



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI: DIRITTO ED ECONOMIA DELL'IMPRESA

DISCIPLINE INTERNE ED INTERNAZIONALI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE

CICLO XXVIII

LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE

PER GLI ATTI POSTI IN ESSERE DALLE IMPRESE DI STATO

S.S.D. IUS/13

Coordinatore

Chiarissimo Prof. Lorenzo Picotti

Ph.D. Student in International Law

Marco Comencini

Tutor

Matricola n. VR376422

Chiarissimo Prof. Enrico Milano

INDICE

LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE PER GLI ATTI POSTI IN ESSERE DALLE IMPRESE DI STATO

Capitolo 1

INQUADRAMENTO TEORICO E NORME APPLICABILI ALLE *SOES* IN QUALITÀ DI INVESTITORE INTERNAZIONALE NEL *HOST STATE*

Introduzione	pag. VIII
1.1 Inquadramento teorico	pag. 1
a) Questioni preliminari	pag. 5
b) Le fonti normative	pag. 6
c) La responsabilità internazionale dello Stato	pag. 7
1.2 La definizione di investimento internazionale ed il ruolo dei trattati internazionali nel quadro normativo di riferimento dei rapporti tra <i>SOEs</i> e <i>host State</i>	pag. 9

1.2.1 La definizione di investimento internazionale	pag. 9
1.2.2 I trattati internazionali	pag. 16
1.3 Il rapporto tra <i>SOEs</i> e gli <i>standards</i> di protezione internazionale: un nuovo <i>trend</i> nella tutela degli investimenti internazionali?	pag. 22
1.3.1 Le imprese multinazionali	pag. 25
1.3.2 Gli obblighi internazionali che ricadono in capo alle multinazionali per le attività poste in essere nel <i>host State</i>	pag. 28
a) <i>the obligation not to interfere in domestic affairs</i>	pag. 30
b) <i>obligations relating to human rights</i>	pag. 33
c) <i>liability for violations of environmental norms</i>	pag. 35
d) <i>the obligation to promote economic development</i>	pag. 37
1.3.3 La <i>Corporate Social Responsibility (CRS)</i> e la <i>Corporate Accountability</i> delle imprese multinazionali nel diritto internazionale	pag. 39
a) la <i>Corporate Social Responsibility (CSR)</i>	pag. 40
b) la <i>Corporate Accountability</i>	pag. 44

1.3.4 Le *State-owned Enterprises* tra *Corporate Social Responsibility* (CSR) e *Corporate Accountability* pag. 48

1.3.5 I *Sovereign Wealth Funds* pag. 53

Capitolo 2

LA GIURISDIZIONE DEI TRIBUNALI ARBITRALI INTERNAZIONALI PER GLI ATTI POSTI IN ESSERE DALLE *SOES* NEL *HOST STATE*

E LA RESPONSABILITÀ DEL *HOME STATE*

2.1 Gli obblighi di controllo che ricadono in capo agli Stati di nazionalità delle imprese multinazionali per le attività condotte negli *host State*

pag. 56

2.2 La giurisdizione di Tribunali arbitrali internazionali in merito agli atti posti in essere dalle imprese di Stato

pag. 60

2.2.1 Osservazioni introduttive pag. 60

2.2.2 Il criterio *ratione materiae* pag. 60

2.2.3 Il criterio *ratione personae* pag. 69

a) La determinazione della nazionalità dell'investitore internazionale	pag. 69
b) La natura privatistica dell'investitore internazionale	pag. 69
2.2.4 L'art. 25 della Convenzione ICSID	pag. 72
a) <i>The "formalistic" approach</i>	pag. 74
b) <i>The "prima facie" approach</i>	pag. 76
c) Genesi e sviluppo del "Broches Test"	pag. 78
d) Il rapporto tra l'art. 25 della Convenzione ICSID e la definizione di investitore internazionale fornita dai BITS	pag. 89
e) I limiti del "Broches Test"	pag. 92
f) Il superamento della distinzione " <i>acta iure imperii v. acta iure gestionis</i> "	pag. 97
g) Il superamento del "Broches Test": il test strutturale e funzionale	pag. 101
2.3 Le SOEs e l'immunità dalla giurisdizione	pag. 103
2.3.1 Cenni introduttivi in materia di immunità	pag. 103
2.3.2 L'immunità giurisdizionale delle SOEs	pag. 105
a) <i>The "structuralist" approach</i>	pag. 107
b) <i>The "functionalist" approach</i>	pag. 108

2.3.2 L'immunità giurisdizionale delle SOEs nell'arbitrato del Tribunale

ICSID

pag. 110

Capitolo 3

**LA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DELLO STATO
PER LA VIOLAZIONE DI UN CONTRATTO COMMESSA
DA UNA STATE-OWNED ENTITY AD ESSO RICONDUCIBILE
AI SENSI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE**

**3.1 L'attribuibilità della condotta degli atti posti in essere dalle State-owned
Enterprises in capo al home State di appartenenza** pag. 112

**a) La duplice rilevanza dell'attribuibilità della condotta: l'accertamento
giurisdizionale e quello di merito** pag. 114

**b) Il parametro giuridico previsto agli artt. 4, 5 e 8 degli *ILC Articles on
Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts* nelle controversie
tra investiture internazionale e *host State*** pag. 115

**3.2 La violazione del diritto internazionale come conseguenza del “breach of
a contract”** pag. 124

3.2.1 La distinzione tra *contract claim* e *treaty claim* pag. 128

3.2.2 L'influenza delle <i>umbrella clauses</i> sulla distinzione tra <i>contract claim</i> e <i>treaty claim</i>	pag. 136
--	-----------------

Capitolo 4

ESITO DELL'INDAGINE

4.1 Osservazioni sui punti critici e conclusioni finali	pag. 142
--	-----------------

4.1.1 Primo capitolo	pag. 142
-----------------------------	-----------------

4.1.2 Secondo capitolo	pag. 145
-------------------------------	-----------------

4.1.3 Terzo capitolo	pag. 152
-----------------------------	-----------------

BIBLIOGRAFIA	pag. 156
---------------------	-----------------

Introduzione

L'oggetto del presente studio si focalizza sulla figura delle *State-owned Enterprises* (controllate totalmente o in quote rilevanti dallo Stato di appartenenza) su due distinti versanti.

Da un lato, si è analizzata l'attività che queste imprese svolgono in qualità di investitore internazionale in Paesi terzi rispetto a quello cui sono riconducibili (proiezione esterna); dall'altro lato, si è studiato il rapporto che intercorre con l'investitore internazionale all'interno del territorio nazionale (proiezione interna).

Per quanto concerne la proiezione esterna delle imprese di Stato, l'attenzione si è particolarmente rivolta al duplice rapporto che intercorre, da un lato, con lo Stato cui fanno riferimento (*home State*); dall'altro, con lo Stato in cui pongono in essere l'investimento internazionale (*host State*).

Si è immediatamente osservato come tali soggetti non siano ad oggi contemplati da alcuna normativa vincolante sul piano internazionale, potendosi rintracciare unicamente strumenti di *soft law* che le menzionino espressamente. È stata quindi analizzata la natura di tali soggetti, riconducibili alla categoria delle imprese multinazionali, analizzandone i punti di contatti nonché le diversità.

Per quanto riguarda la proiezione interna, l'attenzione è stata posta sulla giustiziabilità degli atti posti in essere dalle imprese di Stato, sia per quanto riguarda la giurisdizione dei tribunali arbitrali internazionali, sia per quanto concerne l'attribuzione degli atti posti in essere da quest'ultime al *home State*.

Per ciò che concerne la determinazione della giurisdizione dei tribunali arbitrali internazionali, l'ipotesi di studio accolta dalla presente ricerca è di sfavore nei confronti della classica distinzione proposta per risolvere la tematica della giustiziabilità degli atti posti in essere da un'impresa di Stato, ovvero quella fondata sulla distinzione tra gli atti *jure imperii* e quelli *jure gestionis*. Al contrario, si vorrebbe accogliere la distinzione che si basa sui cc.dd. *tests* strutturale e funzionale, in quanto tale approccio risulterebbe più idoneo per identificare differenti livelli di responsabilità *latu sensu* intesa (*accountability*) dello Stato ai sensi del diritto internazionale.

Per quanto riguarda l'attribuibilità degli atti posti in essere dall'impresa di Stato al soggetto pubblico cui fanno riferimento, verranno esaminate le modalità con cui gli artt. 4, 5 e 8 del Progetto sono applicati dai tribunali arbitrali internazionali al campo degli investimenti internazionali, terreno ben diverso rispetto a quello tipico della loro applicazione.

L'intento primario sarà quello di esaminare la possibilità che tale attribuzione possa condurre a una forma di responsabilità internazionale del *home State*, nel caso in cui si ravvisi che la violazione del contratto alla base del rapporto tra impresa e *SOE* (riconducibile ed attribuibile allo Stato che ospita l'investimento) violi al contempo anche una norma di diritto internazionale (il BIT di riferimento tra i due Stati parte).

Capitolo 1

Inquadramento teorico e norme applicabili alle *SOEs* in qualità di investitore internazionale nel *host State*

Sommario: 1.1 Inquadramento teorico. 1.2 La definizione di investimento internazionale ed il ruolo dei trattati internazionali nel quadro normativo di riferimento dei rapporti tra SOEs e host State. 1.3 Il rapporto tra SOEs e gli standards di protezione internazionale: un nuovo trend nella tutela degli investimenti internazionali?

1.1 Inquadramento teorico.

Dal secondo dopoguerra del secolo scorso si è potuto assistere ad un considerevole incremento di operazioni di vendita e di dismissione di Imprese partecipate dallo Stato (*State-owned Enterprises*, da qui in avanti: *SOEs*¹) da parte della quasi totalità dei governi dei Paesi più sviluppati, effettuate nella maggioranza dei casi a condizioni di mercato.

Nello specifico, gli Stati appartenenti all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE)², “*the so-called rich country club*”³, hanno

¹ Con tale termine si fa riferimento a persone giuridiche, che sovente assumono la forma societaria, attraverso le quali lo Stato conduce attività aventi rilevanza economica, nel proprio interesse e con lo scopo di perseguire obiettivi di tipo strategico per l'apparato statale, operanti perlopiù in settori quali il *welfare*, i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia e la difesa.

² L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) [*Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*; *Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)*] è un'organizzazione internazionale di studi economici per i Paesi membri. Tale organizzazione racchiude i principali Paesi sviluppati, accumulati da un'avanzata economia di mercato. L'organizzazione svolge prevalentemente un ruolo di assemblea consultiva che consente un'occasione di confronto delle esperienze politiche, per la risoluzione dei

disinvestito un ingente quantitativo di partecipazioni, liberando risorse allocate in precedenza in queste società. Tale *trend* si è interrotto con l'esplosione della crisi finanziaria globale iniziata nel 2008, i cui effetti sono da considerare come un *turning point* anche per la materia trattata nel presente elaborato⁴.

La prima ondata di privatizzazioni - iniziata a partire dalla metà degli anni ottanta del secolo scorso e culminata a metà della prima decade del nuovo millennio - ha visto gli Stati Europei come principali attori di questo fenomeno. In tal senso, l'esperienza del Regno Unito, sotto la guida della *premier* Margaret Thatcher, può essere considerata come il paradigma nonché il più fulgido esempio di tale nuovo orientamento politico, che si è presto diffuso tra tutte le cancellerie del Continente. Tale *policy* ha coinvolto, a partire dal 1991, anche gli Stati c.d. ex-sovietici, che hanno raggiunto l'indipendenza economica proprio durante quegli anni tumultuosi, in seguito ed in ragione della caduta del Muro di Berlino⁵.

Questo processo di snellimento di numerose propaggini economico-societarie dello Stato ha subito un brusco rallentamento proprio in coincidenza con la suddetta crisi finanziaria: la perdita di valore nominale delle partecipazioni di queste Società sui mercati azionari di riferimento ha suggerito una politica più conservativa e meno aggressiva da parte dei governi centrali, che non avrebbero potuto ottenere un congruo controvalore in caso di ulteriori dismissioni di questo tipo.

Al contrario, si è assistito a numerosi interventi da parte delle amministrazioni pubbliche nella direzione esattamente opposta, essendosi resi necessari ed ineludibili numerosi e spesso drammatici "salvataggi" di tali entità (c.d. *bailouts*⁶). Tali interventi hanno coinvolto in numerosi casi anche aziende

problemi comuni, l'identificazione di pratiche commerciali e il coordinamento delle politiche locali e internazionali dei Paesi membri (vedi <http://www.oecd.org>).

³ *The Economist*, January 11th - 17th 2014, p. 17.

⁴ La crisi finanziaria in oggetto, scoppiata negli Stati Uniti nel 2007 a causa dei mutui c.d. *sub-prime*, ha dapprima provocato considerevoli sofferenze nel sistema bancario e creditizio statunitense, culminate con il fallimento della banca d'affari Lehman Brothers, per poi propagarsi e contagiare il sistema finanziario e reale globale, incluso quello Europeo.

⁵ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

⁶ F. Giavazzi e A. Amighini, Blanchard, "La crisi 2007-2010", Macroeconomia, Il Mulino, 2009, p. 7.

tradizionalmente considerate come private, considerate tuttavia strategiche per il ruolo che rivestivano nel sistema Paese (c.d. *too big to fail*⁷).

La fase di arresto che si è registrata nel campo delle privatizzazioni, proprio a partire dalla crisi finanziaria del 2008, ha coinvolto la totalità degli Stati parte dell'OCSE, impegnati nello stabilizzare in primo luogo il sistema del credito, attraverso l'immissione di ingenti quantitativi di denaro pubblico, principalmente indirizzato al rifinanziamento degli istituti di credito, gravemente pregiudicati nella loro operatività. Nonostante sia controverso parlare di vere e proprie nazionalizzazioni, si è tuttavia assistito ad un impegno imponente da parte dello Stato in numerose società, attraverso l'acquisto di partecipazioni azionarie, principalmente di corporate equity. Tale fenomeno ha assunto proporzioni così significative che, a partire dall'anno 2008 fino all'anno 2015, quegli stessi governi - che avevano realizzato numerose dismissioni in campo di partecipate pubbliche nei vent'anni precedenti - hanno successivamente acquisito capitali cinque volte superiori a quelli venduti nel periodo precedentemente interessato⁸.

Nel presente quadro appena delineato, gli *assets* rappresentati dalle *SOEs* rappresentano ora *the forgotten side of the balance-sheet*⁹ in molte economie avanzate. Oggigiorno, i principali governi dei Paesi OCSE controllano vaste quantità di partecipazioni in numerose società, spesso soggette a gestioni in perdita, in quanto prive degli adeguati *standards* di efficienza e efficacia di cui dovrebbero essere dotate¹⁰.

Il presente quadro risulta ancor più chiaro se si osservano i dati pubblicati dall'OCSE nei propri studi, consultabili sull'apposita sezione del portale *online*¹¹, che raccolgono le statistiche dei 34 Paesi membri: si contano oltre duemila società partecipate - totalmente o a maggioranza da parte dello Stato (*fully or majority-owned SOEs*) - capaci di occupare quasi sei milioni di lavoratori. Il loro valore è

⁷ D. Detter, managing partner of Whetston Solutions, an adviser to governments on asset restructuring, in "The Economist, January 11th-17th 2014", p. 18.

⁸ D. Detter, managing partner of Whetston Solutions, an adviser to governments on asset restructuring, in "The Economist, January 11th-17th 2014", p. 18.

⁹ D. Detter, managing partner of Whetston Solutions, an adviser to governments on asset restructuring, in "The Economist, January 11th-17th 2014", p. 18.

¹⁰ "Corporate Governance of State-Owned Enterprises, Change and reform in OECD Countries since 2005", OECD (2011), OECD publishing: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264119529-en>.

¹¹ Documenti reperibili presso il portale web dell'Organizzazione <http://www.oecd-ilibrary.org/statistics;jsessionid=1h2tjm06edo4u.x-oecd-live-03>.

stimato in oltre 2,2 trilioni di *US Dollars* (\$), paragonabili approssimativamente al valore dell'industria degli *hedge-funds*¹².

Inoltre, molti Stati detengono partecipazioni di minoranza in numerose altre Società quotate in borsa, principalmente nel campo delle telecomunicazioni, dell'energia e dei trasporti, nonché dei sistemi di rete. Le società in cui la partecipazione raggiunge livelli compresi tra il 10% e il 49% hanno controvalore di circa 890 miliardi di *US Dollars* (\$), occupando circa 2,9 milioni di persone¹³.

Questi dati sono lontani dall'essere precisi ed accurati, in quanto la loro stessa puntualità dipende in primo luogo da ciò che gli Stati stessi dichiarano nei loro *reports* all'Organizzazione. Tuttavia, tale stima può essere considerata verosimile per difetto, in quanto non include tutte le partecipazioni detenute da entità di livello sub-nazionale all'interno degli Stati, come ad esempio le società di gestione dell'acqua pubblica distribuite sul territorio. Qualora si includessero anche tali enti, il valore complessivo raggiungerebbe la cifra di 4 trilioni di *US Dollars* (\$), come dichiarato da Hans Christiansen, economista dell'OCSE¹⁴.

Come chiaramente rappresentato dalla magnitudine di dati citati, il fenomeno delle *SOEs* ha un ruolo centrale nella vita economica sia di tutti i c.d. Paesi sviluppati, sia della maggior parte di quelli in via di sviluppo. Infatti, le *SOEs* rappresentano uno dei principali strumenti utilizzati dai Paesi sviluppati per commerciare e sviluppare business in quelli in via di sviluppo¹⁵.

Per questa ragione, assume un significato di portata fondamentale stabilire se, e sotto quali condizioni, queste possano essere considerate come internazionalmente responsabili per gli atti posti in essere negli Stati che ospitano le loro attività (c.d. *host State*)¹⁶.

L'oggetto del presente studio si focalizza per l'appunto sulla figura delle *SOEs* (controllate totalmente o in quote rilevanti dallo Stato) in qualità di investitore

¹² Dati aggiornati al 30 novembre 2017, consultabili sul sito www.borsaitaliana.it.

¹³ Dato aggiornato all'anno 2015, si veda http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-business-and-finance-outlook-2017/total-employment-and-sectorial-distribution-of-soes_9789264274891-graph39-en.

¹⁴ Documenti reperibili presso il portale web dell'Organizzazione <http://www.oecd.org/daf/ca/accountabilityandtransparencyguideforstateownership.htm>.

¹⁵ Documenti reperibili presso il portale web dell'Organizzazione <http://www.oecd.org/corporate/state-owned-enterprises-in-the-development-process-9789264229617-en.htm>.

¹⁶ Si veda *infra*, cap. 3 par. 1.

internazionale, con particolare attenzione al duplice rapporto che intercorre, da un lato, con lo Stato cui fanno riferimento (*home State*); dall'altro, con lo Stato in cui pongono in essere l'investimento internazionale (*host State*).

Tale rapporto verrà esaminato dapprima osservando la natura di tali soggetti, riconducibili alla categoria delle imprese multinazionali. Nel prosieguo della presente trattazione, l'attenzione verrà posta sulla giustiziabilità degli atti posti in essere dalle imprese di Stato, sia per quanto riguarda la giurisdizione dei tribunali arbitrali internazionali, sia per quanto concerne l'attribuzione degli atti posti in essere da quest'ultime al *home State* di appartenenza.

L'intento primario sarà quello di esaminare la possibilità che tale attribuzione possa condurre a una forma di responsabilità internazionale del *home State*, nel caso in cui si ravvisi che la violazione del contratto alla base del rapporto tra l'impresa e la *SOE* (riconducibile ed attribuibile allo Stato che ospita l'investimento) violi al contempo anche una norma di diritto internazionale (il BIT di riferimento tra i due Stati parte).

