava che un accordo segreto tra azionisti e Fraport era stato posto in essere al fine di assicurare a quest’ultima il controllo di gestione sulla *joint venture* che aveva ottenuto la concessione per la costruzione e la gestione del nuovo *terminal* presso il *Manila Ninoi Aquino International Airport*¹⁰⁷⁵ e che

¹⁰⁷³ ICSID – decisione del 23 dicembre 2010, con nota di DE LUCA A., *Violazione del principio del contraddittorio e annullamento ICSID: il caso Fraport AG Frankfurt c. Repubblica delle Filippine*, in *Rivista dell’Arbitrato*, Briguglio, De Nova, Giardina (diretta da), Giuffrè Editore, p. 667 e ss.

¹⁰⁷⁴ *Fraport*, *supra*, para. 285.

¹⁰⁷⁵ *Ibid*, para. 125, “*the Tribunal notes (...) that [“the secret shareholder agreements”] consist of critical evidence establishing that Fraport sought to exercise managerial control over PIATCO and thereby knowingly orchestrated its investment in flagrant violation of the ADL*” e ancora “*the Tribunal’s concern here is not with Fraport’s quantitative equity it is with the secret shareholder agreements. In the context of the internal Fraport documents, the secret shareholder agreements show that Fraport from the outset understood, with precision, the Philippine legal prohibition but believed that if it complied with it, the prospective investment could not be profitable. So it elected to proceed with the investment by secretly violating Philippine law through the secret shareholder agreements. These agreements evidence that Fraport planned and knew that its investment was not ‘in accordance’ with Philippine law*” (*ibid*, para. 355). Quanto allo *standard* di prova “*the jurisdictional question before this Tribunal, which is seized of an international investment dispute, is not a determination of a crime but whether an economic transaction by a German company was made ‘in accordance’ with Philippine law and thus qualifies as an ‘investment’ under the GermanPhilippine BIT. Even assuming, however, that the ‘preponderance of evidence’ test which applies in civil law must yield in the instant case to a ‘beyond a reasonable doubt’ test because the*

il BIT in vigore tra Germania e Filippine “*explicitly and reiteratedly*” richiedeva che l’investimento, ai fini di poter ottenere la protezione offerta dal BIT, fosse posto in essere in conformità con la legge dell’*host state*¹⁰⁷⁶.

Il ricorrente quindi coscientemente e internazionalmente aggirava la legislazione *Anti-Dummy* – che limita l’intervento da parte degli investitori stranieri nella gestione, amministrazione o controllo di un servizio pubblico filippino – e nascondeva il realtivo accordo (sempre in violazione della legislazione citata)¹⁰⁷⁷. Quale conseguenza di tale condotta non ‘in conformità alle rispettive leggi e regolamenti’ delle Filippine, come richiesto dal BIT pertinente, il tribunale concludeva di non avere giurisdizione *rationae materiae*, stante la mancanza di consenso ad arbitrare controversie relative a tali investimenti¹⁰⁷⁸. In particolare, il collegio arbitrale rilevava che: “*when the question is whether the investment is in accordance with the law of the host state, considerable arguments may be made in favour of construing jurisdiction ratione materiae in a more liberal way which is generous to the investor. In some circumstances, the law in question of the host state may not be entirely clear and mistakes may be made in good faith. In this case, the comportment of the foreign investor, as is clear from its own records, was egregious and cannot benefit from presumptions which might ordinarily operate in favour of the investor*”¹⁰⁷⁹ e che “*compliance with the host state's laws is an explicit and hardly unreasonable requirement in the treaty and its accompanying Protocol*”¹⁰⁸⁰.

subject of the ‘in accordance’ inquiry is a Philippine criminal statute, this is a case in which res ipsa loquitur. The relevant facts, all of which are found in Fraport's own documents, are incontrovertible”.

¹⁰⁷⁶ *Fraport AG v. The Republic of the Philippines*, *supra*, para. 398.

¹⁰⁷⁷ In questo senso si è espresso il tribunale arbitrale in *Fraport AG v. The Republic of the Philippines*, *supra*, para. 401.

¹⁰⁷⁸ *Ibid*, para. 401, il ricorrente non poteva “*claim to have made an investment ‘in accordance with law’ and the tribunal ‘lacked jurisdiction rationae materiae*”

¹⁰⁷⁹ *Ibid*, para. 396.

¹⁰⁸⁰ *Ibid*, para. 404.

Si rileva tuttavia che nella decisione in parola il giudice Cremades esprimeva la propria *dissenting opinion* nei seguenti termini: “(...) *The principle of legality in investment arbitration, like the principles of pacta sunt servanda and good faith, applies equally to both Parties. Indeed, the very purpose of investment arbitration is to determine the legality of the conduct of the Host State and the investor under the applicable law. (...) it is not uncommon for BITs to include in the definition of investment some reference to domestic law and regulation similar to the language of the Philippines-Germany BIT*”¹⁰⁸¹. Tuttavia l’arbitro dissenziente rilevava che “*the purpose of these provisions is not to condition the right to arbitrate on the minute compliance by the investor at all times and in all respects with the domestic law and regulation of the Host State. It was not the intention, for example, that a Host State might escape responsibility for unfair or expropriatory acts because the investor did not comply with domestic regulation relating to the expression of corporate names. Such an argument has been raised before an international arbitral tribunal and was properly rejected because ‘to exclude an investment on the basis of such minor errors would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty*”¹⁰⁸².

L’arbitro dissenziente rilevava quindi che: “*if the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. (...) Such an approach does not respect fundamental principles of procedure. As a matter of principle, therefore, the legality of the investor's conduct is a merits issue. The inquiry at the jurisdictional phase required by the phrase ‘in accordance with the laws and regulations of the Host State’ is limited to determining whether the type of asset is legal in domestic law. For the reasons already explained, I consider that the proper interpretation of Article 1(1) of the Philippines-Germany BIT in accordance with the principles of the Vienna Convention produces exactly this result referred to the Tokios Tokeles v. Ukraine case as an example of a State's reliance on a trivial breach of local law to challenge the jurisdiction of the arbitral*

¹⁰⁸¹ Ibid, *dissenting opinion* del Giudice Bernardo M. Cremades.

¹⁰⁸² Ibid, ove viene richiamata la decisione in *Tokios Tokeles v. Ukraine*, *supra*, para. 83-86.

tribunal. What of an example at the other extreme, of an investor that has engaged in systematic fraud or corruption? The recent award in *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26, Award of August 2, 2006) involved systematic fraud in securing a contract with the Republic of El Salvador, (...), and the tribunal held that there was no jurisdiction on a number of grounds, including that the investment was not made in accordance with the laws of El Salvador. (...) In a case of gross illegality the Host State will almost certainly have a defence on the merits, and the claim will be dismissed. In cases of gross illegality there may also be other reasons for the inadmissibility of a claim. In some cases, for example, the principles of good faith and public policy may bar a claim. Both good faith and international public policy were important in *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*. International public policy barred the claims in *World Duty Free v. The Republic of Kenya* (ICSID Case No. ARB/00/07, Award of October 4, 2006). Alternatively, illegality might have consequences for jurisdiction peculiar to the circumstances of a particular dispute, as for example, where the illegality connects the dispute to events before the treaty entered into force, and therefore deprives the tribunal of jurisdiction *rationae temporis* (*Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award of February 7, 2005) (...) For these reasons, I consider that the decision of the majority in this arbitration is not only contrary to the terms of Article 1(1) of the Philippines-Germany BIT, but it is also fundamentally wrong in its approach to illegality as a matter of principle”¹⁰⁸³.

4. La clausola ‘in accordance with the law’ e le ‘unclean hands’ come eccezione di giurisdizione

Giurisdizione e ricevibilità sono due concetti giuridici che, nonostante siano frequentemente applicati dai tribunali arbitrali, si prestano a una certa confusione

¹⁰⁸³ Ibid, para. 36-41.

terminologica¹⁰⁸⁴. In linea generale, la giurisdizione potrebbe essere definita come ‘*the power of the tribunal to hear the case*’¹⁰⁸⁵. Nell'arbitrato internazionale, dove il termine ‘*competence*’ è spesso usato alternativamente alla nozione di giurisdizione¹⁰⁸⁶, la giurisdizione di un tribunale si basa generalmente sul consenso delle parti della controversia¹⁰⁸⁷. Le obiezioni alla giurisdizione potrebbero essere descritte in relazione alle ‘*conditions affecting the parties’ consent to have the tribunal decide the case at all*’¹⁰⁸⁸.

In contrasto con la nozione di giurisdizione, il concetto di ammissibilità è stato variamente descritto come relativo alla questione di ‘*whether it is appropriate for the tribunal to hear [the case]*’¹⁰⁸⁹ o ‘*the suitability of the claim for adjudication on the merits*’¹⁰⁹⁰. Nelle parole di Brownlie, “[a]n objection to the admissibility of

¹⁰⁸⁴ WEHLAND H., *Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSD Convention and the ICSID Assitional Facility Rules*, in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Capitolo 8, Kluwer Law International, Crina Baltag (ed.), 2017, p. 227 e ss.

¹⁰⁸⁵ In questo senso *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, lodo, 2 giugno 2000, *Dissenting Opinion* del Giudice Keith Highet, para. 58.

¹⁰⁸⁶ BORN G., *International Commercial Arbitration* vol. 1, 1046 (II ed.), Kluwer Law International, 2014.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 201. Lo stesso per quanto riguarda la giurisdizione delle Corti internazionali, *Corfu Channel*, *supra*.

¹⁰⁸⁸ CRAWFORD J., *Brownlie’s Principles of Public International Law*, *supra*, p. 693.

¹⁰⁸⁹ Cfr. *Waste Management v. Mexico*, *supra*, para. 58. Si veda inoltre WAIBEL M., *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, in *International Investment Law*, Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch eds., Nomos, 2015, p. 1213 (“*admissibility concerns the power of a tribunal to decide a case at a particular point in time in view of possible temporary or permanent defects of the claim*”).

¹⁰⁹⁰ DOUGLAS Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 310. Si veda inoltre, *Abaclat and Others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5 (*ex Giovanna A Beccara and Others v. The Argentine Republic*), lodo 28 ottobre 2011, *Dissenting Opinion*, Georges Abi-Saab, para. 18. Per quanto riguarda la difficoltà di distinguere le questioni di ammissibilità dalle questioni relative al merito, si veda anche *Methanex v. US* (UNCITRAL), Partial Award of 7 August 2002, para. 109, 122–125. Le obiezioni di inammissibilità normalmente assumono la forma di un'affermazione secondo cui, anche se la Corte ha giurisdizione e i fatti dichiarati dallo Stato richiedente sono corretti, tuttavia vi sono ragioni per cui la Corte non dovrebbe

*a claim invites the tribunal to dismiss (or perhaps postpone) the claim on a ground which, while it does not exclude its authority in principle, affects the possibility or propriety of its deciding the particular case at the particular time*¹⁰⁹¹.

La giurisdizione e l'ammissibilità rappresentano questioni fondamentali per il giudizio internazionale, fungendo da porta di accesso al contenzioso nel merito - l'obiettivo finale del procedimento. Tuttavia, questi concetti rimangono intrinsecamente sottostimati e possono essere modellati variamente per formulare obiezioni preliminari¹⁰⁹².

Nel contenzioso internazionale in generale, gli argomenti relativi alla giurisdizione e alla ammissibilità si risolvono in obiezioni preliminari. La parte che agisce tenta infatti di convincere il tribunale a rigettare il caso, possibilmente prima ancora che il merito venga affrontato. La creatività giuridica e concetti vagamente definiti, combinati tra loro, forniscono una buona occasione a molteplici obiezioni che mettono in discussione la competenza del tribunale o la ricevibilità di una domanda, o entrambi¹⁰⁹³. In tale quadro, la giurisdizione e l'ammissibilità risentono di una sotto-definizione concettuale. La distinzione tra i due concetti nell'arbitrato sugli investimenti è un problema che emerge regolarmente nella prassi e persiste nonostante i tentativi dottrinali di risolverlo.

Che il test di ammissibilità segua una constatazione di giurisdizione pare potersi affermare con certezza, ma la sequenza in cui i due istituti vengono trattati è meramente logica e non dice granché sul loro contenuto. Se è vero che la giurisdizione riguarda il foro giudiziale, la ricevibilità concerne la domanda; in quest'ottica, le decisioni dei tribunali sulla giurisdizione e sulla ricevibilità

procedere a un esame di merito (*Oil Platforms, supra*, para. 29. Alcuni esempi di casi in cui vi è stato un rifiuto della Corte di occuparsi di un caso per ragioni di inammissibilità sono *Northern Cameroons (Cameroons v United Kingdom)*, obiezioni preliminari, decisione 2 dicembre 1963, I.C.J. Rep. 1963 e i due *Nuclear Tests Cases, supra*.

¹⁰⁹¹ CRAWFORD J., *supra*, 693.

¹⁰⁹² FONTANELLI F., TANZI A., *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration. A View from the Bridge at the Practice, in The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Bill Nijhoff, 2017, pp. 3–20.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

rispondono a diverse domande. Vale a dire, se a) le parti hanno conferito al tribunale il potere di decidere su una specifica domanda, oppure b) c'è qualcosa che inficia la domanda e che impedisce al tribunale di esercitare la propria giurisdizione sul caso¹⁰⁹⁴.

I tribunali dimostrano di essere consapevoli della permeabilità tra i due concetti¹⁰⁹⁵. Tuttavia, differenze pratiche tra una constatazione di irricevibilità e una di mancanza di giurisdizione non mancano. Innanzitutto, la giurisdizione di un tribunale deve essere valutata necessariamente in via preliminare, al momento della domanda; per converso i motivi che portano all'irricevibilità della domanda possono sorgere durante il procedimento; i motivi di irricevibilità possono essere revocati dalle parti ed essere soggetti a diverse regole di invocabilità, nel senso che il tribunale potrebbe non avere alcun obbligo di sollevare la relativa eccezione *proprio motu*,¹⁰⁹⁶ oppure le parti potrebbero perdere il diritto di invocarla dopo una certa fase del procedimento¹⁰⁹⁷; inoltre, mentre la giurisdizione di un tribunale definisce il giudicato, l'inammissibilità di una domanda non diventa *res judicata* e talvolta può essere superata come, ad esempio, quando la domanda venga proposta nuovamente dopo che i rimedi interni sono esauriti o il periodo di attesa è scaduto.

¹⁰⁹⁴ Ibid.

¹⁰⁹⁵ Ibid.

¹⁰⁹⁶ *Lance Larsen v. the Hawaiian Kingdom*, PCA Case No. 99-001, UNCITRAL 1976 Rules, lodo, 5 febbraio 2001, para. 927-933, in cui il tribunale sembrava analizzare l'ammissibilità *proprio motu*, è eccezionale perché tratta di un ricorso fittizio in cui entrambe le parti non avevano interesse a sollevare obiezioni procedurali. Sull'impossibilità di esaminare i difetti di ammissibilità *proprio motu*, di veda la caratterizzazione dell'approccio adottato in *Hochtief AG v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/31, giurisdizione, decisione, 24 ottobre 2011, para. 5: “[i]n the ICJ, for example, rules on admissibility include such matters as the rules on the nationality of claims and the exhaustion of local remedies. The ICJ may have jurisdiction to decide whether State A had injured corporation B in violation of international law; but it may be that the claim actually filed is inadmissible because it has been brought by the wrong State, or because local remedies have not yet been exhausted. But if no objection is raised on such grounds, the Court will not raise the matter *proprio motu*.”

¹⁰⁹⁷ AMERASINGHE C., *International Arbitral Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2011, p. 71: “an objection relating to recevabilité may be waived or the opportunity to raise it lost, whereas a defect in jurisdiction can technically never be cured.”

Una differenza cruciale riguarda poi la possibilità di revisione delle decisioni¹⁰⁹⁸, nel senso che mentre le conclusioni sulla giurisdizione potrebbero essere soggette al riesame di un organo di controllo autorizzato ad accertare che il collegio non abbia ecceduto i suoi poteri, le conclusioni sulla ricevibilità di un reclamo sono definitive. Infine, è stato messo in evidenza come la caratterizzazione di una questione come pertinente alla giurisdizione piuttosto che alla ricevibilità possa influire sulla sequenza logica dell'analisi svolta dal tribunale, nonché sull'assegnazione dell'onere probatorio tra le parti¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility*, in G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, P.M. Patocchi e A.M. Whitesell (ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 601 dove si evidenzia l'importanza della distinzione tra i due concetti.

¹⁰⁹⁹ SHANY Y., *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge University Press, 2015, p. 130, il quale accompagna l'elenco delle conseguenze pratiche con un'attenta valutazione delle 'ragioni analitiche' che dipendono dalla corretta distinzione tra giurisdizione e ammissibilità, ovvero "*the distinction may help us better understand the way courts exercise judicial power and the legal interests of relevant constituencies affected as they do so*". Il 18 gennaio 2017, il tribunale ICSID in *Supervision y Control v. Costa Rica* precisava la distinzione tra giurisdizione e ammissibilità, avviando una digressione per evidenziarla. Il tribunale osservava che esso potrebbe riesaminare solo le conclusioni sulla giurisdizione, non quelle sulla ricevibilità (Ibid., para. 268). A ciò si oppongono talune eccezioni. In primo luogo, l'affermazione secondo cui i tribunali arbitrali sono in ogni caso tenuti a valutare *ex officio* l'esistenza dei motivi della loro giurisdizione sembra contravvenire alle pertinenti norme ICSID e UNCITRAL. Queste, stabilendo un termine per le obiezioni giurisdizionali implicano chiaramente che dopo un momento critico il tribunale dovrebbe addirittura ignorare un'obiezione sollevata *ex parte*, per non parlare di un sollevamento *proprio motu* (si veda la discussione in *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, giurisdizione, decisione, 11 aprile 2007, Partial Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña e Partial Dissenting Opinion del Professor Francisco Orrego Vicuña, 11 aprile 2007, para. 138 e ss.). In secondo luogo, per quanto riguarda l'onere della prova, esso potrebbe operare diversamente per quanto riguarda la dimostrazione dei motivi di giurisdizione o quelli di ammissibilità. Questa distinzione, tuttavia, è per lo più teorica (L'investitore deve dimostrare l'esistenza dei requisiti giurisdizionali; lo Stato deve dimostrare che un reclamo sulla giurisdizione esistente è inammissibile. Si veda *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, *supra*, para. 58–64: "*if jurisdiction rests on the existence of certain facts, they have to be proven [not just established prima facie] at the jurisdictional phase*"), non c'è

praticamente alcuna differenza nella pratica. Considerando che, come regola generale, è la parte che si basa su alcuni fatti che devono dimostrarli, vale la pena notare come, in relazione a un'obiezione fondata sull'*estoppel* e sull'abuso di processo, il tribunale in *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, lodo, 22 agosto 2016, para. 350 e ss., non ha definito la questione come pertinente alla giurisdizione o alla ricevibilità, ma ha dichiarato che in entrambi i casi lo Stato avrebbe dovuto fornire le prove decisive). In terzo luogo, un'altra distinzione spesso citata è il diverso regime di revisione delle determinazioni giuridiche - vale a dire se la decisione sia rivedibile o annullabile -, da un lato, in contrasto con le decisioni sulla ricevibilità - immuni dalla revisione (FONTANELLI F., TANZI A., *Jurisdiction and Admissibility*, *supra*). Questa distinzione trova poca radicazione testuale nel sistema ICSID, in cui lo *standard* per l'annullamento è un evidente eccesso di potere o una grave deviazione da una fondamentale regola procedurale (ICSID Convention, Articolo 52). Una decisione errata in punto di giurisdizione potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di questo *standard*, ma anche una determinazione di ricevibilità, a condizione che venga raggiunta la soglia di gravità critica (*Venezuela Holdings, B.V., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Annulment, 9 marzo 2017, para. 110: “*The Committee accepts that there is some force in the argument advanced by Venezuela that matters of jurisdiction may call for a more rigorous approach than other grounds for annulment, simply because a tribunal ought not to be allowed to exercise a judicial power it does not have (or vice versa). The Committee also accepts that there is weight in the Mobil Parties’ contention that questions of admissibility may require to be approached in a different way from questions of jurisdiction for the purposes of the annulment scheme laid down in Article 52 of the ICSID Convention. It is plain on the face of it that the reference in Article 52(1)(b) to a tribunal having ‘manifestly exceeded its powers’ fits most naturally into the context of jurisdiction, in the sense that it covers the case where a tribunal exercises a judicial power which on a proper analysis had not been conferred on it (or vice versa declines to exercise a jurisdiction which it did possess)*”. Tale *obiter dictum*, tuttavia, non esclude la possibilità di annullare una decisione di ammissibilità e si limita a notare, in astratto, che la soglia di gravità potrebbe essere meno probabile da raggiungere). *TECO v. Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, Decision on Annulment of 5 April 2016, para. 215 ha chiarito che il divario di giurisdizione / ricevibilità è di per sé irrilevante per il successo di una domanda di annullamento: “*(...) the Committee wishes to clarify that it cannot accept Guatemala’s theory according to which a tribunal’s incorrect decision on jurisdiction can never survive annulment because any excess of jurisdiction is necessarily manifest*”. Similmente, il tribunale in *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, giurisdizione, decisione, 12 dicembre 2012, para. 117 ha osservato che una decisione nel senso della irricevibilità può essere annullata e ha castigato i tentativi di distinguere tra ammissibilità e giurisdizione sulla base dell'annullabilità (“*under the ICSID system, a decision*

Il collegio arbitrale in *Hochtief Aktiengesellschaft v. Argentine Republic* stabiliva che “*jurisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal*”¹¹⁰⁰, con la conseguenza che “[t]he concept of ‘admissibility’ refers to the varied reasons that a tribunal, although it has jurisdiction, may decline to hear a case or a claim”¹¹⁰¹.

Mentre la giurisdizione riguarda quindi il potere di giudicare facente capo al tribunale in base al consenso dello Stato ad arbitrare la controversia, l’ammissibilità (o ricevibilità) riguarda la domanda¹¹⁰².

Come ribadito dal tribunale ICSID in *Hochtief v. Argentina* “*jurisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal*”¹¹⁰³ o, richiamando le parole del collegio arbitrale in *Micula v. Romania*, “[...] *an objection to jurisdiction goes to the ability of a tribunal to hear a case while an objection to admissibility aims at the claim itself and pre-supposes that the tribunal has jurisdiction*”¹¹⁰⁴.

La giurisdizione è quindi, logicamente, una questione primaria che va affrontata prioritariamente; l’ammissibilità è invece, giocoforza, una questione secondaria che può essere presa in considerazione solo dopo che il tribunale abbia affermato la propria giurisdizione¹¹⁰⁵. Questa impostazione è stata espressa da uno degli arbitri in *Erhas Dis Ticaret Ltd. Sti v. Turkmenistan*, e per il quale “[t]he concept of

stating that a claim lacks admissibility may be brought before an annulment committee based on one of the grounds listed in Article 52(1) of the Convention and in particular when the claimant alleges that the tribunal had ‘manifestly exceeded its powers’ (lit. b). This feature of ICSID practice renders both the distinction wrong in theory and useless in practice”).

¹¹⁰⁰ *Hochtief Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, *supra*, para. 90.

¹¹⁰¹ *Erhas Dis Ticaret Ltd. Sti, et al. v. Republic of Turkmenistan*, PCA Case No. 2013-27, *Separate Declaration* Stanimir A. Alexandrov, 19 maggio 2015, para. 5.

¹¹⁰² HEISKANEN V., *Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, 29(1) ICSID Review, 2014, p. 231 e ss., p. 237.

¹¹⁰³ *Hochtief Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, *supra*, para. 90.

¹¹⁰⁴ *Micula v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, *Jurisdiction and Admissibility*, decisione, 24 settembre 2008, para. 63.

¹¹⁰⁵ REINISCH A., *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 16, Brill Nijhoff, Leiden, 2017, pp. 21-43.

*'admissibility' refers to the varied reasons that a tribunal, although it has jurisdiction, may decline to hear a case or a claim*¹¹⁰⁶. Del pari, il tribunale in *Bureau Veritas v. Paraguay* si è riferito alla “admissibility” come una questione “*whether in the event that the Tribunal does have jurisdiction, the claim is admissible*”¹¹⁰⁷.

È fondamentale determinare se la distinzione comporta conseguenze diverse¹¹⁰⁸. Alcuni autori, tra cui Jan Paulsson, hanno sottolineato come la distinzione sia cruciale, in quanto, tendenzialmente, le decisioni sulla giurisdizione sono rivedibili, contrariamente a quanto accade nel caso di statuizioni di inammissibilità¹¹⁰⁹.

A differenza dei termini ‘giurisdizione’ e ‘competenza’, la nozione di ammissibilità non è menzionata né nella Convenzione ICSID né nelle Regole di arbitrato ICSID¹¹¹⁰ né nelle *Additional Facility Rules*. Questo silenzio può essere probabilmente spiegato alla luce del fatto che le risposte alle domande di ammissibilità debbono sovente essere trovate al di fuori della Convenzione

¹¹⁰⁶ *Erhas Dis Ticaret Ltd. Sti, et al. v. Republic of Turkmenistan*, PCA Case No. 2013–27, *Separate Declaration* di Stanimir A. Alexandrov, 19 maggio 2015, para. 5.

¹¹⁰⁷ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, para. 132 (“The issues that divide the parties [...] relate to two issues: the issue of jurisdiction, namely whether the Tribunal has jurisdiction over [Claimant’s] claims under [the relevant BIT]; and the issue of admissibility, namely whether in the event that the Tribunal does have jurisdiction, the claim is admissible.”).

¹¹⁰⁸ REINISCH A., *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law*, *supra*.

¹¹⁰⁹ PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility*, *supra*, p. 601; DOUGLAS Z., *The International Law of Investment Claims*, *supra*, pp. 134–150; HEISKANEN V., *Ménage à trois?*, *supra*, p. 231;

¹¹¹⁰ Si veda inoltre HEISKANEN V., *Jurisdiction v. Competence: Revisiting a Frequently Neglected Distinction*, 5 Finnish Yearbook of International Law 1, 1994, 232 e LAIRD I. A., *A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in Salini v. Jordan and Methanex v. USA*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler ed., 2005, p. 204.

ICSID¹¹¹¹. Vi sono tuttavia pochi dubbi sul fatto che i tribunali arbitrali abbiano il potere di decidere in merito alle obiezioni alla ricevibilità sia in procedimenti ai sensi della Convenzione ICSID che in procedimenti ai sensi delle *Additional Facility Rules*¹¹¹².

Poiché la Convenzione ICSID non usa affatto il termine ‘*admissibility*’ ma utilizza il concetto di ‘*competence*’ dei tribunali ICSID oltre a quello della ‘*jurisdiction*’ del Centro¹¹¹³, la distinzione tra giurisdizione e ricevibilità è ancora meno chiara nel caso dell'arbitrato ICSID¹¹¹⁴.

La giurisdizione (*ratione materiae*) del Centro, ai sensi dell'articolo 25 è limitata a ‘*legal disputes arising directly from an investment*’, mentre la giurisdizione *ratione personae* si estende a “*Contracting States (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State)*”, da un lato, e “*nationals of another Contracting State*”, dall'altro¹¹¹⁵.

Nella stragrande maggioranza dei casi ICSID la giurisdizione si fonda sul

¹¹¹¹ STEINGRUBER A., *Some remarks on Veijo Heiskanen's Note 'Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, 29 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 2014, p. 688

¹¹¹² Si veda, ad esempio, *The question of ius standi raised in South West Africa (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa)*, obiezioni preliminary, decisione, 18 luglio 1966, I.C.J. Rep 1966, para. 112. Per una visione differente circa la procedura ai sensi delle UNCITRAL Rules si veda *Methanex v. US*, para. 126.

¹¹¹³ See Article 41 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 March 1965, 575 U.N.T.S. 159 (“(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence. (2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.” [emphasis added]).

¹¹¹⁴ REINISCH A., *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law*, *supra*.

¹¹¹⁵ Article 25 ICSID Convention, *supra* note 19 (“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”).

contenuto dei BITs di volta in volta rilevanti. Secondo la decisione dell'*annulment committee* in *Mitchell v. Congo*¹¹¹⁶, il lodo ICSID in *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*¹¹¹⁷, ovvero secondo un rivisitato 'Salini-light-test'¹¹¹⁸, solo "the three objective criteria of (i) a contribution, (ii) a certain duration, and (iii) an element of risk" sono necessari e sufficienti a definire un investimento¹¹¹⁹.