Questa tematica si inserisce nel più ampio *framework* del sistema di protezione internazionale degli investimenti esteri e nei metodi di risoluzione delle controversie aventi ad oggetto entità statali.

a) *Questioni preliminari*

Al fine di esaminare compiutamente la tematica oggetto del presente studio, si dovranno inizialmente considerare alcune questioni preliminari, con lo scopo di definire puntualmente il campo d'indagine. Nello specifico, si dovrà osservare come manchi una definizione condivisa della locuzione "investimenti internazionali". Infatti, non esiste nel diritto internazionale uno strumento di riferimento che accolga una descrizione puntuale e univoca di tale locuzione, in grado di rappresentare sufficientemente in dettaglio tutte le forme che gli investimenti internazionali siano in grado di assumere oggi¹⁷.

¹⁷ R. Dolzer and C. Schreuer, "*Principles of International Investment Law*", Oxford University Press (OUP), 2012, pp. 60 ss.

Pertanto, solitamente, tutti gli strumenti internazionali che trattino di tale questione adottano un concetto sufficientemente ampio da includere sia beni che servizi, introdotti nel territorio del *home State* da parte dell'investitore, sia esso persona fisica o giuridica.

In particolare, si può osservare come si possano rintracciare delle figure tipiche richiamate in ogni strumento internazionale, di cui un investimento deve dotarsi per rientrare in suddetta categoria. Tra queste, si possono certamente citare la significativa durata nel tempo dell'attività posta in essere; un sostanziale coinvolgimento dell'investitore nel *business* posto in essere dallo stesso; l'aspettativa di un profitto durevole; un apprezzabile rischio economico assunto da parte dell'investitore; infine, un adeguato profitto di cui possa godere anche lo Stato che ospita l'investimento¹⁸.

b) Le fonti normative

In secondo luogo, si offrirà una panoramica delle fonti normative che si occupano di regolare questi specifici obblighi internazionali, proprie del campo degli investimenti internazionali.

La consuetudine internazionale ha assunto un ruolo vieppiù centrale e fondamentale nell'odierna configurazione del diritto internazionale degli investimenti. Tale fonte, infatti, non dispiega più i propri effetti nel solo campo della disciplina dell'espropriazione e degli standards di trattamento garantiti agli investimenti. La domanda cui si cercherà di dare risposta è se sia possibile rintracciare un nuovo *trend* in questo campo, in grado di configurare forme di responsabilità internazionale dello Stato in caso di mancato ottemperamento degli obblighi che nascono dagli investimenti internazionali¹⁹.

Inoltre, si considereranno anche gli strumenti di diritto internazionale pattizio, fonte principale e più importante qualitativamente e quantitativamente nella normazione di tale area²⁰.

¹⁸ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

¹⁹ R. Dolzer and C. Schreuer, "*Principles of International Investment Law*", Oxford University Press (OUP), 2012, pp. 195 ss.

²⁰ Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

Infine, particolare attenzione verrà posta anche nei confronti della pratica arbitrale dei principali fori di risoluzione delle controversie internazionali in tema di investimenti²¹, al fine di dare piena risposta alla questione circa l'esistenza di una forma responsabilità internazionale per lo Stato per atti posti essere dalle proprie partecipate nel territorio di un altro Stato, facendo specifico riferimento ai casi di dispute internazionali sorte tra il *Contracting State* e l'investitore privato partecipato.

In materia di risoluzione di siffatte controversie, le parti godono di una considerevole libertà di scelta sia per ciò che concerne le modalità con cui possono essere risolte, sia per quanto riguarda la legge applicabile al caso²². Tale scelta concerne prioritariamente gli strumenti normativi utilizzabili e applicabili al caso, in grado di condurre le parti stesse ad una composizione della controversia tanto in via stragiudiziale, quanto ricorrendo a fori di tipo giudiziale (siano essi vere e proprie Corti precostituite o arbitri nominati *ad hoc*). Lo strumento di riferimento che consente di esplicitare tale libertà è costituito proprio dai BITs (*Bilateral Investment Treaties*), stipulati tra lo Stato ospitante l'investimento e lo Stato di riferimento dell'investitore straniero.

c) La responsabilità internazionale dello Stato

In materia di responsabilità internazionale dello Stato, la più autorevole codificazione del diritto internazionale consuetudinario in materia di responsabilità internazionale dello Stato è senza dubbio alcuno quella effettuata dalla Commissione di Diritto internazionale (*International Law Commission*) del 2001²³. La Commissione ha licenziato un testo frutto di una paziente quanto complessa attività, in ragione della particolare delicatezza e sensibilità del tema in esame. In qualità di organo tecnico, si è dovuta confrontare con numerose

²¹ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

²² O. Spiermann, "Applicable Law", in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press, 2008, pag. 96; S. Montt, "State Liability in Investment Treaty Arbitration, *Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*", Hart Publishing - Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 93.

²³ *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of International Law Commission, 2001, Vol. II (Part 2) and Corrigendum.

ingerenze e prese di posizione da parte degli Stati, in larga parte contrari al raggiungimento di un testo vincolante in materia di responsabilità internazionale degli Stati. Il frutto di tale encomiabile lavoro è stato il testo denominato “Progetto di articoli sulla Responsabilità internazionale degli Stati” (da qui in avanti: Progetto o *ILC Articles*), che non ha mai assunto la forma di trattato internazionale.

Nello specifico, per quanto concerne l’oggetto della presente trattazione, l’attenzione si incentrerà principalmente sugli artt. 4, 5 e 8 del Progetto²⁴. Tale studio rivestirà un’importanza centrale per consentire una piena ed esauriente trattazione dell’oggetto della presente ricerca, ovverosia nell’indagine circa l’attribuibilità allo Stato degli atti posti in essere da entità da questi controllate o partecipate. Qualora tale *link* trovi sostanza e sia provato, si dovrà verificare se sorga o meno responsabilità internazionale per lo Stato medesimo.

Si tratta di due momenti ontologicamente distinti, in quanto l’attribuibilità allo Stato di un atto non è *per se* in grado di configurare anche l’insorgere di responsabilità (*attributability v. responsibility*)²⁵.

Assumendo che risulti integrata la prima ipotesi - ovverosia quella l’attribuibilità - la circostanza che tale atto costituisca al contempo anche un illecito internazionale dipende principalmente dal tipo di obbligo violato, la fonte di legge da cui promana - pattizia piuttosto che consuetudinaria - e a che titolo tale condotta venga imputata: se per responsabilità oggettiva, negligenza o dolo²⁶.

Verrà dunque esaminato il caso del tutto peculiare di un ente partecipato e/o controllato dallo Stato (i.e. *State-owned Enterprise; home State*), che agisca in qualità di investitore straniero nel territorio di un altro Stato (i.e. *host State*)²⁷.

Per ciò che concerne la determinazione della giurisdizione dei tribunali arbitrali internazionali, l’ipotesi di studio accolta dalla presente ricerca è di

²⁴ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2; cap. 3. par. 1.

²⁵ K. Hobèr, “*State Responsibility and Attribution*”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press (OUP), 2008, p. 549.

²⁶ Si veda *infra*, cap. 3 par. 1.

²⁷ Un caso del tutto peculiare è quello rappresentato dai c.d. Fondi Sovrani (Sovereign Investment Funds, SWF), sulla cui natura si è lungamente discusso in dottrina, unitamente alla circostanza se siano da considerare come investitori privati o meno, nonché se rispondano alla normativa di tipo privatistico o pubblicistico quanto alla loro costituzione. Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

sfavore nei confronti della classica distinzione proposta per risolvere la tematica a della giustiziabilità degli atti posti in essere da un'impresa di Stato, ovverosia quella fondata sulla distinzione tra gli atti *jure imperii* e quelli *jure gestionis*. Al contrario, si vorrebbe accogliere la distinzione che si basa sui cc.dd. *tests* strutturale e funzionale, in quanto tale approccio risulterebbe più idoneo per identificare differenti livelli di responsabilità *latu sensu* intesa (*accountability*) dello Stato ai sensi del diritto internazionale²⁸.

Per quanto riguarda l'attribuibilità degli atti posti in essere dall'impresa di Stato al soggetto pubblico cui fanno riferimento, verranno esaminate le modalità con cui gli artt. 4, 5 e 8 del Progetto sono applicati dai tribunali arbitrali internazionali al campo degli investimenti internazionali, terreno ben diverso rispetto a quello tipico della loro applicazione.

1.2 La definizione di investimento internazionale ed il ruolo dei trattati internazionali nel quadro normativo di riferimento dei rapporti tra *SOEs* e *host State*.

1.2.1 La definizione di investimento internazionale.

Il punto di partenza per affrontare un'esaustiva discussione sulle fonti del diritto internazionale applicabili al caso di specie parte necessariamente dal concetto di investimento internazionale e dalla sua definizione. Il significato letterale del termine investimento “as it most basic level, is the commitment of resources by a physical or legal person to a specific purpose on order to earn a profit or to gain a return”²⁹.

Come si evince dalla definizione proposta, tale termine si presta ad una pluralità di possibili manifestazioni concrete che tali investimenti possono

²⁸ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

²⁹ J. W. Salacuse, “*The Law of Investment Treaties*”, Oxford University Press (OUP), 2015, p. 18. Si veda inoltre R. Dolzer and C. Schreuer, “*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press (OUP), 2012, pp. 60 ss.

assumere, potendo variare sensibilmente anche a seconda dell'area di studio considerata. Inoltre, occorre segnalare come nella ricerca di una nozione giuridica più condivisa possibile, definizioni elaborate da altre aree dello scibile umano abbiano anch'esse contribuito ed influenzato tale operazione. Sicuramente il campo economico è annoverabile tra queste e, a titolo di esempio, può essere utile ricordare la definizione di investimento diretto estero proposta dal Fondo Monetario Internazionale (IMF):

“Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy, where the resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise. The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transaction between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated”³⁰.

Nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti, la tutela garantita all'investitore straniero trae le proprie origini dall'istituto del trattamento degli

³⁰ *Balance of payments manual*, Fifth edition, p. 86, visionabile alla pagina <http://www.imf.org/external/np/sta/di/index.htm>. La definizione citata ha poi trovato conferma anche nella definizione di investimento internazionale proposta dall'OCSE: *“Direct investment is a category of cross-border investment made by a resident in one economy (the direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise (the direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The motivation of the direct investor is a strategic long-term relationship with the direct investment enterprise to ensure a significant degree of influence by the direct investor in the management of the direct investment enterprise”* in *Draft OECD Benchmark Definition of Foreign Investment*, 4th Edition, 28 February 2008, p. 10, visionabile alla pagina <http://www.oecd.org/dataoecd/26/50/40193734.pdf>.

stranieri, ed in particolar modo dalla “responsabilità degli Stati per i danni causati agli stranieri”³¹, che in questo caso assumono le vesti dell’investitore.

Le attuali forme giuridiche che permettono all’investitore di trovare tutela in caso di violazioni di obblighi internazionali pattizi (i.e. derivanti da accordi internazionali in materia di investimenti) sono il frutto dell’evoluzione delle norme di diritto internazionale generale e pattizio relative al trattamento degli stranieri, ed in particolar modo alla protezione della sfera economica delle posizioni soggettive della persona di diversa nazionalità, prima fra tutte di quella relativa alla proprietà privata.

Pertanto, l’interprete dovrà in primo luogo rivolgere la propria attenzione nei confronti delle definizioni utilizzate all’interno degli accordi internazionali e dei trattati internazionali siglati tra Stati in materia di investimenti. Solitamente, questi strumenti accolgono una definizione alquanto ampia di investimento, tale da ricomprendere al suo interno *the transfer of any kind of asset*³². Tale “asset” poi può assumere le forme “tangible or intangible, from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the asset”³³.

Non vi è dubbio che il trasferimento di proprietà fisica da parte dell’investitore all’interno del *host State* costituisca un chiaro esempio di investimento estero; tuttavia, non è altrettanto pacifica l’inclusione in tale categoria di altre tipologie di investimenti, in ragione della significativa diversità di forme che al giorno d’oggi questi possono assumere, spesso limitate unicamente dalla creatività e dall’inventiva dell’investitore stesso³⁴.

³¹ R. B. Lillich, “*International law of State responsibility for injuries to aliens*”, 1983; F. S. Dunn, “*The protection of nationals: a study in the application of international law*”, Baltimore 1932; A. V. Freeman, “*The international responsibility of State for denial of Justice*”, 1938; C. F. Amerasinghe, “*State responsibility for injuries to aliens*”, 1967, Oxford; Roy S. N. Guha, “*Is the law of responsibility of State for injuries to aliens a part of universal international law?*”, in *American Journal of international Law (AJIL)*, 1961, p. 863 s.s.

³² Art. I.3 dell’Accordo per la promozione e la protezione degli investimenti, Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico (ASEAN), 1987.

³³ M. Sornaraja, “*The International Law on Foreign Investment*”, Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012, p. 12.

³⁴ E. C. Schlemmer, “*Investment, Investor, Nationality and Shareholders*”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press, 2008, p. 49 s.s.

Proprio per questo motivo la maggior parte degli strumenti internazionali dedicati non contengono al loro interno una lista esaustiva di cosa si debba considerare come investimento internazionale, né una dettagliata e puntuale definizione, capace di fugare efficacemente ogni tipo di dubbio interpretativo che possa sorgere. Tuttavia, è possibile rintracciare alcuni elementi che accumulano tutte le varie forme che possono assumere gli investimenti internazionali, tra cui uno dei più significativi è l'interesse durevole dell'investitore, che implica a sua volta la partecipazione effettiva alla gestione di un'impresa nel territorio di uno Stato ospite.

A livello giurisprudenziale, uno dei fori più prestigiosi ed autorevoli in materia di risoluzione di dispute nel campo degli investimenti internazionali è certamente *The International Centre for the Settlement of International Disputes*³⁵ (da qui in avanti: ICSID). Si tratta di un foro arbitrale, con sede a Washington, previsto da un trattato internazionale, *The Washington Convention*, che conta 153 Paesi membri. L'ICSID ha avuto modo di pronunciarsi in numerose occasioni sul punto, in particolar modo alla luce del dettato dell'art. 25 della Convenzione³⁶.

³⁵ *The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is an international arbitration institution established in 1965 for legal dispute resolution and conciliation between international investors. The ICSID is part of and funded by the World Bank Group, headquartered in Washington D.C., in the United State. It is an autonomous, multilateral specialized institution to encourage international flow of investment and mitigate non-commercial risks by a treaty drafted by the International Bank for Reconstruction and Development executive directors and signed by member countries. As of May 2016, there were 153 contracting member states agree to enforce and uphold arbitral awards in accordance with the ICSID Convention. The Centre performs advisory activities and maintains several publications. Visionabile alla pagina <https://icsid.worldbank.org/en/>.*

³⁶ Article 25, "Jurisdiction of the Centre: (1) 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. (2) "National of another Contracting State" means: 1. (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and 1. (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. 2. (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre

I Tribunali ICSID si sono dovuto confrontare in numerose occasioni con l'eccezione di incompetenza sollevata in relazione all'ambito *ratione materiae* della Convenzione, dal momento che nell'art. 25 manca qualsiasi definizione di investimento. L'unica indicazione in proposito è quella offerta dal primo paragrafo dell'articolo in esame: “[t]he 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”.

Durante i lavori preparatori vi sono stati diversi tentativi volti a formulare una definizione la più oggettiva possibile di investimento internazionale. Tuttavia, è prevalsa la considerazione di ritenere più opportuno non includere alcuna definizione nel testo, anche alla luce dei contrasti che si sono registrati tra i partecipanti alla negoziazione del testo del trattato³⁷, nonostante vi fosse stato nel primo *Draft* del testo un tentativo di giungere ad una formulazione condivisa³⁸.

Pertanto, tali Tribunali hanno dovuto elaborare per via giurisprudenziale dei criteri per dirimere preliminarmente la questione della propria competenza a conoscere della disputa sottopostagli. L'approccio adottato è stato quello di eseguire un doppio esame sulla competenza: da un lato, deve essere soddisfatta la nozione di investimento propria della Convenzione rispetto all'operazione economica del caso presentato; dall'altro lato, occorre verificare il consenso delle Parti, espresso a margine dell'accordo che si riferisce all'operazione in oggetto.

that no such approval is required. (4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)”.

³⁷ A titolo esemplificativo, tra i molti, si consideri la nota affermazione degli Executive Directors: “No attempt was made to define the term investment given the essential requirement of consent by the Parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they desire so, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre”. Report of Executive Directors, para. 27, reperibile presso <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>).

³⁸ Art. 30 First Draft: “For the purpose of this Chapter (i) “investment” means any contribution of money or other asset of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years”. C. Schreuer, *Commentary on ICSID Convention*, in *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1996, p. 355.

Al di là dell'enucleazione puntuale di quali siano di volta in volta gli elementi essenziali di un investimento, affinché i Tribunali possa conoscere della disputa, l'art. 25 della Convenzione lascia agli arbitri un notevole margine discrezione, derivante dalla formulazione stessa contenuta in tale articolo, laddove prevede che esso possa conoscere di *any legal dispute arising directly out of an investment*.

La necessità di una definizione puntuale della competenza *ratione materiae* è un problema sorto solo recentemente per tale Corte. Infatti, fino alla fine degli anni novanta del secolo scorso non si rinvencono pronunce significative sul punto³⁹.

La forma più comune assunta dagli investimenti internazionali è senz'altro quella degli investimenti diretti esteri (foreign direct investment - FDI), che si caratterizzano da un punto di vista quantitativo nella titolarità di almeno il 10% di azioni che garantiscono il diritto di voto in una società che opera in uno Stato diverso rispetto a quello in cui l'investitore risiede o la società di questi ha stabilito il suo centro d'affari principale⁴⁰. Tali investimenti devono essere poi distinti dal commercio estero e dagli investimenti di portafoglio.

Il commercio estero è universalmente riconosciuto come il primario e principale meccanismo di internazionalizzazione del business all'estero per l'impresa, nonché come precursore storico degli FDI. Il commercio condivide con gli investimenti una caratteristica peculiare, in quanto il soggetto o l'entità che effettua l'attività economica non è cittadino o residente dello Stato in cui questa ha luogo. Tuttavia, essi differiscono per un aspetto fondamentale, dal momento che il processo di realizzazione di un investimento include necessariamente il trasferimento di fondi, di capitale, di liquidità e di infrastrutture dal proprio home State al Paese che lo ospita⁴¹.

³⁹ Per una più ampia trattazione in merito alla determinazione della giurisdizione *ratione materiae* dei Tribunali internazionali, si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

⁴⁰ “Quantitatively, the nearly universally accepted definition of FDI in ownership of at least 10 per cent of common (voting) stocks of a business enterprise operating in a country other than one in which the investing company is headquartered”, in S. D. Cohen, “Multinational Corporations and Foreign Direct investment: avoiding simplicity, embracing complexity”, 2007, p. 38.

⁴¹ M. Sornaraja, “The International Law on Foreign Investment”, Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012, pp. 8-9; J. W. Salacuse, “The Law of Investment Treaties”, Oxford University Press (OUP), 2015, pp. 27-28.

Gli investimenti di portafoglio (*foreign portfolio investment*) constano di un trasferimento di denaro, effettuato da un residente di un Paese nella società o nell'attività economica di un Paese terzo, con lo scopo di comprare quote o partecipazioni azionarie⁴². In questo caso, ciò che distingue le due categorie di operazioni risiede nella quantità di controllo ottenuta in seguito all'acquisizione della partecipazione. Infatti, gli investimenti di portafoglio non consentono all'investitore di raggiungere un controllo sufficiente della compagnia partecipata, con la conseguenza che questi assume su di sé il rischio connesso all'acquisizione.

Pertanto, qualora si soffrano perdite per l'acquisto di partecipazioni estere, di *bonds* o di altri strumenti di questo tipo, non sussisterebbero né titoli né basi giuridiche per ottenere una tutela internazionale. Per questa ragione, gli investimenti di portafoglio non vengono protetti da strumenti di diritto internazionale consuetudinario, dal momento che l'investitore si assume unicamente un rischio di tipo commerciale⁴³.

Il tanto doveroso quanto necessario *excursus* in esame subisce tuttavia un capovolgimento di punto di osservazione nella tematica oggetto della presente trattazione. Infatti, mentre fin dalle origini il soggetto debole del rapporto investitore straniero - *host State* è sempre stato inevitabilmente l'investitore straniero (potenziale bersaglio di espropriazioni o di trattamenti deteriori subiti a causa della propria nazionalità, diversa rispetto a quella dello Stato che ne ospita l'investimento), nel caso delle *SOEs* tale assioma non è sempre e del tutto verificato.

Infatti, le imprese di Stato spesso non solo raggiungono capitalizzazioni superiori a quelle dell'intero PIL del Paese che ne ospita gli investimenti, ma al contempo - operando quasi esclusivamente in settori strategici dell'economia - sono in grado di incidere e di influenzare in modo significativo l'andamento economico di interi settori del *home State* che le ospita.

⁴² M. Sornaraja, *"The International Law on Foreign Investment"*, Third Edition, Cambridge University Press, 2012 (CUP), p. 12; J. W. Salacuse, *"The Law of Investment Treaties"*, Oxford University Press (OUP), 2015, p. 30.

⁴³ F. Costamagna, *"Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale"*, in *Neoliberalismo Internazionale e Global Economic Governance*, A. Comba (a cura di), Diritto Internazionale dell'Economia, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 249 ss.

Tale prospettiva potrebbe addirittura far giungere alla conclusione che si sia verificato, in questo peculiare caso, un rovesciamento dei rapporti di forza tra investitore straniero e *home State*, dove il soggetto debole e bisognoso di tutela sia il secondo, e non più il primo. I rapporti di potere tra questi due soggetti classici - che compongono la relazione che dà vita agli investimenti internazionali - hanno subito certamente un profondo mutamento ogni qualvolta siano interessate *SOEs*.

Nonostante tale assunto possa trovare conferma ogni qualvolta si sia in presenza grandi investitori che svolgono la propria attività economica in Stati di media o piccola grandezza, ciò è ancor più frequente nei casi in cui l'investitore assuma le vesti di impresa di Stato.

1.2.2 I trattati internazionali.

La categoria giuridica delle *SOEs* - nella veste di investitore straniero che opera nello Stato ospitante l'investimento (i.e. *host State*) - è frutto di una produzione principalmente dottrinale e giurisprudenziale. Pertanto, la prima problematica che viene in evidenza nella trattazione della questione in esame riguarda la mancata espressa menzione nelle fonti pattizie internazionali (in materia di investimenti) di tale soggetto giuridico⁴⁴.

Per questo motivo, sarà preliminarmente necessario affrontare l'esame della normativa internazionale applicabile alle multinazionali, categoria entro cui ricadono le *SOEs*, per poi passare all'individuazione di quali di queste soddisfino i requisiti necessari per essere annoverate tra le c.d. imprese di Stato.

Alla luce del dettato dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (*ICJ Statute*⁴⁵), il *Report of Executive Directors on the ICSID Convention* si pronuncia come segue:

“[...] 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

⁴⁴ Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

⁴⁵ Statute of the International Court of Justice, signed on 26th June 1945, 1055, 33 UNTS 993.

*of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes*⁴⁶.

Data la particolare natura delle norme che concernono gli investimenti internazionali, riferibili in buona sostanza alle relazioni e ai possibili conflitti tra investitore e *host State*, appare chiaro come non tutte le norme di diritto internazionale risultino applicabili alla fattispecie in esame⁴⁷.

Una prima distinzione proposta ruota attorno all'interazione che si produce tra i c.d. *non-binding instruments* e le fonti formali del diritto internazionale. Tra le prime, si annoverano le *soft law rules* e le preve pronunce dei tribunali

⁴⁶ ICSID, "Report on the Executive Directors on the Convention", 2006, reperibile presso http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Approccio confermato anche dalle seguenti pronunce sia del Tribunale ICSID sia del Tribunale NAFTA, rispettivamente in *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award of 2 August 2006, ICSID case No. ARB/03/26, para. 225, reperibile presso http://italaw.com/documents/Inceysa_Vallisoletana_en_001.pdf; *Methanex v. United States*, Final Award of 3 August 2005, NAFTA, Part II, Chapter B, para 3, reperibile presso <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>. Il Trattato NAFTA (North American Free Trade Agreement) è l'accordo di libero scambio tra USA, Canada e Messico, entrato in vigore il 01.01.1994. Ha istituito la più vasta zona di libero scambio nel mondo, interessando quasi 500 milioni di persone. L'obiettivo del trattato è quello di eliminare le barriere commerciali e favorire gli investimenti esteri tra i Paesi membri. I tre Paesi firmatari hanno inoltre stipulato due accordi complementari ed integrativi, il NAALC (North American Agreement on Labour Cooperation) e il NAAEC (North American Agreement for Environmental Cooperation). Il primo promuove la cooperazione nel campo del lavoro, in termini di protezione e rafforzamento dei diritti fondamentali dei lavoratori come la libertà di associazione, la tutela del lavoro femminile, il trattamento dei lavoratori immigrati, l'abolizione della discriminazione nel lavoro in base alla razza, il miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori. Il secondo si interessa di progetti e iniziative in materia di ambiente, tendenti a prevenire potenziali conflitti tra commercio e ambiente, a favorire la protezione degli ecosistemi marino e costieri e la conservazione della biodiversità, a rafforzare la cooperazione in tema di tutela dell'ambiente

⁴⁷ Appare chiaro come alcune norme che riguardano specificamente i rapporti tra Stati, come ad esempio quelle concernenti le relazioni diplomatiche, non possano applicarsi anche al campo degli investimenti internazionali. In altri casi, l'estensione del dettato e della portata di determinate norme al campo degli investimenti risulta essere controversa, come ad esempio per ciò che concerne lo stato di necessità. Si può considerare ad esempio il caso *German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case*, (2007), 11 ASIL Insight (31 July 2007), reperibile presso <https://www.asil.org/insights/volume/11/issue/20/german-constitutional-court-rules-necessity-argentine-bondholder-case>, dove la Corte Costituzionale tedesca si è espressa circa la possibilità per l'Argentina di invocare lo stato di necessità a sensi del diritto internazionale consuetudinario come difesa positiva contro la richiesta di risarcimento avanzata davanti ai tribunali tedeschi dagli investitori privati per il default subito dai c.d. "Tango Bonds", nel 2002. La Corte, dopo aver astrattamente riconosciuto la circostanza che lo stato di necessità sia riconosciuto come causa escludente la responsabilità internazionale dello Stato in seguito alla commissione di un illecito internazionale, prosegue affermando che: "*currently no rule of general international law can be ascertained entitling a State, vis-à-vis private individuals, to suspend the performance of due obligations for payment arising under private law by invoking necessity based on inability to pay*".

internazionali, che possono essere applicate o meno, in modo del tutto discrezionale, a siffatte dispute dall'operatore di diritto internazionale. Nonostante si tratti di *non-mandatory instruments*, tali fonti hanno tuttavia il potere di influenzare i giudici, in particolar modo nel campo della disciplina applicabile alla risoluzione delle controversie in tema di investimenti internazionali⁴⁸.

In via generale, nonostante il crescente ruolo assunto dalle *soft law rules*, la fonte principe in materia di investimenti internazionali è rappresentata, senza tema di smentita, dai trattati internazionali.

La fonte pattizia costituisce la naturale evoluzione nonché il superamento del modello della protezione diplomatica, favorendo la risoluzione delle controversie investitore straniero - *host State* attraverso l'accesso diretto ai tribunali arbitrali internazionali preposti⁴⁹.

Secondo l'impostazione classica, che riconosceva agli Stati un ruolo preminente e di assoluta centralità nelle relazioni internazionali, la tutela delle posizioni giuridiche degli stranieri non poteva che essere affidata all'intermediazione dello Stato di nazionalità dello straniero, che agiva in nome e per conto del proprio cittadino.

La Corte Internazionale di Giustizia, pronunciandosi recentemente sul c.d. caso *Diallo*, ha sottolineato come “in contemporary international law, the protection of the rights of the companies and their shareholders, and the settlement of the associated disputes, are essentially governed by bilateral or multilateral agreements [...] in that context, the role of diplomatic protection somewhat faded”⁵⁰.

Tali trattati si possono suddividere appunto in bilaterali⁵¹, regionali⁵² e multilaterali⁵³. La circostanza che i trattati bilaterali ammontino a numeri di

⁴⁸ Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

⁴⁹ Uno dei primi esempi di questo genere risale al Trattato tra Germania e Polonia del 1922, con cui fu costituito l'*Arbitral Tribunal for Upper Slesia*. Un ulteriore esempio più recente in questo riguarda il Tribunale Arbitrale Iran-Stati Uniti, istituito in seguito agli Accordi di Algeri del 1981, che pose fine alla crisi scoppiata con la presa degli ostaggi nell'ambasciata e nei consolati americani di Teheran, nel 1979.

⁵⁰ Corte Internazionale di Giustizia, caso *Diallo*, sentenza sulle obiezioni preliminari del 24 maggio 2007, para. 88, reperibile presso <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>.

⁵¹ Si contano ad oggi oltre 2600 trattati bilaterali vigenti. Si veda <http://www.unctad.org/TEMPLATES/webflyer.asp?docid=8270&intItemID=1634&lang=1>.

portata tanto consistente permette inoltre di affermare che, nelle controversie tra investitore e Stato, la disciplina ivi contenuta sia di rilevanza assoluta per quel che riguarda la legge applicata dai tribunali preposti⁵⁴.

Più in generale, si può ritenere come la specificità della materia in oggetto abbia dato origine a un corpo normativo del tutto peculiare, che trova applicazione anche in contrasto o in difformità rispetto ad altre norme di diritto internazionale, sia generali sia contenute in trattati della medesima natura, ma tra soggetti diversi rispetto a quelli interessati al caso *de quo* (i.e. investitore e *host State*).

Trova spazio in questo campo la piena applicazione degli artt. 30 e 59 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969⁵⁵.

L'art. 30(2) della Convenzione chiarisce come: "When a Treaty specifies that it is subject to, or that it not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provision of that other treaty prevail". Tale preferenza per il rispetto della volontà delle parti viene poi ribadita e rinforzata implicitamente anche alla luce del dettato dell'art. 59 della Convenzione, dove si dispone che nel caso in cui le *Contracting Parties* di un dato trattato abbiano successivamente sottoscritto un diverso accordo sulla medesima materia, e dal testo del successivo trattato si evinca una disciplina in tutto o in parte incompatibile con quella prevista nel primo, prevalga il trattato siglato successivamente.

Tale corpo normativo è talmente peculiare da aver generato un importante dibattito, sia a livello accademico sia livello di tribunali arbitrali, sulla possibilità che le ripetute disposizioni contenute nei *Bilateral Investment Treaties* (da qui in avanti: BITs), possano aver soddisfatto i requisiti previsti perché si possa parlare di norme di diritto consuetudinario, ovvero sia un nuovo *corpus* normativo dotato

⁵² Tra i principali trattati regionali, si possono citare: *The Energy Treaty Charter (ETC)*, 2080 UNTS 95, 34 ILM 360 (1995); *The North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, 32 ILM 289, 605 (1993); *Association of Southeast Asian Nation (ASEAN)*, 6 ILM 1233 (1967); *Treaty Establishing a Common Market between the Argentine Republic, the Federal Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay - Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*, 30 ILM 1041 (1991).

⁵³ Per una panoramica esaustiva, si veda http://wto.org/english/docs_e/legal_e/18.trims.pdf.

⁵⁴ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, "The ICISID Convention: A Commentary", 2nd Edition, CUP 2009 (605).

⁵⁵ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, signed on 23rd May 1969, 1155 UNTS 331.

di generalità e uniformità della prassi seguita dagli Stati, unita alla convinzione dell'obbligatorietà della regola adottata⁵⁶.

Le posizioni più inclini ad una valutazione positiva della questione proposta⁵⁷ concentrano l'attenzione su tre elementi fondamentali: la ripetizione della medesima disciplina che governa gli investimenti internazionali in un numero considerevole di BITs; la loro diffusione tra Stati rappresentativi di tutte le aree geografiche del globo e delle relative tradizioni giuridiche; nonché l'apporto fondamentale che hanno fornito nella creazione di importanti trattati multilaterali⁵⁸.

Tuttavia, nel dibattito in esame ha finito per prevalere la tesi opposta, ovverosia quella che nega che vi sia stata una sorta di "costituzionalizzazione" del diritto internazionale degli investimenti per opera dei BITs. Il ragionamento giuridico che sta alla base di tale negazione poggia sulla conclusione che non sia possibile ritenere la normativa scaturente dai trattati bilaterali come *self-contained regime*⁵⁹.

Tale posizione muove dall'assunto che i BITs siano costituiti solitamente da un numero limitato di articoli, insufficienti per dar vita a un corpo completo di

⁵⁶ "Customary international law is a fundamental source of international law under art. 38 ICJ Statute. A rule of customary international law is one that, whether or not it has been codified in a treaty, has binding force of law because the community of States treats it and views it as a rule of law. In contrast to treaty law, a rule of customary international law is binding upon a State whether or not it has affirmatively assented to that rule. In order to prove that a given rule has become a rule of customary international law, one must prove two elements: widespread state practice and opinion juris - the mutual conviction that the recurrence (of state practice) is the result of a compulsory rule", in A. Zimmermann and others (eds.), "The Statute of the International Court of Justice - a Commentary" (2nd Edition, 2012).

⁵⁷ Tra queste, si veda ad esempio F. A. MANN, "British treaties for the promotion and the protection of investment", in British Year Book of International Law, 1981, p. 249; D. R. Robinson, "Expropriation in the Restatement (revised)", in American Journal of International Law (AJIL), 1984, p. 176 ss.

⁵⁸ Ad esempio, *The Energy Treaty Charter (ETC)*, 2080 UNTS 95, 34 ILM 360 (1995); *The North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, 32 ILM 289, 605 (1993); *Treaty Establishing a Common Market between the Argentine Republic, the Federal Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay - Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*, 30 ILM 1041 (1991). Sul punto si veda A. R. Parra, "ICSID and the rise of bilateral investment treaties: will ICSID be the leading arbitration institution in the early 21st century?", in ASIL Proceedings, 2000, pp. 41-43.

⁵⁹ "[...] is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature". Sentenza arbitrale del 15 giugno 1990, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*, ICSID Case n. ARB/87/3, in *ICSID Report*, 1990.

norme, tanto che l'art. 42 della Convenzione ICSID recita come segue: “[t]he Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreements, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of law) and such rules of international law as may be applicable”.

Inoltre, anche l'assunto che le medesime regole siano ripetute *tel quel* nella pluralità dei BITs siglati da investitori e Stati viene confutata, attraverso un'attenta disamina del contenuto di tali norme, che si differenziano sia in termini di normativa di dettaglio, sia nel grado di protezione offerto all'investitore, che risente inevitabilmente dei rapporti di forza in campo⁶⁰.

Pertanto, il quadro fin qui delineato permette di affermare come l'operatore di diritto internazionale, in materia di risoluzione di dispute concernenti gli investimenti esteri, debba prioritariamente fare riferimento agli accordi esistenti tra le parti, anche in deroga rispetto a norme di diritto internazionale di altra natura. In assenza di tali accordi, o in caso di una fattispecie non puntualmente disciplinata, si ricorre alle norme di diritto internazionale generale applicabili al caso di specie, nonché alla *law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of law)*⁶¹.

⁶⁰ Sul punto, si veda tra le molte: Sentenza arbitrale del 24 maggio 2007, *United Parcel Service of America v. Canada*, para. 97, dove si afferma che “*the may bilateral treaties for the protection of investment [...] vary in their substantive obligation; while they are large in number, their coverage is limited; and in terms of opinion iuris there is no indication that they reflect a general sense of obligation*”, reperibile presso <http://ita.law.uvic.ca/documents/UPS-Merits.pdf>; Sentenza arbitrale dell'11 ottobre 2002, *Mondev International Ltd. v. Stati Uniti*, ICSID Case n. ARB(AF)/99/2, para 117, dove si afferma che “*the vast number of bilateral and regional investment treaties (more than 2000) almost uniformly provide for fair and equitable treatment of foreign investments, and largely provide for full security and protection of investment. Investment treaties run between North and South, and East and West, and between States in these spheres inter se. On a remarkably widespread basis, States have repeatedly obliged themselves to accord foreign investment such treatment. In the Tribunal's view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law*”; infine, UNCTAD, *Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, UNCTAD/ITE/ITT/2006/5, New York and Geneva, 2007, p. 8, dove si afferma che “*[m]ost BITs concluded in the last decade have a similar basic structure and content. However, this does not mean that agreements would be more or less identical or that there would not have been any normative developments. On the contrary, by looking into the details of each treaty one can distinguished a broad variety of approaches with regard to individual provisions. Differences exist with regard to the underlying rationale of the BITs, the degree of protection and the number of qualitative innovations*”.

⁶¹ R. Dolzer and C. Schreuer, “*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press (OUP), 2012, p. 213 ss.

Nonostante la copiosa produzione normativa per ciò che concerne i BITs, non è possibile affermare che se ne possa ricavare una nuova disciplina comune ed uniforme, tale da essersi cristallizzata a livello di norme consuetudinarie.

Tale circostanza, unita al fatto che non vi sia alcun riferimento alle *SOEs* in quanto tali - considerate in qualità di investitori internazionali all'interno dei trattati bilaterali o multilaterali - porta ad affermare che, ai fini della presente indagine, lo sguardo debba essere prioritariamente rivolto verso altri fonti normative (i.e. la consuetudine internazionale e gli strumenti di *soft law*) al fine di determinare se lo Stato sia internazionalmente responsabile per gli atti posti in essere dalle proprie partecipate che operino al di fuori dei confini nazionali.

1.3 Il rapporto tra *State-Owned Enterprises* e gli standards di protezione internazionale: un nuovo trend nella tutela degli investimenti internazionali?

Storicamente, fin dagli albori della nascita di una normativa internazionale a tutela degli investimenti esteri, la finalità perseguita da tale *corpus* normativo era quasi esclusivamente quella di tutelare l'investitore che allocava proprie risorse in uno Stato straniero. Lo sviluppo delle norme consuetudinarie che imponevano agli Stati il rispetto di determinate condizioni e limitazioni nel loro diritto sovrano di controllare, gestire e disporre di tali investimenti erano tutte rivolte ad una compressione del principio di sovranità dello Stato, specialmente in materia economica⁶².

Il diritto dello Stato di controllare l'entrata di capitali esteri nel proprio territorio era inizialmente concepito come assoluto e illimitato⁶³. Tuttavia, ben

⁶² “As a general principle, a State may do whatever it pleases on its territory. The modern assertion of such sovereignty in the economic sphere is effected through the principles of self-determination and permanent sovereignty over natural resources” in M. Sornaraja, “*The International Law on Foreign Investment*”, Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012, p. 119.