La Convenzione ICSID e la maggior parte degli IIAs non usano affatto il termine 'admissibility'. Pertanto, nessuna chiara guida deriva dal loro linguaggio. Per converso, i tribunali hanno fatto ricorso al concetto di ammissibilità quando hanno rifiutato di esercitare la propria giurisdizione decidendo di astenersi dal decidere determinate richieste.

L'ammissibilità è un concetto che ha giocato un ruolo rilevante in situazioni in cui si è verificata corruzione o altra forma di illegalità nella realizzazione di un investimento.

¹¹¹⁶ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, *Application for Annulment of the Award*, decisione, 1 novembre 2006.

¹¹¹⁷ *Malaysian Historical Salvors*, *supra*.

¹¹¹⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, *supra*, para. 52 ("The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf. commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition"); i tribunali sugli investimenti si sono concentrati su: una certa durata, una certa regolarità di profitti, l'assunzione di rischi, un impegno sostanziale e un contributo significativo allo sviluppo dello Stato ospitante. Si veda, sul punto, SCHREUER C., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A., *The ICSID Convention: A Commentary* (II ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 128 e ss.

¹¹¹⁹ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, giurisdizione, decisione, *Applicable Law and Liability*, 30 novembre 2012, para. 5.43; Similmente, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, *supra*, para. 306; *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, lodo, 31 marzo 2011, para. 151; *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, lodo, 17 ottobre 2013, para. 173; cfr. *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, lodo, 14 luglio 2010, para. 110 ("[...] that the criteria of (i) a contribution, (ii) a certain duration, and (iii) an element of risk, are both necessary and sufficient to define an investment within the framework of the ICSID Convention").

In una serie di casi, è emersa la questione se le cosiddette clausole “*in accordance with host State law*”, contenute in un numero significativo di BITs, implicino requisiti giurisdizionali, questioni di ammissibilità o siano questioni da lasciare al merito¹¹²⁰.

Le clausole espresse di legalità sono generalmente considerate come limitazioni della giurisdizione imposte dalle parti; viceversa, un requisito di legalità implicita è visto come una questione di ammissibilità¹¹²¹.

Ciò che accomuna i concetti di giurisdizione e ammissibilità è la loro carenza determina il rigetto della domanda a prescindere dal merito. Allo stesso tempo, esiste una netta differenza tra i due concetti in quanto un'obiezione alla ricevibilità costituisce ‘*a plea that the tribunal should rule the claim to be inadmissible on some ground other than its ultimate merits*’, mentre un'obiezione alla giurisdizione può essere vista come ‘*a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim*’¹¹²². La questione della giurisdizione precede pertanto logicamente la questione della ricevibilità, che può essere decisa solo una volta che sia stata accertata la

¹¹²⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, *supra*, para. 190; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, *supra*, para. 401; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, giurisdizione, decisione, 6 luglio 2007, para. 182.

¹¹²¹ MOLOO R., KHACHATURIAN A., *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, 34(6) *Fordham International Law Journal*, 2011, pp. 1473 e ss., pp. 1499–1501; SCHILL S., *Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration*, 11(2) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, pp. 281 e ss., pp. 288–291; OBERSTEINER T., ‘*In Accordance with Domestic Law*’ *Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*, 31(2) *Journal of International Arbitration*, 2014, pp. 265 e ss., p. 274.

¹¹²² FITZMAURICE G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1995, p. 438. Il termine ‘ammissibilità’ è espressamente menzionato nell’art. 79 (1) del Regolamento dell’ICJ, riferito a ‘*[a]ny objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing as soon as possible, and not later than three months after the delivery of the Memorial*’.

giurisdizione¹¹²³. Inoltre, si sottolinea spesso che la giurisdizione riguarda ‘*the arbitration agreement*’¹¹²⁴ o ‘*the scope of the State’s consent to arbitrate*’¹¹²⁵, mentre ‘*admissibility is related to a specific claim or counterclaim*’¹¹²⁶

Come semplice *test* per accertare se una particolare obiezione si riferisca alla giurisdizione o alla ricevibilità, ci si può chiedere se la parte che si oppone sta

¹¹²³ STEINGRUBER A., *supra*, p. 680.

¹¹²⁴ *Ibid*, p. 681.

¹¹²⁵ HEISKANEN, *supra*, p. 242.

¹¹²⁶ STEINGRUBER, *supra*, p. 681. See also HEISKANEN, *supra*, p. 242. È stato anche suggerito che un'obiezione giurisdizionale di solito si rivolgerebbe al tribunale piuttosto che alla domanda, mentre il destinatario di una eccezione di ammissibilità sarebbe la domanda (sul punto STEINGRUBER, *supra*, p. 684. Nonostante queste chiare distinzioni teoriche, la pratica arbitrale mostra che i tribunali occasionalmente fanno fatica a distinguere chiaramente i due concetti (per quanto riguarda l'uso della nozione di ‘arbitrabilità’ da parte della Corte suprema degli Stati Uniti in quanto comprende sia questioni di giurisdizione che di ammissibilità, si veda PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility*, *supra*) e non sono sempre chiari nel loro uso della terminologia pertinente (*Burlington Resources Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, giurisdizione, decisione, 2 giugno 2010, para. 315–318, 336–340). Analogamente, in numerosi casi, i tribunali hanno consentito ai ricorrenti di porre rimedio alla loro non conformità con determinati pre-requisiti procedurali dopo che l'arbitrato era già stato incardinato (ad esempio *Pope and Talbot Inc. v. Canada* (UNCITRAL), Preliminary Motion by Canada, decisione, 24 febbraio 2000, para. 18; *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/04/2, Order, 16 marzo 2006; *Teinver v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, giurisdizione, decisione, 21 dicembre 2012, para. 135; *Philip Morris v. Uruguay*, (ICSID Case No. ARB/10/7), giurisdizione, decisione, 2 luglio 2013, para. 148). Non è chiaro se tali decisioni si basassero sull'intesa che i prerequisiti pertinenti si riferivano alla ricevibilità o se i tribunali ritenessero che i requisiti giurisdizionali avrebbero dovuto essere soddisfatti solo al momento delle loro decisioni finali. Le obiezioni alla giurisdizione e alla ricevibilità sono spesso affrontate simultaneamente come ‘obiezioni preliminari’ in una prima fase del procedimento prima di trattare il merito di una controversia (la possibilità di biforcazione nel procedimento in merito a obiezioni preliminari è specificatamente riconosciuta nell’art. 41(2) della ICSID Convention e nella Rule 41(3) delle ICSID Arbitration Rules, così come nell’articolo 45(4) e (5) delle Additional Facility Rules). Di conseguenza, i tribunali a volte lasciano esplicitamente aperta la questione se una determinata questione sia connessa alla giurisdizione o alla ricevibilità (ad esempio *Bayindir v. Pakistan*, (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction of 14 November 2005, para. 87; *Philip Morris v. Uruguay*, *supra*, para. 142).

prendendo di mira il tribunale (nel qual caso l'obiezione deve essere qualificata come giurisdizionale) o il reclamo (nel qual caso l'obiezione è da qualificare come di inammissibilità)¹¹²⁷. Inoltre, si dovrebbe considerare la logica che sostiene l'obiezione. Se la ragione per farlo è che *'the claim could not be brought to the particular forum seized'*¹¹²⁸ e che *'it is inappropriate for the tribunal to exercise its adjudicative power in any circumstances'*¹¹²⁹, la questione è giurisdizionale. Al contrario, se la ragione è che *'it is inappropriate for the tribunal to rule upon the specific claim or counterclaim on the merits'*¹¹³⁰ e che *'the claim should not be heard at all (or at least not yet)'*¹¹³¹, allora la questione dovrebbe essere correttamente definita come relativa alla ricevibilità.

Un'utile formulazione della distinzione tra giurisdizione e ammissibilità si trova nel parere consultivo *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* reso dalla CIG, in cui la Corte rilevava che il fatto di avere giurisdizione rispetto ad un certo caso ad essa sottoposto, non significava che per la stessa esistesse un obbligo di rendere una pronuncia. La CIG si esprimeva nei seguenti termini: *"The Court has recalled many times in the past that Article 65 of its Statute, which provides that 'the Court may give an advisory opinion...' should be interpreted to mean that the Court has a discretionary power to decline to give an advisory opinion even if the conditions of jurisdiction are met"*¹¹³². Del pari, nel caso del *Camerun settentrionale*, la CIG si rifiutava di occuparsi di un caso ad essa sottoposto, per ragioni di inammissibilità,

¹¹²⁷ PAULSSON, *supra*, p. 616. Si veda inoltre DOUGLAS, *supra*, p. 311.

¹¹²⁸ *Ibid*, p. 617.

¹¹²⁹ DOUGLAS, *supra*, p. 311. Si veda inoltre STEINGRUBER, *supra*, p. 683.

¹¹³⁰ DOUGLAS, *ibid*.

¹¹³¹ PAULSSON, *supra*, p. 617.

¹¹³² *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, parere consultivo, 22 luglio 2010, I.C.J. Rep., 2010, para. 415-416.

poiché esso aveva ad oggetto mere questioni legali, prive cioè di implicazioni pratiche¹¹³³.

Un tentativo di offrire una distinzione tra giurisdizione e ammissibilità può essere riscontrato nel recente arbitrato sugli investimenti *Abaclat v. Argentina*, ove il collegio arbitrale, a maggioranza, affermava che: "*While a lack of jurisdiction stricto sensu means that the claim cannot at all be brought in front of the body called upon, a lack of admissibility means that the claim was neither fit nor mature for judicial treatment*"¹¹³⁴.

Una parte della dottrina ritiene che la questione della giurisdizione riguardi il potere di giudicare, ovvero se un tribunale internazionale sia autorizzato o meno a giudicare un caso¹¹³⁵. La giurisdizione comporterebbe quindi non solo un potere giudiziale di rendere una decisione ma anche un obbligo in tal senso e non già una mera discrezionalità. D'altra parte, la questione dell'ammissibilità riguarderebbe invece l'eventuale rifiuto da parte del tribunale di esercitare il proprio potere giurisdizionale. La ammissibilità, quindi, denota un diritto e non già un dovere di giudicare¹¹³⁶.

Mentre la giurisdizione e l'ammissibilità hanno effetti giuridici diversi, in particolare per quanto concerne il giudicato¹¹³⁷, l'effetto immediato, a fini pratici,

¹¹³³ *Nothen Cameroons*, *supra*, para. 15, 37 ("The Court has, however, already indicated that even if, when seized of an Application, the Court finds that it has jurisdiction, it is not obliged to exercise it in all cases. If the Court is satisfied, whatever the nature of the relief claimed, that to adjudicate on the merits of an Application would be inconsistent with its judicial function, it should refuse to do so").

¹¹³⁴ *Abaclat and Others v. Argentina*, *supra*.

¹¹³⁵ SHANY Y., *Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts*, *supra*, p. 174.

¹¹³⁶ Per una distinzione tra 'legal rights entailing duties' e 'legal powers entailing privileges', si veda HOHFELD W. N., *Some Fundamental Legal Conception sas Applied in Judicial Reasoning*, 1913, Yale Law Journal, p. 23.

¹¹³⁷ Secondo PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility*, *supra*, p. 601 "to understand whether a challenge pertains to jurisdiction or admissibility, one should imagine that it succeeds: If the reason for such an outcome would be that the claim could not be brought to the particular forum seized,

è il medesimo¹¹³⁸ nel senso che l'illecito posto in essere dall'investitore costituisce una eccezione che, se sollevata con successo dallo Stato ospitante convenuto, ha un effetto preclusivo del giudizio¹¹³⁹.

In sintesi, ciò che rileva è che, dal punto di vista dello Stato ospitante, la conseguenza in entrambi i casi si sostanzia nell'esonero da qualsivoglia responsabilità mentre per l'investitore si palesa la negazione di qualsiasi rimedio.

La maggior parte dei BITs attualmente in essere limita la protezione offerta dal trattato agli investimenti effettuati 'in conformità' con le leggi nazionali (la cd. clausola di legalità)¹¹⁴⁰. Il tribunale nel caso *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA*

the issue is ordinarily one of jurisdiction and subject to further recourse. If the reason would be that the claim should not be heard at all (or at least not yet), the issue is ordinarily one of admissibility and the tribunal's decision is final" e "whereas decisions that do not respect jurisdictional limits may be overturned, determination as to admissibility are final". In Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, decision on jurisdiction and admissibility, ove il Canada sosteneva che "even if a prior tribunal did not definitively decide on a claim, if that claim was put before it and the tribunal held that it possessed jurisdiction, the same claim based on the same cause of action cannot be advanced before a later tribunal" (para. 207). Il tribunale riteneva tuttavia che "the majority of the arbitration awards which discuss res judicata, as has already been shown, emphasize the need for a matter to have been "distinctly determined" before res judicata can apply" e rigettava l'eccezione di res judicata fondata su una precedente decisione sulla giurisdizione (ibid, para. 209).

¹¹³⁸ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para 2.10 ("the respondent's jurisdictional objection based on abuse of process by the Claimant does not, in legal theory, operate as a bar to the existence of the Tribunal's jurisdiction; but, rather, as a bar to the exercise of that jurisdiction, necessarily assuming jurisdiction to exist").

¹¹³⁹ KREINDLER R., *supra*, p. 326, ("illegal investments are not protected by the ECT. Therefore, even if an arbitral tribunal were to find that a respondent committed an expropriation, such expropriation might not constitute an actionable breach of Article 13 ECT. The illegality attributable to the claimant and its investment could render a claim for ECT protection inadmissible. When the respondent failed to provide for fair and equitable treatment in breach of Article 10 ECT, the same consequences should follow").

¹¹⁴⁰ Per uno studio complessivo delle clausole 'in accordance with the law', si veda SCHILL S., *Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration*, *supra*, p. 281. Per esempio, nel BIT in vigore tra Italia

v. *Kingdom of Morocco* si pronunciava al riguardo nei seguenti termini: “(...) *It seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investment that should not be protected, particularly because they would be illegal*”¹¹⁴¹.

Questa interpretazione è stata successivamente accolta in una serie di lodi arbitrali al punto da costituire ad oggi un indirizzo abbastanza consolidato¹¹⁴².

Se dunque una clausola ‘*in accordance with the host state law*’ è esplicitata nel testo di un trattato, gli arbitri hanno ritenuto che l’investimento posto in essere in violazione delle leggi nazionali non era protetto dal trattato¹¹⁴³.

Dottrina e giurisprudenza hanno affermato che la ‘*clean hands doctrine*’ informa e spiega la disposizione del trattato ‘*in accordance with host state law*’¹¹⁴⁴. In molti casi lo Stato ospitante sarà tentato di invocare quindi la difesa di ‘*clean hands*’ sostenendo che affinché il tribunale ICSID possa avere giurisdizione in merito alla richiesta dell’investitore, questo deve aver posto in essere il suo investimento “*in accordance with the host state’s positive law*”¹¹⁴⁵.

e Marocco si legge: “*The term ‘investment’ designates all categories of assets invested, after the coming into force of the present agreement, by a natural or legal person, including the Government of a Contracting Party, on the territory of the other Contracting Party, in accordance with the law and the regulations of the aforementioned party*”

¹¹⁴¹ *Salini Costruttori SpA & Italstrade v. Kingdom of Morocco*, *supra*, para. 112 (“*The principles of good faith and legality cannot be incorporated into the definition of Art 25(1) of the ICSID Convention without doing violence to the language of the ICSID Convention: an investment might be ‘legal’ or ‘illegal’, made in ‘good faith’ or not, it nonetheless remains an investment. The expression ‘legal investment’ or ‘investment made in good faith’ are not pleonasm, and the expression ‘illegal investment’ or ‘investment made in bad faith are not oxymoron*”).

¹¹⁴² Si veda *Tokios Tokelés v. Ukraine*, *supra*, para 84., *Metal-Tech v Uzbekista*, *supra*; *Fraport v Philippines*, *supra*; *Incesya Vallisoletana*, *supra*.

¹¹⁴³ DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 85.

¹¹⁴⁴ *Germany-Philippines BIT*, Art.1(1) (“*the term ‘investment’ shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State*”); si veda inoltre MOLOO R., *supra*. p 273.

¹¹⁴⁵ LAMM C. B. ET AL., *supra*, p. 342.

La disposizione ‘in conformità con la legge dello Stato ospitante’ può servire come base per affrontare situazioni di investimenti procurati attraverso corruzione¹¹⁴⁶ o frode, dal momento che questi comportamenti violano, tendenzialmente, l’ordine giuridico di qualsiasi Stato ospitante, così come può servire come clausola a garanzia contro diverse violazioni della legislazione nazionale dell’*host state*¹¹⁴⁷.

L’idea secondo cui solo gli investitori con ‘*clean hands*’ hanno diritto alla protezione ai sensi dei trattati che contengono una tale clausola è stata confermata, tra l’altro, dal tribunale nel caso *Inceysa*, dove veniva fatta questione circa l’interpretazione e l’applicazione della disposizione ‘*in accordance with the law*’¹¹⁴⁸. Il tribunale nel caso *de quo* riscontrava che l’investimento oggetto di controversia non soddisfaceva i requisiti di legalità posti dal trattato applicabile¹¹⁴⁹ e declinava la giurisdizione sulla base della considerazione per cui l’investimento non rientrava nell’ambito del consenso espresso dalle parti contraenti il trattato ad arbitrare la controversia¹¹⁵⁰. Nel caso *Inceysa* il tribunale specificava che, basandosi sul linguaggio del BIT e sui relativi *travaux preparatoire*, “*the will of the parties to the [El Salvador-Spain] BIT was to exclude from the scope of application and protection of the Agreement disputes originating from investments which were not made in accordance with the laws of the host state*”¹¹⁵¹. Il tribunale rilevava come

¹¹⁴⁶ Ibid.

¹¹⁴⁷ LLAMAZON A., SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, *supra*, p. 9.

¹¹⁴⁸ *Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, *supra*.

¹¹⁴⁹ Ibid, para. 248-252. Il BIT di riferimento (*Spain-El Salvador BIT*) all’art. III, stabilisce che ‘*each Contracting Party shall protect in its territory the investments made, in accordance with its legislation*’.

¹¹⁵⁰ Ibid, para. 257, (“*because Inceysa’s investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre*”).

¹¹⁵¹ Ibid, para. 195.

il ricorrente si fosse falsamente presentato in un processo di licitazione per l'ottenimento di un contratto governativo e, quale conseguenza di tale riscontro, riteneva di non avere giurisdizione dal momento che l'investimento di Incesya non soddisfaceva il requisito di legalità stabilito dal rilevante BIT, fonte del consenso ad arbitrare la controversia¹¹⁵².

Similmente, a maggioranza, il collegio arbitrale in *Fraport* stabiliva che il BIT in vigore tra Germania e Filippine “*explicitly and reiteratedly*” richiedeva che l'investimento, ai fini di poter ottenere la protezione offerta dal BIT, doveva essere posto in essere in conformità con la legge dell'*host state* (Cremades dissentiva)¹¹⁵³.

Nella medesima prospettiva, nel caso *Desert Line*¹¹⁵⁴ il tribunale affermava che “*in accordance with law clauses are intended to ensure the legality of the investment by excluding investments made in breach of fundamental principles of the host state's law, e.g. by fraudulent misrepresentations [like in Incesya] or the*

¹¹⁵² Ibid, para. 335.

¹¹⁵³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, *supra*, para. 398.

¹¹⁵⁴ In *Desert Line Project LLC v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, lodo, 6 febbraio 2008, la società omanita Desert Line iniziava la costruzione di strade nello Yemen nel 1997. Il progetto riceveva l'approvazione governativa e, su invito del Presidente yemenita, la società procedeva a stipulare numerosi contratti con il governo yemenita. Tuttavia, non veniva effettuato alcun pagamento per i contratti conclusi. Nel frattempo, il subappaltatore interrompeva i lavori e i funzionari yemeniti costringevano Desert Line a chiudere le sue operazioni. Le forze armate yemenite, insieme ai membri del consiglio locale e delle tribù locali, affrontavano e minacciavano il personale di Desert Line aprendo il fuoco con armi automatiche e rimuovendo l'equipaggiamento dell'investitore. Desert Line cercava sollievo in un arbitrato municipal per i danni morali lamentati e otteneva ristoro e un premio è stato assegnato a suo favore. Il governo yemenita, tuttavia, non rispettava il lodo e anzi interferiva con la sua esecuzione. Infine, costringeva Desert Line a firmare un accordo di transazione per una somma molto inferiore a quella ottenuta in arbitrato, spingendo così Desert Line a presentare una richiesta all'ICSID, sulla base del trattato bilaterale in essere tra Oman e Yemen, lamentando un ‘*unfair and inequitable treatment*’ e la violazione del ‘*minimum standard of treatment*’, incluso un diniego di giustizia, da parte del governo Yemenita (ibid, para. 135).

dissimulation of true ownership [like in Fraport]”¹¹⁵⁵. Detto altrimenti, il tribunale riscontrava che la violazione del requisito in parola da parte del ricorrente significava che l’investimento era escluso dall’ambito di applicazione del consenso ad arbitrare la controversia e per tale motivo negava la propria giurisdizione¹¹⁵⁶.

Vi è quindi un numero significativo di casi¹¹⁵⁷ in cui i tribunali ICSID hanno considerato, al fine di negare la giurisdizione, il fatto che l’investimento fosse illegale e, pertanto, non effettuato ‘*in conformity with the host state law*’ come richiesto dal trattato di investimento rilevante¹¹⁵⁸. In altre parole, se i trattati contengono una clausola di cd. legalità, la giurisprudenza arbitrale è piuttosto consolidata nel concludere che gli investimenti illegali non rientrano nell’ambito del consenso ad arbitrare la controversia ai sensi del rilevante IIA, e nel ritenersi quindi carenti di giurisdizione¹¹⁵⁹.

Di conseguenza, se tale *trend* si stabilizzi gli investitori che sono stati coinvolti in atti illeciti ai sensi dell’ordinamento nazionale rilevante al fine di assicurarsi un contratto governativo, probabilmente perderanno *tout court* la protezione accordata

¹¹⁵⁵ Ibid, para. 104.

¹¹⁵⁶ *Inceysa Vallisoletana, supra*, para. 243 (“*Inceysa acted improperly in order to be awarded the bid that made its investment possible and, therefore, it cannot be given the protection granted by the BIT. Sustaining the contrary would be to violate the aforementioned general principles of law which, as indicated, are part of Salvadoran law*”).

¹¹⁵⁷ Nel caso *Fraport, supra*, il tribunale stabiliva che l’investimento era stato posto in essere in violazione della legge penale dell’*host state*. In *Inceysa Vallisoletana, supra*, il tribunale concludeva nel senso per cui l’investitore si era falsamente rappresentato al governo locale e per ciò rifiutava di avere giurisdizione sulla controversia. Sul punto si veda TIRADO J., PAGE M., MEAGHER D., *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investment Arbitration: An Uneasy Relationship*, 29 ICSID Rev., 2014, pp. 493, 496.

¹¹⁵⁸ Ibid.

¹¹⁵⁹ DUDAS S., TSOLAKIDIS N., *Host-State Counterclaims: A Remedy for Fraud or Corruption in Investment-Treaty Arbitration?*, TDM, 3, 2013, disponibile su <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1962>.

dal trattato agli investimenti e con ciò la possibilità di recuperare i danni sempre ai sensi di quello stesso trattato¹¹⁶⁰.

In sintesi, se il trattato di investimento rilevante prevede che solo gli investimenti effettuati in conformità con la legge dello Stato ospitante siano protetti dal trattato stesso¹¹⁶¹, se esistono prove che l'investimento in questione non sia stato effettuato 'in conformità con la legge', il tribunale non avrà giurisdizione per risolvere la controversia relativa all'investimento stesso¹¹⁶².

La prassi arbitrale¹¹⁶³ suggerisce che la clausola che prevede che l'investimento debba essere posto in essere 'in conformità con la legge' comprenda leggi riguardanti l'ammissione dell'investimento. Nella maggior parte degli Stati si può trovare una legislazione riguardante l'ammissione di capitale straniero o altri investimenti in progetti nazionali. Alcuni Paesi stabiliscono condizioni specifiche per l'ammissione degli investimenti stranieri, sia sostanziali che procedurali. Ad esempio, alcune legislazioni richiedono che gli investimenti stranieri siano registrati o specificamente approvati. Pertanto, la violazione di tali prerequisiti violerebbe la clausola di legalità¹¹⁶⁴.

La regola emersa da diversi casi arbitrali sugli investimenti è che se l'investimento è stato posto in essere dal cittadino straniero in violazione delle leggi dello Stato ospitante, l'effetto è quello per cui l'investimento deve considerarsi

¹¹⁶⁰ SINLAPAPIROMSUK T., *The Legal Consequences of Investor Corruption in Investor-State Disputes: How should the System Proceed?*, TDM, 3, 2013, disponibile su <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1959>.

¹¹⁶¹ Per esempio, *Germany-Philippines BIT*, *Italy-Morocco BIT*, *Canada-Argentine BIT*.

¹¹⁶² LAMM C. B., *supra*, pp. 721-722.

¹¹⁶³ *Fraport, supra*; *Tokios Tokeles v Ukraina, supra* e *Mytilineos v. Serbia and Serbia and Montenegro*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction (8 September 2006) para. 151.

¹¹⁶⁴ LLAMAZON A., SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct, supra*, p. 18.

‘*illegal per se*’¹¹⁶⁵, sicché il tribunale deve considerarsi privo di giurisdizione con riguardo alle richieste dell’investitore straniero in arbitrato¹¹⁶⁶.

Conformemente a questo approccio, la legittimità dell’acquisizione dell’investimento sarebbe una condizione sospensiva per il conferimento del potere giudiziario alla luce del rilevante trattato di investimento.

I tribunali che adottano questo approccio hanno anche cercato di limitare le violazioni che impediscono l’accesso alla giurisdizione a quelle ipotesi che rappresentano una “*breach of fundamental principles of the host state’s law*”¹¹⁶⁷ negando la percorribilità delle eccezioni di illegalità nei casi di cd. ‘*technical violations*’ o ‘*minor errors*’¹¹⁶⁸ della legge dello Stato ospitante.

Tre argomenti sono stati avanzati per giustificare l’approccio giurisdizionale a un’eccezione di illegittimità. In primo luogo, il consenso dello Stato ospitante alla giurisdizione arbitrale non si estenderebbe alle controversie relative agli investimenti che sono stati acquisiti in forza di violazioni poste in essere dal ricorrente con riguardo alla legge dello Stato ospitante in virtù di una disposizione espressa del trattato di investimento¹¹⁶⁹ o implicitamente contenuta nello stesso¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁵ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, *supra*, para. 86 citato in *Mytilineos v. Serbia and Serbia and Montenegro* per rigettare un’eccezione di giurisdizione basata sulla mancanza della richiesta registrazione degli accordi in materia di investimento. *Mytilineos v. Serbia and Serbia and Montenegro*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction (8 September 2006) para. 151.

¹¹⁶⁶ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, lodo, 8 novembre 2010, para. 294; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, *supra*, para. 145.

¹¹⁶⁷ *LESI SpA and Astaldi, SpA v. People’s Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/03, lodo, 12 novembre 2008, para. 83; *Desert Line Project LLC v. Republic of Yemen*, *supra*, para. 104; *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, lodo, 29 luglio 2008, para. 319.

¹¹⁶⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, *supra*, para. 86, *Mytilineos Holdings*, *supra*, para. 151-155 e 120.

¹¹⁶⁹ *Ex multis*, *Philip Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, lodo, 28 novembre 2000, para. 24-26; *Incesya Vallesoletana*, *supra*, para. 190-191; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, *supra*, para. 334

¹¹⁷⁰ *Phoenix Action*, *supra*, para 106.

In secondo luogo, il diritto internazionale sugli investimenti dovrebbe dare attuazione a principi generali del diritto quali la buona fede e la massima secondo cui il ricorrente non dovrebbe trarre profitto dalle proprie azioni illecite¹¹⁷¹. Infine, il diritto internazionale degli investimenti dovrebbe rispettare l'integrità della legge nazionale dello Stato ospitante¹¹⁷².

Si potrebbe anche sostenere che un approccio interpretativo che cerca di accogliere l'interazione tra la definizione di investimento, l'eccezione di illegalità e il principio di buona fede è fedele alla lettera della norma dell'articolo 31, lett. c) della Convenzione di Vienna, secondo cui un trattato dovrebbe essere interpretato tenendo conto di 'eventuali norme pertinenti di diritto internazionale applicabili tra le parti'¹¹⁷³. Tuttavia, se questo è ciò che la prassi fa intendere allo stato, chi scrive ritiene di percorrere una soluzione alternativa sulla base dello spunto offerto da Cremades nella sua *dissenting opinion* nel caso *Fraport* ove si legge che "*if the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position*"¹¹⁷⁴. Questa constatazione porta a ritenere che, esigenze di giustizia del sistema, chiederebbero che le azioni illecite dell'investitore venissero considerate nella fase di merito del pari rispetto a quanto accade con riguardo alla condotta illecita dell'*host state*.