⁶³ *Attorney General for Canada v. Cain* (1906) AC 542 at 546, “One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit the alien to enter that State, to annex

presto si sono affermati nel diritto internazionale una serie di *standards*, sia per quanto riguarda garanzie nelle condizioni di trattamento dell'investitore, sia di compressione nei confronti del diritto sovrano di espropriare o nazionalizzare i beni dello straniero⁶⁴.

Tra questi, si possono citare: la c.d. *Hull Formula*⁶⁵; il c.d. standard minimo internazionale⁶⁶; nonché la sua naturale evoluzione, concretatasi nel c.d. obbligo di trattamento giusto ed equo⁶⁷; infine, il c.d. principio dell'affidamento⁶⁸.

what conditions it pleases to the permission to enter it and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order and good government, or to its social or material interests"; vedi inoltre *Schmidt v. Secretary of State of Home Affairs* (1969) 2 Ch. 149 at 168, dove Lord Denning afferma che "*At common law, no alien has any right to enter this country except by leave of the Crown; and the Crown can refuse leaving without giving any reason*".

⁶⁴ In merito al diritto di uno Stato di espropriare o nazionalizzare i beni dello straniero, si ritiene che queste misure siano lecite ai sensi del diritto internazionale in presenza di determinate circostanze, che giustifichino la misura adottata da parte dello Stato medesimo, quali: l'interesse pubblico, la non discriminatorietà della misura adottata, il pagamento di un indennizzo a favore del soggetto espropriato. Tra gli altri, si veda M. Frigo, "*Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*", Milano, 2000, pp. 80-138.

⁶⁵ Il *quantum* dell'indennizzo deve essere, secondo questa celeberrima formula, "*prompt, adequate and effective*". Dal nome del Segretario di Stato americano Cordell Hull che, nel 1938, in risposta al programma di nazionalizzazioni portato avanti dal governo messicano anche ai danni degli investitori statunitensi, affermò che il diritto internazionale imponeva nei confronti dello Stato espropriante l'obbligo di pagare una somma immediatamente, corrispondente al valore del bene, in una moneta liberamente convertibile.

⁶⁶ Rintracciare il contenuto del c.d. "*international minimum standard*" è operazione complessa per l'interprete. Oltre a ricomprendere la succitata Hull formula, tale principio ha portata decisamente più vasta, andando ad interessare tutta una serie di trattamenti che il host State ha l'obbligo di garantire all'investitore estero. Questi obblighi ruotano attorno al concetto che tale investitore debba essere trattato sotto le medesime condizioni riservate all'investitore nazionale, sia per quanto riguarda gli aspetti commerciali e fiscali, sia per quanto concerne il ricorso ai tribunali nazionali in caso di contenzioso. Quest'ultimo aspetto è senza dubbio alcuno il più delicato, in quanto la tutela della proprietà degli stranieri presso uno Stato diverso da quello di nazionalità può dar vita a contenziosi in cui lo Stato, attraverso l'apparato giudiziario, possa trovarsi nelle condizioni di dover dar torto a un proprio cittadino, riconoscendo la lesione di un diritto in capo all'investitore straniero. Per un approfondimento sulla materia, si veda R. Dolzer and C. Schreuer, "*Principles of International Investment Law*", Oxford University Press (OUP), 2012, p. 11 ss.

⁶⁷ Tale principio, riconosciuto e previsto in tutti i principali accordi internazionali in materia di investimenti, ha progressivamente sostituito il suddetto "*international minimum standard*". Tuttavia, un elemento in comune col predecessore è rinvenibile nella difficoltà riscontrata dall'interprete nel definire tale principio, in quanto l'obbligo di trattamento giusto ed equo è spesso solo menzionato, ma non definito puntualmente. Se da un lato tale flessibilità consente una maggiore adattabilità ai tempi e alle evoluzioni in materia, i concetti di equità e giustizia possono grandemente variare a seconda dell'esperienza e della prassi giuridica con cui si misura l'investitore principalmente in sede di contenzioso. Sul punto, si veda tra i molti: R. Dolzer, "*Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties*", 39 Int'l Law., 2005, p. 87, dove si osserva che "*hardly any lawsuit based on international investment treaty is filed these days without invocation of the relevant treaty clause requiring fair and equitable treatment*". Inoltre, in *GAMI Investment Inc. v. The United Mexican State, UNCITRAL (NAFTA) Case, Final Award of 15 November 2004*, para. 94, si afferma che "*each NAFTA Party must accept liability [for breach*

Tale fenomeno si è tradotto nella nascita di una forma di responsabilità internazionale dello Stato che ospita sul proprio territorio investimenti esteri, riconosciuta nei confronti dell'investitore straniero⁶⁹. Ogniqualvolta l'investitore sia leso in un suo diritto nascente dal rapporto tra l'investimento realizzato e il *host State* questi ha diritto ad un risarcimento per il pregiudizio sofferto⁷⁰.

Nel corso degli anni, anche e soprattutto in ragione di una proliferazione di strumenti internazionali di tipo pattizio a tutela e per la promozione degli investimenti internazionali, si è ritenuto che il ruolo della consuetudine internazionale risultasse via via sempre più marginale, cedendo il passo alla normativa di fonte scritta. Tale affermazione può considerarsi del tutto superata al giorno d'oggi, sia sotto una prospettiva generale, sia per quanto riguarda lo specifico tema trattato dal presente studio.

Si è assistito a un vero e proprio rovesciamento del *focus* in tema di investimenti esteri, che ha prodotto uno *shifting* considerevole dalla protezione dell'investitore alla necessità di individuare forme di protezione per il *host State*. Tale necessità è emersa in ragione dell'affacciarsi sullo scenario economico globale di una nuova figura di investitore estero: le imprese multinazionali.

of the fair and equitable treatment standard] if its official [...] implement regulations in an arbitrary or discriminatory fashion". Ad esempio, nella decisione TECMED si è affermato che il trattamento giusto ed equo "*requires the Contracting Parties to provide to international investment a treatment that does not affect the basic expectation that were taken into account by the foreign investor to make the investment*", in *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican State*, ICSID Case N. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 154.

⁶⁸ Il principio in oggetto concerne le condizioni giuridiche ed economiche presenti nel *host State* al tempo dell'investimento intrapreso dall'investitore straniero. Tali condizioni hanno ingenerato in capo all'investitore un legittimo affidamento circa lo *status quo* in cui ha luogo l'allocatione delle proprie risorse e della propria attività. Sul *host State* pertanto grava un obbligo di mantenere siffatte circostanze inalterate per tutto il tempo in cui si protrae l'investimento, garantendo stabilità giuridica al quadro normativo entro cui si svolge l'attività economica. Si veda C. Schreuer, "*Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*", in JWIT, June 2005, p. 374; *CMS v. The Argentine Republic*, Final Award of 12th May 2005, ICSID Case N. ARB/01/08, para. 277.

⁶⁹ Si veda *infra*, cap. 3 par. 1.

⁷⁰ Concetto ampiamente condiviso in dottrina, tra i molti si vedano: C. F. Amerasinghe, "*State Responsibility for Injuries to Aliens*", Oxford Clarendon Press. 1967, XVI, 286 (and tables, bibliography and index), 38, pp. 55s.; C. Eagleton, "*The Responsibility of State in International Law*", The New York University Press, 1928, KRAVS Reprint Co, New York, 1970, p. 5; F. Dunn, "*The Protection of Foreign Nationals*" Baltimore, 1932, p. 12; A. Freeman, "*International Responsibility of States for Denial of Justice*", Longmans Greens and Company, 1938, pp. 689 ss., F. G. Dawson and I. L. Head, "*International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*", Syracuse U.P., 1971, pp. 174-175.

1.3.1 Le imprese multinazionali.

Le nozioni di impresa multilaterale, elaborate dalle Organizzazioni Internazionali in seno alle quali tale fenomeno è stato trattato, studiato ed analizzato, ruotano attorno ad alcuni elementi comuni, che possono essere riassunti come segue.

Ad esempio, le *Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*⁷¹ definiscono tali imprese come “[...] an economic entity operating in more than one Country or a cluster of economic entities operating in two or more Countries - whatever their legal form”.

Ancora, nelle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁷² le imprese multinazionali sono definite come “companies or other entities established in more than one Country and so linked that they may co-ordinate their operations in various way”.

Tali definizioni consentono di ricavare alcuni elementi fondamentali dell’impresa multinazionale, tra cui il fatto che si tratti di un’entità economica unica o facente parte di un gruppo, che opera in una pluralità di Stati, anche con forme giuridiche differenti. Inoltre, dalla medesima definizione si evince come il fattore determinante sia costituito dal *link* esistente tra le diverse società che costituiscono l’impresa multinazionale, prevedendo la necessità di un legame più intenso di quello rappresentato dalla mera proprietà azionaria di maggioranza in capo alla società “madre”.

A supporto di tale impostazione, è possibile fare riferimento al *OIL Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*⁷³, nello specifico al punto 6 della presente Dichiarazione, dove si

⁷¹ UN Sub-Commission For The Promotion and Protection of Human Rights, *Norms on the Responsibility of Transnational Corporation and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, adottate il 26 Agosto 2003, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

⁷² OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Recommendations for responsible business conduct in a global context*, adottate in prima approvazione il 21 giugno 1976, ultima versione del 25 maggio 2011.

⁷³ International Labour Organisation (ILO), *ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adottata il 16 novembre 1977, reperibile presso www.ilo.org.

sottolinea come le imprese multinazionali siano intrinsecamente dotate di struttura delocalizzata, operino in una pluralità di Stati oltre quello di origine e tali attività siano collegate tra loro da legami di intensità e forma non predefinita o costante.

Infine, un'ulteriore definizione contenuta nella risoluzione prodotta dall'*Institut de Droit International sul tema de Les Entreprises Multinationales*⁷⁴ prescrive come “Enterprises which consist of a decision-making centre located in one country and of operating centres, with or without legal personality, situated in one or more other countries should, in law, be considered as multinational enterprises”. Tale definizione consente di tratteggiare ancor più compiutamente l'elemento del *link* succitato, ovverosia l'esistenza di un centro decisionale che coordina e indirizza la strategia e le operazioni poste in essere dalle altre società appartenenti al medesimo ente.

Tale concetto è stato ribadito poi anche dalla *Commission On Transnational Corporations*⁷⁵, istituita presso le Nazioni Unite nel 1974, al fine di stilare un codice di condotta per le imprese multinazionali. Nonostante i lavori siano stati definitivamente sospesi nel 1992 a causa di un disaccordo non componibile tra i c.d. Paesi in via di Sviluppo (PVS) e i Paesi sviluppati in merito ad alcuni aspetti della disciplina da applicare a tali enti, ciò che è stato largamente condiviso in sede di lavori preparatori ha riguardato l'elemento del collegamento tra le diverse società o entità che costituiscono l'impresa e, nello specifico, l'esistenza di un centro decisionale comune.

L'art. 1(a) del testo sottoposto dalla Commissione al Consiglio Economico e Sociale dell'ONU prevede infatti che le imprese “operate under a system of decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with others”.

⁷⁴ Institut de Droit International, *Les Entreprises Multinationales*, risoluzione approvata ad Oslo il 7 settembre 1977, Rapporteur Berthold Goldman, reperibile presso www.idi-iil.org.

⁷⁵ UN Commission on Transnational Corporation, *Proposed text of the draft code of conduct on transnational corporations*, UN Doc. E/1990/94, del 12 giugno 1990, reperibile presso www.unctc.unctad.org/asp/index.aspx.

In questo senso, ad una pluralità giuridica si contrappone l'unità economica, in quanto l'impresa multinazionale agisce sotto questo secondo aspetto come un ente unico, unitario, sotto il controllo e le direttive di un centro decisionale che ne indirizza le politiche, le strategie e le modalità con cui si interfaccia verso l'esterno⁷⁶.

Per questo motivo, gli elementi dirimenti nel definire le imprese multinazionali sono rappresentati da una trilogia di aspetti: l'intensità, l'importanza e la frequenza delle operazioni commerciali poste in essere con l'estero; la composizione del management; l'azionariato. Pertanto, si è in presenza di un'impresa multinazionale ogni qualvolta si rintracci una pluralità di entità giuridiche, che agiscano unitariamente dal punto di vista economico, coordinate e collegate tra loro a livello apicale da un unico centro direzionale.

Tali società costituiscono sia per dimensione sia per volume di capitali disponibili dei "colossi" economici, in grado di condizionare fortemente non solo le economie interne dei Paesi che ospitano le loro attività, ma anche dotate di capitalizzazioni borsistiche superiori al PIL degli Stati stranieri in cui si trovano ad operare. Tale potere di influenzare e condizionare le sorti economiche di intere Nazioni si è tradotto in determinati casi nel mancato rispetto di alcuni principi fondamentali del diritto internazionale, quali il diritto e la tutela della salute, del rispetto dei diritti umani nonché degli *standards* di protezione dell'ambiente.

Si è innanzitutto discusso in letteratura giuridica se siano rinvenibili degli obblighi internazionali in capo alle multinazionali da rispettare all'interno del *host State* in cui operano. In secondo luogo, si ulteriormente discusso se esista un vero e proprio dovere di controllo della legalità delle attività di una multinazionale da parte del *home State* di quest'ultima. Certamente, qualora si tratti di una *SOEs*, tale controllo dovrebbe assumere caratteri ancor più prestanti e significativi⁷⁷.

Il percorso logico-giuridico che si vuole proporre in questa prima parte intende partire dall'iniziale trattazione delle imprese multinazionali *tout court* intese,

⁷⁶ F. Francioni, "Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale", in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 1979, p. 15; G. Pellicelli, *L'impresa multinazionale*, Torino, Giappichelli Editore, 1981, p. 205.

⁷⁷ Si veda *infra*, cap. 2 par. 1. Inoltre, si veda A. Calabrese, R. Costa, T. Menichini, F. Rosati, "Does corporate social responsibility hit the mark? A stakeholder oriented methodology for CSR assesment", in *Knowledge and Process Management*, Vol. 20, Issue 2, 2013, p. 77-89.

categoria entro cui si possono indubitabilmente collocare le *SOEs*, per poi restringere il campo specificatamente a quest'ultime, in modo da valutare più compiutamente la disciplina applicabile.

1.3.2 Gli obblighi internazionali che ricadono in capo alle multinazionali per le attività poste in essere nel host State.

La capacità di incidere nelle vicende interne di uno Stato - non solamente dal punto di vista esclusivamente economico - di cui sono potenzialmente capaci le multinazionali, è stata materia di assoluto interesse fin dagli albori della nascita di questo fenomeno, rivestendo un ruolo di fondamentale centralità.

Grazie alla dotazione di ingenti risorse finanziarie di cui dispongono⁷⁸, unitamente al sostegno di cui godono da parte dello Stato di nazionalità, queste imprese sono potenzialmente in grado di influenzare e modificare il corso politico ed economico degli Stati esteri in cui operano. Per questo motivo, la sola prospettiva di riallocare le proprie attività in altro luogo, disinvestendo nello Stato che le ospita, risulta essere - volontariamente o meno rispetto alle intenzioni di fondo - una forte arma di ricatto per i Paesi con economie più deboli.

In ragione di tale effetto prodotto nei confronti del *host State*, è stata formulata a partire dagli anni '70 del secolo scorso la c.d. *dependency theory*, secondo la quale “[d]ependency Theory is a major paradigm of developmental economics that differs sharply from classical economic theory on a number o points. According to Dependency Theory, the on-going economic, political, social and cultural transformation within developmental Countries bring with them a greater

⁷⁸ Molte imprese multinazionali dispongono di risorse finanziarie paragonabili al PIL di Stati medio-piccoli, movimentando capitali e flussi di denaro (*cash flows*) superiori anche alle quotazioni di interi listini borsistici di numerosi Paesi c.d. sviluppati. L'esempio più eclatante al riguardo è rappresentato dalle c.d. “big del web”, ovverosia Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Facebook e Amazon, cinque giganti dell'hi-tech, tra le più importanti aziende al mondo in termini economici. Oggi queste cinque società capitalizzano in borsa oltre 3mila miliardi, il 50% in più del PIL dell’Africa, quasi il doppio del PIL italiano. Se fossero una nazione, i cinque giganti del web sarebbero la quinta più ricca del mondo, davanti alla Gran Bretagna. La capitalizzazione di Apple è il triplo della Coca-Cola e di Walt Disney e il quadruplo di McDonalds. Apple da sola vale oltre 800 miliardi, più della Borsa di Milano e del PIL dell’Olanda. Dati aggiornati al 30 novembre 2017, consultabili sul sito www.borsaitaliana.it.

reliance on an expanding capitalistic world system. Through this world system, advanced Nations extract surplus value from underdeveloped Nations, thus keeping the latter underdeveloped and condemning them to perpetual class conflicts and oppressive governments. [...] this Theory largely explains the chilly reception that many foreign-based multinational corporations have received in developing Countries”⁷⁹.

Secondo la presente teoria, le multinazionali sono in grado non solo di concorrere grandemente alla determinazione dei cicli economici dei Paesi in cui stabiliscono le proprie attività, ma - influenzate o spinte in una qualche forma dallo Stato di appartenenza - sono potenzialmente in grado di porre in essere significativi condizionamenti sui governi degli Stati che ne ospitano le attività.

Nonostante l'enorme potere di cui dispongono, sia in positivo sia in negativo per l'economia dello Stato ospitante, le imprese multinazionali inizialmente non sono state considerate come entità sottoposte al rispetto di diritti e di obblighi nel diritto internazionale positivo⁸⁰.

Tale posizione iniziale ha subito un profondo mutamento nel corso del tempo, sia per ragioni più materiali, sia per la sempre più condivisa consapevolezza circa la necessità di normare questo fenomeno, anche e soprattutto negli aspetti appena evidenziati.

Attualmente, in particolar modo all'interno del panorama del diritto internazionale di fonte non scritta, stanno lentamente emergendo una pluralità di indicatori che permettono di affermare come queste imprese siano titolari non solo di diritti ed obblighi generali, ma anche portatrici di obblighi di condotta specifici, positivi e negativi, rispetto quantomeno a specifiche aree di tutela di interessi giuridici fondamentali.

A tal proposito, viene considerata come sempre più condivisa nella comunità internazionale la posizione che ritiene come siano esistenti e specificamente

⁷⁹ R. Tansey and M. R. Hyman, “*Dependency Theory and the Effects of Advertising by Foreign-Based Multinational Corporations in Latin America*”, in *Journal of Advertising*, Vol. 23, N. 1, *International Advertising* (Mar. 1994), published by Taylor & Francis Ltd, pp. 27-42, reperibile presso <http://www.jstor.org/stable/4188913>.

⁸⁰ M. Sornaraja, “*The International Law on Foreign Investment*”, Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012, p. 119; P. T. Muchlinski, “*Multinational Enterprises & the Law*”, Second Edition, Oxford International Law Library, 2007, p. 18.

individuabili una serie comportamenti che le multinazionali operanti nel *host State* sono tenute obbligatoriamente a rispettare⁸¹.

Ciò che risulta invece meno consolidato riguarda la natura della fonte che determina la vincolatività giuridica di tali comportamenti, ovverosia se promananti da una norma di rango internazionale, oppure se siano riconducibili al *corpus* normativo di interno del *host State*.

Per ciò che concerne specificamente il rango delle norme internazionali che li prescrivono, in altre parole, è controverso se debbano essere considerati veri e propri obblighi cogenti oppure se, al contrario, siano collocabili ancora a mero livello di norme di *soft law*⁸².