5. La *clean hands doctrine* come eccezione di inammissibilità a garanzia dell'ordine pubblico 'transnazionale'

Posto quanto sopra, occorre ora domandarsi cosa accade in quelle situazioni in cui un trattato in materia di investimenti non contenga una disposizione espressa che affermi che gli investimenti protetti sono solo quelli realizzati '*in accordance with the law*'. La questione è stata affrontata, tra l'altro, dal tribunale ICSID nel

¹¹⁷¹ *Inceysa Vallisoletana*, *supra*, para. 232-237 e 240-244; *Phoenix Action*, *supra*, para. 106.

¹¹⁷² *Fraport*, *supra*, para. 402.

¹¹⁷³ DOUGLAS Z., *supra*, p. 170.

¹¹⁷⁴ *Fraport*, *supra* (Cremades *dissenting*).

caso *Plama* ove il ricorrente aveva ottenuto il suo investimento omettendo fraudolentemente alcuni fatti riguardanti le proprie capacità finanziarie e manageriali, ritenute invece, ai sensi della legge bulgara, necessarie per gestire una raffineria di petrolio¹¹⁷⁵. Nel caso in parola, il tribunale si trovava a confrontarsi con un trattato multilaterale in materia di investimenti, ossia l'ECT, che non contiene espressamente una clausola di legalità¹¹⁷⁶. Il tribunale, tuttavia, riteneva che le istanze del ricorrente dovessero essere dichiarate inammissibili dal momento che l'investimento oggetto di controversia non rispettava la legge dello Stato ospitante, così come il diritto internazionale. Nella specie, l'illegittimità dell'investimento era determinata dalla frode posta in essere ai fini dell'ottenimento delle necessarie approvazioni da parte della Agenzia di privatizzazione bulgara al momento dell'acquisto da parte dell'investitore di azioni in Nova Plama¹¹⁷⁷.

Valutando le conseguenze di questo comportamento scorretto, il tribunale dichiarava che la mancanza di una disposizione specifica che richiede la conformità dell'investimento alla legge nazionale del *host state* “*does not mean (...) that the protections provided for by the ECT cover all kind of investments, including those contrary to domestic or international law*”¹¹⁷⁸.

Secondo il tribunale, la condotta scorretta del ricorrente nel caso in parola violava alcuni principi generali di diritto, incluso il principio *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*¹¹⁷⁹. Applicando questo principio ai fatti in questione, il tribunale in *Plama* concludeva come segue: “*Claimant, in the present case, is requesting the tribunal to grant its investment in Bulgaria the protection provided by the ECT. However, the tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law. The tribunal is*

¹¹⁷⁵ *Plama Consortium Limited, supra*.

¹¹⁷⁶ *Ibid*.

¹¹⁷⁷ *Ibid*, para, 133.

¹¹⁷⁸ *Ibid*, para. 481.

¹¹⁷⁹ *Ibid*, para. 141.

*of the view that granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle nemo auditor propriam turpitudinem allegans (...)*¹¹⁸⁰.

Il tribunale, come accennato, concludeva ritenendo che “*unlike a number of BITs, the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the investment with a particular law. This does not mean, however, that the protection provided for the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law*”¹¹⁸¹ e “*the fundamental aim of the ECT is to strengthen the rule of law on energy issues (...)*”¹¹⁸². Di conseguenza, l’ECT, stabiliva il tribunale, richiede di essere interpretato in modo coerente con l’obiettivo di incoraggiare il rispetto dello stato di diritto. Il tribunale arbitrale concludeva quindi ritenendo che la protezione sostanziale offerta dall’ECT non può riguardare gli investimenti illeciti¹¹⁸³. Il collegio arbitrale si basava, nella sua statuizione, sulla decisione resa precedentemente in *Incesya* e concludeva quindi nel senso che esiste un principio generale di diritto secondo il quale ‘*nobody can benefit from his own wrong*’¹¹⁸⁴. Il tribunale in *Plama* faceva affidamento su questo principio, il quale è evidentemente animato dalla stessa *ratio* che informa la *clean hands doctrine*¹¹⁸⁵.

L’approccio adottato dal tribunale in *Plama* è stato successivamente ribadito nel caso *Phoenix Action* nei seguenti termini: “*this condition - the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT*”¹¹⁸⁶. Seppure nel caso *Phoenix Action* il BIT rilevante includeva espressamente una clausola ‘in conformità con la legge’,

¹¹⁸⁰ Ibid, para. 144.

¹¹⁸¹ Ibid, para. 138.

¹¹⁸² Ibid, para. 139.

¹¹⁸³ Ibid, para. 138-139.

¹¹⁸⁴ Il tribunale nella sua statuizione ha inoltre richiamato la decisione resa in *World Duty Free* sebbene tale caso, tuttavia, fosse sorto in un contesto leggermente diverso - in quanto non scaturente da un trattato di investimento ma da un contratto di investimento. Sebbene l’ordine pubblico transnazionale fosse comunque applicabile, la legge che regolava il contratto stesso era la legge inglese, e non il diritto internazionale.

¹¹⁸⁵ Ibid, para. 142, 145.

¹¹⁸⁶ *Phoenix Action Ltd., supra*, para 101.

nondimeno, il collegio arbitrale, citando *Plama*, specificava che il requisito in parola “*is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT*”¹¹⁸⁷, rilevando che “*states cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investment not made in good faith*”¹¹⁸⁸.

Successivamente, in *Hamester*, il tribunale arbitrale rilevava come vi sia un’obbligazione, implicita in tutti i trattati concernenti gli investimenti, per la quale un investimento, al fine di essere coperto dal trattato, deve essere posto in essere in conformità con la legge; in una parola, l’investimento deve soddisfare il requisito della legalità: “*an investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud or deceitful conduct; if its creation itself constitute a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention; or if it is made in violation of the host state law*”¹¹⁸⁹. Il tribunale evidenziava come “*these are general principles that exist independently of specific language to this effect in the treaty*”¹¹⁹⁰ che supportino tale statuizione. Pertanto, agli investimenti illeciti dovrebbe sempre e comunque essere negata la protezione internazionale a prescindere dalla presenza di una espressa disposizione in tal senso nel trattato oggetto di esame da parte del tribunale.

Quando il trattato di investimento in gioco non contempla una cd. *legality clause* il problema riguarda tuttavia il come importare i principi anti-corrruzione e anti-frode nel regime BIT e come essi agiscano. Un percorso logico è il ricorso al concetto di ordine pubblico internazionale (cd. *transnational public policy*)¹¹⁹¹ che

¹¹⁸⁷ Ibid.

¹¹⁸⁸ Ibid, para 106.

¹¹⁸⁹ *Gustaf F.W. Hamester GmbH amp; Co KG v. Republic of Ghana*, *supra*, para. 123.

¹¹⁹⁰ Ibid, para. 124.

¹¹⁹¹ BUCHANAN M. A., *Public Policy and International Commercial Arbitration*, 26 Am. Bus. L.J., 1988, p. 511 (“*International public policy includes those standards or rules of a given state’s domestic public policy that will also be applied by that state in an international context. Transnational public policy is said to represent the existence of an international consensus as to universal standards or accepted norms of conduct that must always apply and provide limitations to public as well as private international relationship and transactions. While transnational public*”).

gli arbitri sono tenuti a rispettare in virtù della natura internazionale delle controversie a loro sottoposte così come delle istituzioni alle quali appartengono.

Gli investimenti stranieri nello Stato ospitante devono infatti rispettare alcuni principi fondamentali ampiamente riconosciuti come costituenti l'ordine pubblico transnazionale, inclusi i divieti di corruzione e frode¹¹⁹². Data la grave minaccia che frode e corruzione pongono nei confronti della società, vi è infatti un crescente consenso attorno al fatto che tali attività debbano essere considerate contrarie ai valori fondamentali di qualsiasi Paese ovvero, in altre parole, che esiste un ordine pubblico transnazionale contrario alla frode e alla corruzione¹¹⁹³. L'idea che la corruzione – così come la frode - sia contraria all'ordine pubblico transnazionale¹¹⁹⁴ è stata accolta da una significativa giurisprudenza arbitrale che si occupa di investimenti internazionali¹¹⁹⁵. In questo senso sicuramente si è posta la decisione in *World Duty Free*, ove il tribunale affermava di essere “*convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States, or, to use*

policy is closely related to the international public policy of individual states, they are clearly distinct. The former is less restrictive, representing the common fundamental values of the world community, while the latter inevitably reflects a particular selfish character. In international investment arbitration, a forum that in a sense is not tied to a domestic jurisdiction, the bias of “localization” may be less evident and the arbitrator may be in a better position to ascertain and understand the needs of the international community and call upon notions of transnational public policy”).

¹¹⁹² HEPBURN J., *supra*, p. 12.

¹¹⁹³ LAMM C. B., PHAM H. T., MOLOO R., *Fraud and Corruption in International Arbitration*, *supra*, pp. 706-707.

¹¹⁹⁴ Il concetto di ‘*transnational public policy*’ è caratterizzato da una certa ambiguità. Per definizione, l'ordine pubblico transnazionale riflette il consenso globale attorno a valori economici, giuridici, morali, politici e sociali fondamentali; può ritenersi, dunque, una raccolta di standard universali, norme condivise e principi generali ampiamente accettati dalla comunità internazionale. Queste regole si sono sviluppate nel tempo identificando il consenso internazionale attorno ad una particolare questione. Il consenso circa l'esistenza di regole di politica pubblica transnazionale deriva dalla convergenza di leggi nazionali, convenzioni internazionali, giurisprudenza arbitrale e commenti accademici. SINLAPAPIROMUSK T., *supra*, p. 9.

¹¹⁹⁵ LOSCO M. A., *supra*, p. 1222.

*another formula, to transnational public policy*¹¹⁹⁶. Il tribunale in *World Duty Free* descriveva l'ordine pubblico transnazionale come “*an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora*”¹¹⁹⁷. Allo stesso modo in *Incesya Vallesoletana* il tribunale ICSID definiva l'ordine pubblico transnazionale come caratterizzato da una “*essential function to preserve the values of the international legal system against actions contrary to it*”¹¹⁹⁸.

I tribunali arbitrali internazionali sono tenuti ad osservare le norme cogenti dell'ordine pubblico transnazionale¹¹⁹⁹ nel contesto della legge applicabile, cioè il diritto internazionale pubblico¹²⁰⁰. L'ordine pubblico transnazionale assume rilievo nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti attraverso il diritto internazionale pubblico che governa la controversia. I diritti sostanziali che danno origine all'arbitrato derivano infatti da trattati internazionali, in quanto tali, direttamente disciplinati dal diritto internazionale¹²⁰¹. L'articolo 31(3)(c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 richiede infatti che i trattati siano interpretati alla luce delle “*relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*”¹²⁰². L'ECT, dal canto suo, richiama

¹¹⁹⁶ *World Duty Free, supra*, para. 157

¹¹⁹⁷ *Ibid*, para. 139.

¹¹⁹⁸ *Incesya Vallisoletana, supra*, para. 245.

¹¹⁹⁹ LALIVE P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, supra*, p. 306.

¹²⁰⁰ LAMM C. B., PHAM H. T., MOLOO R., *Fraud and Corruption in International Arbitration, supra*, p. 708.

¹²⁰¹ *Ibid*

¹²⁰² Vienna Convention on the Law of Treaties, fermata il 23 maggio 1969, (entrata in vigore il 27 gennaio 1980), artt. 31, 32, 115 UNTS 331, disponibile su <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>.

l'applicazione di “*applicable rules and principles of international law*”¹²⁰³ e numerosi BITs adottano il medesimo linguaggio¹²⁰⁴.

L'articolo 42(1), della Convenzione ICSID prevede inoltre che i tribunali decidano le controversie in conformità con le applicabili “*rules of international law*”¹²⁰⁵. Il *Report of the Executives Directors* sulla ICSID Convention chiarisce che “*the term ‘international law’ as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the ICJ, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-state disputes*”¹²⁰⁶.

La nozione di ‘ordine pubblico internazionale’ va tenuta distinta da quella di ordine pubblico ‘*truly international*’ o cd. ‘*transnational public policy*’.

Infatti, l'ordine pubblico internazionale si compone di tre elementi: “*fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the state wishes to protect even when it is not directly concerned*”; lois de police, “*rules designed to serve the essential political, social, or economic interests of the State*” e gli obblighi internazionali dovuti da uno Stato verso altri Stati o organizzazioni internazionali¹²⁰⁷. Si tratta quindi di un concetto che riflette l'approccio nazionale

¹²⁰³ Energy Charter Treaty, firmato a Lisbona il 17 dicembre 1994, (entrato in vigore il 16 aprile 1998), art. 26(6), disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw8641.pdf>.

¹²⁰⁴ Per esempio, 2004 U.S. Model BIT, Art. 30 (governing law), disponibile su <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

¹²⁰⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, fermata a Washington il 18 marzo 1965, (entrata in vigore il 14 ottobre 1996), art. 42(1), 575 UNTS 159, (ICSID Convention). Si veda inoltre *MTD Equity Sdn. Bhd & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, lodo 25 maggio 2004, para. 86 (“*Article 42(2) of the Convention is the relevant provision for determining the law applicable to the merits of the disputes between the parties. This article requires the tribunal to ‘decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties’. This being a dispute under the BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute be decided in accordance with international law*”).

¹²⁰⁶ International Bank for Reconstruction and Development, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 marzo 1965, para. 40.

¹²⁰⁷ MAYER P., SHEPPARD A., *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, 19 Arb. Int'l, 2003, pp. 249, 255.

e che può variare da Stato a Stato. La fonte nazionale di ordine pubblico (internazionale) nella maggior parte dei casi deriverà dalla *lex fori*, cioè dalla legge del Paese in cui è situato il tribunale¹²⁰⁸. I sostenitori del concetto considerano le regole o i principi che appartengono all'ordine pubblico internazionale come non derogabili, gerarchicamente superiori e vincolanti a prescindere dal consenso particolare. Le violazioni dell'ordine pubblico internazionale possono anche innescare doveri di non riconoscimento e di non assistenza¹²⁰⁹.

Il tribunale in *Inceysa*¹²¹⁰ invocava l'ordine pubblico internazionale come giustificazione sussidiaria per consentire allo Stato ospitante convenuto di far valere la difesa della corruzione per sfuggire alla responsabilità per violazione di un trattato di investimento¹²¹¹. Il tribunale dichiarava che accordare la protezione del trattato ad un investitore che abbia posto in essere una condotta fraudolenta, violerebbe l'ordine pubblico internazionale¹²¹². Secondo il tribunale, l'ordine pubblico internazionale consiste nei “*fundamental principles that constitute the very essence of the State*”¹²¹³. Uno di questi principi è il rispetto della legge¹²¹⁴. Riconoscere diritti derivanti da atti illeciti violerebbe il principio del rispetto della

¹²⁰⁸ *Fraport, dissenting opinion* del Giudice Cremades “*The legality of the investment in investment arbitration has its analogy in international commercial arbitration in the validity of the contract. If the applicable law does not insist on the separability of the arbitration agreement from the main contract, then respondents quickly seek to subvert the arbitral process by challenging the validity of the main contract. Similarly, the phrase 'according to the laws and regulations of the Host State' might provide the Achilles Heel of investment arbitration if jurisdiction depends on the Claimant passing a full legal compliance audit*”.

¹²⁰⁹ HOFFMEISTER F., KLEINLEIN T., *International Public Order*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2013

¹²¹⁰ *Incesya Vallisoletana, supra*.

¹²¹¹ *Ibid*, para. 245.

¹²¹² *Ibid*, para. 252.

¹²¹³ *Ibid*, para. 245.

¹²¹⁴ Il tribunale arbitrale evidenziava che l’inserimento nel BIT di una clausola che richiedeva che l’investimento fosse posto in essere ‘*in accordance with law*’ fosse una evidente manifestazione di ‘*international public policy*’ (*ibid*, para. 246).

legge e, pertanto, il tribunale violerebbe l'ordine pubblico internazionale se consentisse ad una tale istanza di avere successo.

L'ordine pubblico transnazionale, invece, seppure abbia una portata più limitata rispetto all'ordine pubblico internazionale, risulta tuttavia universale nell'applicazione¹²¹⁵; esso “*compris[es] fundamental rules of natural law, principles of universal justice, jus cogens [norms of] (...) international law, and the general principles of morality accepted by (...) 'civilized nations'*”¹²¹⁶. Il tribunale in *World Duty Free*, verificata l'esistenza di una norma oggettiva di ordine pubblico transnazionale contrario alla corruzione e richiamandosi, al proposito, a convenzioni internazionali e lodi arbitrali¹²¹⁷, sosteneva che, seppure non vi era nulla di intrinsecamente sbagliato nel contratto di cui si faceva questione, il fatto che fosse stato procurato tramite corruzione permetteva allo Stato “*to relieve [it]self from its burdens*”¹²¹⁸ e di considerare nullo il contratto.

In particolare, il divieto di corruzione è ampiamente riconosciuto come facente parte dell'ordine pubblico transnazionale¹²¹⁹. Ciò si può affermare sulla base della

¹²¹⁵ Int'l Law Ass'n Comm. on Int'l Commercial Arbitration, London Conference, 2000, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, disponibile su [http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822](http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F)

577AE6B4F. 'Transnational Public Policy' riflette “*an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must always apply*” (ibid, p. 2-3). E ancora “*it comprises fundamental rules of natural law, principles of universal justice, jus cogens in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as 'civilised nations'*” (ibid, p. 6-7).

¹²¹⁶ Ibid.

¹²¹⁷ Ibid, para. 141-157.

¹²¹⁸ Ibid, para. 164.

¹²¹⁹ SAYED A., *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, supra, p. xxiii-xxiv.

convergenza delle leggi nazionali¹²²⁰, delle convenzioni internazionali¹²²¹, della giurisprudenza arbitrale e delle opinioni dottrinali in tal senso¹²²².

Mentre nel caso di esplicito requisito di legalità, i tribunali guardano al BIT rilevante per considerare la liceità dell'investimento come una questione di giurisdizione¹²²³, dove non esista una limitazione esplicita in tal senso nel trattato di investimento rilevante – quale base del consenso all'arbitrato - tale limitazione non può essere giurisdizionale ma potrebbe riguardare l'ammissibilità dell'investimento. Ad esempio, in *Plama* il tribunale ha affermato la propria giurisdizione, ma ha dichiarato inammissibili le richieste dell'investitore ai sensi della legge applicabile¹²²⁴.

¹²²⁰ Lo è, ad esempio, ai sensi dello *United States the Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), Pub. L. 95-213, 91 Stat. 1494 (1977), come novellato dall'Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, Pub. L. 100-148, Title V, para. 50003(c), 102 Stat. 1107, 1419 (1988) e, ulteriormente, da The International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, s. 2375.

¹²²¹ United Nation Convention against Corruption, *supra*, Council of Europe's Civil Law Convention *supra*, The Inter-American Convention Against Corruption, *supra*; OECD Convention on Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction, *supra*; Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, *supra*; United Nations Convention against Transnational Organized Crime, *supra*; Council of Europe Civil Law Convention, *supra*; Southern African Development Community Protocol Against Corruption, *supra*; United Nations Convention Against Corruption, *supra*; The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, *supra*

¹²²² *Ex multis*, *World Duty Free*, *supra*. In dottrina, SINCLAIR A., *supra*, HABAZIN M., *supra*, LLAMAZON A., *supra*, HWANG S.C. M., LIM K., *supra*, COSAR U., *supra*.

¹²²³ *Incesya Vallisoletana*, *supra*, para. 257, (“because *Incesya's* investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Center”).

¹²²⁴ Per un'approfondimento riguardo alle differenze tra giurisdizione e ammissibilità si veda PAULSSON J., *supra* e TALMON S., *Article 43*, in The Statute of the International Court of Justice, A Commentary (A. Zimmermann et al. eds.), 2006 (“preliminary objections may be based on three different grounds: lack of jurisdiction, inadmissibility of the application, or any other objection of a preliminary character. Neither the Court, nor the parties have always made a clear distinction between the various grounds”).

Ovviamente, un tribunale non si occupa della ammissibilità finché non abbia accertato la propria giurisdizione¹²²⁵.

6. Un ingiusto vantaggio per gli Stati?

Invocando la ‘*clean hands doctrine*, gli Stati convenuti cercano di impedire ai tribunali arbitrali di occuparsi *tout court* delle istanze sollevate dagli investitori¹²²⁶. Gli atti illeciti posti in essere da un investitore si sono infatti dimostrati una difesa vincente per gli Stati ospitanti per fronteggiare le istanze avanzate dagli investitori che si fossero presentati in arbitrato appunto con ‘*unclean hands*’¹²²⁷.

Tuttavia, se entrambe le parti di un arbitrato sugli investimenti sono impegnate in attività illegali, il tribunale ICSID non dovrebbe accettare incondizionatamente la difesa di ‘*clean hands*’ avanzata dallo Stato ospitante. Il fatto che l’*host state* faccia affidamento sulle ‘*unclean hands*’ dell’investitore straniero come strategia di difesa per proteggersi da obblighi altrimenti legittimi nei confronti dell’investitore stesso dovrebbe anzi costituire una seria preoccupazione per l’equità del sistema¹²²⁸.

Ciò rilevato, tuttavia, i tribunali ICSID si sono assestati nel trascurare le infrazioni poste in essere dall’*host state* con riguardo ai diritti sostanziali riconosciuti all’investitore ai sensi del trattato ovvero il coinvolgimento sostanziale o l’acquiescenza dello Stato ospitante quando ricorra un’ipotesi ‘*unclean hands*’¹²²⁹. Infatti, dalla giurisprudenza arbitrale esaminata è emerso che la presunta responsabilità dello Stato ospitante, per asserite violazioni contrattuali o azioni contrarie alla protezione accordata dal trattato, non è neppure stata oggetto di

¹²²⁵ MOLOO R. AND KHACHATURIAN A., *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, *supra*, p. 1490.

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ HEPBURN J., *supra*, p. 2.

¹²²⁸ LLAMAZON A., *supra*, p. 13.

¹²²⁹ SINLAPAPIROMSUK T., *supra*, p. 27.

discussione quando il tribunale abbia stabilito, preliminarmente, che le ‘*unclean hands*’ dell’investitore erano state dimostrate¹²³⁰.

L’investitore appare dunque, in tale scenario, l’unica parte che subisce le conseguenze di una condotta macchiata da ‘*unclean hands*’ anche laddove si tratti di corruzione che, come si è detto, è intrinsecamente bilaterale in quanto coinvolge necessariamente anche i funzionari pubblici. Particolarmente in tale scenario è evidente che gli Stati ospitanti, di fatto, finiscono per trarre vantaggio dai propri comportamenti illeciti¹²³¹. Il fatto che l’investitore si sia presentato innanzi al collegio arbitrale con *unclean hands*, da un lato non esclude il coinvolgimento dell’*host state* nella condotta illecita (segnatamente nei casi di corruzione) e dall’altro non consente di prendere in considerazione la posizione dello Stato, il quale potrebbe non contestare – *rectius* essere acquiescente - la condotta in violazione di legge nello svolgimento ‘fisiologico del rapporto’ per poi lamentarsene solamente, *ex post*, nella relazione ‘patologica’, quando sia cioè convenuto in giudizio, al solo fine di andare esente da qualsivoglia forma di responsabilità.

Pertanto, sarebbe opportuno, a parere di chi scrive, al fine di evitare un abuso della dottrina in parola, che i tribunali si confrontassero con le condotte poste in essere altresì dagli Stati ospitanti qualora questi abbiano, attraverso i propri funzionari, preso parte alle attività illecite o le abbiano tollerate¹²³². I tribunali non dovrebbero cioè consentire agli Stati ospitanti di andare esenti *tout court* da responsabilità¹²³³.

Peraltro, quando si tratti di corruzione, la tendenza dei tribunali arbitrali ad accettare la difesa della corruzione e di respingere quindi, in esito, le richieste dell’investitore potrebbe avere ripercussioni sul livello di corruzione complessivo specialmente negli Stati in via di sviluppo, che maggiormente si trovano ad

¹²³⁰ ODUMOSU I. T., *supra*, p. 118.

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² ODUMOSU I. T., *supra*, p. 118.

¹²³³ MORCHILADZE T., *supra*.

affrontare problemi legati alla corruzione del settore pubblico. Tali ‘effetti collaterali’ dovrebbero essere tenuti in seria considerazione dai tribunali che si affrettano a punire l’attività corruttiva dell’investitore¹²³⁴.

Respingere *tout court* nella fase preliminare della controversia le richieste dell’investitore per carenza di giurisdizione ovvero per inammissibilità appare un rimedio troppo rigido laddove lo Stato ospitante abbia a sua volta violato il rilevante trattato di investimento quanto agli *standard* di tutela da accordare all’investitore o all’espropriazione dell’investimento o abbia partecipato alla condotta illecita o la abbia tollerata¹²³⁵. Una decisione in tal senso impedisce infatti la valutazione della condotta statale consentendo all’*host state*, di fatto, di trarre beneficio nei casi di espropriazione illegittima di un investimento ovvero di violazione degli *standard* di trattamento, andando esente da qualunque forma di compensazione.

Come rilevato da Cremades in *Fraport*, infatti, “*if the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure*”¹²³⁶.

La *ratio* a sostegno di tali affermazioni è quella per cui “*claims founded on illegality should be dismissed for the benefit of the public rather than for the advantage of the defendant*”¹²³⁷.

Sarebbe quindi opportuno, o quantomeno auspicabile, che i tribunali arbitrali non si arrestassero a considerare le ‘*unclean hands*’ dell’investitore nella fase preliminare della controversia ma che ne discutessero la rilevanza nella fase di

¹²³⁴ Ibid, p. 267.

¹²³⁵ MESHEL T., *supra*, 269, 280.

¹²³⁶ Ibid, *dissenting opinion* del Giudice Cremades, para. 36-41.

¹²³⁷ BORN G., *Bribery and an Arbitrator's Task*, Kluwer Arb. Blog (Oct. 2011), disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrators-task/>

merito ove si ha una conoscenza dei fatti piena e può quindi aversi un bilanciamento delle condotte di entrambe le parti.

7. La responsabilità degli Stati nei casi di acquiescenza e concorso nell'atto illecito dell'investitore

Ad oggi, in capo agli Stati ospitanti non è imposto alcun obbligo di perseguire gli investitori autori di presunte attività illecite al fine di poter poi sollevare difese giurisdizionali efficaci basate sulla corruzione o sulla frode o su altre violazioni del diritto interno¹²³⁸.

Tuttavia, a parere di chi scrive, i tribunali dovrebbero tenere in considerazione il fatto che lo Stato ospitante abbia o meno intrapreso un'azione per indagare o punire le attività corrotte, in particolare qualora vi siano elementi per ritenere che lo Stato ospitante era a conoscenza – o doveva conoscere - della condotta corrotta e non ha assunto provvedimenti per fronteggiarla¹²³⁹.

Inoltre, nei casi in cui gli Stati ospitanti vogliano fare affidamento sulla difesa di 'clean hands', dovrebbero altresì dimostrare di aver posto in essere tutte le misure necessarie per impedire il coinvolgimento dei loro funzionari pubblici in attività corrotte o fraudolente¹²⁴⁰. Quindi, per invocare *clean hands defense*, gli Stati ospitanti dovrebbero perlomeno dimostrare di aver implementato gli *standard* anti-corruzione o anti-frode nel proprio ordinamento giuridico, di aver creato forti disincentivi per scoraggiare i relativi reati, di aver intrapreso azioni volte a perseguire gli alti funzionari pubblici coinvolti nella corruzione¹²⁴¹.

¹²³⁸ GREENWALD B., *The Viability of Corruption Defenses in Investment Arbitration When the State does not Prosecute*, Blog of the Eur. J. Of Int'l L., Apr. 2015, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/the-viability-of-corruption-defenses-in-investment-arbitration-when-the-state-does-not-prosecute/>.

¹²³⁹ TIRADO J. ET AL., *supra*, p. 511.

¹²⁴⁰ DUDAS S. & TSOLAKIDIS N., *supra*, p. 20.

¹²⁴¹ SINLAPAPIROMSUK T., *supra*, p. 27.

In buona sostanza, il coinvolgimento o acquiescenza da parte dell'*host state* nella commissione dell'atto illecito posto in essere dall'investitore dovrebbe rappresentare una causa giustificativa per l'esclusione dell'impiego della '*clean hands doctrine*' quantomeno nella fase preliminare della controversia ove la conoscenza dei fatti è meramente sommaria.

Vi sono casi in cui lo Stato ospitante (attraverso la condotta dei propri funzionari) risulta, in qualche misura, coinvolto nella commissione degli atti illeciti attribuiti all'investitore nel procedimento arbitrale. I funzionari pubblici, infatti, agendo per conto della autorità governativa, avrebbero potuto indurre l'investitore a credere che la sua condotta fosse lecita o, in ogni caso, che la commissione di tale atto fosse necessaria ai fini della costituzione o dell'ulteriore sviluppo dell'investimento. In tali casi, allo Stato convenuto dovrebbe essere precluso il ricorso alla *clean hands defense* al fine di cercare di negare protezione internazionale all'investimento. Infatti, lo Stato ospitante, tramite i suoi agenti, avendo ingannato l'investitore comportandosi come fosse d'accordo con il comportamento illecito, non dovrebbe essere autorizzato a negare *ex post* ciò che la sua condotta suggeriva¹²⁴².

In breve, ciò porta all'applicazione del principio di *estoppel*, che nelle parole della CIG: "*Is a principle that operates to prevent a state from contesting before a court a situation contrary to a clear and unequivocal representation previously made to its counterparty, either expressly or impliedly, on which representation that counterparty was, in the circumstances, entitled to rely and in fact did rely, and as a result that other party has been prejudiced or the state making it has secured some benefit or advantage for itself*"¹²⁴³.

Al proposito, nel caso *Kardassopoulos v. Georgia*, ad esempio, lo Stato sosteneva che il tribunale non avesse giurisdizione *rationae materiae* ai sensi delle

¹²⁴² THIRLWAY H. W. A., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, British Yearbook of International Law, Vol. 60, 1989, p. 29; SINCLAIR I., *Estoppel and Acquiescence, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 2007, p. 105.

¹²⁴³ *Temple of Preah Vihear, supra*, para. 143-144.

disposizioni ECT e del BIT pertinente in quanto la *joint venture* e l'accordo di concessione tra l'investitore e le due imprese di proprietà statale erano nulli ai sensi della legge georgiana¹²⁴⁴. Tuttavia, i ricorrenti sostenevano che le dichiarazioni rese dalle società di proprietà statale avevano creato un legittimo affidamento in merito alla validità della *joint venture* e della relativa concessione¹²⁴⁵. I ricorrenti si richiamavano al fatto che l'articolo 2.1 dell'accordo di *joint venture* prevedeva la costituzione della stessa “*in accordance with the provisions of the legislation for Joint Ventures*”¹²⁴⁶. Ancora più importante, il tribunale si concentrava sulle rassicurazioni fornite all'investitore in merito alla validità dell'accordo, approvate dal governo attraverso alcuni dei suoi più alti funzionari, strettamente coinvolti nella negoziazione¹²⁴⁷. Di conseguenza, il tribunale sosteneva che la posizione della Georgia fosse inammissibile¹²⁴⁸. Lo stesso spiegava che il principio di attribuzione era applicabile e si basava sul fatto che l'articolo 7 dell'Articolato della CDI sulla Responsabilità Internazionale degli Stati per atti illeciti prevedeva che “*even in cases where an entity empowered to exercise governmental authority acts ultra vires, the conduct in question is nevertheless attributable to the state*”¹²⁴⁹.

Pertanto, il coinvolgimento dello Stato nella commissione della condotta illecita (ad esempio attraverso la formalizzazione di un accordo o addirittura dato l'incoraggiamento all'investitore a porre in essere un comportamento di fatto illecito) dovrebbe impedire allo Stato stesso di sollevare tale illegalità quale difesa per sbarrare le richieste dell'investitore, quantomeno nella fase preliminare della controversia.

Tale conclusione veniva altresì affermata dal tribunale di *Fraport* nei seguenti termini: “*Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it*

¹²⁴⁴ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, *supra*, para. 191.

¹²⁴⁵ *Ibid*, para. 185.

¹²⁴⁶ *Ibid*.

¹²⁴⁷ *Ibid*, para. 191.

¹²⁴⁸ *Ibid*, para. 190.

¹²⁴⁹ *Ibid*.

*knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law*¹²⁵⁰.

Pertanto, si dovrebbe escludere che uno Stato possa invocare, al fine di evitare la propria responsabilità, comportamenti illeciti commessi dall'investitore quando lo Stato stesso, attraverso i suoi rappresentanti, risulti coinvolto nella commissione di tale condotta. Al riguardo una soluzione potrebbe essere quella di imporre agli Stati convenuti di perseguire le presunte parti corrotte al fine di poter poi sollevare una difesa di 'unclean hands'. Al riguardo, infatti, il tribunale arbitrale nel caso *Wena Hotels v. Egypt* (di seguito, *Wena*) rimarcava di essere "reluctant to immunize Egypt from liability in this arbitration" perché il governo egiziano era a conoscenza dell'accordo di consulenza che sarebbe stato usato per nascondere i pagamenti corrotti e ciononostante "decided not to prosecute" il consulente¹²⁵¹.

Inoltre, uno Stato, attraverso i suoi funzionari, potrebbe agire volontariamente e ovviamente un investitore farebbe affidamento sulla condotta dello Stato¹²⁵². Egualmente quindi se uno Stato sia a conoscenza di un atto illecito commesso esclusivamente dall'investitore ma non risponde ad esso secondo quanto previsto dal proprio ordinamento giuridico, dovrebbe essere escluso dalla possibilità di invocare la dottrina delle 'clean hands'¹²⁵³. In questo senso, la giurisprudenza della CIG ha rimarcato il fatto che il silenzio o la mancata protesta protratti per un periodo di tempo significativo, può essere considerato tacito riconoscimento della posizione assunta dall'altra parte¹²⁵⁴. Tuttavia, è importante sottolineare che, affinché il

¹²⁵⁰ *Fraport, supra*, para. 346.

¹²⁵¹ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, para. 116.

¹²⁵² LIM K., *Upholding Corrupt Investor's Claims Against Complicit or Compliant Host States – Where Angels Should Not Fear to Tread*, Yearbook on International Investment Law and Policy, Oxford University Press, 2011-2012, p. 601-679. Si veda inoltre *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, supra*, para. 185 e *Tokios Tokelés v. Ukraine, supra*, para. 86.

¹²⁵³ DE ALBA M., *supra*, p. 333.

¹²⁵⁴ *Gulf of Maine, (Canada v. United States of America)*, ICJ Reports, 1984, para 130. SINCLAIR I., *Estoppel and Acquiescence, Fifty Years of The International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, supra*, p. 116. BOWETT D. W., *Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, supra*, p. 143.

silenzio costituisca un'accettazione di una specifica questione fattuale o giuridica, lo Stato deve aver avuto conoscenza dei fatti contro i quali si è astenuto dal fare una protesta o dal porre in essere un'azione¹²⁵⁵.

Inoltre, diversi tribunali in materia di investimenti hanno già riconosciuto che uno Stato acconsenta al comportamento illecito. Ad esempio, nel caso *Tokios Tokelés*, il tribunale riconosceva che l'Ucraina aveva registrato *Tokios Tokelés* come un'impresa valida nel 1994 e ciascuno degli investimenti effettuati da tale società in Ucraina nei successivi otto anni¹²⁵⁶. Tuttavia, l'Ucraina cercava di sostenere la tesi per cui tali investimenti non potevano essere protetti poiché posti in essere in violazione della legge locale¹²⁵⁷. Il tribunale concludeva che, anche supponendo che le accuse dell'Ucraina fossero fondate, il fatto che tali investimenti fossero stati debitamente registrati e l'entità governativa interessata non avesse mai invocato alcun difetto di registrazione ovvero sostanziale, indicava chiaramente che *Tokios Tokelés* aveva effettuato un investimento in conformità alle leggi e ai regolamenti ucraini¹²⁵⁸.

Ancora più rilevante è la decisione di *Tecmed v. Mexico*, in cui il tribunale respingeva l'argomento del convenuto riguardante alcune presunte irregolarità commesse dall'investitore nell'operazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti¹²⁵⁹. Il tribunale si basava, particolarmente, sul fatto che le autorità ambientali erano a conoscenza di tali presunte infrazioni ma, ciononostante, non avevano agito per informare l'investitore che le irregolarità avrebbero potuto mettere a repentaglio il rinnovo dell'autorizzazione ad operare¹²⁶⁰. Inoltre, l'investitore non era mai stato

¹²⁵⁵ SHAW M., *International Law*, *supra*, p. 437; MACGIBBON I. C., *The Scope of Acquiescence in International Law*, *British Yearbook of International Law*, 1954, p. 143.

¹²⁵⁶ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, *supra*, para. 86.

¹²⁵⁷ *Ibid*, para. 83.

¹²⁵⁸ *Ibid*, para. 86.

¹²⁵⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, lodo, 29 maggio 2003, para. 151.

¹²⁶⁰ *Ibid*.

sanzionato per tali irregolarità dalle autorità messicane¹²⁶¹. Così il tribunale concludeva che quelle violazioni dei regolamenti ambientali non potevano costituire una giustificazione *ex post* per negare il rinnovo di un permesso¹²⁶².

Nel caso di *Desert Line v. Yemen*, lo stato convenuto sosteneva che il tribunale non avesse giurisdizione *ratione materiae* poiché l’Autorità generale per gli investimenti dello Yemen non aveva mai rilasciato il certificato di investimento richiesto all’investitore¹²⁶³. Tuttavia, il tribunale riteneva che la mancanza di certificato di investimento non potesse essere una eccezione sollevabile da parte dello Yemen al fine di negare la giurisdizione del tribunale¹²⁶⁴ in quanto l’investimento godeva della approvazione generale da parte delle alte cariche del governo e il vice primo ministro yemenita aveva persino esteso alcuni benefici agli investimenti di *Desert Line* ai sensi della legge yemenita sugli investimenti¹²⁶⁵. Pertanto, il tribunale dichiarava che tale Stato aveva rinunciato al requisito del certificato e non poteva fare affidamento sulla mancanza di esso allo scopo di negare successivamente e solo nella fase ‘patologica’ del rapporto la giurisdizione¹²⁶⁶.

Pertanto, le decisioni di cui sopra permettono di concludere che se uno Stato trascuri consapevolmente una violazione perpetrata nel contesto di un investimento, anche se ciò violi le leggi locali, tali infrazioni non potranno poi essere utilizzate come motivi sufficienti per negare la giurisdizione del tribunale arbitrale.

In sintesi e per concludere, vi sono alcune circostanze in cui lo stato ospitante dovrebbe essere precluso dal sollevare l’eccezione di ‘*unclean hands*’ dell’investitore al fine di escludere la giurisdizione del tribunale.

¹²⁶¹ Ibid.

¹²⁶² Ibid.

¹²⁶³ *Desert Line Project LLC v. Republic of Yemen*, *supra*, para. 92.

¹²⁶⁴ Ibid, para. 117.

¹²⁶⁵ Ibid, para. 119.

¹²⁶⁶ Ibid, para. 121.

*L'estoppel*¹²⁶⁷ e l'acquiescenza rappresentano tali circostanze¹²⁶⁸.

Ad oggi, agli Stati non è richiesto di perseguire i presunti crimini o violazioni poste in essere dagli investitori nell'insediamento o nello sviluppo dell'investimento estero al fine di sollevare difese di giurisdizionali e di ammissibilità. Sia *World Duty Free* che *Metal-Tech* hanno stabilito che, laddove la corruzione sia stata dimostrata, la conseguenza, su tale univoca base, è la negazione di rimedio all'investitore, anche se nessuno degli Stati convenuti aveva perseguito i funzionari governativi accusati o gli individui che presumibilmente avevano effettuato pagamenti corrotti¹²⁶⁹.

In *Fraport*, si è giunti al medesimo risultato¹²⁷⁰.

Il punto di partenza per la valutazione del contenuto della responsabilità dello Stato ospitante per gli atti illeciti dei propri funzionari è il diritto internazionale generale.

Ai sensi dell'articolo 7 dell'Articolato della CDI del 2001, gli Stati possono essere ritenuti responsabili per gli atti *ultra vires* dei loro funzionari in determinate circostanze: "*The conduct of an organ of a state or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the*

¹²⁶⁷ Il tribunale arbitrale in *Fraport* concludeva al proposito nel senso che "*principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law*" (*Fraport, supra*, para. 346, nondimeno, in tal caso il tribunale precisava "*a covert agreement, which by its nature is unknown to the government officials who may have given approbation to the project cannot be any basis for estoppel*").

¹²⁶⁸ MOLOO R. AND KHACHATURIAN A., *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, supra*, p. 1497, ("*affirmation by a state party are binding on it and entitle reliance by other parties*").

¹²⁶⁹ *World Duty Free, supra*, para. 308; *Metal-Tech, supra*, para. 336.

¹²⁷⁰ *Fraport, supra*, para. 377, 385-386.

state under international law if the organ, person or entity contravenes instructions”¹²⁷¹.

L’articolo 7 tratta la questione degli atti non autorizzati o *ultra vires* di organi o entità statali indicando chiaramente che il comportamento di un organo statale o di un’entità abilitata all’esercizio di prerogative dell’autorità governativa, che agisce in veste ufficiale, è attribuibile allo Stato anche se l’organo o entità abbia agito in eccesso di autorità o contrariamente alle istruzioni ricevute. Lo Stato non può rifugiarsi quindi dietro l’idea che, secondo le disposizioni della sua legge interna o le istruzioni che potrebbero essere state date ai suoi organi o agenti, le azioni o omissioni non avrebbero dovuto verificarsi o avrebbero dovuto assumere una forma diversa. Sarebbe in contraddizione con il principio fondamentale enunciato nell’articolo 3 dell’Articolato medesimo, poiché altrimenti uno Stato potrebbe basarsi sul proprio diritto interno per sostenere che il comportamento, in effetti effettuato dai suoi organi, non era attribuibile ad esso¹²⁷² tenuto in considerazione il fatto che “*if this were not the case, one would end by authorizing abuse, for in most cases there would be no practical way of proving that the agent had or had not acted on orders received*”¹²⁷³.

Non a caso, la più ampia formulazione della regola in parola, che determina l’attribuzione allo stato in caso di “*acts of officials in the national territory in their public capacity (actes de fonction) but exceeding their authority*” è stata, infine, accolta nel testo dell’Articolato.

La questione centrale da affrontare ai fini di determinare l’applicabilità dell’articolo 7 alla condotta non autorizzata di organi ufficiali riguarda se il comportamento sia stato eseguito dall’organismo in una capacità ufficiale o meno. Il problema di tracciare la linea di demarcazione tra comportamento ‘ufficiale’, da un lato, e condotta ‘privata’, dall’altro, può essere evitato laddove la condotta

¹²⁷¹ ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, disponibile su http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

¹²⁷² Ibid.

¹²⁷³ Opinion of the Spanish Governments given in 1898 at the request of Italy in respect of a dispute with Peru, Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano, serie politica P., No. 43.

denunciata sia sistematica o ricorrente, così che lo Stato sapeva o avrebbe dovuto sapere ed era quindi nella posizione di poter prendere provvedimenti per scongiurare una siffatta condotta.

La distinzione si riflette nell'espressione '*se l'organo, persona o entità agisce in tale veste*' contenuta nell'articolo 7. Ciò indica che la condotta a cui si fa riferimento comprende solo le azioni o le omissioni di organi che presumibilmente o apparentemente svolgono le loro funzioni ufficiali

Come formulato, l'articolo 7 si applica solo alla condotta di un organo di uno Stato o di un'entità abilitata a esercitare elementi di autorità governativa, cioè solo a quei casi di attribuzione di cui agli articoli 4, 5 e 6 dell'Articolato stesso¹²⁷⁴.

Alla luce di ciò, chi scrive ritiene che i tribunali arbitrali debbano prendere in considerazione non solo le attività – illecite – poste in essere dagli investitori ma altresì la complicità dello Stato (segnatamente nella attività corruttiva) che si manifesta attraverso gli atti posti in essere dai suoi funzionari nella fase di insediamento dell'investimento o nel corso del suo svolgimento (seppure in una logica di azioni *ultra vires*), ovvero la sua acquiescenza (nei casi di attività unilaterale dell'investitore, qual è la frode) ove era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza del fatto che un'attività illecita si stava dispiegando e ciononostante abbia deciso di non perseguirla, per poi lamentarsene solo una volta convenuto in arbitrato. Ciò è possibile solamente se i tribunali arbitrali accettino che la '*clean hands defense*' operi come eccezione nella fase di merito e non già nella fase preliminare della controversia in quanto le condotte di entrambe le parti possono essere valutate compiutamente solo laddove il tribunale abbia una conoscenza piena – non solo quindi sommaria – dei fatti di causa.

8. Il caso Yukos

Una considerazione esplicita della *clean hands doctrine* nella giurisprudenza arbitrale sugli investimenti si ritrova infine nel recente caso *Hulley Enterprises*

¹²⁷⁴ Ibid.

(Cyprus) Limited, Yukos Universal Limited (Isle of Man) and Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation (di seguito, *Yukos*) ove il tribunale arbitrale riteneva di non essere “*persuaded that there exist a ‘general principle of law recognized by civilized nations’ within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ statute that would bar an investor from making a claim before an arbitral tribunal under an investment treaty because it has so-called ‘unclean hands’*. *General principles of law require a certain level of recognition and consensus. However, on the basis of the cases cited by the Parties, the tribunal has formed the view that there is a significant amount of controversy as to the existence of an ‘unclean hands’ principle in international law*”¹²⁷⁵.

La decisione in parola appare, *prima facie*, confutare la tesi, qui sostenuta, della *clean hands doctrine* quale principio generale (processuale) di diritto internazionale. tuttavia, occorre analizzare nel dettaglio il lodo arbitrale per verificare che quella di negare tale assunto fosse effettivamente l’intenzione del collegio arbitrale, tenuto conto del fatto che uno dei suoi componenti era Stephen M Schwebel, il quale nel caso *Nicaragua v Stati Uniti* aveva fortemente sostenuto l’inquadramento delle ‘*clean hands*’ tra i principi generali di diritto (*supra*, capitolo II, para. 2.2.2.1).

La controversia tra Yukos e Russia aveva origine dalla lamentata ‘persecuzione’ dell’investitore – una compagnia petrolifera - e del suo amministratore delegato, Mikhail Khodorkovsky, da parte delle autorità di Mosca per presunta evasione fiscale. In seguito allo smantellamento di Yukos da parte delle autorità russe nel 2003 e all’arresto di Mikhail Khodorkovsky, gli azionisti di maggioranza di Yukos - Hulley Enterprises, Yukos Universal e Veteran Petroleum - avviavano un arbitrato contro la Russia. I ricorrenti sostenevano che lo Stato convenuto avesse violato i suoi obblighi ai sensi dell’ECT attraverso una serie di azioni che avevano condotto,

¹²⁷⁵ *Hulley Enterprises (Cyprus) Limited, Yukos Universal Limited (Isle of Man) and Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v Russian Federation*, PCA Case Nos. AA226-228, lodo, 18 luglio 2014, para. 1358-1359.

in esito, al trasferimento delle attività di Yukos a giganti dell'energia di proprietà statale (Rosneft e Gazprom).

Il tribunale PCA composto da Yves Fortier QC, Charles Poncet e Stephen Schwebel, nel luglio 2014, ordinava alla Russia di risarcire danni per oltre 50 miliardi di dollari statunitensi agli *ex* azionisti di maggioranza di Yukos. Il tribunale dichiarava infatti che la Russia aveva posto in essere “*a full assault on Yukos and its beneficial owners in order to bankrupt Yukos and appropriate its assets while, at the same time, removing Mr. Khodorkovsky from the political arena*”. Il lodo è stato il più costoso di sempre, 20 volte maggiore di qualsiasi precedente, ed equivale a circa il 20% del *budget* annuale della Russia¹²⁷⁶.

Nel corso del procedimento, la Russia sollevava una serie di eccezioni preliminari, tra cui quella secondo la quale i ricorrenti si sarebbero presentati in giudizio con ‘*unclean hands*’ e ne precisava le conseguenze che, in via alternativa, avrebbero dovuto dispiegarsi: “*(i) the Tribunal does not have jurisdiction over Claimants’ claims; (ii) Claimants’ claims are inadmissible; and/or (iii) Claimants should be deprived of the substantive protections of the ECT*”¹²⁷⁷. Il governo di Mosca, inoltre, in via subordinata, chiedeva al collegio arbitrale che le ‘*unclean hands*’ di Yukos venissero trattate dal tribunale alla stregua di “*contributory fault and/or a failure to mitigate on the part of Claimants*” e che quindi “*any damages awarded to Claimants should be discounted on the basis of their unclean hands*”¹²⁷⁸.

Sebbene la Russia, inizialmente, presentava la sua argomentazione nella fase giurisdizionale, nel *Procedural Order* No. 3 del 31 ottobre 2006, il tribunale riteneva “*appropriate to defer consideration of the Parties’ contentions concerning*

¹²⁷⁶ KNOWLES B., MOYEED K., LAMPROU N., *The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette*, Kluwer Arbitration Blog, 2016, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/13/the-us50-billion-yukos-award-overturned-enforcement-becomes-a-game-of-russian-roulette/>

¹²⁷⁷ Ibid, para. 1273.

¹²⁷⁸ Ibid, para. 1274.

'unclean hands' [and] Respondent's 'criminal enterprise' contention (...) to the merits phase, if any"¹²⁷⁹.

Il convenuto presentava una lista di 28 asserite *"illegal and bad faith conduct"* poste in essere dagli investitori o ad essi attribuibili, perpetrate nel corso di un decennio, dalla privatizzazione di Yukos nella metà degli anni '90 fino alla sua messa in liquidazione nel novembre 2007, che venivano negate dalla controparte¹²⁸⁰.

Come anticipato, la Russia avanzava tre istanze fondate sulla difesa di *clean hands*. L'argomentazione avanzata dal convenuto si fondava essenzialmente su due principi: innanzitutto riteneva che *"the ECT protects only bona fide and lawful investments and Respondent's consent to arbitrate only extends to such investments"* e sottolineava che, come stabilito dall'articolo 31(1) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, un trattato deve essere interpretato in buona fede e secondo il suo oggetto e scopo. Secondo l'*host state*, l'oggetto e lo scopo dell'ECT non potevano spingersi ad abbracciare la promozione e la protezione di investimenti illeciti. Piuttosto, come stabilito nel preambolo del medesimo trattato *"[t]he fundamental aim of the [ECT] is to strengthen the rule of law on energy issues"*. Al riguardo, la Russia rilevava come taluni lodi arbitrali, tra cui *Phoenix Action* e *Plama* supportavano l'argomento per il quale, anche in assenza di un'espressa clausola di legalità nel rilevante trattato sugli investimenti (secondo la formula *'in accordance with the law'*), gli investimenti illeciti non avrebbero potuto ricevere protezione internazionale e, anzi, il relativo reclamo avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile¹²⁸¹. In particolare, il convenuto

¹²⁷⁹ Ibid, para. 1275. *"As anticipated in the Interim Awards, now with the benefit of a full presentation of the facts by the Parties on all aspects of the Yukos affair, the Tribunal addresses Respondent's 'unclean hands' argument in this final Award"* (ibid, para. 1277).

¹²⁸⁰ Ibid, para. 1281. In particolare, il tribunale rilevava che *"The Parties disagree as to whether any of the instances of alleged illegal or bad faith conduct enumerated above could serve as a complete bar to Claimants' claims under the ECT (whether as a matter of jurisdiction, admissibility or otherwise) by virtue of the application of some rule or principle of law"* (ibid, para. 1311).

¹²⁸¹ Ibid, para 1314.

fondava l'argomentazione sulla statuizione nel caso *Plama*, ove il tribunale aveva rigettato le istanze fondate sull'ECT nella fase di merito ritenendo che: “(a) *the investment violated Bulgarian law and applicable principles of international law; (b) the claimant’s conduct was not in good faith; and (c) to grant ECT protection would therefore have been contrary to the clean hands requirement*”¹²⁸².

Il governo convenuto sosteneva che il requisito delle ‘*clean hands*’ attoree era un principio generale di diritto ai sensi dell’articolo 38(1)(c) dello Statuto CIG. Al riguardo, Mosca richiamava la decisione CIG nel caso concernente il progetto *Gabčikovo-Nagymaros* così come varie opinioni dissenzienti espresse dai giudici della Corte (tra cui quella del Giudice Schwebel nel caso *Nicaragua v Stati Uniti*, il quale era ora membro del collegio arbitrale).

Il convenuto poneva poi l’accento sulla distinzione tra le condotte poste in essere prima e dopo l’investimento; sotto questo secondo profilo la Russia richiamava il lodo reso nei casi *Hamester* e *Fraport* ove era stata riconosciuta rilevanza a tali condotte nel contesto degli ‘*investment treaty claims*’. Per quanto riguarda invece le condotte illecite poste in essere prima dell’instaurazione dell’investimento (segnatamente allo scopo di procurarselo) il governo convenuto si richiamava alla decisione nel caso *Anderson v Costa Rica* (di seguito, *Anderson*). In quel caso il tribunale aveva rigettato le istanze avanzate da cittadini canadesi - i quali avevano investito in uno ‘Schema Ponzi’ - per carenza di giurisdizione *ratione materiae*. Mosca rilevava che il tribunale, in quel caso, aveva ritenuto l’intera transazione illecita e che “*it follows that the acquisition by each [c]laimant of the asset resulting from that transaction was also not in accordance with the law of Costa Rica*”¹²⁸³.

Dal canto proprio, gli investitori in Yukos rigettavano le argomentazioni di controparte ritenendo che “*their ‘unclean hands’, even if proven by Respondent, could have no impact on their claims in these arbitrations because: (a) the ECT does not contain any principle of ‘unclean hands’; (b) no principle of ‘unclean hands’ has been recognized as a general principle of law; and (c) the instances of*

¹²⁸² *Plama, supra*, para. 140.

¹²⁸³ *Ibid*, para. 1317.

'unclean hands' alleged by Respondent are 'collateral illegalities' that do not fall within the parameters of any 'unclean hands' doctrine"¹²⁸⁴.

Innanzitutto quindi, Yukos riteneva che fosse impossibile riscontrare una base testuale nell'ECT che sostenesse le istanze avversarie e che il preambolo all'ECT imponeva un'obbligazione di *'strengthen the rule of law'* in capo agli Stati parti e non già agli investitori, richiedendo infatti che tale scopo venisse perseguito *"by creating a level playing field of rules to be observed by all participating governments, thus minimizing the risks associated with energy-related investments and trade"*¹²⁸⁵.

Inoltre, Yukos riteneva che i limiti per l'affermazione di un principio generale di diritto internazionale fossero estremamente stringenti e che la *clean hands doctrine* invocata dal convenuto non li soddisfaceva¹²⁸⁶. Infatti, gli investitori ricordavano come né la Corte Permanente né la CIG nelle loro decisioni avevano mai avvallato l'idea che le *'unclean hands'* costituissero principio generale e che, in ogni caso, i casi di controversie inter-statali citati da Mosca non erano pertinenti nel caso di specie in quanto riferiti a un contesto totalmente diverso, segnatamente a *"situations in which two sovereign States have assumed an identical or reciprocal obligation"*¹²⁸⁷. *Ad adiuvandum*, Yukos rilevava come nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale e in quello sulla protezione diplomatica, elaborati entrambi dalla CDI, non vi era menzione di un principio di *clean hands* e che gran parte della dottrina internazionalistica rigettava una simile impostazione mentre, i suoi sostenitori la confinavano comunque entro limiti stringenti e precisi¹²⁸⁸.

Per altro verso Yukos sottolineava come anche *"when interpreting treaty provisions expressly requiring compliance with host State laws as a condition of*

¹²⁸⁴ Ibid, para. 1326.

¹²⁸⁵ Ibid, para. 1327.

¹²⁸⁶ Ibid, para. 1329.

¹²⁸⁷ Ibid, para. 1330.

¹²⁸⁸ Ibid, para. 1331.

*jurisdiction, investment tribunals have strictly construed such provisions*¹²⁸⁹.