Al fine analizzare tale prospettiva, si esamineranno una serie di prescrizioni su cui si è registrata una significativa condivisione di valori e di identità di vedute, sviluppatesi attorno ad alcune tematiche specifiche: a) *the obligation not to interfere in domestic affairs*; b) *obligations relating to human rights*; c) *liability for violations of environmental norms* e d) *the obligation to promote economic development*.

a) *The obligation not to interfere in domestic affairs*

Quanto al primo obbligo citato, quello di non interferenza negli affari interni altrui⁸³, questo fondamentale e basilare principio del diritto internazionale

⁸¹ A titolo esemplificativo, il *consensus* che si è sviluppato attorno ad un preciso nucleo di comportamenti è tale da essere stato cristallizzato anche in forma scritta, attraverso un *paper* presentato da Cina, India, Kenya Pakistan e Zimbabwe al *WTO Working Group on Investment*, raccogliendo larga condivisione circa il contenuto espresso non solamente in questo foro, ma a livello di comunità internazionale nel suo complesso. Il documento si afferma che “*Multinational Enterprises should strictly abide by all domestic laws and regulation in each and every aspect of the economic and social life of the host members in their investment and a operational activities. Further, in order to ensure that the foreign investor meets its obligation to the host member, the cooperation of the home member’s government is often necessary, as the latter can and should impose the necessary discipline on the investors. The home member’s should therefore also undertake obligations, including to ensure that the investor’s behaviour and practice are in line with and contribute to the interests and development policies of the host member. It is important that the Working Group addresses the issue of the investors’ and home governments obligations in a balanced manner*”. WT/WGII/W/152 (2003), reperibile presso <https://www.wto.org>.

⁸² Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

⁸³ In merito alla definizione di obbligo di non interferenza negli affari interni altrui, si vedano: artt. 2(7), 2(4) of the *Charter of the United Nations*, San Francisco, signed on 26 June 1945, 1 UNTS 16; UN Doc. A/RES/2131 (1965) “*Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the*

consuetudinario si declina nel campo degli investimenti internazionali con particolare riferimento a quelle società multinazionali che, in ragione della loro dimensione e del volume di affari che possono muovere, siano potenzialmente in grado di influenzare significativamente la vita dello Stato che ne ospita le attività.

Tale interferenza è piuttosto complessa sia da individuare sia da dimostrare, in quanto spesso si arriva ad averne contezza solo quando ne sono apprezzabili gli effetti.

Sovente, lo Stato di nazionalità ha utilizzato la multinazionale in oggetto come braccio operativo per influenzare ed incidere nella vita politica ed economica del *host State*. Lo schema posto in essere, infatti, è stato quello di creare uno schermo, costituito da suddetta impresa, dietro il quale agire in modo da non essere direttamente accusabile della violazione della norma di diritto internazionale in esame.

In altri casi, invece, è stata la multinazionale in prima persona ad agire nei confronti del governo del Paese che la ospita, per avere trattamenti di favore o condizioni particolari per esercitare la propria attività economica, garantendo utilità di vario genere e natura nei confronti dei rappresentanti del governo locale.

Tra i casi di scuola che si possono citare in questo senso, uno dei principali è senz'altro costituito dalla *United Fruit Company*, multinazionale americana impegnata nel commercio di frutti tropicali, in particolar modo di banane. Durante le decadi in cui ha sviluppato la propria attività, cominciata nel 1899, è arrivata a controllare vaste porzioni di territori in America centrale e meridionale, tra cui la costa caraibica della Colombia e dell'Ecuador, nonché delle Indie Occidentali. Il fiorente commercio in cui è stata impegnata l'ha portata a diventare di fatto il monopolista mondiale delle banane in centro America, arrivando ad essere conosciuta

Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty"; UN Doc. A/RES/2625 (1970) "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations". Si veda inoltre M. Wood, "Non-Intervention (Non-interference in domestic affairs)", in *Encyclopedia Princetoniensis*; M. Jamnejad and M. Wood, "The Principle of Non-Intervention", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, 345-381; M. Wood, "The Principle of non-Intervention in Contemporary International Law: Non-interference in a State's Internal Affairs Used to Be a Rule of International Law: Is it Still?", Chatham House, reperibile presso <https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/Internationalaw>.

la celeberrima espressione “Repubblica delle Banane”⁸⁴ per definire il Costa Rica, l’Honduras e il Guatemala, del tutto assoggettati al potere di questa multinazionale.

Il tipo di controllo e di influenza che ha avuto questa compagnia nei Paesi in cui concentrava le proprie attività ha fatto parlare di un nuovo fenomeno di neocolonialismo, rappresentato dall’archetipo della multinazionale che, profondamente ramificata nel tessuto economico dello Stato in cui stanziava il proprio commercio, arriva di fatto a controllarne l’economia ed il governo centrale⁸⁵.

Tale problematica, ben presente e rappresentata in seno alla comunità internazionale, è stata largamente dibattuta in numerosi consessi e fori deputati, senza però giungere ad una formalizzazione e cristallizzazione di tale divieto di interferenza, perpetrato dalle multinazionali, a livello di norma scritta vincolante.

Ad oggi, i molti strumenti normativi internazionali che prevedono questa proibizione appartengono tuttavia al rango normativo delle *soft law*, pertanto non vincolati in sé come atto giuridico. In merito al contenuto, invece, vi è attualmente un largo dibattito sulla precettività di tale prescrizioni.

Già nel 1964 Friedmann⁸⁶ suggeriva come le multinazionali fossero attori di primo livello nella formazione, nella partecipazione e nell’evoluzione delle norme di diritto internazionale. Di opinione opposta era A. Cassese⁸⁷, che riteneva come tali entità non potessero essere considerate soggetti di diritto internazionale. Secondo l’autore, infatti, le imprese multinazionali preferivano muoversi nel panorama internazionale come soggetti di diritto privato, non essendo rintracciabile alcuna volontà di sottostare agli *international standings* previsti per i soggetti di diritto internazionale.

⁸⁴ Termine coniato dallo scrittore O. Henry, si veda al riguardo M. D. MacLean, “*O. Henry in Honduras*”, *American Literary Realism, 1870-1910*, pp. 36-46; inoltre, reperibile presso <https://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/11/economist-explains-16>.

⁸⁵ O. F. Douglass, “*Black Labor Migration in Caribbean Guatemala, 1882-1923*” *Florida Work in the Americas* Paperback, University of Florida Press, 2012, p. 22.

⁸⁶ W. Friedmann, “*The Changing Structure of International Law*”, Columbia University Press, Stevens & Sons Publishing, 1964, p. 230.

⁸⁷ A. Cassese, “*International Law in a Divided World*”, Oxford University Press, 1986, p. 103.

b) Obligations relating to human rights

In merito alle violazioni dei diritti umani causati dalle imprese multinazionali, solitamente tali condotte si sono concretizzate ai danni della popolazione residente nei territori interessati dalle attività economiche poste in essere. I destinatari di tali violazioni sono, nella maggior parte dei casi, i lavoratori occupati presso le loro strutture, sfruttati e costretti a prestazioni di lavoro contrarie agli *standards* internazionali di protezione dei diritti umani e del lavoratore.

Tali condotte sono poste in essere grazie al compiacente silenzio del governo del Paese che le ospita, in ragione del potere esercitato in ambito sociale ed economico dalle imprese multinazionali ivi dislocate.

Il Segretario Generale delle Nazioni Unite ha commissionato uno studio su tale tematica, nominando *ad hoc* uno *Special Rapporteur on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprise*⁸⁸.

Ciò che emerge dalla lettura dei *reports* realizzati è che la violazione di tale obbligo non si riduce ad una mera influenza da parte della multinazionale nei confronti del host State per il fine della realizzazione del lucro economico⁸⁹. Al contrario, essa si concreta in attività di dubbia legalità, quali corrispettivi economici elargiti in cambio della garanzia di avere mano libera per operare a piacimento nello Stato ospite, anche a costo di provocare conseguenze lesive dei diritti umani della popolazione che insiste su medesimo territorio.

I dati messi in luce da tale studio sono davvero preoccupanti per ciò che concerne l'abuso e la violazione dei diritti dei lavoratori, lesi nell'integrità fisica e mentale, nel diritto alla vita e alla libertà e sicurezza personali. Risultano altresì violati i divieti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, nonché la

⁸⁸ *Special Representative of the Secretary-General on the issue of Human Rights and transnational corporations and other business enterprises*. In qualità di *Special Rapporteur* è stato nominato il Professor John Ruggie, che ha iniziato i propri studi nel 2005 e ad oggi ha licenziato diversi *reports* su questa tematica, reperibili presso <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

⁸⁹ Il *report* più significativo licenziato dallo *Special Rapporteur* è: *Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human right abuse*, UN Doc. A/HRC/8/5/Add.2, del 23 maggio 2008.

violazione dei diritti a uno *standard* di vita adeguato e al cibo, all'autodeterminazione, alla vita privata e all'istruzione.

L'ampio spettro di diritti violati risulta ancor più grave dal momento che quegli stessi diritti sono riconosciuti dai più autorevoli e significativi strumenti di protezione internazionale dei diritti umani, quali la *Universal Declaration of Human Rights*⁹⁰, l'*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)⁹¹, l'*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR)⁹², nonché le convenzioni firmate in seno all'*International Labour Organisation* (ILO), che tutelano i diritti fondamentali dei lavoratori.

Tra le conclusioni del documento citato, si sancisce come “[c]orporations are alleged to impact the full range of human rights, including civil and political rights; economic, social and cultural rights; and labour rights”⁹³.

Proprio in seguito ai dati messi in luce da tale studio, si è avvertita l'esigenza a livello di Nazioni Unite di istituire un osservatorio più strutturato su tale tematica, in grado non solo di denunciare prontamente eventuali violazioni che si dovessero riscontrare, ma di produrre un vero e proprio codice di condotta cui le multinazionali debbano attenersi e rispettare. Attraverso una risoluzione del *Human Rights Council* è stato così istituito nel 2011 il *Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*⁹⁴, costituito da cinque esperti indipendenti, equamente rappresentativi delle zone geografiche mondiali.

⁹⁰ *Universal Declaration of Human Rights*, GA res. 217° (III), UN Doc. A/810, 1948, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

⁹¹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, GA res. 2200° (XXI), 21 UN GAOR Supp. (N. 16), UN Doc. A/6316 (1966), adottato il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976.

⁹² *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, GA res. 2200° (XXI), 21 UN GAOR Supp. (N. 16), UN Doc. A/6316 (1966), adottato il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976.

⁹³ *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of Human Rights and transnational corporations and other business enterprises. Addendum. Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human right abuse*, p. 2.

⁹⁴ Risoluzione n. 17/4 del Human Right Council (A/HRC/RES/17/4), che ha istituito nel 2011 il *Working Group*, rinnovandone poi il mandato una prima volta nel 2014 attraverso la risoluzione n. 26/22 (A/HRC/RES/26/22) e poi nuovamente nel 2017 2014 attraverso la risoluzione n. 35/7 (A/HRC/RES/35/7).

Nel 2012 il *Working Group* ha licenziato i *Guiding Principles on Business and Human Rights*⁹⁵, un codice di condotta contenente un set di principi e di norme di soft law rivolti in primo luogo allo Stato (*The State duty to protect Human Rights*, para. I), in secondo luogo all'impresa multinazionale (*The Corporate responsibility to respect human rights*, para. II), infine i rimedi (*Access to remedy*, para. III).

Infine, vi è una cospicua letteratura scientifica che pone l'accento sugli effetti delle attività delle multinazionali nel *host State*, concretamente lesive degli *standards* di tutela dei diritti umani⁹⁶.

c) Liability for violations of environmental norms

Il *trend* precedentemente illustrato in materia di diritti umani si è sviluppato parallelamente anche nel campo della protezione e della tutela dell'ambiente.

Tuttavia, l'analisi circa l'esistenza di una normativa internazionale vincolante per le multinazionali in questo campo raccoglie profili di criticità più acuti rispetto a quelli riscontrati per il precedente obbligo, dal momento che molti Studiosi annoverano buona parte della normativa di riferimento per lo più in soli strumenti di *soft law*, non in grado di produrre veri e propri obblighi vincolanti in capo alle multinazionali⁹⁷.

Un recente orientamento che si è sviluppato nella prassi arbitrale è stato quello di osservare le conseguenze della condotta dell'investitore straniero, secondo lo standard della *fairness and equitability*, prendendo come riferimento scientifico

⁹⁵ Risoluzione n. 17/31 del Human Right Council (A/HRC/RES/17/31).

⁹⁶ Sul tema si veda, tra i molti: M. Lippmann, "Multinational Corporations and Human Rights", in G.W. Shephar and V. Nanda (eds.), *Human Rights and Third World Development*, 1985; B. A. Frey, "The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporation in the Protection of International Human Rights", *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, p. 105; F. Francioni, "Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale", in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 1979, p. 137; M. Sornaraja, "Linking State Responsibility for Certain Harm Caused by Corporate Nationals abroad to Civil Resources in the legal system of Home States", in C. Scott (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), chap. 18, p. 491.

⁹⁷ Tra i molti si veda: J. M. Wagner, "International Investment, Expropriation and Environmental Protection", *Golden Gate University Law Review*, 1999, p. 465; T. Walde and a. Kolko, "Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law", *International Comparative Law Quarterly* (ICLQ) n. 811, 2001, p. 50.

gli indicatori di inquinamento utilizzati dalla prassi nel campo⁹⁸. Al fine di evitare le conseguenze negative di questo approccio, molti investitori hanno creato una *stabilisation clause* da inserire negli accordi internazionali che regolano gli investimenti esteri, al fine di “[...] freeze such controls as at the time of entry and exclude the application of later improvements to environmental standards to the investment”⁹⁹.

Un divieto generale di inquinamento transfrontaliero è prescritto e codificato a livello di diritto internazionale consuetudinario dal principio n. 21 della Dichiarazione di Stoccolma¹⁰⁰, ai sensi della quale gli Stati devono prendere le misure atte ad evitare che l’utilizzo del loro territorio arrechi danni al territorio degli altri Stati¹⁰¹. Tale principio è stato poi ribadito anche nella Dichiarazione di Rio sull’Ambiente e sullo Sviluppo¹⁰², nonché dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Pulp Mills*¹⁰³.

In merito alla natura di tali obblighi, risulta chiaro come il soggetto primariamente deputato al controllo delle operazioni che si svolgono sul proprio territorio sia lo Stato in cui le medesime hanno luogo, primo destinatario degli

⁹⁸ P. Muchlinski, “*Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Standard*”, *International Comparative Law Quarterly* (ICLQ) n. 527, 2006, p. 55.

⁹⁹ M. Sornaraja, “*The International Law on Foreign Investment*”, Third Edition, Cambridge University Press, 2012 (CUP), p. 153.

¹⁰⁰ *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration)*, UN Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1(1973), 11 ILM 1416 (1972), A/RES/2994, firmata il 15 dicembre 1972, reperibile presso il portale web <http://www.unep.org/Documents/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503>

¹⁰¹ La sussistenza di tale obbligo è stato poi ribadito anche nella controversia tra Ungheria e Slovacchia, con riferimento al Progetto Gabcikovo-Nagymaros, in cui la Corte Internazionale di Giustizia ha stabilito che “*the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*”, ICJ, *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project*, Hungary v. Slovakia. Judgement, 25 September 1997, para. 53.

¹⁰² *Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio Declaration)*, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 31 ILM 874 (1992), firmata il 12 agosto 1992, reperibile presso <http://www.unep.org/Documents/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>.

¹⁰³ “*A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State*”, inoltre, in merito al contenuto e alla natura dell’obbligo “*It is an obligation which entails not only the adoption of appropriate rules and measure, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators [...]*”. ICJ, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v. Uruguay, Judgement, 20 April 2010, para. 101, 197.

obblighi positivi in oggetto. Questi deve adoperarsi affinché tali attività non producano danni che si ripercuotano sul proprio territorio e su quelli degli altri Stati confinanti (*neighbouring States*).

Ben diversa è invece la situazione di una multinazionale che opera nel *host State*, nei confronti della quale non è distinguibile alcuna norma vincolante che contenga un esplicito divieto di inquinamento, rintracciabile in alcuno strumento di natura internazionale, se non in quelli contenenti disposizioni di *soft law*, costruite sotto forma di norme di *policies* da attuare e di raccomandazioni generali di condotta, conformi al rispetto e alla tutela dell'ambiente.

Da un lato, dunque, è possibile rintracciare una spinta a livello di *consensus* della comunità internazionale, che individua le multinazionali come soggetti tenuti al rispetto di determinati *standards* in materia di protezione ambientale, promananti direttamente da fonte internazionale. Inoltre, la circostanza che vengano incluse tali clausole a livello di trattati che regolano gli investimenti internazionali può essere considerato un ulteriore fattore a conferma di questa impostazione.

Tuttavia, dal lato opposto, il fatto che sia certamente possibile individuare un nucleo fondamentale di diritti in materia di protezione dell'ambiente, non dirime la questione concernente la natura di tali obblighi - se di natura internazionale o meno - ed il soggetto destinatario della norma - l'impresa multinazionale o esclusivamente il *home State* cui afferiscono -¹⁰⁴.

d) The obligation to promote economic development

Per quel che riguarda la promozione dello sviluppo economico da parte delle multinazionali che operano nel *host State*, si deve preliminarmente osservare che tale concetto ha assunto solo recentemente una propria autonomia ed una propria dimensione indipendente rispetto alla normativa sulla protezione dell'ambiente, entro la quale si era soliti farlo rientrare. Si è passati da una declinazione di tale principio in cui l'accento era posto principalmente sulla sostenibilità ambientale

¹⁰⁴ P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, "*International law and the Environment*", Oxford University Press (OUP - Third Edition), 2009, p. 48 ss.

dello sviluppo economico, ad una declinazione di respiro più ampio, sintetizzabile nella definizione elaborata dalla *UN World Commission on Environment and Development*, in cui si afferma che “development [...] meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their needs”¹⁰⁵.

Tale approccio è stato poi ribadito all'interno della Dichiarazione di Rio¹⁰⁶, dove al principio n. 1 si afferma che “[h]uman beings are at the centre of concerns for sustainable development, They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature” ed il diritto allo sviluppo sostenibile dovrebbe essere esercitato “[...] so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations”¹⁰⁷.

La sussistenza di tale obbligo è stata poi ribadita anche nella controversia tra Ungheria e Slovacchia, con riferimento al Progetto *Gabcikovo-Nagymaros*, in cui la Corte Internazionale di Giustizia ha stabilito che “[...] need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development”¹⁰⁸.

In una pronuncia più recente, in merito allo sfruttamento e alla gestione delle acque del fiume, la Corte ha ritenuto che “[...] equitable and reasonable utilization of shared resources and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development”¹⁰⁹.

Il largo *consensus* che si è via via consolidato in seno alla comunità internazionale attorno alla tematica in esame, messo in luce da una sensibilità sempre crescente, ha avuto modo di cristallizzarsi proprio in un documento di

¹⁰⁵ *Report of the World Commission on Environment and Development*, UN Doc. A/RES42/187, dell'11 dicembre 1987, elaborato dalla Commissione Brundtland.

¹⁰⁶ *Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio Declaration)*, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 31 ILM 874 (1992), firmata il 12 agosto 1992, reperibile presso <http://www.unep.org/Documents/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>

¹⁰⁷ *Ivi*, principio n. 3.

¹⁰⁸ ICJ, *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project*, Hungary v. Slovakia. Judgement, 25 September 1997, para. 140.

¹⁰⁹ ICJ, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v. Uruguay, Judgement, 20 April 2019, para. 177.

recentissima redazione, *The Millennium Development Goals Report*¹¹⁰, redatto nel 2015 dal *Inter-Agency and Expert Group on MDG Indicators*¹¹¹.

Il presente *report* trova fondamento giuridico nella risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dal titolo *United Nations Millennium Declaration*¹¹², dell'anno 2000.

Tale strumento, per ciò che concerne il riflesso che produce nel campo degli investimenti esteri, collega intimamente l'entrata di capitali stranieri con lo sviluppo economico dello Stato che li accoglie. Non è un caso che gli strumenti pattizi di più recente formulazione contengano una prefazione che mette in luce gli effetti benefici delle attività negoziate per ciò che concerne lo sviluppo economico del Paese.

C'è un chiaro nesso tra l'azione svolta dalle multinazionali e tale sviluppo, che si concreta nelle ricadute positive che l'investimento produce sul sistema economico che lo ospita: tale idea è cristallizzata nella nozione di *good corporate citizenship*, contenuta ad esempio anche nel *World Investment Report*¹¹³. Tale approccio ha trovato conferma anche nella recente prassi arbitrale, come dimostrato tra gli altri dal caso *Patrick Mitchell v. Congo*¹¹⁴, da cui emerge come i trattati sugli investimenti internazionali non siano funzionali solo alla protezione degli investimenti esteri, ma debbano garantire anche lo sviluppo economico del *host State*.

¹¹⁰ United Nations, *The Millennium Development Goals Report 2015*, 6 July 2015, reperibile presso [http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf).

¹¹¹ Comitato di esperti incaricato dal *Department of Economic and Social Affairs of the United Nations Secretariat* di stilare, a distanza di quindici anni dalla risoluzione dell'Assemblea Generale delle UN A/RES/55/2 un report sullo stato di avanzamento degli obiettivi individuati in tale risoluzione.

¹¹² UN General Assembly, *United Nations Millennium Declaration, Resolution Adopted by the General Assembly*, 18 September 2000, A/RES/55/2, reperibile presso <http://www.refworld.org/docid/3b00f4ea3.html>.

¹¹³ UNCTAD, *World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Executive Industries and Development*, p. 26 ss., reperibile presso www.unctad.org.

¹¹⁴ *Patrick Mitchell v. Congo (the Democratic Republic of the)*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case N. ARB/99/7, IIC 172 (2006), 27 October 2006, despatched 1 November 2006, World Bank [ICSID], para. 121.

1.3.3 La Corporate Social Responsibility (CSR) e la Corporate Accountability delle imprese multinazionali nel diritto internazionale.

La disamina fin qui effettuata degli obblighi giuridici che le imprese multinazionali sono tenute a rispettare nel *host State* ha lasciato aperto l'interrogativo circa il rango normativo di suddetti obblighi.

Nello specifico, per ciò che concerne il diritto internazionale, è aperta la questione se debbano essere ritenuti come norme cogenti oppure se, al contrario, siano collocabili ancora a mero livello di norme di *soft law*.

La responsabilizzazione delle imprese multinazionali si articola in due momenti principali: a) la predisposizione di standards di condotta; b) il loro controllo e la loro attuazione. Riprendendo la distinzione lessicale proposta nella prima parte della presente trattazione, il concetto di *responsibility* riguarderà primo momento, ovverosia quello relativo alla predisposizione di *standards* di condotta; il concetto di *accountability*, invece, riguarderà il secondo momento, relativo al controllo e all'attuazione di tali *standards*.

a) La Corporate Social Responsibility (CSR)

Con tale locuzione si vuole intendere la responsabilità sociale dell'impresa, da declinarsi come il fenomeno per cui “private companies should no longer base their actions on the needs of their shareholders alone, but rather have obligations towards the society in which the company operates”¹¹⁵. Ciò significa che il *management* aziendale, nel perseguire l'obiettivo economico dell'impresa, non dovrà badare unicamente alla massimizzazione dei risultati, avendo come unica bussola l'*optimum* per i propri azionisti (*stakeholders*), in quando dovrà necessariamente tenere in considerazione anche una pluralità di altri fattori, tra cui primariamente il rispetto dei quattro obblighi precedentemente esposti nella realizzazione delle attività d'impresa.

¹¹⁵ E. Morgera, “*Corporate Accountability in International Environmental Law*”, Oxford University Press (OUP), 2009, pp. 11-12, 18.

La nozione di *responsibility* acquisisce pertanto rilievo primario, come specificato nei *Guiding Principles on Business and Human Rights*¹¹⁶, in cui al principio 11 si afferma che “[b]usiness enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved”.

Il rispetto dei diritti umani fondamentali è senza dubbio da considerarsi come norma di diritto internazionale generale, nonché appartenete al quel nucleo duro di disposizioni facenti parte dello *jus cogens*¹¹⁷. Tale obbligo, pertanto, può essere esteso anche nei confronti delle imprese multinazionali, in virtù della particolare forza che riveste all’interno del quadro normativo internazionale. Inoltre, tali imprese sono potenzialmente in grado di impattare sull’intero novero di diritti umani riconosciuti¹¹⁸. Ciò si traduce non solo in obbligo di astensione dalla violazione, comprendendosi altresì anche un obbligo positivo di prevenzione, al fine ridurre o ancor meglio eliminare ogni impatto negativo delle proprie attività sui diritti umani, anche nel caso in cui non abbiano contribuito in prima persona¹¹⁹.

Il soddisfacimento di tali obblighi passa attraverso l’adempimento dei processi di *due diligence*, definitivi come “comprehensive, proactive attempt to uncover

¹¹⁶ Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

¹¹⁷ Il divieto di violazione massiccia e sistematica dei diritti umani (tra gli altri il diritto alla vita, il divieto di tortura, il divieto di schiavitù) - unitamente con il divieto dell’uso della forza e il principio di autodeterminazione dei popoli - fa parte di un nucleo di obblighi internazionali inderogabili, posti a tutela di interessi superiori, identificabili con la tutela di valori universali e indivisibili della Comunità Internazionale. In materia di *jus cogens* si veda *Barcelona Traction, Light and Power Company. Limited (Belgium v. Spain)*, sentenza di merito (seconda fase), 5 febbraio 1970, in I.C.J. Reports, 1970, pp. 3, 32; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*; Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986, reperibile online presso: <http://www.refworld.org/cases/ICJ,4023a44d2.html>; A. Tanzi, “Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo”, Quinta Edizione, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, Padova, 2016, p. 139 ss.

¹¹⁸ P. Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, in Muchlinski, Ortino, Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2012, pp. 656, 657.

¹¹⁹ Principio 13 dei succitati *Guiding Principles*: “The responsibility to respect human rights requires that business enterprises: a) avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur; b) seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts”.

human rights risks, actual and potential, over the entire life cycle of a project or business activity, within the aim of avoiding or mitigating those risks”¹²⁰.

Il medesimo concetto di *responsibility* è rintracciabile anche in materia di tutela dell’ambiente, a partire dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972¹²¹, dove nel preambolo si afferma che al fine di raggiungere gli obiettivi delineati si necessita “[...] acceptance of responsibility by citizens and communities, and by enterprises and institutions at every level, all sharing equitability in common efforts”.

Gli *standards* di condotta in esame, cui sono assoggettate le imprese multinazionali, sono contenuti all’interno di strumenti giuridici adottati a livello intergovernativo, tra cui i più autorevoli sono indubabilmente costituiti dalle Linee-guida dell’OCSE¹²², la cui più recente revisione è del 2011. Tale strumento, adottato sotto forma di *annex to the OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*¹²³, ha assunto la forma giuridica di “recommendations providing principles and standards for responsible business conduct for multinational corporations operating in or from countries adhering to the Declaration”. Nonostante si tratti di *non-binding instruments*, l’*OECD Investment Committee* ed il suo *Working Party on Responsible Business Conduct* ne incoraggiano l’implementazione e l’adozione da parte di tutte le multinazionali basate non solo negli Stati parte dell’Organizzazione, ma potenzialmente *worldwide*¹²⁴.

¹²⁰ UN Human Rights Council, “*Business and human rights: towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*”, 22 April 2009, A/HRC/11/13, para. 71, reperibile presso <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>. Si veda inoltre: P. Muchlinski, “*Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation*”, *Business Ethics Quarterly*, 2012, p. 145 ss.

¹²¹ Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

¹²² Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 25 May 2011, reperibili presso <https://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>; <http://www.oecd.org/corporate/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>.

¹²³ Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), *OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 25 May 2011, reperibili presso <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ConsolidatedDeclarationTexts.pdf>.

¹²⁴ Sulle Linee-guida dell’OCSE tra gli altri si vedano: P. Acconci “*Il Nuovo testo delle Guidelines per le imprese multinazionali adottato dagli stati membri dell’OCSE*”, estratto dal volume XXII della raccolta “Comunicazioni e studi” dell’Istituto di Diritto Internazionale e Straniero

Nonostante sia sottolineato nelle Linee-Guida come, in primo luogo, l'obbligo primario e principale di salvaguardare i diritti fondamentali in esame gravi sugli Stati, viene altresì stressato il ruolo rivestito dalle imprese multinazionali, considerate un attore imprescindibile nel perseguimento degli obiettivi previsti nello strumento. Gli *standards* di condotta contemplati al loro interno sono volti al perseguimento del progresso sociale, economico ed ambientale dello Stato in cui esse operano, in conformità con il principio dello sviluppo sostenibile¹²⁵.

Nonostante si tratti di strumenti di diritto internazionale di *soft law*¹²⁶, che per loro natura non possiedono la forza di determinare la disapplicazione del diritto vincolante, sia esso anche solo diritto interno, i codici di condotta in esame ricollegano direttamente il contenuto delle disposizioni ivi previste al diritto internazionale generale (consuetudinario).

Lo schema proposto, pertanto, intende trarre la propria forza e vincolatività attraverso un'operazione del tutto peculiare: partendo dalla norma internazionale generale, se ne declinano puntualmente i contenuti nel campo degli obblighi che gravano sulle imprese multinazionali in tema di attività poste in essere nel *host State*.

La legittimità di tale norme, nonché la loro vincolatività, discenderebbe in questo modo non tanto dallo strumento in cui esse sono contenute (i.e. di *soft law*), quanto dal fatto di specificare in termini precisi, pratici e concreti i principi cui si riferiscono, determinando in questo modo quale sia la condotta da seguire per le imprese multinazionali. L'effetto di liceità¹²⁷, dunque, non discenderebbe dallo norma di *soft law tout court* intesa - che per sua natura non può,

dell'Università di Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 380, 411; K. Rieker, "The OECD Guidelines for Multinational Corporations", in Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporation, M. K. Addo Eds., 2003, p. 89 ss.; Johnston, "Promoting Corporate Responsibility: the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", in Corporate Social Responsibility: the Corporate Governance of the 21st Century, Kluwer Law International, BV (second edition), 2010, p. 243 ss.; P. Muchlinski, "Rethinking International Corporate Social Responsibility: Due Diligence in the UN Framework on Business and Human Rights, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and in National Laws", Rivista di Etica e Scelte Pubbliche, XXVIII (106), 2012, pp. 83-99.

¹²⁵ Si veda *infra*, cap. 1 par. 3.

¹²⁶ A. Tanzi, "Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo", Quinta Edizione, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, Padova, 2016, pp. 159 ss.

¹²⁷ A. Tanzi, "Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo", Quinta Edizione, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, Padova, 2016, pp. 174 ss.

chiaramente, avere l'effetto di determinare né l'applicazione vincolante della disciplina ivi contenuta, né la disapplicazione del diritto coercitivo previsto in quella materia - ma dal rispetto di previsioni contenute o a livello di normativa consuetudinaria o di strumenti pattizi vincolanti elaborati in seno alle Nazioni Unite, che la norma di *soft law* richiama e specifica.

In questo modo, un eventuale conflitto di disciplina prevista (o assente) nei campi fin qui trattati non si risolverebbe in favore dell'applicazione della norma di *soft law*, quanto dall'imporsi di principi sanciti a livello di diritto intenzionale convenzionale e/o consuetudinario¹²⁸.

L'estensione dell'ambito di applicazione dei principi in esame è stato concepito dai redattori come il più ampio possibile, potenzialmente indirizzati all'intera comunità internazionale nel suo complesso, come si può evincere dal commentario del principio 11 dei *Guiding Principles* in esame¹²⁹.

Analogamente, anche in materia di *standards* di condotta sulla protezione dell'ambiente viene riproposto lo stesso schema illustrato poc'anzi in materia di diritti umani. I principi cardine su cui si fondano gli strumenti in oggetto sono quelli di precauzione e prevenzione¹³⁰, laddove raccomandano alle imprese di valutare l'impatto ambientale delle proprie attività, il monitoraggio periodico, l'adozione di misure e programmi volti ad evitare l'insorgere di possibili incidenti ambientali nonché piani per il loro contenimento qualora si verificassero.

b) La Corporate Accountability

Nonostante rimanga alquanto complesso trovare un termine o una locuzione al fine di tradurre e dare piena contezza del significato di *accountability*, è tuttavia possibile fare riferimento attraverso questo concetto al meccanismo di

¹²⁸ P. Muchlinski, "Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation", *Business Ethics Quarterly* 22, 2012, pp. 145-177.

¹²⁹ "The responsibility to respect human rights is a global standard of expected conduct for all business enterprises, wherever they operate", in *Guiding Principles on Business and Human Rights*, commentary on Principle n. 11.

¹³⁰ E. Morgera, "Corporate Accountability in International Environmental Law", Oxford University Press (OUP), 2009.

monitoraggio, di controllo e di *follow-up* cui le imprese multinazionali sono (o dovrebbero essere) assoggettate.

Meccanismi di tale natura sono in verità presenti in tutti gli strumenti di *soft law* esaminati, tuttavia ciò che emerge in modo chiaro è che questi, pur variando di intensità e di livello di penetrazione nel valutare le attività delle multinazionali, mancano di un organismo di controllo che possa operare in maniera autonoma e che possa essere adito dai soggetti interessati.

È previsto che le imprese debbano documentare le proprie attività attraverso la diffusione periodica di rapporti, che descrivano puntualmente l'impatto provocato sul rispetto dei diritti e sulla salvaguardia dell'ambiente, nonché pongano in essere tutte le misure necessarie al fine di eliminare o minimizzare qualsiasi effetto negativo da esse prodotto in caso di valutazioni non soddisfacenti¹³¹.

In questo senso, i *Guiding Principles* prescrivono espressamente che “the responsibility [...] is distinct from issue of legal liability and enforcement, which remain by national law provisions in relevant jurisdiction”¹³².

Appare chiaro come tali strumenti, nonostante intendano influenzare la condotta delle imprese, tenute al rispetto di una pluralità di *standards* alquanto stringenti, tuttavia non predispongano meccanismi in grado di sancire l'attribuzione giuridica della responsabilità in caso di inadempimento.

In concreto, i controlli devono essere posti in essere ed adempiuti in primo luogo dall'impresa medesima, chiamata ad auto-regolarsi e auto-disciplinarsi, con l'evidente rischio che i risultati pubblicati manchino di indipendenza ed obiettività, essendo forte la tentazione di auto assoluzione, nella più o meno reale convinzione di aver fatto tutto per essere *in compliance with* i parametri previsti e richiesti¹³³.

¹³¹ S. M. Carbone, “Corporate Governance, internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell'impresa”, in *Diritto Commerciale Internazionale*, Vol. 19, Fascicolo 2, 2005, pp. 311-318.

¹³² *Guiding Principles on Business and Human Rights*, Principle n. 12.

¹³³ S. P. Sethi, “Setting Global Standards: Guidelines for Creating Codes of Conduct in Multinational Corporations”, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2003, p. 217 ss.

Anche il *United Nations Global Compact*¹³⁴ è stato oggetto delle medesime critiche, in quanto i meccanismi di controllo previsti si fondano prevalentemente sui reports annuali stilati e pubblicati dalle imprese stesse. Tali critiche sono state fortemente stigmatizzate da uno dei principali artefici di questa iniziativa, John G. Ruggie, che ha dichiarato come “[g]lobal Compact is not a code, and it is not about monitoring and assessing corporate performance”¹³⁵. Inoltre, come affermato nel 2015 in un’intervista rilasciata dalla *Executive Director* Lise Kingo, “we are the guide dogs, not the watchdogs”, sottolineando come l’Organizzazione abbia lo scopo di fornire il supporto e le conoscenze necessarie al raggiungimento delle finalità di cui è portatrice e non di imporre una certa disciplina in modo autoritario¹³⁶.

Infatti, l’adesione a tale iniziativa da parte delle imprese avviene esclusivamente su base volontaria. Inoltre, l’obbligo cui sono tenute è quello di stilare dei *reports* annuali nei quali illustrano le misure adottate, i progressi fatti ed i risultati ottenuti nel soddisfare i principi contenuti nel *Global Compact*. Tali

¹³⁴ Il *United Nations Global Compact* è un’iniziativa delle Nazioni Unite volta ad incoraggiare le imprese multinazionali affinché adottino politiche sostenibili e socialmente orientate. Consta di un *framework* normativo costituito da dieci principi, nell’ambito dei diritti umani, del diritto del lavoro, dell’ambiente e della lotta alla corruzione. L’adesione a tale “programma” consente alle imprese di avvalersi del supporto delle agenzie dell’ONU, dei gruppi di lavoro e degli esponenti della società civile che fanno parte della medesima famiglia. Si contano più di 13.000 imprese che vi partecipano, provenienti da oltre 170 Paesi, accomunate da due obiettivi principali: “*Mainstream the ten principles in business activities around the word*” e “*Catalyse actions in support of broader UN goals, such as the Millennium Development Goals and the Sustainable Development Goals*”. Il *United Nations Global Compact* fu annunciato dall’allora Segretario Generale dell’ONU Kofi Annan durante il World Economic Forum del 31 gennaio 1999, per poi essere lanciato ufficialmente presso la sede centrale delle Nazioni Unite di New York il 26 luglio 2000. Il Global Compact Office esercita le proprie funzioni su mandato dell’Assemblea Generale dell’ONU, con lo scopo di “*promotes responsible business practices and UN values among the global business community and the UN System*” (UN Doc. A/RES/68/234). Documentazione pubblicata reperibile presso il portale web https://www.unglobalcompact.org/docs/publications/UN_Global_Compact_Guide_to_Corporate_Sustainability.pdf; per l’intera raccolta delle pubblicazioni si veda inoltre <https://www.unglobalcompact.org/library/search?search%5Bissues%5D%5B%5D=11>.

¹³⁵ “*The UN Global Compact is not a regulatory instrument, but rather a forum for discussion and a network for communication including governments, companies and labour organisations, whose actions it seeks to influence, and civil society organizations, representing its stakeholders*” in S. P. Sethi, “*Setting Global Standards: Guidelines for Creating Codes of Conduct in Multinational Corporations*”, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2003, p. 218 ss.

¹³⁶ J. Dumalaon (2015-10-14). “*Global Compact: a guide dog, not a watchdog*”. Dw. com. Retrieved 2016-01-26, reperibile presso <http://www.dw.com/en/global-compact-a-guide-dog-not-a-watchdog/a-18781065>.

comunicazioni dovrebbero poi essere poi pubblicate, per essere conosciute non solo dagli addetti ai lavori, ma dall'intera opinione pubblica mondiale¹³⁷.

Qualora le imprese che vi aderiscono risultino inadempienti rispetto a questo obbligo di rendicontazione - sia che non lo redigano affatto sia che non lo trasmettano solamente - non sono assoggettate ad alcuna forma di sanzione o di misura di *enforcement*, vendendo semplicemente inserite all'interno della lista delle *non-communicating companies*.