Yukos aggiungeva tuttavia che *“even if any principle of ‘unclean hands’ is potentially applicable in the situation at hand, Respondent is estopped from raising matters in these arbitrations of which it has long been aware, but has never challenged”*¹²⁹⁰. In particolare, gli investitori sostenevano che l’acquiescenza, il silenzio ovvero l’assenza di protesta in situazioni che normalmente richiederebbero un’obiezione attiva si risolvono nell’operare dell’*estoppel* ove manchi una tale condotta positiva¹²⁹¹. Al riguardo, Yukos sottolineava che il convenuto doveva essere a conoscenza di molte (se non di tutte) le asserite violazioni *“as early as October 2003, through the searches and seizures of documents at the Moscow premises of GML MS, or at least as early as October 6, 2006 when the Respondent first raised the matter in these arbitrations”*¹²⁹².

Se queste erano le posizioni delle parti il tribunale rilevava anzitutto che l’articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ampiamente riconosciuto come incorporante il diritto consuetudinario, nel suo primo paragrafo dispone che *“[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”*¹²⁹³. Rivolgendo lo sguardo quindi, anzitutto al testo dell’ECT il tribunale osservava che esso non contiene alcun espresso riferimento al principio di *clean hands* e neppure, diversamente da quanto si riscontra guardando ad altri trattati sugli investimenti, contiene una espressa clausola di legalità¹²⁹⁴. Stante quindi l’assenza di qualsiasi riferimento testuale il tribunale era chiamato a verificare se, posto che il trattato va interpretato in buona fede e in accordo al suo oggetto e scopo, l’ECT, nel suo complesso, poteva essere interpretato nel senso di condizionare la protezione accordata agli investimenti alla loro legalità o alla buona

¹²⁸⁹ Ibid, para. 1334

¹²⁹⁰ Ibid, para. 1338.

¹²⁹¹ Ibid.

¹²⁹² Ibid, para. 1339.

¹²⁹³ Ibid, para. 1344.

¹²⁹⁴ Ibid, para. 1345.

fedele dell'investitore. Oltre che sulla base dell'interpretazione dell'ECT nel caso *de quo* un principio di *clean hands* poteva rilevare nell'arbitrato de quo ai sensi dell'articolo 26(6) dell'ECT stesso il quale fa riferimento a '*applicable rule (...) or principle (...) of international law*'. Le parti discutevano infatti se la *clean hands doctrine* esistesse nel diritto internazionale quale '*general principle of international law recognized by civilized nations*' secondo quanto stabilito dall'articolo 38(1)(c) dello Statuto CIG.

Quindi il tribunale era chiamato a considerare se alcuna delle 28 istanze (relative ad altrettante violazioni) promosse dal convenuto ricadesse nell'ambito di applicazione delle '*unclean hands*' o di principi similari applicabili nel contesto ECT. Al riguardo, il tribunale evidenziava che vi è supporto nelle decisioni arbitrali sui trattati in materia di investimenti per sostenere che "*even where the applicable investment treaty does not contain an express requirement of compliance with host State laws (as is the case with the ECT), an investment that is made in breach of the laws of the host State may either: (a) not qualify as an investment, thus depriving the tribunal of jurisdiction; or (b) be refused the benefit of the substantive protections of the investment treaty*"¹²⁹⁵. Al riguardo, in particolare, il collegio arbitrale richiamava la decisione in *Plama* ove si era stabilito che la protezione sostanziale offerta dall'ECT non si applicava agli investimenti posti in essere non in conformità della legge poiché assicurare la protezione all'investitore in quel caso sarebbe stata contraria al principio *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* e alle nozioni di base dell'ordine pubblico internazionale, per le quali un contratto ottenuto attraverso attività illecite (in quel caso falsa rappresentazione) non dovrebbe essere "*enforced by a tribunal*"¹²⁹⁶.

Altri tribunali, inoltre, hanno stabilito nei loro *obiter dicta* che il principio per cui un investimento "*will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith*" o "*of the host State's law*" è un

¹²⁹⁵ Ibid, para. 1349.

¹²⁹⁶ *Plama, supra*, para. 143.

“*general principle (...) that exist[s] independently of specific language*” nel relativo trattato¹²⁹⁷. Il collegio arbitrale in Yukos concordava sul punto¹²⁹⁸.

Giunto a questo punto, al collegio arbitrale spettava affrontare l’argomentazione formulata dal governo convenuto, il quale riteneva che il diritto dell’investitore di invocare la protezione offerta dall’ECT andava respinto non solo quando l’illegalità fosse stata posta in essere nell’ottenimento dell’investimento ma anche nella sua *performance*. Proprio su tale questione che il tribunale ha ritenuto l’argomentazione russa non persuasiva¹²⁹⁹ in quanto riteneva che “*there is no compelling reason to deny altogether the right to invoke the ECT to any investor who has breached the law of the host State in the course of its investment. If the investor acts illegally, the host state can request it to correct its behavior and impose upon it sanctions available under domestic law*”¹³⁰⁰.

Infine, il collegio arbitrale affrontava la questione se la *clean hands doctrine* costituisse o meno principio generale di diritto (dal momento che non vi era nell’ECT alcuna clausola di legalità) che impedisse all’investitore di azionare i diritti lamentati.

¹²⁹⁷ *Hamester, supra*, para. 123–124. Inoltre, *Phoenix Action Ltd, supra*, para. 101 (“it is the Tribunal’s view that this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT”).

¹²⁹⁸ *Ibid*, para. 1352 “*in imposing obligations on States to treat investors in a fair and transparent fashion, investment treaties seek to encourage legal and bona fide investments. An investor who has obtained an investment in the host State only by acting in bad faith or in violation of the laws of the host state, has brought itself within the scope of application of the ECT through wrongful acts. Such an investor should not be allowed to benefit from the Treaty*”.

¹²⁹⁹ *Ibid*, para. 1354.

¹³⁰⁰ *Ibid*, para. 1355. “*The statements of investment tribunals it relies on were all made obiter and are too vague to allow any certain conclusions to be drawn as to their intended meaning. For example, the statement in Fraport that illegal acts in the course of an investment “might be a defense to claimed substantive violations” appears to suggest that, in some cases, the State’s actions will have been justified as an appropriate response to the investor’s violations of national law. As is clear from the decision, the statement by the Fraport tribunal does not imply the unavailability of the substantive protections of the treaty, but rather concludes that the respondent State has not incurred any liability under the treaty*” (*ibid*, para. 1356).

A tale domanda il tribunale dava risposta negativa¹³⁰¹. Secondo gli arbitri, infatti, “*General principles of law require a certain level of recognition and consensus. However, on the basis of the cases cited by the Parties, the Tribunal has formed the view that there is a significant amount of controversy as to the existence of an “unclean hands” principle in international law*”¹³⁰².

Seppure, quindi, il convenuto avesse dimostrato che taluni principi connessi alla *clean hands doctrine*, come ad esempio *exceptio non adimpleti contractus* e *ex iniuria ius non oritur* erano stati accolti dalle Corti internazionali, la *clean hands* propriamente intesa aveva trovato spazio solo nella *dissenting opinion* del Giudice Schwebel nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ove egli aveva concluso nel senso di ritenere che “*Nicaragua’s claims against the United States should fail because Nicaragua has not come to Court with clean hands*”¹³⁰³. Il convenuto faceva anche riferimento ad altre opinioni dissenzienti dei giudici della CIG e della Corte Permanente ove era stato invocato il principio delle ‘*unclean hands*’ (anche se spesso considerato senza fare riferimento ad esso ‘per nome’)¹³⁰⁴. Tuttavia, come sottolineato da Yukos “*despite what appears to have been an extensive review of jurisprudence, Respondent has been unable to cite a single majority decision where an international court or arbitral tribunal has applied the principle of ‘unclean hands’ in an inter-State or investor-State dispute and concluded that, as a principle of international law, it operated as a bar to a claim*”¹³⁰⁵.

¹³⁰¹ Ibid, para. 1358-1360.

¹³⁰² Ibid, para. 1359.

¹³⁰³ *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua, supra*.

¹³⁰⁴ *Legal Status of Eastern Greenland, supra*; *Interpretation of Peace Treaties Case*, parere consultivo, 18 luglio 1950, dissenting opinion del giudice Read, I.C.J. Rep. 1950, p. 231, 244, Exh. R-1074; *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, supra*, Dissenting Opinion del giudice Morozov, p. 51, Exh. R-1087; *Arrest Warrant of 11 April 2000 supra*, p. 137, Exh. R- 1072 (“*The Congo did not come to the Court with clean hands*”).

¹³⁰⁵ Ibid, para. 1362.

Il tribunale quindi concludeva che “*unclean hands does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor, such as Claimants in this case*”¹³⁰⁶ e che, quindi, “*the alleged instances of ‘unclean hands’ cannot have any impact on the availability of ECT protection for Claimants*”¹³⁰⁷.

Ciò posto, alcune delle istanze sollevate da Mosca con riferimento alla condotta “*illegal and bad faith*” dell’investitore nel contesto delle obiezioni preliminari, il tribunale riteneva “*could have an impact on the Tribunal’s assessment of liability and damages*”¹³⁰⁸. In buona sostanza il tribunale era ora chiamato a valutare se i danni cagionati all’investitore in ragione dei ‘*wrongful act*’ russi potessero far sì che “*Claimants may not recover from the Russian Federation the fruits of their own wrongdoing*”¹³⁰⁹.

Mosca invocava principalmente il principio di ‘*contributory fault*’ codificato dall’articolo 39 del Progetto di Articoli sulla responsabilità internazionale nei seguenti termini: ‘*Contribution to the injury*’ (*‘In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by willful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought’*).

Il tribunale quindi riesaminava alcune delle 28 istanze formulate da Mosca relative alla condotta illecita e in mala fede dell’investitore o ad esso attribuibile, che riteneva avessero contribuito allo smantellamento di Yukos. Il tribunale, sul punto, rilevava che “*an award of damages may be reduced if the victim of the wrongful act of the respondent State also committed a fault which contributed to the prejudice it suffered and for which the trier of facts, in the exercise of its discretion, considers the claiming party should bear some responsibility*”¹³¹⁰.

Sul punto il tribunale rilevava quanto segue: “*as a result of the material and*

¹³⁰⁶ Ibid, para. 1373.

¹³⁰⁷ Ibid, para. 1365.

¹³⁰⁸ Ibid, para. 1373-1374.

¹³⁰⁹ Ibid, para 1594.

¹³¹⁰ Ibid, para. 1633.

significant mis-conduct by Claimants and by Yukos (which they controlled), Claimants have contributed to the extent of 25 percent to the prejudice which they suffered as a result of Respondent's destruction of Yukos. The resulting apportionment of responsibility as between Claimants and Respondent, namely 25 percent and 75 percent, is fair and reasonable in the circumstances of the present case"¹³¹¹.

Alla luce dei passaggi richiamati, relativi alle posizioni delle parti e al lodo arbitrale, si possono formulare talune considerazioni conclusive.

Innanzitutto, certamente si può condividere l'impostazione che ritiene le *unclean hands* applicabili solo laddove l'investimento sia stato effettuato in maniera illegale, sia 'nato' dunque come illecito; viceversa, se le azioni illegali dell'investitore siano state poste in essere nello svolgimento del rapporto, allora allo Stato dovrebbe essere precluso sollevare la *clean hands defence* in quanto avrebbe potuto, a buona ragione, contestare la condotta o adottare azioni o sanzioni nei confronti dell'investitore già nella fase fisiologica del rapporto. Questo conferma la succitata prospettiva per cui, laddove l'*host state* ne aveva la possibilità doveva lamentarsi già nel corso del rapporto mentre, se abbia prestato acquiescenza, poi non può sollevare la relativa eccezione solamente nella fase 'patologica', davanti cioè al tribunale, al solo scopo di evitare una pronuncia a sé sfavorevole.

Inoltre si condivide l'affermazione del tribunale secondo cui "*unclean hands does not exist as a general principle of international law which would bar a claim by an investor*"¹³¹². Infatti, tale statuizione va letta nel suo insieme e non già con una cesura dopo l'inciso '*general principle of law*'. Infatti si condivide la soluzione per cui la *clean hands doctrine* (a parere di chi scrive principio di diritto internazionale) non può servire per impedire il diritto di azione all'investitore, quale eccezione di giurisdizione o di irricevibilità. Infatti, essa non è volta a precludere il procedimento ma a bilanciare le condotte delle parti nella fase di merito della controversia così rispondendo a quella che è la *ratio* stessa che la anima ovvero

¹³¹¹ Ibid, para. 1637.

¹³¹² Ibid, para. 1363.

quella di garantire l'equità e la giustizia del sistema. In altre parole essa non rappresenta un principio generale che impedisce l'azione all'investitore ma rappresenta un principio generale che consente un bilanciamento delle condotte di entrambe le parti.

Tale impostazione è confermata dalle parole del collegio arbitrale in Yukos che, affrontando la *clean hands* quale eccezione preliminare affermava che “*The Tribunal concludes that Respondent’s ‘unclean hands’ argument fails as a preliminary objection. It does not operate to deprive the Tribunal of its jurisdiction in this arbitration, render inadmissible any of the Claimants’ claims or otherwise bar Claimants’ from invoking the substantive protections of the ECT*”.

Quanto alla statuizione per cui “*there is a significant amount of controversy as to the existence of an “unclean hands” principle in international law*” anche questa non può essere considerata avulsa dal contesto. Infatti il tribunale concludeva in tal senso precisando che la conclusione in parola era stata determinata dai casi citati dalle parti. Quindi, in buona sostanza, se le parti avessero (e il convenuto in particolare avesse), al contrario, presentato ulteriore giurisprudenza al fine di corroborare il principio di *clean hands* forse l'esito dell'arbitrato *de quo* avrebbe anche potuto essere diverso. Va rilevato peraltro che, come si è avuto modo di evidenziare nelle pagine precedenti, la *clean hands doctrine* viene spesso invocata (ed è stata accolta) tramite le massime romanistiche ad essa riconducibili e non quindi espressamente.

Quindi, seppure, *prima facie*, possa sembrare che la decisione in parola contrasti con quanto si è cercato finora di dimostrare, ad uno sguardo più attento emerge come in realtà la *clean hands doctrine* come eccezione processuale di merito da tale caso ne esca rafforzata.

9. Conclusioni

Le ‘*clean hands*’ dell'investitore sono state trattate dalla giurisprudenza arbitrale maggioritaria alla stregua di una condizione preliminare nei casi di investimento contaminato da una qualche forma di illegalità (segnatamente, corruzione, frode e altre violazioni della legislazione domestica dell'*host state*). Pertanto, non

sorprende che la corruzione perpetrata dagli investitori sia emersa quale difesa impiegata diffusamente dagli Stati convenuti nell'arbitrato sugli investimenti, i quali hanno identificato nelle 'unclean hands' degli investitori un'opportunità per evitare costose controversie in materia di investimenti.

Tuttavia, alcuni tribunali, pur accogliendo tale difesa, hanno riconosciuto, in varia misura, che anche gli Stati ospitanti avevano partecipato alla condotta illecita o avevano prestato acquiescenza ad essa. Questo indirizzo, se sviluppato, farebbe sì che le conseguenze delle attività illegali non ricadano esclusivamente sugli investitori scagionando gli Stati ospitanti da qualsivoglia forma di responsabilità, soprattutto in quei casi in cui questi ultimi abbiano partecipato o siano rimasti acquiescenti rispetto alla illegalità perpetrata.

Agli Stati non dovrebbe quindi essere accordato un diritto illimitato di invocare la *clean hands doctrine*¹³¹³.

Attualmente, nessuno sembra contestare che l'insediamento e lo sviluppo di un investimento presuppongono l'obbligo per l'investitore di conformarsi alle leggi e ai regolamenti vigenti nello Stato ospitante. Tuttavia, ci possono essere casi in cui lo Stato ospitante risulta di fatto coinvolto nella violazione. Le autorità competenti potrebbero, peraltro, non contestare le violazioni perpetrate dall'investitore fino a quando non sia l'investitore stesso a portare la questione innanzi al tribunale arbitrale¹³¹⁴. Sulla base del principio di *estoppel*¹³¹⁵, laddove lo Stato sia coinvolto, attraverso le azioni dei suoi funzionari, ai sensi dell'articolo 7 del Progetto della CDI sulla Responsabilità internazionale degli Stati, nella commissione dell'atto illecito, lo stesso non dovrebbe essere posto nella condizione di fare affidamento sulla 'clean hands doctrine' e il tribunale dovrebbe quindi, tutt'al più affrontare la

¹³¹³ LIM K., *Upholding Corrupt Investors' Claims Against Complicit or Compliant Host States – Where Angels should not Fear to Tread*, *supra*, p. 668; ROSS A., *Should Clean Hands be a factor in investment arbitration?*, *Global Arb. Rev.*, October 30, 2009, disponibile su <https://globalarbitrationreview.com/article/1028720/should-clean-hands-be-a-factor-in-investment-arbitration>.

¹³¹⁴ *Tokios Tokéles*, *supra*, para. 86.

¹³¹⁵ CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, *supra*, p. 420-421.

questione nella fase di merito della controversia, attraverso un bilanciamento delle condotte poste in essere da entrambe le parti, sulla base di una cognizione piena dei fatti di causa.

L'approccio qui suggerito è quello per cui i tribunali arbitrali dovrebbero quindi prendere le distanze dalla precedente giurisprudenza che nega l'azione agli investitori che si presentino innanzi al collegio arbitrale con '*unclean hands*' dal momento che un tale percorso potrebbe continuare a garantire ingiustamente una posizione di superiorità agli Stati ospitanti, i quali potrebbero finire con l'abusare della dottrina in parola, acconsentendo all'instaurazione e allo sviluppo di investimenti illeciti per poi denunciarli solo *ex post*, nella fase arbitrale, al solo scopo di evitare l'esame della propria responsabilità.

Sebbene possa sembrare in qualche modo ingiustificato mettere gli Stati nella posizione di dover affrontare un procedimento arbitrale costoso anche in termini politici a valle di un investimento illecito, il coinvolgimento dello Stato in presunte attività illegali o la sua acquiescenza rispetto ad esse non possono non essere prese in considerazione dai tribunali arbitrali che dovrebbero quindi consentire agli Stati ospitanti di invocare le '*unclean hands*' dell'investitore come difesa solo laddove i convenuti abbiano dimostrato di aver perseguito gli investitori, di aver adottato tutte le misure atte a prevenire il verificarsi dell'illecito o, ancora di non essere a conoscenza della attività illecita. Una valutazione che, ovviamente, può essere effettuata solo nella fase di merito.

È evidente che le infrazioni poste in essere dagli investitori debbano essere seguite da adeguate conseguenze, ma l'investitore non dovrebbe essere l'unica parte a sopportare le conseguenze della corruzione nel contesto di un arbitrato internazionale.

Si ritiene quindi auspicabile che i tribunali arbitrali quando si occupino di investimenti considerino le '*unclean hands*' degli investitori non già come una questione giurisdizionale o preliminare di ammissibilità ma, piuttosto, come una eccezione da valutarsi nella fase di merito¹³¹⁶. Seguendo tale approccio, la

¹³¹⁶ *Fraport*, (Cremades, dissenting).

responsabilità dell'investitore potrebbe infatti essere correttamente bilanciata rispetto ad un eventuale coinvolgimento dello Stato (*estoppel*), ovvero rispetto alla sua acquiescenza, consentendo all'investitore di ottenere un certo ristoro nonostante l'illiceità del suo investimento nella fase iniziale o nella sua *performance*. La logica è quindi quella della *contributory fault* che vede le parti della controversia andare incontro a responsabilità in ragione dell'entità delle rispettive colpe.

CONCLUSIONI

L'analisi degli ordinamenti giuridici di *common* e *civil law* ha evidenziato come una dottrina di *clean hands* sia stata sviluppata e accettata, più o meno espressamente, in entrambe le tradizioni giuridiche, rispettivamente come massima di *equity* e nella forma di *exceptio doli generalis* e nel divieto di *venire contra factum proprium* ovvero, più in generale, quale *species* del più generico principio di buona fede.

Se quindi nella *common law* anglosassone la *clean hands doctrine* trova esplicito fondamento nel sistema di *equity* del quale costituisce una delle più note massime (quella cioè secondo cui, stando alla formulazione coniata da Sir Gerald Fitzmaurice, '*he who comes into equity must come with clean hands*'), negli ordinamenti di *civil law* si può giungere ad un esito analogo avendo riguardo al principio di buona fede e alla sua estrinsecazione processuale della *exceptio doli generalis*.

Si è visto come l'*equity*, distaccandosi dalla connotazione tradizionale angloamericana, ha finito con l'assumere un ruolo suo proprio nel diritto internazionale generale, collocandosi tra quei principi generali di legge contemplati tra le fonti delle quali la Corte internazionale di giustizia (e prima ancora della Corte Permanente internazionale di giustizia) ai sensi dell'articolo 38 del suo Statuto fa ricorso al fine di rendere una decisione. In tal senso, sicuro rilievo hanno assunto i lavori preparatori allo Statuto svolti dall'*Advisory Committee* dai quali è emerso che, nonostante il dibattito se includere l'equità nella disposizione in oggetto quale fonte autonoma di diritto, tale suggerimento è, infine, stato respinto. Infatti, sebbene la maggioranza dei redattori fosse disposta ad accettare che l'equità avrebbe potuto giocare un ruolo nelle decisioni della Corte, la stessa non era tuttavia, semplicemente, pronta ad accettare l'equità come fonte indipendente di diritto internazionale a causa dei diversi significati accordatigli nei diversi contesti storico-temporali. Si è cercato quindi di definire una soluzione di compromesso che soddisfacesse le esigenze degli esponenti di ambedue le tradizioni giuridiche di *common* e *civil law*, non offrendo alcun contenuto ai 'principi generali' ma lasciando il concetto volutamente indefinito. Ciononostante, dall'analisi della giurisprudenza della CIG sembra essere dato per scontato che varie regole eque,

come l'*estoppel* e il principio secondo cui '*he who comes into equity must come with clean hands*' facciano parte del diritto internazionale e non richiedono ulteriori spiegazioni se non la affermazione della loro rilevanza ai fini della decisione del caso in esame.

Ciò posto con riguardo all'*equity* di *common law* e alla sua trasposizione nel diritto internazionale, la questione cruciale da definire, ai fini della qualificazione della *clean hands doctrine* alla stregua di principio generale di diritto internazionale, era quella concernente i sistemi di *civil law*. Infatti, affinché un principio di logica giuridica possa assumere significato ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto CIG, esso deve essere condiviso dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali. Giocoforza, non si possono escludere quelli di *civil law*. Come si è cercato di dimostrare, la dottrina in commento trova il proprio fondamento anzitutto in talune massime affini di tradizione romanistica quali *nullus commodum capere de sua iniuria propria*, *ex dolo malo non oritur actio* e *inadimplenti non est adimplendum*. Si tratta di massime che, ritenute dalla giurisprudenza internazionale essere, a loro volta, principi generali, costituiscono, in buona sostanza, sub-manifestazioni della dottrina delle mani pulite. Nondimeno, nella tradizione giuridica continentale, la buona fede continua a svolgere un ruolo importante. Il criterio di buona fede oggettiva costituisce, infatti, lo strumento più adatto a porre rimedio ai comportamenti scorretti, maliziosi o fraudolenti posti in essere a danno della controparte contrattuale. In tale contesto, l'*exceptio doli* indica il potere processuale di opporsi ad un'altrui domanda che, sebbene in astratto fondata, è, in concreto, espressione dell'esercizio doloso o scorretto di un diritto, finalizzato alla realizzazione di interessi ritenuti non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento stesso. Pare evidente quindi che il ruolo svolto dalla *exceptio doli generalis* negli ordinamenti di *civil law* è quello che la *clean hands doctrine* è chiamata a svolgere nell'*equity* prima e nel diritto internazionale poi ossia, segnatamente, preservare il divieto di *venire contra factum proprium*. Da tale ultimo rilievo si è delineata una connotazione processuale della dottrina delle mani pulite. Secondo la prospettiva che si è deciso di accogliere nella presente trattazione, infatti, la dottrina si colloca tra quelli che sono i principi di diritto internazionale processuale; essa infatti,

assume rilievo come difesa nelle controversie internazionali tra Stati e in quelle arbitrali che vedono contrapporsi un investitore straniero al cd. *host state*.

Concludendo e sintetizzando, posto che, al fine di qualificare la *clean hands doctrine* quale principio generale del diritto internazionale ai sensi dell'articolo 38 dello Statuto CIG occorre accertare che la stessa è riconosciuta dalle 'Nazioni civili' (secondo la lettera della disposizione in parola), la verifica di una tale affermazione si ritiene compiuta positivamente. Infatti, comunque la si voglia identificare terminologicamente, resta il fatto che il suo scopo – segnatamente quello di impedire ad una parte di beneficiare della propria condotta illecita o immorale – è ben radicato in entrambe le tradizioni giuridiche di *common* e *civil law*.

Così delineata teoricamente la dottrina di *clean hands*, si è poi proceduto con la analisi della prassi, al fine di verificarne la rilevanza o meno e in quali termini nei procedimenti internazionali. Quanto è emerso da tale analisi è che né la giurisprudenza né la dottrina hanno offerto sinora soluzioni univoche e definitive per quanto riguarda la collocazione della *clean hands doctrine* nel panorama del diritto internazionale processuale pubblico.

Si è quindi evidenziato come la dottrina delle mani pulite abbia trovato ampio spazio, anzitutto, nelle difese presentate dagli Stati convenuti nei giudizi innanzi alla Corte internazionale – cui si è accompagnata la assenza di contestazioni manifeste mosse dalle controparti - così come nelle opinioni dissenzienti e concorrenti dei Giudici partecipanti alla decisione finale. Quindi, sebbene mai affermata in termini espressi nelle decisioni della Corte internazionale quale base per un giudizio a favore del convenuto, l'esistenza e l'operatività della *clean hands doctrine* non sono neppure mai state negate in termini espressi dalla Corte e ciò nonostante vi sarebbe stata più di un'occasione per una presa di posizione in tal senso. Quello che la Corte sembra avere determinato con sufficiente chiarezza è che la *clean hands doctrine* non può essere annoverata tra le eccezioni preliminari volte ad escludere l'ammissibilità del ricorso. Piuttosto, si tratterebbe di una difesa processuale da affrontare nella fase di merito.

Accertato che, nei termini suesposti, la dottrina delle mani pulite è presente nel contesto del contenzioso interstatale diretto, del pari si è rilevata la sua invocazione

nelle controversie in cui si sia verificato un danno indiretto allo Stato attraverso la violazione dei diritti di un suo cittadino, ovvero nel contesto della cd. protezione diplomatica. L'esame delle fonti primarie e secondarie idonee a gettare luce sull'esistenza della *clean hands doctrine* con specifico riferimento alla protezione diplomatica ha evidenziato la fragilità degli argomenti adottati a sostegno della dottrina in commento in tale contesto. Gli interrogativi ai quali si è cercato di dare una risposta sono stati i seguenti: la condotta di quale soggetto è rilevante ai fini dell'invocazione della regola (ossia, quella dello Stato di nazionalità o dell'individuo protetto o entrambe?); in che cosa consiste tale condotta, violazione (qualsiasi o qualificata?) del diritto interno (dello Stato ospitante? O anche dello Stato di cittadinanza?) e/o internazionale?; con quali effetti opera la regola (costituisce una causa di inammissibilità o una circostanza attenuante o addirittura esimente della responsabilità dello Stato ospitante? La risposta a tali quesiti pare aver evidenziato come anche nella protezione diplomatica l'operatività della *clean hands doctrine* si debba escludere quale eccezione preliminare di irricevibilità in quanto, seppure si tratti pur sempre di controversie interstatali (stante la ricordata *fiction iuris* per cui la lesione dei diritti di un cittadino viene intesa come lesione allo Stato di nazionalità), sarebbero le '*unclean hands*' del privato a dover costituire oggetto di valutazione da parte della Corte. Ciò, tuttavia, si scontra con la considerazione per cui il privato non può rendersi autore di un illecito internazionale e con il principio di non attribuzione di un comportamento del privato allo Stato di nazionalità. Alla luce di tale ultima considerazione si è giunti alla conclusione per cui solamente le '*unclean hands*' dello Stato potrebbero assumere rilievo nel contesto in parola; ma in tal caso non si rende necessaria una teoria di *clean hands* formulata *ad hoc* per la protezione internazionale, potendosi fare ricorso alla teoria generale delineata con riguardo alle controversie inter-statali dirette.

Tale prospettiva, come si è avuto modo di rilevare, è stata, infine, accolta nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica predisposto dalla Commissione di Diritto Internazionale. È chiaro che la decisione della CDI di non includere una disposizione avente ad oggetto la dottrina delle mani pulite nel Progetto di articoli non significa che il principio non faccia parte del diritto internazionale; piuttosto

questa decisione chiarisce che l'unica condotta rilevante ai fini della valutazione dell'ammissibilità dei ricorsi ai sensi del diritto internazionale è quella del ricorrente stesso, ossia lo Stato. Una simile impostazione è stata autorevolmente sostenuta da Jhon Dugard, Relatore speciale del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica.