Nel caso in cui sia riscontrata una violazione dei principi da parte dell'impresa sottoscrittrice, questa viene segnalata all'ufficio preposto in seno alla struttura del *Global Compact*, che svolge funzione conciliativa al fine di cercare di rendere adempiente l'impresa stessa, invitandola ad adottare tutte le misure necessarie per ridurre o eliminare la violazione. Anche in questo caso - in caso di mancata cooperazione o di mancata volontà di adottare le misure indicata da parte dell'impresa - non è prevista alcuna sanzione, se non quella della pubblicazione della ragione sociale nella lista delle *inactive corporations*¹³⁸. Nel caso di inadempimenti gravi e reiterati, con riscontrata mancata volontà di cooperare da parte dell'impresa, è prevista la sanzione dell'espulsione dal programma.

Infine, per quanto concerne le Linee-guida dell'OCSE, il monitoraggio e le procedure di adeguatezza nei confronti delle imprese sono affidate all'*Investment Committee*¹³⁹ a livello inter-governamentale, in cooperazione con i *National Contact Points* (NCP)¹⁴⁰ a livello statale.

¹³⁷ *The Practical Guide to the United Nations Global Compact. Communication on Progress (COP)*, documento reperibile presso www.unglobalcompact.org.

¹³⁸ *Global Compact, Note on Integrity Measures (NIM)*, documento reperibile presso www.unglobalcompact.org.

¹³⁹ "The Investment Committee is the OECD body responsible for overseeing the functioning of the Guidelines. This responsibility applies not only to the Guidelines, but to all elements of the Declaration (National Treatment Instrument, and the instruments on International Investment Incentives and Disincentives, and Conflicting Requirements). The Committee seeks to ensure that each element in the Declaration is respected and understood, and that they all complement and operate in harmony with each other", in *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 25 May 2011, reperibili presso <https://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>.

¹⁴⁰ Sul rapporto tra l'*Investment Committee* e i NCP si veda <https://mneguidelines.oecd.org/15-Years-of-the-National-Contact-Points-Highlights.pdf>.

Tuttavia, le attività svolte dal *Committee* non sono in alcun modo vincolanti per le imprese, per espressa previsione degli Stati membri¹⁴¹, che hanno escluso che possa operare con poteri giudiziari o quasi giudiziari¹⁴². Il suo lavoro si basa principalmente sui reports annuali prodotti dai NCP e comunicati poi *Committee* stesso, garantendo anche adeguato supporto e assistenza.

1.3.4 Le State-Owned Enterprises tra Corporate Social Responsibility (CSR) e Corporate Accountability.

Per quel che riguarda più nello specifico il fenomeno delle *State Corporations*, ovverosia di imprese il cui controllo o titolarità siano riconducibili allo Stato di origine, valgono le medesime considerazioni fin qui proposte, con un grado di intensità e di specificità ancor maggiore proprio in considerazione del particolare rapporto che le lega all'entità statale cui fanno capo¹⁴³.

Il fine precipuo di tali imprese non viene circoscritto al solo interesse di realizzare profitti economici, coprendo al contrario anche finalità di servizio pubblico e di tutela e salvaguardia di interessi strategici per lo Stato. Possono essere considerate a tutti gli effetti come strumenti diplomatici, attraverso i quali lo Stato opera nei Paesi di destinazione, al fine di stringere alleanze politiche e commerciali, aprire nuovi mercati di destinazione per le imprese private nazionali o suggellare partnerships tese a creare o implementare politiche di cooperazione e sviluppo.

¹⁴¹ “*The non-binding nature of the Guidelines precludes the Committee from acting as a judicial or quasi-judicial body. Nor should the findings and statements made by the NCP (other than interpretations of the Guidelines) be questioned by a referral to the Committee. The provision that the Committee shall not reach conclusions on the conduct of individual enterprises has been maintained in the Decision itself*” in *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 25 May 2011, reperibili presso <https://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>.

¹⁴² “*The procedure is neither a judicial one nor it is arbitration or a binding opinion. And yet cannot be said that the handling of an issue is without effect*”, in P. Sanders, “*The implementation of International Codes of Conduct for Multinationals Enterprises*” in *Neth. I. L. R.*, Vol. 28, Issue 3, 1981, p. 324.

¹⁴³ Ai sensi della definizione offerta dall'*OECD* di *SOE*, queste si caratterizzano per “[...] *the term SOE refers to enterprises or companies where the State has significant control through full, majority or minority ownership*”, in *OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Paris, 2005, reperibile presso <http://www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-SOEs.htm>.

In questo tipo di imprese lo Stato opera in qualità di *stakeholder* di riferimento, di rappresentante e di garante dell'interesse pubblico, in grado di influenzarne le politiche e le scelte aziendali strategiche¹⁴⁴.

Gli ambiti in cui operano tali imprese corrispondono spesso a settori strategici per lo Stato, coperti in molte circostanze anche da monopolio, come lo sfruttamento di risorse naturali, l'energia e i servizi pubblici essenziali. L'orizzonte temporale di riferimento per queste imprese è caratterizzato da obiettivi di lungo termine, slegato il più delle volte dai classici parametri economici, che al contrario guidano le attività delle imprese multinazionali *tout court* intese¹⁴⁵.

Pertanto, al di là di una possibile attribuzione delle attività di queste imprese allo Stato che le detiene - questione che verrà approfonditamente sviluppata nel capitolo successivo del presente studio - è possibile fin da ora affermare che il peculiare caso delle *SOEs* dovrà essere valutato attraverso un controllo di congruenza dell'operato rispetto agli obblighi succitati ancor più intenso e permeante, proprio per il precipuo ruolo strategico che rivestono e per i settori chiave in cui operano.

Sono individuabili una pluralità di fattori che concorrono a determinare l'assunzione di iniziative da parte del management della *State Corporation*, volte al rispetto dei parametri imposti alle multinazionali in materia di CSR e di *accountability*¹⁴⁶.

In primo luogo, un ruolo chiave in questo ambito è rivestito dal settore in cui opera la *SOE* in oggetto. Infatti, vi sono ambiti in cui il controllo da parte dell'opinione pubblica è più attento e vigile, rendendo obbligatoria l'assunzione di tutte le cautele e le garanzie affrontate nei paragrafi precedenti. In secondo luogo, il tipo di ingerenza da parte del *home State* nella scelta dei vertici societari

¹⁴⁴ J. R. Córdoba-Pachón, R. Garde-Sánchez y M. Pedro Rodríguez-Bolívar, "A Systemic View of Corporate Social Responsibility (CSR) in State-Owned Enterprises (SOEs)", in *Knowledge and Process Management*, Vol. 21, Issue 3, 2014, pp. 206-219.

¹⁴⁵ J. Heath and W. Norman, "Stakeholder theory, corporate governance and public management: what can the history of State-run enterprises teach us in the post-Enron era?", in *Journal of Business and Ethics*, Vol. 53, 2014, pp. 247-265.

¹⁴⁶ J. Roper and M. Schoenberger-Orgad, "State-Owned Enterprises: issues of accountability and legitimacy", in *management Communication Quarterly*, Vol. 25, 2011, p. 693-709.

e degli obiettivi da raggiungere sono elementi di primo piano nell'adozione di siffatte good practices.

Infine, lo Stato di origine della *SOE (home State)* nonché quello in cui opera (*host State*) contribuiranno ulteriormente ad orientare le politiche dell'impresa per ciò che concerne il presente tema¹⁴⁷.

Anche in questo caso, così come per le multinazionali *tout court* intese, l'oggetto principale dell'indagine riguarda la possibilità che siffatte pratiche possano evolvere dal livello di semplice adesione volontaria a quello di *embedded business practice*¹⁴⁸.

La recente crisi mondiale, iniziata nel 2008, ha posto il presente tema ancor più al centro della scena e del dibattito in seno alla comunità internazionale, in seguito alle operazioni di salvataggio dapprima del sistema creditizio mondiale e, successivamente, di numerose imprese private che operavano in settori strategici.

In molti casi, tali acquisizioni sono avvenute attraverso l'entrata nel capitale sociale dell'impresa in difficoltà - o prossima al fallimento - da parte della *State Corporation*, che ne assumeva il controllo o addirittura la rilevava integralmente¹⁴⁹.

Per ciò che concerne la *State Corporation* intesa *per se*, il punto nodale al fine di determinarne *social responsibility* e *accountability* risiede nel margine di operatività e di autonomia garantito al management nell'esercizio delle attività imprenditoriali. Infatti, come delineato dalle *OECD Guidelines* sulle *SOEs*¹⁵⁰, lo Stato dovrebbe separare le strutture politiche e di governo da quelle concernenti le partecipazioni societarie, scindendo questa dualità, in modo da garantire un

¹⁴⁷ A. Calabrese, F. Lancioni, "Analysis of Corporate Social Responsibility in the service sector: does exist a strategic path", in Knowledge and Process Management, Vol. 15, Issue 2, 2014, pp. 107-125.

¹⁴⁸ F. Maon, a. Lindgreen V. Swaen, "Organizational stages and cultural phases: a critical review and a consolidative model of corporate social responsibility development", in International Journal of Management Reviews, Vol. 12, 2010, pp. 20-38.

¹⁴⁹ B. Rocheleau, L. Wu, "Public Versus private information system - do they differ in important ways? A review and empirical test", in American Review of Public Administration, Vol. 34, 2002, pp. 206-219.

¹⁵⁰ OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Paris, 2005, reperibile presso <http://www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-SOEs.htm>.

adeguato livello di trasparenza e di terzietà della guida societaria nei confronti dell'azionista di riferimento¹⁵¹.

In questo senso, il *Chapter VI* delle *Guidelines* in esame raccomanda che lo Stato riconosca al *Board of Directors* dell'impresa la necessaria autorità, competenza e obiettività nel perseguire le finalità societarie, predisponendo una legislazione *ad hoc* affinché siano ritenuti responsabili delle attività intraprese.

Data la particolare criticità e delicatezza del settore in esame, l'OCSE ha sollecitato in numerose circostanze attraverso delle raccomandazioni gli Stati ad un disimpegno dalle partecipazioni societarie di tali imprese, in ragione sia dei settori strategici ed estremamente sensibili in cui solitamente operano, sia per garantire il massimo della trasparenza nelle attività intraprese.

Dopo aver riscontrato che il saldo complessivo era al contrario aumentato, sia quantitativamente sia qualitativamente, andando nella direzione opposta rispetto a quelli che erano gli auspici e le attese dell'Organizzazione stessa, nel biennio 2009-2010 è stato licenziato un documento intitolato *SOEs Operating Abroad: an application of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operation of SOEs*¹⁵², in cui si esordisce fin dalla prefazione ricordando il lavoro svolto dal *Working Group on Privatisation and Corporate Governance of State Owned Assets*, ricordando quella che secondo l'Organizzazione sarebbe la *best option* percorribile per affrontare il problema della *responsibility* e *accountability* delle *States Corporations*.

Rispetto alle *Guidelines* sulle *Multinational Enterprises* e alle *Guidelines* sulle *SOEs*, in questo ultimo documento l'OCSE - dopo aver tratteggiato un quadro sullo stato dell'arte in questo settore, ricordando come "SOEs are not (or not longer) spread thinly across the economy" e che "[t]he largest concentration of SOEs is found in public utilities, telecommunications and sometimes also in the

¹⁵¹ "There should be clear separation between the State's ownership function and other State functions that may influence the conditions for State-Owned Enterprises, particularly with regard to market regulation" in *OECD Guidelines, Chapter 1: Ensuring an Effective Legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises*, 2005; si veda anche A. Calabrese, R. Costa, T. Menichini, F. Rosati, G. Sanfelice, "Turning corporate social responsibility-driven opportunities in competitive advantage: a two dimensional model", in *Knowledge and Process Management*, Vol. 20, 2013, pp. 50-58.

¹⁵² OECD, *Corporate Affairs Division, Directorate for Financial Enterprises Affairs*, 2009-2010, reperibile presso www.oecd.org/daf/corporateaffairs.

banking and hydrocarbons sectors” - prescrive una serie di raccomandazioni sia agli Stati che alle imprese medesime, alzando ulteriormente l’asticella per quanto riguarda il livello di trasparenza e separazione di poteri tra i primi e le seconde¹⁵³.

Inoltre, per ciò che concerne la definizione delle strategie e delle politiche da adottare, un *focus* particolare sul *management* dell’impresa, esortando il governo a “[...] not to be involved in the day-to-day management of SOEs and allow them full operational autonomy to achieve their define objectives”, e ancora “[t]he State should let SOEs boards exercise their responsibilities and respect their independence”¹⁵⁴.

In conclusione, anche per quanto concerne le *SOEs*, possono essere riproposte le medesime considerazioni precedentemente effettuate per le multinazionali.

L’efficacia, la portata e il grado di rispetto degli *standards* di concotta stabiliti a livello internazionale sono lasciati alla libera volontà di aderirvi da parte dei soggetti in esame. L’adozione di codici di autodisciplina a livello interno, che riproducano fedelmente ed in modo organico le *good practices* stabilite in seno alle Organizzazioni internazionali, è essenzialmente funzionale a superare eventuali incertezze giuridiche o quadri normativi lacunosi entro cui solitamente operano queste imprese. Tuttavia, l’assunzione pubblica e spontanea di tali impegni non trova, sul lato opposto, alcun meccanismo di controllo che consenta di verificare in concreto i rispetto dei parametri indicati.

In molte circostanze, il vero player che ha determinato l’assunzione di responsabilità da parte delle *SOEs* è stata l’opinione pubblica, che attraverso azioni di protesta e di denuncia dell’operato delle imprese che violavano diritti fondamentali, ha determinato un’assunzione di responsabilità da parte di quest’ultime¹⁵⁵.

¹⁵³ “The government should develop and issue an ownership policy that defines the overall objective of State ownership, the State’s role in the corporate governance of SOEs, and how it will implement its ownership policy”, in *SOEs Operating Abroad: an application of the OECD Guidelines on Corporative Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operation of SOEs*, OECD, Corporate Affairs Division, Directorate for Financial Enterprises Affairs, 2009-2010.

¹⁵⁴ *SOEs Operating Abroad: an application of the OECD Guidelines on Corporative Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operation of SOEs*, OECD, Corporate Affairs Division, Directorate for Financial Enterprises Affairs, 2009-2010.

¹⁵⁵ S. J. Piotrowski, G. G. Van Ryzing, “Citizens attitude toward transparency in local government”, in *American Review of Public Administration*, Vol. 37, 2007, p. 306-323.

A livello di normativa nazionale, le persone giuridiche sono soggette ad una serie di diritti e di doveri, nonché al rispetto della normativa prevista. Nel diritto internazionale, al contrario, non è rinvenibile alcuna “general rule that companies are responsible for their international wrongful acts”¹⁵⁶.

Com'è stato osservato nei paragrafi precedenti, le imprese multinazionali sono destinatarie di previsioni giuridicamente non vincolati, attraverso disposizioni che, seppur richiamano nei contenuti norme e principi generali di diritto internazionale, non sprigionano i loro effetti in modo cogente su quest'ultime. La risposta, in caso di emersione di una fase patologica - i.e. il mancato rispetto della norma prescritta -, è demandata al *host State* che ne ospita le attività, che ha la possibilità di chiederne il rispetto all'impresa inadempiente.

L'intenzione che risiede alla base dei codici di condotta esaminati non appare nella volontà dei redattori come quella di sostituire la responsabilità dello Stato con quella delle multinazionali; al contrario, l'intento è quello di avviare un processo di *awareness* in capo a queste imprese, in modo tale che si affianchino due forme di responsabilità, di cui questa seconda ancora priva di concreti ed efficaci sistemi di *enforcement*.

1.3.5 I Sovereign Wealth Funds.

L'ultima e più recente evoluzione delle imprese di Stato è costituita dai c.d. *Sovereign Wealth Funds* (SWF o Fondi Sovrani)¹⁵⁷. Si tratta di fondi finanziari di proprietà statale, contraddistinti da un'ingente dotazione di capitale, nella maggior parte dei casi ottenuta grazie al surplus commerciale di cui si avvantaggia il Paese nelle proprie attività di export. Solitamente, tali fondi adottano strategie molto aggressive, realizzando acquisizioni di intere compagnie o di partecipazioni

¹⁵⁶ A. Clapham, “*The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*”, in T. M. Kamminga and Z. Z. Saman (Eds.), *Liability of Multinational Corporation under International Law*, 2000, pp. 139-195.

¹⁵⁷ P. Blyschak, “*State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: when are State-Owned Entities and their Investments Protected?*”, *Journal of International Law and International Relations (JILIR)*, Vol. 6 (2), 2011, p. 4 ss.

societarie strategiche, nei settori chiave dell'economia, come quelli bancari, delle *utilities*, dell'energia e delle reti di sistema.

Tra i più noti si possono ricordare ad esempio quelli costituiti dai Paesi del Golfo Persico (come quelli degli Emirati Arabi Uniti), da Singapore, dalla Repubblica Popolare Cinese, dalla Federazione Russa e dalla Norvegia. Si tratta certamente di nuovi attori sullo scenario internazionale, che operano principalmente sui mercati azionari e hanno come *target* privilegiato le compagnie quotate che rivestono ruoli di primo piano a livello globale.

I SWF sono stati definiti in seno alla *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTD) come “a fund which is owned by the State or the Government and which is composed of financial assets such as stocks, bonds, property, gold currencies and other investment vehicles”¹⁵⁸.

In quanto *fully-owned* dal *home State* di riferimento e muniti di una dotazione di risorse del tutto eccezionale, i SWF hanno fatto sorgere numerose discussioni, in particolar modo per quanto concerne la natura e lo scopo delle attività poste in essere. Il sempre crescente ruolo giocato da questi *players* nel campo degli investimenti esteri è testimoniato dall'attenzione loro riservata dalle più importanti Organizzazioni internazionali a livello globale.

Nello specifico, come spiegato dall'OCSE, “when governments undertakes commercial activities, they remain answerable to a wide range of societal pressure that their governance structure are designed to take into account. For this reason, governments may encounter difficulties in making credible commitments to pursue only 'commercial objectives', since their *raison d'être* involves being sensitive to political pressure and to pursuing non-commercial objectives”¹⁵⁹.

Il Fondo Monetario Internazionale (IMF), in collaborazione con il *International Working Group of Sovereign Wealth Fund*, ha stilato un codice di condotta rivolto ai SWF, che si compone di un *set* di 24 principi, principalmente

¹⁵⁸ “*The Protection of National Security in IIAs: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*”, New York and Geneva: United Nations, 2009, [UNCTAD, “National Security”], reperibile online presso: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20085_en.pdf.

¹⁵⁹ K. Gordon & A. Tash, “*Foreign Government-Controlled Investors and Recipient Country Investment Policies: A Scoping Paper*”, Paris, OECD Investment Division, January 2009, p. 10, reperibile online presso: www.oecd.org/dataoecd/1/21/42022469.pdf.

incentrati sulle regole di *governance* e sui *transparency standards*, rivolgendo il forte invito a tali Fondi di conformarsi alle previsioni ivi contenute¹⁶⁰.

Ai fini della presente trattazione, tali Fondi non costituiscono una categoria distinta rispetto alle *State-owned Enterprises* più ampiamente intese. Tuttavia, la circostanza che siano integralmente partecipati dallo Stato di appartenenza, congiuntamente con le ingenti risorse di cui dispongono, pone l'accento sul particolare peso che rivestono tali investitori nell'economia globale.

Pertanto, come si avrà modo di analizzare nel prossimo capitolo, dovrà essere prestata particolare attenzione nei confronti di questi soggetti per quel che riguarda gli atti posti in essere nel *host State* in qualità di investitore internazionale¹⁶¹.