Chi scrive condivide l'impostazione per cui la *clean hands doctrine* si può annoverare tra i principi processuali del diritto internazionale che assume rilievo nella fase di merito della controversia in quanto l'amministrazione della giustizia impone che si tenga conto del comportamento di una parte nella valutazione della legittimità della condotta della controparte per determinare la fondatezza della pretesa e l'ammontare dei possibili danni. Se anche non si dovesse ritenere sufficiente la prassi proposta per concludere nel senso che un principio di tale portata si sia formato, sembra tuttavia auspicabile la promozione della regola a titolo di sviluppo progressivo.

Ciò posto, va rilevato come, accolta la prospettiva della *clean hands doctrine* alla stregua di principio processuale, lo stesso si presti ad essere utilizzato non solo dalla Corte internazionale ma anche da altri organi internazionali, in termini peraltro non necessariamente affini.

Le '*clean hands*' dell'investitore sono state trattate, in particolare, dalla giurisprudenza arbitrale internazionale sugli investimenti la quale la ha considerata, in senso maggioritario, alla stregua di una condizione preliminare nei casi di investimento contaminato da una qualche forma di illegalità (segnatamente, corruzione, frode e altre violazioni della legislazione domestica dell'*host state*). Pertanto, le *unclean hands* degli investitori stranieri sono state invocate con sempre maggiore frequenza quale difesa da parte degli Stati convenuti nell'arbitrato sugli investimenti, i quali hanno identificato in essa un'utile opportunità per evitare costose controversie in materia di investimenti.

Sebbene tale sia l'indirizzo ad oggi maggioritario, nondimeno, alcuni tribunali, pur accogliendo la difesa, hanno riconosciuto, in varia misura, come anche gli Stati ospitanti avessero partecipato alla condotta illecita o avessero prestato acquiescenza ad essa. Questo indirizzo, se sviluppato, condurrebbe a esiti certamente positivi e

auspicabili in quanto le conseguenze delle attività illegali non ricadrebbero esclusivamente sugli investitori scagionando gli Stati ospitanti da qualsivoglia forma di responsabilità, soprattutto in quei casi in cui questi ultimi abbiano partecipato o siano rimasti acquiescenti rispetto alla illegalità perpetrata e si dispiegherebbe la possibilità quindi di effettuare un equo bilanciamento delle condotte di entrambe le parti.

Attualmente, nessuno sembra contestare l'importanza del fatto che un investimento presuppone l'obbligo per l'investitore di conformarsi alle leggi e ai regolamenti vigenti nello Stato ospitante. Tuttavia, ci possono essere casi in cui lo Stato ospitante risulta, di fatto, coinvolto nella violazione; a ciò si aggiunga la considerazione per cui le autorità competenti potrebbero, inoltre, non contestare le violazioni perpetrate dall'investitore nella fase fisiologica del rapporto, fino cioè a quando non sia l'investitore stesso a portare la questione innanzi al tribunale arbitrale. Laddove quindi lo Stato sia coinvolto, attraverso le azioni dei suoi funzionari (ai sensi dell'articolo 7 del Progetto della CDI sulla Responsabilità internazionale degli Stati), nella commissione dell'atto illecito, lo stesso non dovrebbe essere posto nella condizione di fare affidamento *tout court* sulla *clean hands doctrine* e il tribunale dovrebbe quindi affrontare la questione nella fase di merito della controversia, con un bilanciamento delle condotte poste in essere da entrambe le parti, alla luce di una cognizione piena dei fatti di causa.

L'approccio qui suggerito è quindi quello per cui i tribunali arbitrali dovrebbero prendere le distanze da quella giurisprudenza che nega l'azione agli investitori che si presentino innanzi al collegio arbitrale con '*unclean hands*' dal momento che un tale percorso potrebbe continuare a garantire, ingiustamente, una posizione di superiorità agli Stati ospitanti, i quali potrebbero finire con l'abusare della dottrina in parola, acconsentendo all'instaurazione e allo sviluppo di investimenti illeciti per poi denunciarli solo *ex post*, nella fase patologica, arbitrale, del rapporto al solo scopo di evitare l'esame della propria responsabilità.

Sebbene possa sembrare in qualche modo ingiustificato mettere gli Stati nella posizione di dover affrontare un procedimento arbitrale costoso anche in termini politici a valle di un investimento illecito, il coinvolgimento dello Stato in presunte

attività illegali o la sua acquiescenza rispetto ad esse non possono, per ragioni equitative e di giustizia, non essere prese in considerazione dai tribunali arbitrali che dovrebbero quindi consentire agli Stati ospitanti di invocare le ‘*unclean hands*’ dell’investitore come difesa solo laddove i convenuti abbiano dimostrato di aver perseguito gli investitori, di aver adottato tutte le misure atte a prevenire il verificarsi dell’illecito o, ancora di non essere a conoscenza della attività illecita. Una valutazione che, ovviamente, può essere effettuata solo nella fase di merito.

La conclusione a cui si è giunti è dunque quella nel senso dell’auspicio che i tribunali arbitrali, quando si occupino di investimenti, considerino le ‘*unclean hands*’ degli investitori non già come una questione giurisdizionale o preliminare di ammissibilità ma, piuttosto, come una eccezione da valutarsi nella fase di merito. Solo seguendo tale approccio, la responsabilità dell’investitore potrebbe infatti essere correttamente bilanciata rispetto ad un eventuale coinvolgimento dello Stato (*estoppel*), ovvero rispetto alla sua acquiescenza, consentendo all’investitore di ottenere comunque un certo ristoro, se ve ne siano i presupposti, nonostante l’illiceità del suo investimento nella fase iniziale o nella sua *performance*. La logica è quindi quella della *contributory fault* che vede le parti della controversia andare incontro a responsabilità in ragione dell’entità delle rispettive colpe.

Per concludere, la *clean hands doctrine*, appare un’utile difesa nelle mani degli Stati convenuti, tanto nelle controversie inter-statali quanto in quelle che li oppongono ad un investitore straniero, per fronteggiare condotte illecite e immorali poste in essere dalla controparte e per operare quindi, nella fase di merito, un equo bilanciamento delle azioni di entrambe le parti nei procedimenti internazionali. La dottrina in parola, intesa quale principio processuale consentirebbe alle parti una maggiore certezza nella relativa invocazione e promuoverebbe decisioni ‘giuste’ oltre a comportamenti virtuosi nelle relazioni internazionali, in quanto si porrebbe come freno a comportamenti illeciti o immorali.

BIBLIOGRAFIA

Indice degli Autori

- ANONIMO - *Clean Hands and Clean Material in Copyright Infringement Actions*, 21 U. Pitt. L. Rev., 1959-1960, p. 71 e ss.

- ANONIMO - *Equity: plaintiff Granted Injunction Despite Unclean Hands*, Hastings L.J., 1955-1956, p. 91 e ss.

AKEHURST M., *Equity and General Principles of Law*, ICLQ, 1976, p. 801.

ALFORD R. P., *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, 94 American Society of International Law Proceedings of the Annual Meeting, 2000, pp. 160, 161.

AMERASINGHE C., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 213.

AMERASINGHE C., *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 232-58.

AMERASINGHE C., *International Arbitral Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2011, p. 71.

ANAND R. P., *International Courts and Contemporary Conflicts*, Asia Publishing House, New York, 1974, pp. 11-15.

ANENSON T. L., *Announcing the 'Clean Hands' Doctrine*, University of California, UC Davis LR, Vol. 51, 2018, p. 1832.

ANENSON T. L., *Beyond Chafee: A Process-Based Theory of Unclean Hands*, 47 AM. Bus. L.J., 2010, pp. 509, 566-72

ANENSON T. L., *Limiting Legal Remedies: An Analysis of Unclean Hands*, 99 Ky. L.J., 2010-2011, p. 63 e ss.

ANENSON T. L., *The Role of Equity in Employment Non competition Cases*, 42 AM. Bus. L.J., 2005, pp. 51, 52.

ANENSON T. L., *The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation*, 27 RE. LITIG., 2008, pp. 384-87.

ANENSON T. L., *Treating Equity Like Law: A Post-Merger Justification of Unclean Hands*, Am. Business L. J., vol 45, I 3, 2008, p. 466.

BAETENS F., *The International Court of Justice renders its judgement in the Jadhav case (India v Pakistan)*, 2019, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/>.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 2.

BARTSCH K., ELBERLING B., *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*, 4 German Law Journal, 2003, p. 477 e ss.

BEKKER P., *International Decisions*, David D. Caron (ed.), 98 Am. J. Int'l L., p 550.

BERTOZZI P., *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, IPSOA, V ed., 2001.

BIANCA M., *Diritto civile, Vol. 4 - L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 86 e ss.

BINDER C., SCHREURER C., *Unjust Enrichment*, Max Plank Encyclopedias of International Law, Oxford University Press, 2017.

BISPHAM G. T., *Principles of Equity*, (IX ed.), Banks Law Publisher, New York, 1915, p. 48.

BLANC-JOUVAN X., BOULOIS J., *'France' in International Association of Legal Science*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol I, Mohr Siebeck Tübingen Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 1972, para. F-47, F-81.

BORCHARD E., *Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 7 Am. J. Int' L., 1913, p. 503.

BORCHARD E., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, The Banks Law Publishing Company, New York, 1915.

BORN G., *Bribery and an Arbitrator's Task*, Kluwer Arb. Blog (Oct. 2011), disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrators-task/>

BORN G., *International Commercial Arbitration* vol. 1, 1046, Kluwer Law International, II ed., 2014.

BOTTINI G., *Legality and Investments Under ICSID Jurisprudence*, in M. Waibel, A. Kaushal, K-H Liz Chung and C. Balchin, *The Clash Against Investment Arbitration*, Wolter Kluwer 2010, p. 297.

BOWETT D. W., *Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, 33 *Brit. Yearbook Int'l L.*, 1957, p. 176.

BROWER N. & BRUESCHKE J., *The Iran-United States Claims Tribunal ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 13, Issue 2, Fall 1998, pp. 718–723, disponibile su <https://doi.org/10.1093/icsidreview/13.2.718>.

BROWN C., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2009, p. 2 e ss.

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, in Crawford (ed.), Oxford University Press, VII ed., 2008, p. 503.

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, in Crawford (ed.), OUP Oxford, III ed., 1979.

BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, in Crawford (ed.), OUP Oxford, V ed., 1998.

BUCHANAN M. A., *Public Policy and International Commercial Arbitration*, 26 *Am. Bus. L.J.*, 1988, p. 511.

BUSTAMANTE A., *La Cour permanente de justice internationale*, Tenin, Parigi, 1925, p. 152.

CAPPELLETTI M., BRYANT G., *Introduction—Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure*, in *International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure*, vol XVI, 1, Mohr Siebeck Tübingen Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 1987, p. 14.

CARRUTHERS J., *Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages*, 53 *ICLQ*, 2004, pp. 694–696

- CASSESE A., *Diritto Internazionale*, vol. I, I lineamenti, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 228.
- CATTANEO V., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1971, p. 639.
- CAVARE L., *Le droit international public positif*, Tome V (*Les rapports conflictuels*), Revue Internationale de Droit Comparé, 1953, pp. 170-177.
- CHAFEE Z., *Coming Into Equity With Clean Hands*, 47 MICH. L. REV., 1949, pp. 877-906 e pp.1065-96.
- CHAFEE Z., *Some Problems of Equity: five lectures delivered at the University of Michigan April 18, 19, 20, 21, and 22, 1949*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1950.
- CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953 p. 157.
- CHESTERMAN S., *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford Scholarship Online, 2001.
- COLLIN P. H., *Dictionary of Law*, Bloomsbury, London, 2004, p. 50.
- COLLINS L., *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell Ltd, London, 2006, p. 157 e ss.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1997, p. 43.
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 25.
- COSAR U., *Claims of Corruption in Investment Treaty Arbitration: Proof, Legal Consequences and Sanctions*, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Legitimacy: Mths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Volume 18, Kluwer Law International, 2015, pp. 531-556.
- COTTIER T., MÜLLER J. P., *Estoppel*, in Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2007.
- COWLEY R. & BRIDI A., *Investor Corruption, Bilateral Investment Treaties and International Arbitration: Bribery as Center of Failed Investor Claim*, Norton Rose

Fullbright, Jan. 2014, disponibile su <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a79cbad5-9178-4f78-8e98-fbcc97323b1e>.

CRAIG L., PARK W. & PAULSSON J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publication Inc., 3 ed., 1998, p. 450.

CRAWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, VIII ed., 2012, p. 693.

CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: introduction, Text & Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.

CREMADES B. M., CAIRNS D. J. A., *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, 58 Disp. Resol. J., 2004, p. 68.

CREMADES B., CAIRNS D. J. A., *Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making*, in *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, ICC, 2003, p. 79 e ss.

CRIVELLARO A., *Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence*, in *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, (Kristine Karsten, Andrew Berkeley ed.) 2003, pp. 114, 117.

DANNEMANN G., *Illegality as Defence against Unjust Enrichment Claims*, in R Zimmermann and D Johnston (ed.) *Unjust Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002 pp. 310–26.

DAVIDSON K., *The Right to Trial by Jury in Complex Litigation*, 20 WM. & MARY L. REV., 1978, p. 329 e ss., pp. 329-40.

DE ALBA M., *Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration*, 2015, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612402.

- DE CLAPIERS P., *The Impact of Corruption on the Ability to Arbitrate*, Ashrst, Apr. 2, 2014, disponibile su <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/the-impact-of-corruption-on-the-ability-to-arbitrate/#main-content>.
- DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico – Law dictionary*, Giuffrè, Milano, 1984.
- DE FUNIAK W. Q., *Handbook of Modern Equity*, Little Brown and Company, Boston, II ed., 1956, p. 40.
- DE LUCA A., *Violazione del principio del contraddittorio e annullamento ICSID: il caso Fraport AG Frankfurt c. Repubblica delle Filippine*, in *Rivista dell'Arbitrato*, Briguglio, De Nova, Giardina (diretta da), Giuffrè Editore, p. 667 e ss.
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padova, V ed., 1999, p. 113.
- DE WETE, *The International Constitutional Order*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 51, 64.
- DEL GIUDICE F., *Il Latino in Tribunale, Brocardi e termini latini in uso nella prassi forense*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2000.
- DELBRUCK J., *Commentary on International Law: a Fresh Look on Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations*, 67 *Ind. L.J.*, 1992, p. 887.
- DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 112 e ss.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, p. 553-555.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 380, 389 e 412.
- DINSTEIN Y., *Comments on War*, 27 *HARV. J.L. & PUB. POL'Y*, 2004, pp. 877, 878.
- DOLMETTA A. A., *Exceptio doli generalis*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 193.
- DOLZER R. & SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, II ed., 2012, pp. 51-52.

DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 85.

DOMINICÉ C., *A propos du principe de l'estoppel en droit des gens*, in P. Guggenheim Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Imprimerie de La Tribune, Geneva, 1968, pp. 327–65.

DOUGLAS Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 310.

DOUGLAS Z., *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review, 2014, p. 29(1).

DRAGHICI C., *L'applicazione della dottrina 'clean hands' all'esercizio della protezione diplomatica*, in PANELLA L. (ed.), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2009.

DUDAS S., TSOLAKIDIS N., *Host-State Counterclaims: A Remedy for Fraud or Corruption in Investment-Treaty Arbitration?*, TDM, 3, 2013, disponibile su <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1962>.

DUMBERRY P. E DUMAS-AUBIN G., *The Doctrine of Clean Hands and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, 10 Transnational Dispute Management, 2013, No. 1.

ESPÓSITO C., *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist*, Italian Yearbook of International Law, Vol. 21, 2012 disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2103482> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103482>.

EVENSEN J., *Evidence before International Courts*, Nord. T. Internat. Ret., 1955, p. 25.

FADELY, *The Clean Hands Doctrine in Oregon*, 37 OR. L. Rev., 1958, p.160.

FECAK T., *International Investment Agreements and EU Law - Chapter 2: Protection of Investment in International Agreements and in EU law*, Kluwer Law International, 2016, p. 11-140.

FELLER A. H., *The Mexican Claims Commission 1923-1934, A Study in the Law*

and Procedure of International Tribunals, The MacMillan Company, New York, 1935, p. 251.

FITZMAURICE G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Brill Nijhoff, Leiden – Boston, 1957, vol. 92, p. 119.

FITZMAURICE G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1995, p. 438.

FONTANELLI F., TANZI A., *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration. A View from the Bridge at the Practice*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2017, pp. 3–20.

FOSTER C., *The Adjudication of International Disputes Involving Scientific Uncertainty* (PhD Dissertation, University of Cambridge, 2003), pp. 79–86.

FRANCIS, *Maxims of Equity: Collected from and Proved by Cases, Out of the Books of the Best Authority in the High Court of Chancer: to which is Added the Case of the Earl of Coventry, Concerning the Defective Execution of Powers: Lately Adjudged in the High Court of Chancery*, Henry Watts, Dublin, 1791.

FRANCK T. M., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, 1990.

FRIEDMANN W. G., *Legal Theory*, Stevens, London, V ed., 1967, pp. 543-545.

FRIEDMANN W., *The Use of General Principles in the Development of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, p. 279.

FROWEIN J., *Fact-Finding by the European Commission of Human Rights*, in *Fact-finding before International Tribunals*, Lillich (ed.), 1992, pp. 237, 248.

GAJA G., *General Principles of Law*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2013.

GARCIA-ARIAS L., *La Doctrine des “Clean Hands” en Droit International Public*, in *Annuaire Des Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International*, 1960, p. 18.

- GARNER, B. A., (ed.), *Black's Law Dictionary*, West, St. Paul, MN, VIII ed., 2004, p. 268.
- GARVEY J. L., *Some Aspects of the Merger of Law and Equity*, 10 CATH. U. L. R. y., 1961, p. 59.
- GINSBURG R. B., BRUZELIUS A., *Civil Procedure in Sweden*, Columbia Law Review Association, 1965, p. 295.
- GORDLEY J., *Good Faith in Contract law in the Medieval ius commune*, *Cambridge studies in International and Comparative Law – the Common Core of European Private Law*, Zimmearman and Whittaker (eds.), Cambridge University Press, 2000, p. 94
- GOWER, DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Paul Davies (ed.), Sweet and Maxwell, London, VI. ed., 1997, p. 688.
- GREENWALD B., *The Viability of Corruption Defenses in Investment Arbitration When the State does not Prosecute*, Blog of the Eur. J. Of Int'l L., Apr. 2015, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/the-viability-of-corruption-defenses-in-investment-arbitration-when-the-state-does-not-prosecute/>.
- GROZIO U., *De Jure Belli ac Pacis, libri tres*, 1735.
- GROZIO U., *Of the Rights of War and Peace, In Which are Explained the Laws and Claims of Nature and Nations, and the Principle Points That Relate either ro Publick Government or the Conduct of Private Life*, 1715.
- HABAZIN M., *Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration*, 18 Cardozo J. Conflict Resol., 2016-2017, p. 805.
- HANOTIAU B., *Satisfying the Burden of Proof: The Viewpoint of a "Civil Law" Lawyer*, 10 *Arbitration International*, 1994, p. 341.
- HANOUTIAU B., *Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings*, in *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, A. J. Van Den Berg ed., 2003, p. 273-277.

HEISKANEN V., *Forbidding Dépeçage: Law Governing Investment Treaty Arbitration*, 32 Suffolk Transnational Law Review, 2008, pp. 367, 375,

HEISKANEN V., *Jurisdiction v. Competence: Revisiting a Frequently Neglected Distinction*, 5 Finnish Yearbook of International Law 1, 1994, 232.

HEISKANEN V., *Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, 29(1) ICSID Review, 2014, p. 231 e ss., p. 237.

HENKIN L., *NATO's Kosovo Intervention: Kosovo and the Law of "Humanitarian Intervention"*, 93 AM. J. INT'L L., 1999, p. 824.

HEPBURN J., *In Accordance with which Host State Laws? Restoring the "Defence" of Investor Illegality in Investment Arbitration*, 5 J. Int. Disp. Settlement, 2014, p. 531.

HOFFMEISTER F., KLEINLEIN T., *International Public Order*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2013

HOHFELD W. N., *Some Fundamental Legal Conception sas Applied in Judicial Reasoning*, 1913, Yale Law Journal, p. 23.

HOLDER W. E. E BRENNAN G. A., *The International Legal System*, Butterwoths, London, 1927, p. 97.

HOLTZMANN H. M., *Fact-Finding by the Iran-United States Claims Tribunal*, in *Fact-Finding Before International Tribunals*, (Richard B. Lillich ed.) 1992, p. 101, 127.

HONFELD W. N., *Some Fundamental Legal Conception as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal, p. 16.

HOWARD M., *Phipson on Evidence*, Sweet & Maxwell, London, XV ed., 2000, pp. 112–114.

HUDSON M. O., *The Permanent Court of International Justice: a Treatise*, The Macmillan Company, London, 1934, p. 528.

HUTTNER C. S., *Unfit for Jury Determination: Complex Civil Litigation and the Seventh Amendment Right of Trial by Jury*, 20 B.C.L. REV., 1979, p. 511 e ss., pp. 512-17.

HWANG S.C. M., LIM K., *Corruption in Arbitration – Law and Reality*, disponibile su https://www.arbitration-icca.org/media/4/97929640279647/media013261720320840corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf.

JENKS C., *The Prospects of International Adjudication*, Stevens & Sons Ltd, Oceana Publications, Dobbs Ferry NY, 1964, pp. 267, 268.

JOLOWICZ J. A., *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000, p. 214.

KAZAZI M., *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1996, p. 104.

KELSEN H., *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, II ed., 1966, p. 539.

KNHAR C., *Investment in Accordance with Host State Law*, 4 Trans'n'l Dispute Management, 2007, p. 5.

KNOWLES B., MOYEED K., LAMPROU N., *The US\$50 billion Yukos award overturned – Enforcement becomes a game of Russian roulette*, Kluwer Arbitration Blog, 2016, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/13/the-us50-billion-yukos-award-overturned-enforcement-becomes-a-game-of-russian-roulette/>

KOLB R., *General Principles of Procedural Law*, in Zimmerman, Andreas, Tomuschat, Christian & Oellers-Frahm, Karin, *The statute of the International Court of Justice: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 871 e ss.

KOLB R., *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000.

KOLB R., *Les maximes juridiques en droit international public: questions historiques et théoriques*, Revue belge de droit international, 1999, vol. 32, no. 2, p. 407-434.

KREINDLER R., *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, in K. Hober et al., *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, 2010, p. 309.

KRIEBAUM U., *Illegal Investments*, in Austrian Yearbook on International Law, 2010 p. 307.

KRITSIOTIS D., *Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention*, 19 MICH. J. INT'L L., 1998, p. 1005.

KULIK A., YACKEE J.W., *Investment Treaties and Investor Corruption: an Emergent Defense for Host States?*, Investment Treaty News, Oct. 19, 2012, disponibile su <https://www.iisd.org/itn/2012/10/19/investment-treaties-and-investor-corruption-an-emerging-defense-for-host-states/>.

LAIRD I. A., *A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in Salini v. Jordan and Methanex v. USA*, in International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Todd Weiler ed., 2005, p. 204.

LAIRD I., ASKEW R., *Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System*, 7 Journal of Appellate Practice and Process, 2005, p. 285.

LALIVE P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series no. 3, 1987.

LAMM C. B., GREENWALD B. K. & YOUNG K.M., *From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegation of Corruption*, 29 ICSID Rev. 328, 2014.

LAMM C.B., PHAM H.T., ET AL., *Fraud and Corruption in International Arbitration*, in Miguel Angel Fernandez-Ballester and David Arias (eds.), Liber Amicorum Bernardo Cremades, Wolters Kluwer Espana; La Ley, 2010, pp. 699-731.

LAPLANTE L. J., *The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition*, 23 American University

International Law Review, 2007, pp. 51, 64.

LIM K., *Upholding Corrupt Investors' Claims Against Complicit or Compliant Host States – Where Angels should not Fear to Tread*, Yearbook on International Investment Law and Policy, Oxford University Press, 2011-2012, p. 668.

LLAMAZON A, SINCLAIR A., *Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct*, in Albert Jan van den Berg (ed), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Vol. 18, Kluwer Law International, 2015, p. 523.

LLAMAZON A., *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 13.

LLORENTE F. R., *Constitutional Jurisdiction as Law-Making*, in Pizzorusso A. (a cura di), *Law in the Making: a Comparative Survey*, Springer-Verlag, Berlin, 1988, p. 156 e ss.

LOSCO M. A., *Streamlining the corruption defense: a proposed framework for FCPA-ICSID interaction*, 63 Duke L.J., 2013-2014, p. 1201.

LOWE V. E TZANAKOPOULOS A., *Humanitarian Intervention*, in R Wolfrum (ed), The Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2014 disponibile su <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

LOWE V., *The Role of Equity in International Law*, 12 Australian Yearbook of International Law, 1989, p. 54 e ss., p. 80.

MACGIBBON I. C., *Estoppel in International Law*, ICLQ 7, 1958, pp. 468 e ss.

MACGIBBON I., *The Scope of Acquiescence in International Law*, 31 Brit. Yearbook Int'l L, 1954, pp. 147-148.

MAKONNEN Y., *Western Attitudes to International Equity*, Annuaire de l'Association des Auditeurs de l'Academie de Droit International de La Haye, 1972, pp. 42-43.

MANCE J., *Ex Turpi Causa - When Latin Avoids Liability*, 18 Edinburgh L. Rev. 175, 2014, p. 175 e ss.

MARSH S. B., *Outlines of English Law*, McGraw-Hill, London, V ed., 1990, pp. 6-7.

MARTIN A., *L'estoppel en droit international public: précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Pedone, Paris, 1979.

MARTIN E., *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, III ed., 1994.

MASSETTO G. P., *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, disc. priv. sez. civ. II, Torino, 1988, p. 149.

MAYER P., SHEPPARD A., *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, 19 *Arb. Int'l*, 2003, pp. 249, 255.

MCCLINTOCK H. L., *Handbook of the principles of Equity (Hornbook Series)*, West Pub. Co, Eagan, II ed., 1948, p. 6.

MCLACHLAN C., SHORE L. & WEINIGER M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 6, Oxford University Press, 2007, p. 131.

MCLACHLAN, SHORE & WEINIGER, *International Investment Arbitration, Substantive Principle*, II ed., Oxford International Arbitration Series, Oxford, 2017, p. 268.

MEAGHER R. P., HEYDON J. D. & LEEMING M.J. (eds.), *Meagher, Gummow and Lehane Equity Doctrines and Remedies*, Butterworths, London, IV ed., 2002.

MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2005, p. 192.

MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan – Is Really No One Getting Punished?*, *Kluwer Arb. Blog*, Jan. 3, 2014, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/01/03/metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-is-really-no-one-getting-punished/>.

MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan – “Strike Two” Against Investor Claimants Facing the Corruption Defense*, *InfLawGrrls*, Dec. 18, 2013, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2370840.

MESHEL T., *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan – Is Really No One Getting Punished?*, Kluwer Arb. Blog, Jan. 3, 2014, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/01/03/metal-tech-ltd-v-republic-of-uzbekistan-is-really-no-one-getting-punished/>.

MESHEL T., *The use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration*, 30 J. Int’L Arb., 2013, pp. 267, 274.

MILES C. A., *Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims*, 3 Journal of International Dispute Settlement, 2012, p. 347. SCHILL S., *Illegal Investments in International International Arbitration*, gennaio 2012, disponibile su <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=305031083029086125109085101024066109034071000010027054111069000102104103002111012102099011058111062051098127024103013099106068025070025007037006084030067031084094037080053110064024075092094026079013075094019024110028071003004097085116006101013064085&EXT=pdf>.

MITCHELL A.D., SORNARAJAH M. AND VOON T., *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, 2015, p. 29-30.

MOLOO R. AND KHACHATURIAN A., *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, Fordham Int’l L.J., 2010, p. 1473.

MOLOO R., *A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law*, 8 Transnational Dispute Management, 2011, no. 1, p. 1485-1486.

MOLOO R., KHACHATURIAN A., *The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law*, 34(6) Fordham International Law Journal, 2011, pp. 1473 e ss., pp. 1499–1501.

MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli Editore, Torino, V ed., 2013, p. 66 e s.

MORCHILADZE T., *Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration proceedings: How Far Should an Investment Wrongdoing get*, 2012, disponibile su <https://www.duo.uio.no/handle/10852/35644>.

- MORELLI G., *Nozioni di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, VII ed., 1967, p. 46.
- MOSES M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, II. ed., 2012, pp. 230-31.
- MOSLER H., *General Course on Public International Law*, Recueil des Cours 140, 1974, p. 147.
- NADER L., STARR J., *Is Equity Universal?*, in Newman (ed.) *Equity in the World's Legal Systems: A comparative study*, Établissements Émile Bruylant, Brussels, 1973, p. 125.
- NANNI L., *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. Imp.*, 1986, p. 197 e ss.
- NANNI L., *La buona fede contrattuale*, CEDAM, Padova, 1988, p. 575
- NEWCOMB HOHFELD W., *The Relations Between Equity and Law*, II MICH. L. REV., 1913, pp. 537, 550.
- NEWMAN R., *Equity and Law: a comparative study*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1961, p. 28.
- NIGLIA L., *Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teorica dell'obbligo interpretativo*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2001, p. 71.
- O'CONNEL D. P., *International Law*, Stevens, London, 1965, p. 5.
- OBERSTEINER T., *'In Accordance with Domestic Law' Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*, 31(2) *Journal of International Arbitration*, 2014, pp. 265 e ss., p. 274.
- OBERSTEINER T., *"In Accordance with Domestic Law" Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors*, 31 *Int'l Arb.*, 2014, p. 265.
- ODUMOSU I. T., *International Investment Arbitration and Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v Kenya*, 4 *L. & Dev. Rev.* 87, 2011, p. 118.
- ORAKHELASHVILI A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University

Press, 2006, p. 50.

PALMETER D, MAVROIDIS P., *Dispute Settlement in the World Trade Organisation*, Springer Netherlands, 1999, p. 76.

PARTASIDES C., *World Duty Free v. The Republic of Kenya: A Unique Precedent?*, Chatham House, disponibile su https://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruption-cases/files/documents/arw/Moi_World_Duty_Free_Chatham_House_Mar_28_2007.pdf.

PASTOR RIDRUEJO J. A., *Curso de derecho internacional publico y organizaciones internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, p. 255.

PAULSSON J., *Jurisdiction and Admissibility*, in G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, P.M. Patocchi e A.M. Whitesell (ed.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 601.

PELLIZZI G. L., *Exceptio doli (diritto civile)*, Riv. dir. civ. 2008, p. 1706.

PERRY S., *Uzbek claims dismissed because of corruption*, Global. Arb. Rev., Nov. 26, 2013, disponibile su <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32072/uzbek-claim-dismissed-corruption>; Si veda inoltre *Metal-Tech*.

PETROCHILOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford Private International Law Series, 2004, para 5.125.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1990, p. 93.

POLLOCK, citato da Lord Wright in *Canada and Dominion Sugar Company Ltd. V Canadian National (West Indies) Steamships Ltd.*, (1946) AC 46, PC, p. 55.

POMEROY J. N., *A Treatise on Equity Jurisprudence as administered in the United States of America*, Spencer w. Symons (ed.), V ed., 1941, p. 399.

POMEROY J. N., *A Treatise on Equity jurisprudence*, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, The Lawyers Co-operative Publishing Company Rochester, V ed., 1941, pp. 397-404.

POMEROY J. N., *Equity Jurisprudence*, S. Symons (ed.), V ed., 1941, para. 397, 399.

POMSON O. E HOROWITZ Y., *Humanitarian Intervention and the Clean Hands Doctrine in International Law*, Israel Law Review, Cambridge University Press, 2015, pp. 219-251.

PORTALE G. B., *Lezioni di diritto privato comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 152 e ss.

POUND R., *On certain Maxims of Equity*, in Cambridge Legal Essays, Cambridge, 1926, p. 259 e ss.

RACINE JB, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris, p. 394, para. 711.

RÆDER A., *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Gale, Making of Modern Law, 2013.

RALSTON J., *International Arbitration from Athens to Locarno*, The Lawbook Exchange, Clark NJ, 1929, pp. 153–89.

RANIERI F., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradision du civil law*, in Rev. int, dr. comp., 1998, p. 1055 e ss.

RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, voce Eccezione di dolo generale, in Dig. disc. priv. - Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 321.

RANIERI F., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, ed. vari, 1932, p. 21 e ss.

RAU M., *After Pinochet: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case*, 3 German Law Journal, 2002, p. 13.

REDFERN A., *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence – An English Perspective*, 10 Arb. Int'l, 1994, pp. 317, 321.

REINER A., *Burden and General Standards of Proof*, 10 Arb. Int'l, 1994, pp. 328, 388.

REINISCH A., *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 16, Brill Nijhoff, Leiden, 2017, pp. 21–43.

ROSE C., *Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption*, 31 J. Int'l Arb. 183, 2014, p. 204.

ROSELL J. E PRAGER H., *Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof*, 15 Arb. Int'l, 1999, p. 329.

ROSENNE S., *International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of inter-state Applications*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2006, <https://sslvpn.univr.it/view/10.1093/law:epil/9780199231690/>, DanalInfo=opil.ouplaw.com,SSL+law-9780199231690-e56?rskey=65x604&result=1&prd=EPIL

ROSENNE S., *Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Brill, vol. III, 2016, p. 1024.

ROSS A., *Should Clean Hands be a factor in investment arbitration?*, Global Arb. Rev., October 30, 2009, <https://globalarbitrationreview.com/article/1028720/should-clean-hands-be-a-factor-in-investment-arbitration>.

ROSS C. R., *Equity and International Law: a Legal Realist Approach to International Decisionmaking*, Brill-Nijhoff, Leiden, 1993, p. 165.

ROSSI C. R., *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to International Decisionmaking*, Brill-Nijhoff, Leiden, 1993, p. 165.

ROUSSEAU C., *Droit International Public*, Revue française de science politique, 1953, p. 177.

ROUSSEAU C., *Droit international public*, Tome V: Les rapports conflictuels, Sirey, 1983, p. 177.

RUBINO-SAMMARTANO M., *International Arbitration Law and Practice*, Juris, 2001, p. 449.

RUSSO E., *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247 e ss, p. 1256.

SALMON J., *Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales*, in *Annuaire française de droit international*, 1964, pp. 225-266.

SANDIFER D. V., *Evidence before International Tribunals*, The Foundation Press Inc, Chicago, II ed., 1975, p. 2.

SANDS P., *Treaty, Custom and the Cross-fertilisation of International Law*, 1 *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1998, p. 85.

SAUNDERS J. B., *Mozley and Whiteley's Law Dictionary*, Butterworths, London, VII ed., 1962, p. 64.

SAYED A., *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, pp. 231-309.

SCHERER M., *Circumstantial Evidence in Corrupt Cases Before International Arbitral Tribunals*, 5 *Int'l Arb. L. Rev.*, N. 1, 2012, pp. 32-33.

SCHERMAIER M. J., *Bona Fides in Roman Contractual Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 63.

SCHILL S., *Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration*, 11(2) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, pp. 281 e ss., pp. 288–291.

SCHREUER C., MALINTOPPI L., REINISCH A., SINCLAIR A., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, II ed., 2009, pp. 128 e ss.

SCHWARZENBERGER G., *International Judicial Law*, Stevens, University of Michigan, 1957, p. 723.

SCHWARZENBERGER G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Sweet & Maxwell Ltd, London, 1986, p. 17.

SCHWARZENBERGER G., *International Law*, vol. IV, Stevens and Sons, London, 1986, pp. 641–643.

SCHWEBEL S. M., *Celebrating a Fraud on the Court*, 106 Am. J. of Int'l L., 2012 pp. 102-103.

SCHWEBEL S. M., *Clean Hands in the Court*, The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law, Cambridge University Press, 199, pp. 74-78.

SCHWEBEL S. M., *Clean Hands Principle*, Oxford Public International Law, 2013.

SHAHABUDDIN M., *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1996, p. 6.

SHANY Y., *Jurisdiction and Admissibility*, Cap. 36, disponibile su https://internationalcourts.net/system/files/CourseMaterials/Romano_Chapter_36.pdf.

SHANY Y., *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge University Press, 2015, p. 130.

SHANY Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 110–111.

SHAPOVALOV A., *Should a Requirement of “Clean Hands” Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate*, 20 American University International Law Review, 2005, p. 829, 842.

SHARPE J. K., *Drawing Adverse Inferences from the non-production of Evidence*, 22 Arb. Int'l, 2002, p. 549.

SHAW M. N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, V ed., 2003, pp. 97-99.

SHAW M. N., *International Law: A System of Relationships*, 3 Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, 2011.

SIMMA B., *The Work of the International Law Commission at Its Fifty-First Session (1999)*, 68 Nordic Journal of International Law 293, 1999, p. 315–316.

SIMPSON J. L., FOX H., *International Arbitration*, Law and Practice, London, 1959, pp. 207–211.

SINCLAIR I., *Estoppel and Acquiescence, Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 2007, p. 105.

SINLAPAPIROMSUK T., *The Legal Consequences of Investor Corruption in Investor-State Disputes: How should the System Proceed?*, TDM, 3, 2013, disponibile su <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1959>.

SIORAT L., *Le Problème des lacunes en droit international*, Revue Internationale de droit comparé, 1959, pp. 901-902.

SIR ARTHUR WATTS, *Burden of Proof, and Evidence before the ICJ*, in Friedl Weiss (ed), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, 2000, pp. 289, 291.

SIR ELIHU LAUTERPACHT, *The Development of the Law of International Organisations by the Decisions of International Tribunals*, 152 *Recueil des cours*, Brill Nijhoff, Leiden – Boston, 1976, pp. 377, 396–402.

Sir G. FITZMAURICE, 92 *Recueil des Cours*, 1957 – II, 119.

Sir G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1, 1957, pp. 117-119.

SIR HERSCH LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1947, pp. 420-421.

SIR HERSCH LAUTERPACHT, *Some Observations on the Prohibition of Non Liqueur and the Completeness of the Legal Order*, in *Symbolae Verzijl*, The Hague, 1958, p. 196.

SIR HERSCH LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, p. 209;

SIR HERSCH LAUTERPACHT, *The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law*, 12 *British Yearbook of International Law*

31, 1931, pp. 41–2.

SMUTNY A. C. & POLÁSEK P., *Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration*, TDM, 1, 2012, disponibile su <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1794>.

SOHN L., *International Arbitration in Historical Perspective: Past and Prospects: a symposium to commemorate the centenary of the birth of professor J.H.W. Verzijl (1888-1987)*, in J H W Verzijl (ed.), Dordrecht [Netherlands] – Boston, M. Nijhoff, Norwell, MA, 1990, pp. 9–11.

SOLIDORO MARUOTTI L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo – Dal crollo dell’Impero romano d’Occidente alla formazione dello ius commune*, Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 1 e ss.

SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, p. 106.

SPENCE G., *Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, 1846, Creative Media Partners, LLC, I ed., 2008, p. 423, nota (a).

STEIN P. G., *Equitable Principles in Roman Law*, in P. G. Stein (ed.), *The Character and Influence of Roman Civil Law: Historical Essays*, Hambledon and London Ltd, London, 1998, p. 19.

STEIN P., *I fondamenti del diritto europeo, Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici*, (a cura di) De Vita, Panforti, Varano, Giuffrè, Milano, 1915, p. 114 e ss.

STEIN T. L., *Contempt, Crisis and the Court: The World Court and the Hostage Rescue Attempt*, 76 Am. J. Int’l L., 1982, pp. 499, 529.

STEINGRUBER A., *Some remarks on Veijo Heiskanen’s Note ‘Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration*, 29 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 2014, p. 688.

STEVENS R. S., *A Plea for the Extension of Equitable Principles and Remedies*, 41 CORNELL L. REV., 1956, p. 351.

STONE J., *Non Liqueat and the Function of Law in the International Community*, 35 Brit. Yearbook Int'l L., 1958, p. 124.

STRINGFELLOW B. F., *Who Comes into Equity Must Come with Clean Hands*, 1 Ala. Law., 1940, p. 248 e ss.

SUMMERFIELD J., *The Corruption Defense in Investment Disputes: a discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions*, 6 Transnat'l Disp. Mgmt., n. 1, 2009, p. 5.

SWARDS C. WILLIS A., *The Decision of the International Court of Justice in the Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada)*, Cambridge University Press, 2016.

TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, CEDAM, Padova, 2003, p. 4.

TALMON S., *Jus Cogens after Germany v Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*, 25 Leiden Journal of International Law, 2012, p. 979, 985.

TAMS C. J., *Waiver, Acquiescence, and Extinctive Prescription*, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press 2010, pp. 1035, 1044.

TANZI A. M., *International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis*, in De Brabander, Gazzini (eds.), *Foreign Investment in the Energy Sector. Balancing Private and Public Interests*, Leiden, 2014, pp. 61-100.

TAPPER C., *Cross & Tapper on Evidence*, Roderick Munday, Oxford, IX ed., 1999, p. 141.

THIRLWAY H. W. A., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, British Yearbook of International Law, Vol. 60, 1989, p. 29.

THIRLWAY H., *Preliminary Objections*, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2006, disponibile su

<https://sslvpn.univr.it/view/10.1093/law:epil/9780199231690/,DanalInfo=opil.ouplaw.com,SSL+law-9780199231690-e73?rskey=45r4Yt&result=6&prd=EPIL>.

THIRLWAY H., *Procedure of International Courts and Tribunals*, EPIL III, p. 1128.

TIRADO J., PAGE M., MEAGHER D., *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investment Arbitration: An Uneasy Relationship*, 29 ICSID Rev., 2014, pp. 493, 496.

TOD M. N., *International Arbitration amongst the Greeks*, The Clarendon Press, Oxford, 1913.

TREVES T., *Diritto internazionale: Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 248.

UCHKUNOVA I., *Index of the Practice of the International Court of Justice: Advisory Opinions, in World Court Practice Guide: Summaries and Index of PCIJ and ICJ Cases*, Kluwer Law International, 2016, pp. 891-905.

UCHKUNOVA I., *World Court Practice Guide: Summaries and Index of PCIJ and ICJ Cases*, Kluwer Law International, 2016, pp. 141-150.

UROFSKY P., WEISBURG H. & TORRES-FLOWER Z., *A Bribe is a Bribe: FCPA's Influence on International Arbitration*, N.Y L.J., Feb. 9, 2015, disponibile su <https://www.law.com/newyorklawjournal/almID/1202717099538/A-Bribe-Is-a-Bribe-FCPAs-Influence-on-International-Arbitration/?sreturn=20190120042358>.

V. DE VATTEL E., *The Law of Nations or the Principle of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nationals and Sovereigns*, vol. III, Liberty Fund, Indianapolis, 1758, p. 136.

VALEK P., *Is Unilateral Humanitarian Intervention Compatible with the U.N. Charter?*, disponibile su <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1246&context=mji>

VAN DIJK P., *Equity: a Recognized Manifestation of International Law?*, in M. Bos and W. Heere (ed.), *International Law and its Sources*, Kluwer Law and Taxation, 1989, p. 11.

VINCENT J., GUINCHARD S., *Procédure civile*, Revue internationale de droit comparé, 1999, p. 7.

VON KRAUSE C., *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award of April 15, 2009 – *Concept of investment under the ICSID Convention revisited*, Kluwer Arbitration Blog, 2009, disponible su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/07/08/phoenix-action-ltd-v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/>.

VON MEHREM R. B., *Burden of Proof in International Arbitration*, in *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series No. 7, (Albert Jan Van Den Berg ed.), 1996, pp. 123, 127.

VON PUFENDORF S., *The Law of Nature and Nations, or, a General System of the Most Important Principles of Morality, Jurisprudence and Politics. To which is prefix'd M Barbeyrac's prefatory discourse containing an historical and critical account of the science of morality*, Basil Kennett trans., 1749.

WAGNER M. L., *Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice*, California Law Review, vol. 74, 1986, p. 1777.

WAIBEL M., *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, in *International Investment Law*, Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch eds., Nomos, 2015, p. 1213.

WALDOCK H., *General Course on Public International Law*, Brill Nijhoff, Leiden – Boston, vol. II, 1962, p. 65.

WALKER D. M., (ed.), *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 230.

WEHLAND H., *Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSD Convention and the ICSID Assitional Facility Rules*, in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Capitolo 8, Kluwer Law International, Crina Baltag (ed.), 2017, p. 227 e ss.

WEIL P., *Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public*, 237 RCDAl 9, 1992-VI, p. 146.

WETTER G., *Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: the Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110*, 10, *Arb. Int'l*, 1994, p. 282.

WHEELER J., *Essentials of the English legal System*, Longman, Harlow, II ed., 2002, pp. 366-371.

WHITE J. M., *Equity – A General Principle of Law Recognized by Civilised Nations*, *Law and Justice J.*, Vol. 1, 2004, p. 105.

WHITE M., *Equity – A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations?*, 4 *QUEENSLAND U. TECH. L. & JUST. J.*, 2004, pp. 103, 109.

WITENBERG, *La théorie des preuves*, *Recueil des Course*, vol. 56, 1936, pp. 97–98.

WOODLEY M. (ed.), *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet and Maxwell, London, X ed., 2005, p. 162.

WRIGHT Q., 'The Goa Incident', 56 *Am. J. of Int'l L.*, 1962, pp. 617, 628.

YACKEE J. W., *Essay, Investment Treaties and Investor Corruption: an Emerging Defense for Host States?*, *Investment Treaty News*, 19 ottobre, 2012, disponibile su <https://www.iisd.org/itn/2012/10/19/investment-treaties-and-investor-corruption-an-emerging-defense-for-host-states/>.

YORK K., *Dobbs: Handbook on the Law of Remedies*, 7 *Loy. L.A. L. Rev.* 394, 1974, p. 2.6.

ZICCARDI CAPALDO G., *Répertoire de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice - Repertory of Decisions of the International Court of Justice (1947-1992)*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, vol. I, pp. 80-81.

ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., ELLERS-FRAHM K. (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p. 436.

Indice dei Casi

A. N. Chamberlain Medicine Co. v H. A. Chamberlain Medicine Co., 43 Ind. App. 213, 216, 86 N.E. 2d 2025, 1026 (1909).

Abaclat and Others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5 (*ex Giovanna A Beccara and Others v. The Argentine Republic*), lodo 28 ottobre 2011, *Dissenting Opinion*, Georges Abi-Saab.

Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, parere consultivo, 22 luglio 2010, I.C.J. Rep., 2010.

Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v India), sentenza, 21 giugno 2000, I.C.J. Rep. 2010.

AES Corporation v Argentina, ICSID Case No ARB/02/17, decisione, giurisdizione, 26 aprile 2005.

Alfred Bell & Co. v Catalda Fine Arts, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951).

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, lodo, 8 novembre 2010.

Ambatielos [*dissenting opinion* del Giudice Spiropoulos] [1956] 12 RIAA.

Amco Asia Co v Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, lodo, 20 novembre 1984.

American Life Ins. Co. v Stewart, 300 U.S. 203, 212 (1937).

American Manufacturing & Trading, Inc. v Zaire ('AMT v Zaire'), ICSID Case No ARB/93/1, lodo, 21 febbraio 1997.

American Nat'l Bank & Trust v Levy, 83 Ill. App. 3d 933, 404 N.E. 2d 946 (1980).

Antoine Fabiani Case, (France v Venezuela), X RIAA 83, V Moore Intl Arbs 4878, 31 luglio 1905, *Mixed Claims Commission*.

Application for Review of Judgment No 158 of the United Nations Administrative Tribunal, parere consultivo, 12 luglio 1973, I.C.J. Rep. 1973.

Application of the Convention and Prevention and Punishment of the Crime of

Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), (Order on Further Requests for the Indication of Provisional Measures) I.C.J. Rep., 1993 (*Separate Opinion* del Giudice Ajibola).

Argentina—Textiles and Apparel, DSR 1998—III, 1033, 1159 (PR).

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Rwanda), *Jurisdiction and Admissibility*, sentenza, 3 febbraio 2006, I.C.J. Rep. 2006.

Armed Activities, (DRC v Uganda), CR 2005/3, 12 April 2005, (Philippe Sands).

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), sentenza, 14 febbraio 2002, I.C.J. Rep. 2002 (*Dissenting Opinion* del giudice van den Wyngaert).

Arthur J. Fritz & Co. v. Sherkate Tavonie Sherkathaye Sakhtemanies (STSS), Award No. 426-276-3, 30 June 1989.

Aryeh v. Iran, Case No. 842, 843 & 844, Respondent's Hearing Memorial and Written Evidence, Vol. III, (Mar. 23, 1993) (Doc. 80), Exhibit C, p. 44 (Iran-U.S. Claims Tribunal) (US Annex 187).

Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, lodo, 27 giugno 1990.

Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua del 27 giugno 1986 (Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)), sentenza, merito, 27 giugno 1986, I.C.J. Rep., 1986.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), sentenza, 31 marzo 2004, in I.C.J. Rep., 2004.

Bairstow v Queens Moat Houses plc (CA), [2001] EWCA Civ. 712 2 B.C.L.C. 531.

Baker v Grand Rapids, 142 Mich. 687, 106 N.W. 208 (1906).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962), sentenza, merito (seconda fase), 5 febbraio 1970, in I.C.J. Rep., 1970.

Batchelder, 22 ILR 864, 866 (Italy—US CC, 1954).

Bayinder Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Pakistan, ICSID Case No. ARB/

03/29, decisione, giurisdizione, 14 novembre 2005.

Beacon Theatres, Inc. v Westover, 359 U.S. 500 (1959)

Bentley v Tibbals, 223 Fed. 247 (C.C.A. 2d, 1915).

Bentley v Tibbals, 223 Fed. 247, 251 (C.C.A. 2d, 1915).

Binkley v Nolt, 46 Pa. Supr. Ct. 535 (1911),

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, lodo, 24 luglio 2008.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, sentenza, 20 dicembre 1988, I.C.J. Rep. 1998.

Bowmer v Louis (H.C.), Inc., 243 Cal. App. 2d 501, 503, 52 Cal. Rptr. 436, 437 (1966).

British Petroleum Exploration Company (Libya) Limited v Libya, BP/Libya Concession Tribunal (merits), 1979, 53 ILR 297, 10 ottobre 1973, para. 303.

Buchanan Home & Auto Supply Co. v Firestone Tire & Rubber Co., No. 79-175-9 (D.S.C. July 7, 1981) (*order granting dismissal*).

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, giurisdizione, decisione, 29 maggio 2009.

Burlington Resources Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, giurisdizione, decisione, 2 giugno 2010.

Butsee Skil Corp. v Lucerne Prods. Inc., 489 F. Supp. 1129, 1162 (N.D. Ohio 1980).

Case C-259/87, *Hellenic Republic v Commission of the European Communities* [1990] ECR I-2845.

Caudill v Little, 293 S.W.2d 881 (Ky. 1956).

CEDU, *Chapman v Regno Unito*, ricorso n. 27238/95, sentenza del 18 gennaio 2001.

CEDU, *Ukraine-Tyumen v Ukraina*, ricorso n. 22603/02, sentenza del 22 novembre 2007.

CEDU, *Van der Tang c. Spagna*, ricorso n. 19382/92, sentenza del 22 giugno 1995.

CEDU, *Coster, Beard, Lee e Jane Smith v Regno Unito*, ricorsi n. 24882/94, 24876/94, 25289/94, 25154/94, sentenza del 18 gennaio 2001.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v Poland), obiezioni preliminari, PCIJ Rep, Ser A, No 6, 1925.

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v United States of America), sentenza, 13 febbraio 2019, I.C.J. Rep. 2019.

Certain Norwegian Loans (France v Norway), 6 luglio 1957, I.C.J. Rep. 1957 (*Separate Opinion* del Giudice Lauterpacht).

CGCE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Crehan*, in Raccolta, 2001, I, p. 6297 e ss; Foro it., 2002, I, c. 75, con note di PALMIERI, PARDOLESI, SCONDITTI e ROSSI.

Chas T. Main v Mahab [*concurring opinion* del Giudice Mosk] 3 Iran-US Claims Tribunal Rep. [Grotius Cambridge 1984] para. 270, 279.

CMS Gas Transmission Company v the Republic of Argentina, ICSID Case No ARB/01/8, sentenza, 12 maggio 2005.

Cohn v Pitzele, 117 Ill. App. 342 (1904), *aff'd*, 217 Ill. 30, 75 N.E. 392 (1905).

Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), sentenza, 24 febbraio 1982, I.C.J. Rep. 1982.

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), sentenza, 9 aprile 1949, I.C.J. Rep., 1949, pp. 4 ss.

Cusumano v City of Detroit, 30 Mich. App. 603, 186 N.W. 2d 740 (1971).

Dairy Queen, Inc. v Wood, 369 U.S. 469 (1962).

Danciger v Stone, 187 F. 853 (E.D. Okla.1909).

Darling v Rose, 301 So. 2d 19, 20 (Fla. Dist. Ct. App. 1974).

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v U.S.A.), sentenza, 12 ottobre 1984, I.C.J. Rep 1984.

Dering v Earl of Winchelsea, EngR 39 (1787) 1 Cox 319 (1787) 29 ER 1184.

Desert Line Project LLC v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, lodo, 6 febbraio 2008.

Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, lodo, 31 ottobre 2012.

Deweese v Reinhard, 165 U.S. 386, 17 Sup. Ct. 340 (1896).

Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v Belgium), 1937, PCIJ (Ser. A/B), No. 70, sentenza, 28 giugno 1937.

Dunsmombe v Amfot Oil Co., 201 Ky. 290, 292, 256 S.W. 427, 428 (1923).

East Timor (Portugal v Australia), Judgment [1995] ICJ Rep 90, para. 29.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award 8 ottobre 2009.

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, giurisdizione, decisione, *Applicable Law and Liability*, 30 novembre 2012.

Eresch v Braecklein, 133 F.2d 12, 14 (10th Cir. 1943).

Erhas Dis Ticaret Ltd. Sti, et al. v. Republic of Turkmenistan, PCA Case No. 2013–27, *Separate Declaration Stanimir A. Alexandrov*, 19 maggio 2015.

Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, lodo, 13 agosto 2009.

Evans v Mason, 82 Ariz. 40, 308 P. 2d 245 (1957).

F.E.L. Publications v Catholic Bishop of Chicago, 506 F. Supp. 1127 (N.D. Ill. 1981).

Factory at Chorzów case (Federal Republic of Germany v Poland), P.C.I.J., Series A, sentenza, 26 luglio 1927, No. 9.

Farrar v Churchill, 135 U.S. 609, 615-16 (1890).

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, lodo, 11 luglio 1997.

Fibreboard Paper Products Corp. v. East Bay Union of Machinist, 227 Cal. App. 2d 675, 39 Cal. Rptr. 64 (1964).

Fisheries case (U.K. v Norway), sentenza, 18 dicembre 1951, I.C.J. Rep, 116, 1951.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, lodo, 16 agosto 2007.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Second Phase) (France v Switzerland), Order (1930) PCIJ Rep Ser A, No 24.

Free Zones, P.C.I.J., 1932 Series A/B No. 46, p. 167.

Frontier Dispute Case (Burkina Faso v Republic of Mali), sentenza, 22 dicembre 1986, I.C.J. Rep., 554.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), sentenza, 25 settembre 1997, I.C.J. Rep. 1997.

GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, lodo, 31 marzo 2011.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, lodo, 16 settembre 2003.

Goldstein v Lees, 46 Cal. App. 3d 614, 120 Cal. Rptr. 253 (1975).

Golshani v Iran, 29 Ir-USCTR 78, 116 (1993).

Gustaf F. W. Hamster Gmb Hamp Co. KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, lodo, 18 giugno 2010.

Guyana v. Suriname, PCA Case 2004/04, lodo, 16 settembre 2007.

Hanley v Sweeney, 109 Fed. 712 (C.C.A. 9th, 1901).

Harms, Inc. v Sansom House Enterprises, 162 F. Supp. 129 (E.D. Pa. 1958).

Hays' Estate, 159 Pa. 381, 383, 28 Atl. 158, 159 (1893).

Henry v McConnell 400 S.W.2d 344, 346 (Tex. Civ. App. 1966).

Hochtief AG v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/31, giurisdizione, decisione, 24 ottobre 2011.

Holman v Johnson, (1775) 1 Cowp 341.

Houston v Graff, 24 C.C. 477 (Pa. 1901).

Hulley Enterprises (Cyprus) Limited, Yukos Universal Limited (Isle of Man) and Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v Russian Federation, PCA Case Nos. AA226-228, lodo, 18 luglio 2014.

Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France), obiezioni preliminari, decisione, 6 giugno 2018.

Incesya Vallesoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, lodo, 2 agosto 2006.

Inge v Twentieth Century-Fox Film Corp., 143 F. Supp. 284, 298, 299 (S.D.N.Y. 1956).

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/8/08, giurisdizione, decisione, 8 marzo 2010.

International Chamber of Commerce Award No 1110 [1963] XXI YBCA 47.

International Chamber of Commerce Award No 3913 [1981] 111 Clunet 920.

International Chamber of Commerce Award No 6497 [1994] XXIV YBCA 71.

International Status of South-West Africa, parere consultivo, 11 luglio 1950, *Separate Opinion* di Sir Arnold McNair (1950) I.C.J. Rep. 1950.

Interpretation of Peace Treaties Case, parere consultivo, 18 luglio 1950, dissenting opinion del giudice Read, I.C.J. Rep. 1950.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, giurisdizione, decisione, 6 luglio 2007.

Jadhav Case (India v Pakistan), sentenza, 17 luglio 2019, I.C.J. Rep. 2019.

James Talcott, Inc. v Associates Discount Corp., 302 F.2d 443, 446 (8th Cir. 1962).

Johnson v Yellow Cab Co., 321 U.S. 383, 387 (1944); *Keystone Driller Co. v General Excavator Co.*, 290 U.S. 240, 245 (1933).

Jurisdiction of the Courts of Danzig, (1928) PCIJ Rep (Ser B, No 15).

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), sentenza, merito, 3 febbraio 2012, in I.C.J. Rep., 2012.

Kahn v Walton, 46 Ohio 195, 20 N.E. 203 (1889).

Karubian v. Iran, Case No. 419, lodo No. 569-419-2 (Mar. 6, 1996), 32 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 3, 36 (US Annex 189).

Kesinger v Burtrum, 295 S.W. 2d 605 (Mo. App. 1956).

Kofsky v Smart and Final Iris Company 131 Cal. App. 2d, 531, 281 P.2d at 6. (1955).

KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, lodo, 17 ottobre 2013.

Kuehnert v Texstar Corp. 412 F. 2d 700 (5th Cir. 1969).

LaGrand (Germany v United States of America), sentenza, 27 giugno 2001, I.C.J. Rep. 2001.

Lance Larsen v. the Hawaiian Kingdom, PCA Case No. 99-001, UNCITRAL 1976 Rules, lodo, 5 febbraio 2001.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), obiezioni preliminari, decisione, 11 giugno 1998, ICJ Rep. 1998.

Pereira Associates, Inc v Iran, 5 Ir-USCTR 198, 230, 231 (1984) (*Separate Opinion* del giudice Mosk).

Latta v Robinson Erection Co., 363 Mo. 47, 59, 248 S.W.2d 569, 576 (1952).

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, parere consultivo, 9 luglio 2004, in *I.C.J. Rep.*, 2004.

Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v Norway), PCIJ Series A/B No. 53, sentenza No. 20, 5 settembre 1933 (*dissenting opinion* del Giudice Anzillotti).

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Canada), obiezioni preliminari, decisione 15 dicembre 2004, ICJ Rep. 2004.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Germany), obiezioni preliminari, decisione 15 dicembre 2004, ICJ Rep. 2004.

Legality of Use of Force [Serbia and Montenegro v Canada] I.C.J. Pleadings CR/99/16.

Legality of Use of Force [Serbia and Montenegro v Germany] I.C.J. Pleadings CR/99/18.

Legality of Use of Force [Serbia and Montenegro v Portugal] I.C.J. Pleadings CR/99/21.

Legality of Use of Force [Serbia and Montenegro v United Kingdom] I.C.J. Pleadings CR/99/23.

Legality of Use of Force [Yugoslavia v United States of America] I.C.J. Pleadings CR/99/24.

Leo Feist, Inc. v Young, 138 F.2d 972 (7th Cir. 1943), reversing 46 F. Supp. 622 (E.D. Wis. 1942).

LESI SpA and Astaldi, SpA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/03, lodo, 12 novembre 2008.

LG&E v Argentina, ICSID Case No ARB/02/1, lodo, 25 luglio 2007.

LIAMCO v Government of the Libyan Arab Republic [12 April 1977] 62 ILR, para. 141, 175–176.

Liechtestein v Germany, ICC Award N. 6497, Final Award 1994.

Loughran v Loughran, 292 U.S. 216, 229-30 (1934).

M/V 'Saiga' (No 2), 120 ILR 143, 220, 222 (*Separate Opinion* di Wolfrum) (ITLOS, 1999).

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 maggio 2007.

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), sentenza, 14 giugno, 1993, I.C.J. Rep. 1983 (*separate opinion* del Giudice Shahabuddeen).

Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), obiezioni preliminari, decisione 2 febbraio 2017, I.C.J. Rep. 2017.

Mas v. Coca Cola Co., 163 F.2d 505, 509 (4th Cir. 1947).

Mason v Carrothers, 105 Me. 392, 74 A. 1030 (1909).

Mattox v Mattox, 2 Ohio 233, 233-234 (1826).

Mavrommatis Palestine Concession (Greek v U.K.) 1925 PCIJ (Ser. A) No. 2, 12 (Aug. 30).

McCullough Tool Co. v. Well Surveys, Inc., 395 F.2d 230, 238 (10th Cir. 1968)

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, lodo, 30 agosto 2000.

Methanex v. US (UNCITRAL), Partial Award, agosto 2002.

Michigan Pipe Co. v Fremont Ditch Co., III Fed. 284 (C.C.A. 8th, 1904).

Micula v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Jurisdiction and Admissibility, decisione, 24 settembre 2008.

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), sentenza, 27 giugno 1986, ICJ Rep. 1986.

Mitchell Bros. Film Group v Cinema Adult Theater, 604 F.2d 852, 864 n. 25 (5th Cir. 1979).

Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4.

Mohtadi v. Iran, Case No. 271, Award No. 573-271-3 (Dec. 2, 1996), 32 IRAN-U.S. CL. TRIB. REP. 124, 134 (US Annex 188).

MOL Hungarian Oil and Gas Plc v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/13/32.

Moorgate Mercantile Co. Ltd. v Twitchings (1976), 1 QB 225, CA, p. 241.

Morton Salt Co. v G. S. Suppiger, 314 U.S. 488, 492-93 (1942)

MTD Equity Sdn. Bhd & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, lodo 25 maggio 2004.

Mytilineos Holdings SA v. Serbia and Montenegro and Serbia, UNCITRAL, giurisdizione, Partial Award, 8 settembre 2006.

National Mercantile Co. v Keating, 218 Fed. 477 (D. Mont. 1914).

Netherlands v Belgium, (1937) PCIJ, Series A/B, No. 70, para. 73 e ss.

New York Football Giants, Inc. v Los Angeles Chargers Football Club, Inc., 291 F. 2d 471, 474 (5th Cir. 1961).

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v Bangladesh, petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla), ICSID Case No. ARB/10/18.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. The Netherlands and Denmark), sentenza, merito, 20 febbraio 1969, in *I.C.J. Rep.*, 1969.

North West Transportation v Beatty (1887) 12 App. Cas. 589.

Northern Cameroons (Cameroons v United Kingdom), obiezioni preliminari, decisione 2 dicembre 1963, *I.C.J. Rep.* 1963.

Norwegian Ship Owners' Case (U.s. v Norway), 1 Rep. of International Arbitral Awards, 1922, p. 307.

Nuclear Tests (New Zealand v France), sentenza, 20 dicembre 1974, *I.C.J. Rep.* 1974.

Oil Field of Texas, Inc v The Government of the Islamic Republic of Iran et al, Concurring Opinion di Richard M Mosk, 1 Iran-US CTR.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), sentenza, 6 novembre 2003, *I.C.J. Rep.*, 2003.

Oil Platforms, Reply and Defence to Counter-claim submitted by The Islamic Republic of Iran, 10 marzo 1999.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, giurisdizione, decisione, 1 giugno 2012.

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, *Application for Annulment of the Award*, decisione, 1 novembre 2006.

Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Issued in France (France v Brazil), PCIJ Rep Series A No 21.

Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes), PCIJ Rep Series A No 20/21.

Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/8/08, Jurisdiction, decisione, 8 marzo 2010.

Perma Life Mufflers, Inc. v International Parts Corp., 392 U.S. 134 (1967).

Philip Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, lodo, 28 novembre 2000.

Philip Morris v. Uruguay, (ICSID Case No. ARB/10/7), giurisdizione, decisione, 2 luglio 2013.

Phoenix Action Ltd. v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/05 (Stern, Bucher and Fernández Armesto), lodo 15 aprile 2009.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, lodo, 27 agosto 2008.

Pomeroy v Iran, 2 Ir-USCTR 372, 382 (1983).

Pope and Talbot Inc. v. Canada (UNCITRAL), Preliminary Motion by Canada, decisione, 24 febbraio 2000.

Poyser v Minors, (1881) 7 QBD 329, 333.

Precision Instrument Mfg. Co. v Automatic Maintenance Machinery Co., 324 U.S. 806, 814, 65 S. Ct. 993 (1945).

Prosecutor v Tadić (Opinion and Judgment) 7 maggio 1997.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), sentenza, 20 aprile 2010, I.C.J. Rep. 2010.

R. v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Abbasi (2002) EWCA Civ. 1598.

Republic Molding Corp. v B.W. Photo Util, 319 F.2d 347 (9th Cir. 1963).

Republic of Croatia v MOL Hungarian Oil and Gas Plc, PCA Case n. 2014-15, lodo, 23 dicembre 2016.

Rockwell International Systems Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-USCT. sentenza N. 438-430, 5 settembre 1989.

Rodriguez v Dicoa Corp., 318 So. 2d 442 (Fla. App. 1975).

Ross v Bernhard, 396 U.S. 531 (1970).

Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, lodo, 29 luglio 2008.

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, lodo, 22 agosto 2016.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, lodo, 14 luglio 2010.

Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, decisione, giurisdizione, 16 luglio 2001.

Saluka Investment Bv (The Netherlands) v Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006.

Santoro v Carbone, 22 Cal. App. 3d 721, 99 Cal. Rptr. 488 (1972).

Sea-Land 6 Iran-US Claims Tribunal Rep. [Grotius Cambridge 1986], para. 149, 168

SGS v Philippines (ICSID Case No ARB/02/6, giurisdizione, decisione, 29 gennaio 2004.

Shannon & Wilson, Inc. v AEOI 9 Iran-US Claims Tribunal Rep. [Grotius Cambridge 1987].

Siemens A.G. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/08, lodo, 6 febbraio 2007.

Smith v Kammerer, 252 Pa. 98, 25 Atl. 165 (1892).

Smith v Werkheiser, 152 Mich. 177, 179-80, 115 N.W. 964, 965-66 (1908).

Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière [SIREXM] v Burkina Faso, ICSID Case No ARB/97/1, lodo, 19 gennaio 2000.

South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), sentenza, 18 luglio 1966, I.C.J. Rep. 1966.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt ICSID Case No ARB/84/3, lodo, 20 maggio 1992.

Status of the Eastern Greenland (Denmark v Norway), 1933, PCIJ (Ser. A/B) No. 53, 95 (Apr. 5) (Anzillotti, *dissenting*).

Stewart v Parnell, 147 Pa. 523, 23 Atl. 838 (1892).

Tarasi v Pittsburgh Nat'l Bank, 555 F.2d 1152, 1156-57 n.9 (3d Cir. 1977). *See* 10 Loy L.A. L. Rev. 709, 713 (1977).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, lodo, 29 maggio 2003.

TECO v. Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23, Decision on Annulment, 5 aprile 2016.

Teheran Case (United States of America v Iran), sentenza, 24 maggio 1989, I.C.J. Rep. 1980 (*dissenting opinion* del Giudice Taranzi).

Teinver v. Argentina, ICSID Case No. ARB/09/1, giurisdizione, decisione, 21 dicembre 2012.

Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand), sentenza, 15 giugno 1962, I.C.J. Rep. 1962.

Tempo Music, Inc. v Myers, 407 F. 2d 503 (4th Cir. 1969).

The Mary Lowell Case (1 879), 3 Moore Intl Arb., para. 2772, 2776.

The Medea and The Good Return Cases (1866), 3 Moore Int'l Arb., pp. 2730, 2739.

The Montijo Case (1875), 2 Moore Int'l Arb., pp.1421, 1437.

The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ, sentenza, 28 febbraio 1939.

The question of ius standi raised in South West Africa (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa), obiezioni preliminary, decisione, 18 luglio 1966, I.C.J. Rep 1966.

The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 aprile 2008.

Tinoco Claims Arbitration (Great Britain v Costa Rica), 1923, 1 RIAA.

Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA (1984) 6 Iran-US Cl Trib, Rep

219.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, giurisdizione, decisione, 29 aprile 2004.

Towers v African Tug Co., [1904] 1 Ch. 558.

Tradex v Albania (1999) 14 ICSID Review—FILJ 197, 220–1.

Truitt v Miller (*Truitt v Miller*, 407 A.2d 1073 (D.C. App. 1979).

Union Pacific R.R. v Chicago & Northwestern Railway, 226 F. Supp. 400 (N.D. Ill. 1964).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*United States of America v. Iran*), sentenza, 24 maggio 1980, I.C.J. Rep. 1980, *Dissenting Opinion* del giudice Morozov.

United States Diplomatic und Consular Staff in Teheran (*United States of Amerca v Iran*), Provisional Measures, Order, 15 dicembre 1979, I.C.J. Rep. 1979.

United States-Norway Arbitration, 1922, AJIL.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, giurisdizione, decisione, 12 dicembre 2012.

Urecal Corp. v Master, 413 F. Supp. 873 (N.D. Ill. 1976).

Van der Tang v Spain, 22 Eur. Ct. H.R. 363, 381, 1993.

Venezuela Holdings, B.V., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Annulment, 9 marzo 2017.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, giurisdizione, decisione, 11 aprile 2007, Partial Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña.

Waste Management v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, lodo, 2 giugno 2000, *Dissenting Opinion* del Giudice Keith Highet.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4.

Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/04/2, Order, 16 marzo 2006.

Whelden v Chappel, 8 R.I. 230 (1865).

White v Ashton, 51 N. Y. 280, 287, *Horn v Cole*, 51 N.H. 287.

Wilson v Byrd, 79 Ariz. 302, 288 P.2d 1079, 1081 (1955).

World Duty Free Comapny Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, lodo, 4 ottobre 2006.

Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union Myanmar, ASEAN Case No. ARB/01/01, lodo, 31 marzo, 2003.

Zeevi Holdings v Bulgaria and the Privatization Agency of Bulgaria, UNCITRAL Arbitration Case UNC 39/DK, lodo 25 ottobre 2006.

Documenti

Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (Israel-Uzbekistan BIT), del 4 luglio 1994.

Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments signed between the Republic of El Salvador and the Kingdom of Spain del 23 aprile 1996.

Articles on Responsibility of States – Commentary, *supra*, art. 26, para 5.

Australian International Arbitration Act, 1974 § 19.

Belgian Judicial Code, Art. 1704(2)(a) & (3) (a)-(c).

Carta delle Nazioni Unite (UN Charter), aperta alla firma a San Francisco il 26 giugno 1945 (entrata in vigore il 24 ottobre 1945).

Civil Law Convention on Corruption, Council of Europe, ETS No. 174, firmata a Strasburgo il 4 novembre 1999 (entrata in vigore il 1 novembre 2003).

Comunicato stampa della Sixtieth General Assembly, Sixth Committee, 18th Meeting, 01/11/2005, doc. GA/L/3287.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), firmata a Washington il 18 marzo 1965, (entrata in vigore il 14 ottobre 1996)

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, firmata a Washington il 18 marzo 1965, (entrata in vigore il 14 ottobre 1996), art. 42(1), 575 UNTS 159, (ICSID Convention).

Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (1969), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT) artt. 18, 26, 31, 46.

Corte Permanente di Giustizia Internazionale: comitato consultivo dei giuristi, *Procès-verbaux* degli atti del comitato, 16 giugno - 24 luglio 1920, con allegati, p. 306 (*Permanent Court of International Justice: Advisory Committee of Jurists Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee*, June 16th–July 24th 1920).

Council of Europe Civil Law Convention, *supra*.

Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption adottata il 4 novembre 1998 (entrata in vigore il 18 giugno 2002).

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess., U.N. Doc. A/RES/2625 (October 24, 1970).

Diplomatic Protection, 56th sess, (2004) 1 Yearbook of the International Law Commission 4, para. 35 (Brownlie), UN Doc A/CN.4/SER.A/2004.

Diplomatic Protection, *Report of International Law Commission*, 57th Session, UN Doc. A/60/10.

Diplomatic Protection, *Report of the International Law Commission*, 57th sess., 2005, UN Doc A/60/10, 110 (Special Rapporteur on Diplomatic Protection, John Dugard).

Diplomatic Protection: Titles and Texts of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., U.N. Doc. A/CN.4/L.647 (2004).

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected, disponibile su http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Energy Charter Treaty (ECT), Lisbon, firmato il 17 dicembre 1994 (entrato in vigore il 16 aprile 1998).

Energy Charter Treaty, firmato a Lisbona il 17 dicembre 1994, (entrato in vigore il 16 aprile 1998), art. 26(6), disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw8641.pdf>.

Federal Rules of Civil Procedure 1938 e successive modifiche.

Global Corruption Barometer, disponibile su <https://www.transparency.org/gcb201011>.

ICDRI International Arbitration Rules, Art. 20(6), disponibili su https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf

ICJ Rules (n 90) adottate il 14 aprile 1978 (entrate in vigore il 1 luglio 1978) art. 74(2)–(3).

ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, *supra*.

Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford University Press, 2000, disponibile su <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-thekosovoreport.pdf>.

India Arbitration and Conciliation Act 1996 §§ 34(2)(b)(ii), 48(2)(b).

Int'l Law Ass'n Comm. on Int'l Commercial Arbitration, London Conference, 2000, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, disponibile su <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>.

Inter-American Convention Against Corruption adottata il 29 marzo 1996 (entrata in vigore il 3 giugno 1997).

International Bank for Reconstruction and Development, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 marzo 1965, para. 40.

Iran-United States Claims Tribunal Reports (Grotius Cambridge 1983–96) vol. 1–28.

Iran–US Claims Tribunal Rules of Procedure, 1 Ir–USCTR 57, art 24(1).

John Dugard, *Sixth Report of the International Law Commission on Diplomatic Protection*, UN Int'l L. Comm'n, 57th Sess., 2, UN Doc. A/CN.4/546, 11 Aug. 2006, para. 6.

Judicial Branch, Articolo III, cl. 1, sec. 2

Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, para. 64, disponibile su <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/1579.pdf>

Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 30 gennaio 2004, para. 9.3–9.4, disponibile su <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1579.pdf>.

Model Rules of Procedure for Chapter 20 of the NAFTA, disponibile su <http://www.nafta-sec-alena.org> Rule 33.

Netherlands Arbitration Act of 1986, Art. 1068.

New Zealand Arbitration Act of 1996, Art. 36(3).

North American Free Trade Agreement (NAFTA), United States – Canada – Mexico, firmato il 17 dicembre 1992 (entrato in vigore il 1 gennaio 1994).

OECD Convention on Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions adottata il 21 November 1997 (entrata in vigore il 15 febbraio 1999).

OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, firmata il 17 dicembre 1997 (entrata in vigore il 15 febbraio 1999).

Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

Opinion of the Spanish Governments given in 1898 at the request of Italy in respect of a dispute with Peru, Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano, serie politica P., No. 43.

PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, disponibile su <http://www.pca-cpa.org>, art 24(1).

Provisional Summary Record of the 2791st Meeting, UN Int'l Comm'n No. 56th Sess, 11.

Provisional Summary Record of the 2791th Meeting, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., 9-11, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2791 (May 7, 2004).

Provisional Summary Record of the 2792nd Meeting, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., 17-18, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2792 (May 28, 2004).

Provisional Summary Record of the 2793rd Meeting, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., 3-27, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2793 (May 14, 2004).

Provisional Summary Record of the 2793rd Meeting, UN Int'l L. Comm'n 56th Sess, 3.

Provisional Summary Record of the 2819th Meeting, U.N. Int'l L. Comm'n, 56th Sess., 10-13, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2819 (July 27, 2004).

Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session, [2001] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 1, 72, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) (US Annex 191).

Report of United Nations Commission on International Trade Law, 21 June 1985, para. 297, UN Gaor Supp. N. 17, Annex I, UN Doc. A/40/17.

Second Report on State Responsibility, Mr. James Crawford, Special Rapporteur, [1999] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 3, 83, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 1) (US Annex 190).

Sixth Report of the Special Rapporteur, Mr. John R. Dugard (57th Session of the ILC, 2005, A/CN.4/546, para. 7.

Southern African Development Community Protocol Against Corruption, adottata il 14 agosto 2001 (entrata in vigore il 6 luglio 2005).

State Responsibility, 51st sess, (1999) 2 Yearbook of the International Law Commission 85, para. 411-15, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Pt 2).

State Responsibility, 52nd sess., (2000) 1 Yearbook of the International Law Commission 218, para. 17 (Crawford), UN Doc A/CN.4/SER.A/2000.

Statuto della Corte internazionale di giustizia (ICJ Statute), aperto alla firma il 26 giugno 1945, (entrato in vigore il 24 ottobre 1945), art. 59.

The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, adottata il 11 luglio 2003 (entrata in vigore il 5 agosto 2006).

The Treaty on the Functioning of the European Union, firmato a Roma il 25 marzo 1957 (entrato in vigore il 1 gennaio 1958), art. 325.

Treaty of Amity, Commerce and Navigation, firmato il 19 novembre 1794 (GB–US), (entrato in vigore il 28 ottobre 1795) (cd. ‘*Jay Treaty*’).

Treaty on the Mutual Protection and Promotion of Investments between the Federal Republic of Germany and the Argentine Republic del 9 aprile 1991.

U.N. Int’l L. Comm’n, *Introduction*, disponibile su <https://www.un.org/law/iic/introfra.htm>.

U.S. Model BIT, art. 30, disponibile su <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

UN Charter, art 33(1).

UN Compensation Commission Governing Council, *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning the First Instalment of ‘E2’ Claims*, 3 July 1998, UN Doc S/AC.26/1998/7, para 170 (First Instalment of ‘E2’ Claims)

UNCTAD World Investment Report 2018, p. 1, disponibile su https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_overview_en.pdf.

UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note No. 1*, 2015 (UNCTAD/WEB/DIAE/PBC/2015/1), 19 February 2015.

UNGA Res 2625 (XXV) (1970).

United Nation Convention Against Corruption (UNCAC A/58/422) firmata il 31 ottobre 2003, i entrata in vigore il 14 dicembre 2005.

United Nation Convention against Corruption, firmata a New York, il 31 ottobre 2003 (entrata in vigore il 14 dicembre 2005), art. 15-16, G.A. Res. 58/4, U.N. Doc. A/58/422.

United Nation Convention Against Transnational Organized Crime, 29 settembre 2003, Art. 6, 2225, UNTS 209; International Convention for the Suppression of Counterfeiting, 20 aprile 1929, 112 LNTS 395.

United Nations Convention Against Corruption, adottata il 13 ottobre 2003 (entrata in vigore il 14 dicembre 2005).

United Nations Convention against Transnational Organized Crime adottata il 15 novembre 2000 (entrata in vigore il 29 settembre 2003).

United States Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 10(a)(1);

Vienna Convention on the Law of Treaties, fermata il 23 maggio 1969, (entrata in vigore il 27 gennaio 1980), artt. 31, 32, 115 UNTS 331, disponibile su <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>.

RINGRAZIAMENTI

Vorrei fare la finta spaesata e condividere l'*incipit* di tanti, celando una finta modestia e dichiarando che non è facile trovare le parole per ringraziare tutti quelli che hanno condiviso questo percorso con me. La verità è che per me è molto facile ringraziare perché so esattamente da dove e con chi cominciare e quelle che sono le parole giuste da usare.

Nei ringraziamenti, mi perdonerete, sento di poter abbandonare il linguaggio accademico e lasciarmi un po' andare a qualche licenza poetica, trattandosi di esternare il mio sentire che richiede più sostanza che forma.

Trovate qui, anzitutto, una buona dose di autoreferenzialità. Infatti, voglio cominciare da me: mi ringrazio per la donna che sono diventata anche - e direi soprattutto - grazie al percorso di dottorato, che ha letteralmente permeato questi anni di vita e che, credo, sono riuscita a sfruttare al meglio, senza risparmiarmi quanto a esperienze e crescita personale. Ho sempre cercato di scegliere avendo quale obiettivo il 'domani', ragionando su quello che più mi avrebbe formata come persona, prima che come studente e professionista. A volte le mie scelte possono essere sembrate 'esotiche' ma io sapevo che tanto bizzarre, in fondo, non erano perché solo attraverso queste sono riuscita a mettermi alla prova in ambienti e culture lontani, non solo dal punto di vista geografico, imparando a cavarmela da sola.

Giocoforza devo ringraziare il Collegio Docenti che mi ha permesso di intraprendere questo percorso e che ha condiviso le mie scelte negli ultimi tre anni. Tra i Professori devo ringraziare particolarmente il Prof. Milano che mi ha indirizzata nel percorso di studi e il Prof. Tanzi che mi ha 'adottata' al momento del passaggio di consegne e che è stato per me una guida illuminante sicura e generosa, sia dal punto di vista umano che dal punto di vista accademico.

Non posso trascurare l'aiuto dei colleghi, in particolare di GianMaria Farnelli (GianMa) che oltre che un amico è stato un prezioso alleato nella stesura della tesi e che, più in generale, è stato sempre disponibile e presente in tutto il mio percorso. Ringrazio Giulia Vernizzi con la quale ho condiviso molto sin dal mio ingresso in Dottorato (chi potrà mai scordare il 'comò' del IV Stormo o la Moro-Vernizzi&Partners?). Ringrazio i miei colleghi di "Dottorandi + Fabio" (e varianti successive) e di "Nuovo Gruppo élite" che hanno reso questo percorso un po' più leggero e che da colleghi si sono digi-evoluti in amici.

Ringrazio in particolare Stefano Gatti, Fabio Ferrari, Marta Giacomini, Abigail Owusu e Laura Zampieri con i quali posso dire di aver 'convissuto', condividendo la maggior parte delle mie giornate in 2.27 (con riscaldamento e aria condizionata più o meno a palla). Loro

sì che mi hanno sopportata e supportata ('la Abi' in particolare dato che, grazie alla tecnologia, è stata sempre presente anche quando ero all'estero e Fabio, dato lo sforzo che ciò per lui richiedeva).

Ringrazio Chiara Zamboni, Marta Beghini, Martina D'Onofrio, Isabella Zambotto, Martina Vivirito Pellegrino, Sara Scola, Sondra Faccio, Eleonora Branca e Isabella Pierangeli Borletti che sono state compagne di viaggio preziose. Jacopo, non mi sono dimenticata di te. So che senti di meritarti la prima fila ma ti ho lasciato come *dulcis in fundo* perché sei speciale (e grazie a Sara che ti supporta, santa donna).

Grazie a Chiara Vidotto che è tra le amiche più sincere e profonde che ho e che si merita un posto d'onore alla parola 'amicizia'.

Grazie a tutti quelli che hanno condiviso con me questi anni, per periodi più o meno lunghi e grazie in particolare a Roberta D'Auria, Frenki Fana che hanno reso i miei soggiorni all'estero, rispettivamente a New York e Dubai, esperienze indimenticabili e che sono rimaste, al ritorno, care amiche. Grazie però anche a quelli che mi hanno più o meno spezzato il cuore. Anche questo è servito.

Grazie anche ai colleghi del Team Italiano di VF che sono diventati una seconda famiglia a Sofia.

La mia famiglia non l'ho certo dimenticata...l'ho tenuta alla fine perché è la base di tutto. Grazie alla mia mamma che con il suo amore immenso mi ha sempre supportata nelle mie decisioni e che mi ha dato gli strumenti per crescere come una donna che sa cos'è l'amore perché sa cosa vuol dire essere amata. Grazie al mio papà che mi sostiene sempre e sul quale so di poter contare e che rimane (per ora ma speriamo non per sempre, ride *ndr*) l'unico uomo della mia vita. Grazie alla zia Iris che è una donna forte e che sa scavare in profondità, anche quando per me è difficile. Grazie alla zia Mariuccia che è sempre in prima linea per me e la cui curiosità è da sempre contagiosa. Grazie alla nonna Mercedes che occupa un posto speciale nel mio cuore e che mi ama come solo una nonna sa fare. Grazie allo zio Franco che sa cosa vuol dire prendersi cura delle persone ed è questo il suo insegnamento più importante. Grazie alla zia Maria e Allen che, se anche il tempo per vedersi è poco, sono sempre stati di sostegno.

Elisa