¹⁶⁰ International Monetary Fund and Working Group of Sovereign Wealth Fund, “*Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practice - 'The Santiago Principles'*”, October 2008, reperibile online presso: <http://www.iwg-swf.org/pubs/eng/santiagoprinciples.pdf>

¹⁶¹ L. Badian & G. Harrington, “*The Politics of Sovereign Wealth: Global Financial Markets Enter a New Era*”, The International Economy, Winter 2008, reperibile online presso: [http://www.soulieravocats.com/upload/documents/Arnold %20Porter LLP The Politics of Sovereign Wealth The International Economy.pdf](http://www.soulieravocats.com/upload/documents/Arnold_%20Porter%20LLP%20The%20Politics%20of%20Sovereign%20Wealth%20The%20International%20Economy.pdf).

Capitolo 2

La giurisdizione dei Tribunali arbitrali internazionali per gli atti posti in essere dalle *SOEs* nel *host State* e la responsabilità del *home State*

Sommario: 2.1 Gli obblighi che ricadono in capo agli Stati di nazionalità delle imprese multinazionali per le attività condotte negli host States 2.2 La giurisdizione dei Tribunali arbitrali internazionali in merito agli atti posti in essere dalle imprese di Stato 2.3 Le SOEs e l'immunità dalla giurisdizione

2.1 Gli obblighi di controllo che ricadono in capo agli Stati di nazionalità delle imprese multinazionali per le attività condotte negli *host States*

Rintracciare tra le fonti di diritto internazionale un obbligo o un dovere che ricada in capo allo Stato di nazionalità delle imprese multinazionali - che si sostanzia nel controllare e nell'intervenire nelle attività poste in essere da quest'ultime all'interno degli Stati che le ospitano - è senz'altro operazione complessa e delicata¹⁶².

Innanzitutto, si tratterebbe senza dubbio di una forma d'ingerenza difficilmente giustificabile da parte di un soggetto terzo (i.e. il *home State*) nei confronti

¹⁶² Per ciò che concerne l'esperienza giuridica interna degli Stati che compongono la comunità internazionale, l'ipotesi di un controllo extraterritoriale delle attività poste in essere da una multinazionale da parte del proprio *home State* è largamente rintracciabile nella *practice* adottata dagli Stati Uniti. Tale influenza e controllo si sono sviluppate tanto su di un piano giuridico, quanto su quello giudiziario. Per un approfondimento sul tema, si veda M. Sornarajah, "The Extraterritorial Enforcement of US Antitrust Law: Conflict and Compromise", Vol. 31, Issue 1, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), Cambridge University Press (CUP), 1982, pp. 127-149.

dell'iniziativa economica privata dell'impresa, che viene riconosciuta come libera negli strumenti di diritto interno della più ampia maggioranza sia dei Paesi sviluppati sia di quelli in via di sviluppo.

In secondo luogo, tale ingerenza si ripercuoterebbe anche nei confronti del *host State*, che assisterebbe all'intervento di uno Stato terzo nel proprio territorio, teso a modificare o a influenzare l'attività di un'impresa che insiste nel proprio tessuto economico nazionale, con una conseguente potenziale delegittimazione delle capacità di disciplinare il proprio ordine interno.

Un tipo d'ingerenza di tale portata potrebbe trovare giustificazione solo in casi del tutto eccezionali - come ad esempio in caso di violazione massiccia e sistematica dei diritti fondamentali riconosciuti a livello internazionale - nell'ipotesi in cui il *host State* non sia in grado o non sia nelle condizioni di poterne esigere il rispetto o di condannarne la violazione autonomamente.

Il fondamento logico-giuridico di un siffatto obbligo si potrebbe pertanto primariamente rintracciare in capo ai c.d. Stati sviluppati, titolari di un *duty of control*¹⁶³ nei confronti delle loro imprese che operino nei c.d. Paesi in via di sviluppo.

Tale concetto non deve essere tuttavia confuso con una forma di responsabilità internazionale dello Stato per atti posti in essere da soggetti che non siano in alcun modo riconducibili a quest'ultimo. Infatti, come previsto dall'art. 11 degli *ILC Articles*,¹⁶⁴ “[t]he conduct of a person or a group of person not acting on behalf of the State shall not be considered an act of the State under international law”.

Pertanto, il *duty of control* in esame si sostanzierebbe in un dovere di prevenzione da parte dello Stato, volto ad impedire che una corporation di nazionalità di quest'ultimo attui in modo contrario al diritto internazionale quando

¹⁶³ “The rationale is that developed States owed a duty of control to the international community and do in fact have the means of legal control over the conduct abroad of their multinational corporations [...] it is therefore incumbent on the home State to ensure that these benefits are not secured through injury to other States or to the welfare of the international community as a whole [...] there is now an evolution on the notion that the home State has duties as well as rights in matters relating to foreign investments which require the home State to intervene to ensure that its multinational corporations act in accordance with emerging standards that require their accountability”. M. Sornaraja, “The International Law on Foreign Investment”, Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012, p. 144.

¹⁶⁴ *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of International Law Commission, 2001, Vol. II (Part 2) and Corrigendum.

si trovi ad operare nel *host State*¹⁶⁵. Rimane tuttavia aperto l'interrogativo circa le conseguenze dell'eventuale mancato controllo - non esercitato dal *home State* - dal momento che l'Ente pubblico, ai sensi dell'art. 11 degli *ILC Articles* succitati, non potrebbe essere ritenuto responsabile per gli atti posti in essere dalla multinazionale se non gli sono attribuibili.

Secondo la posizione espressa dagli Scholars Jiménez de Aréchaga e Tanzi, “[t]he State becomes aware that an individual intends to commit a crime against another State or one of its nationals, and does not prevent it or the State which extends protection to the offender by refusing to extradite or punish him gives tacit approval to his act. The State thus becomes an accomplice in his crime and establishes a link of solidarity with him: from such relationship the responsibility of the State arises”¹⁶⁶.

Il ragionamento proposto dai due Autori sembrerebbe quindi rintracciare nel combinato disposto degli artt. 8 e 11 degli *ILC Articles* la fonte normativa da cui promanerebbe tale obbligo. Tuttavia, non pare rintracciabile all'interno del testo normativo in esame alcun riferimento - quantomeno esplicito - a siffatta ipotesi di responsabilità internazionale dello Stato.

A riprova di quanto affermato, anche nel *Nicaragua case*¹⁶⁷ la Corte Internazionale di Giustizia, chiamata a rintracciare una forma di controllo da parte degli Stati Uniti nei confronti delle “persons wholly unconnected with the State”, è dovuta ricorrere al dettato dell'art. 8 degli *ILC Articles* per provare siffatto collegamento.

A livello di trattati internazionali, uno dei rari esempi in cui una responsabilità di questo tipo è rappresentato da *The Basel Convention on the Control of*

¹⁶⁵ M. M. Sornaraja, “*Linking State Responsibility for Certain Harms Caused by Corporate Nationals Abroad to Civil Recourses in the Legal System of Home State*”, in Craig Scott (ed.), *Torture as Tort, Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigations*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2001, pp. 491-512.

¹⁶⁶ E. Jiménez de Aréchaga and A. Tanzi, “*International State Responsibility*”, in *International Law: Achievements and Prospects*, M. Bedjaoui (ed.), Paris-Dordrecht-Norwell, 1991, pp. 308-347.

¹⁶⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*; Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986, reperibile online presso: <http://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html>.

*Transboundary Movement of Hazardous Waste and Their Disposal*¹⁶⁸, dove è previsto un esplicito obbligo per gli Stati di controllare i movimenti di rifiuti pericolosi che partano dal proprio territorio per essere portati nel territorio di altri Stati. Tuttavia, nel testo della Convenzione tale obbligo è coniugato nei termini di un *duty to prevent any harm*, piuttosto che in un *duty of control* che sorga per lo Stato nei confronti delle attività poste in essere dai propri cittadini. Inoltre, tale obbligo si riferisce ad attività che sorgano in principio nel territorio del *home State*, sviluppandosi solo successivamente presso Stati terzi, in qualità di potenziali destinatari di tali azioni.

Osservando la tematica in esame da una prospettiva più ampia, è possibile affermare che tale obbligo ad oggi abbia ad oggi ancora raggiunto un sufficiente consenso in seno alla Comunità internazionale, se non in aree molto ristrette¹⁶⁹. Pertanto, non è possibile affermare che il *duty of control* in esame sia riconosciuto come un obbligo giuridicamente vincolare per lo Stato, tale da fare sorgere una qualche forma autonoma di responsabilità internazionale.

L'unica forma di responsabilità internazionale per lo Stato può derivare unicamente dall'applicazione dei parametri previsti negli *ILC Articles*, ovverosia quando l'attività della multinazionale diviene collegabile all'ente pubblico, in quanto "acting as an agent for the government or discharging an essential governmental function"¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *The Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Waste and Their Disposal, Protocol on Liability and Compensation for damage resulting from transboundary movements of hazardous waste and their disposal*, 28 ILM 657, 1989 (entrata in vigore nel maggio 1992).

¹⁶⁹ Le aree in cui si riscontra un maggiore consenso in questo senso sono quella ambientale nonché quella relativa alla violazione dei diritti umani fondamentali. Sul tema, tra gli altri si veda R. Risillo-Mazzeschi, "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", edited by Francesco Francioni & Tullio Scovazzi, London Graham & Trotman, Kluwer Academic Publishers Group [distributor], 1991; R. J. M. Lefeber, "Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability", Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996; G. S. Goodwin-Gill "Crime in International Law: Obligations Erga Omnes and the Duty to Prosecute", in G. S. Goodwin-Gill & S. Talmon (eds.), *The Reality in International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999, p. 199 ss.

¹⁷⁰ Si veda *infra*, cap. 3 par. 1.

2.2 La giurisdizione dei Tribunali arbitrali internazionali in merito agli atti posti in essere dalle imprese di Stato

2.2.1 Osservazioni introduttive.

Al fine di determinare se un tribunale arbitrale internazionale possa essere ritenuto competente nel conoscere di una disputa nascente tra un investitore privato e lo Stato che ospita tale investimento, unanimemente sia i trattati sugli investimenti internazionali sia il diritto internazionale consuetudinario richiedono il soddisfacimento di due requisiti per stabilire la giurisdizione del tribunale internazionale adito: il criterio *ratione materiae* ed il criterio *ratione personae*¹⁷¹.

La presente trattazione, come già anticipato nella parte introduttiva, si concentra nello specifico sui criteri previsti per l'accesso ai Tribunali ICSID e ai Tribunali arbitrali internazionali fondati sulla Convenzione di Washington. Tale approccio si giustifica sia alla luce della centralità di tale foro - per quanto riguarda la materia oggetto del presente scritto - sia per l'assoluta autorevolezza e prestigio rivestito.

2.2.2 Il criterio ratione materiae.

In primo luogo, l'investitore deve aver realizzato un investimento nel territorio di uno Stato diverso da quello di propria nazionalità, tale da soddisfare specifiche condizioni.

Il criterio in esame, conosciuto come *ratione materiae*, riguarda pertanto le forme, le caratteristiche e le qualità assunte dall'investimento posto in essere dall'investitore straniero.

In questo senso, le imprese di Stato non si differenziano significativamente dalle imprese multinazionali *tout court* intese per quel che concerne la tipologia di attività realizzate. Infatti, la forma o la titolarità dell'impresa, in relazione con

¹⁷¹ P. Blyschak, "State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: when are State-Owned Entities and their Investments Protected?", *Journal of International Law and International Relations (JILIR)*, Vol. 6 (2), 2011, p. 18.

l'investimento effettuato, non incidono in modo apprezzabile in merito all'esame del criterio in oggetto¹⁷².

Pertanto, si può pacificamente affermare che tale criterio possa essere valutato indipendentemente dalla circostanza che si sia di fronte a una *SOEs* o meno, dal momento che la natura di quest'ultime non costituisce un fattore in grado di incidere sulle caratteristiche dell'investimento realizzato¹⁷³.

Tale approccio è rafforzato sia da alcune recenti pronunce dei Tribunali ICSID, sia dall'esplicito dettato dei pochi BITs che affrontano tale aspetto.

In merito alle prime, è possibile citare ad esempio il *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador Case*¹⁷⁴ e il *The Rompetrol Group N. V. v. Romania Case*¹⁷⁵, dove il giudice arbitrale afferma il medesimo concetto, sintetizzabile nella necessità di fare riferimento alle intenzioni delle parti al fine di determinare l'estensione della protezione garantita dal sottostante BIT di riferimento, nel ricomprendere o meno alcune categorie di investitori nel novero di quelli coperti dal dettato¹⁷⁶.

In merito ai BITs, a mero titolo esemplificativo, è possibile fare riferimento a sette accordi tutti stipulati dalla Cina con, rispettivamente, dal un lato Qatar,

¹⁷² Tale approccio è confermato anche all'art. 201(1) del trattato NAFTA, dove si definisce esplicitamente l'impresa come "*any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit and whether privately-owned or governmentally owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association*". Inoltre, identità di scelta lessicale è rintracciabile anche nella *Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA Convention)*, dove all'art. 13(a)(iii) si includono nella definizione di investitori tutte le "*legal entities whether or not privately owned*".

¹⁷³ Il medesimo assunto trova ulteriore conferma anche nel dettato dell'art. 1139 del trattato NAFTA, che nel definire l'investimento fa riferimento a una lista di vari elementi, quali "*participating in economic activity, including equity, debt, loans, real estate, or other property, and various form of contractual relations such as concessions*". La natura dell'investitore coinvolto nell'investimento invece non emerge in alcun modo.

¹⁷⁴ *Decision on Jurisdiction of 2 August 2006, ICSID Case No. ARB/03/26*, para. 177-178 [*Inceysa v. El Salvador*].

¹⁷⁵ *Decision on Respondent's Preliminary Objection on Jurisdiction, 18 April 2008, ICSID Case No. ARB/06/03*, para. 107 [*Rompetrol v. Romania*].

¹⁷⁶ L'esplicito utilizzo del termine "*intentions*" da parte del Tribunale in esame nelle suddette pronunce ha portato alla costituzione della c.d. "*intentions school*", che fa risalire tale approccio al passaggio in cui il Tribunale richiama "*the unequivocal terms of the treaty text on which [the contracting Parties] formally agreed*", in conformità con "*the approach which the Vienna Convention requires*". Secondo tale teoria, pertanto, la categoria di investitori coperti dalla protezione del Trattato deve essere valutata ai sensi del testo adottato dalle Parti, così come sancito nel trattato internazionale. È possibile escludere alcuni investitori dal novero di quelli protetti solo quando tale intenzione emerga chiaramente dalla volontà delle Parti, così come cristallizzata nel dettato dell'accordo.

Ghana, Peru ed Uruguay; dall'altro, Trinidad e Tobago, Uganda ed Egitto. Si tratta di accordi internazionali che disciplinano gli investimenti tra la Repubblica Popolare Cinese e i succitati Paesi, emblematici per quanto riguarda la normativa ivi contenuta nella materia in esame.

Nel primo trattato¹⁷⁷, le parti contraenti optano per una diversa definizione di investitore, scegliendo per la parte qatariota la dicitura “legal persons including companies, general corporations, public organisations, public and semi-public entities constituted in accordance with the legislation of [...] Qatar and domiciled in its territory”; al contrario, per quanto riguarda la controparte cinese, il medesimo articolo definisce come investitore solamente “economic entities established in accordance with the laws [...] of China and domiciled in the territory of [...] China”.

Allo stesso modo, nel secondo BIT¹⁷⁸ è riscontrabile una simile asimmetria per quel che riguarda il wording scelto dalle due parti contraenti. Mentre per la parte cinese la dicitura adottata risulta sostanzialmente uguale a quella presente nel BIT con il Qatar, per quanto concerne la controparte ghanese col termine investitore si include anche “[...] State corporations and agencies and companies registered under the laws of Ghana which invest or trade abroad”.

La stessa diversità di scelta è riscontrabile anche nel BIT stipulato tra la Cina Peru¹⁷⁹, ed Uruguay¹⁸⁰.

In ognuno dei quattro BITs citati, si rinviene sostanzialmente il medesimo approccio asimmetrico nella definizione di investitore, dove la dicitura scelta dal Governo Cinese non fa alcuna espressa inclusione di potenziali soggetti

¹⁷⁷ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the State of Qatar Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, April 1999, art. 12(b), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_qatar.pdf.

¹⁷⁸ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Republic of Ghana Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 8 June 1994, art. 1(2), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_ghana.pdf.

¹⁷⁹ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and Republic of Peru Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, April 1999, art. 12(b), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru_china.pdf.

¹⁸⁰ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and Government of the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 2 December 1993, art. 1(2), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_uruguay.pdf.

riconducibili alla potestà statale, a differenza di quanto invece accade per i partners firmatari.

Al contrario, per quanto concerne il BIT sottoscritto con Trinidad e Tobago¹⁸¹, entrambi i contraenti hanno adottato una versione lessicale che include anche le imprese di Stato, esplicitamente richiamate nel passaggio in cui si fa menzione delle “economic entities [...] incorporated and constituted under the laws and regulations of either Contracting Party and which have their seats in that Contracting Party”.

Ad ulteriore rafforzamento della tesi fin qui esposta, gli accordi sottoscritti con Uganda¹⁸² ed Egitto¹⁸³ non specificano in alcun modo alcuna distinzione tra le imprese *tout court* intese e le *SOEs*, adottandosi in entrambi i casi una prescrizione che rimane silente sul punto.

La circostanza che il medesimo sottoscrittore di BITs, la Cina, abbia sentito l'esigenza di includere, escludere o non specificare affatto quali soggetti debbano rientrare nella categoria di investitori negli accordi siglati con i vari partners citati, depone sicuramente a favore dell'interpretazione che vuole le imprese di Stato come soggetti del tutto parificati rispetto a qualsiasi altro investitore, per ciò che concerne il criterio *ratione personae*. Inoltre, i Paesi sottoscrittori sono altresì rappresentativi di una pluralità di aree geografiche, molto diverse tra loro, con culture giuridiche distanti e prive di un background comune¹⁸⁴.

¹⁸¹ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and Government of the Republic of Trinidad and Tobago Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 24 May 2004, art. 1(2), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_trinidad.pdf.

¹⁸² *Agreement between the Government of the People's Republic of China and Government of the Republic Uganda on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, 27 May 2004, art. 1(2), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uganda_china.pdf, che definisce l'investitore per entrambi gli Stati come “*legal entities, including company, association, partnership, and other organisation, incorporated or constituted under the laws and regulations of either Contracting Party and having their headquarters in that Contracting Party*”.

¹⁸³ *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, 21 APRIL 1994, art. 1(2) (b), reperibile online presso: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/egypt_china.pdf, che definisce l'investitore per entrambi gli Stati come “*economic entities established in accordance with the laws of that Contracting Party and domiciled in its territory*”.

¹⁸⁴ Tale circostanza rileva ai fini del presente ragionamento in quanto, essendo tali Paesi rappresentativi di una pluralità di aree geografiche molto diverse tra loro, è possibile dedurne che si tratti di una prassi largamente condivisa in seno alla Comunità internazionale, intesa nel suo

Per ciò che concerne l'elaborazione giurisprudenziale dei criteri necessari per determinare la competenza *ratione materiae*, il foro più autorevole al riguardo è costituito ancora una volta, senza dubbio alcuno, dai Tribunali ICSID¹⁸⁵.

Una delle pronunce più esemplificative sul tema è quella della *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela case*¹⁸⁶, nella quale il giudice arbitrale stabilisce che:

*“(100) The conditions of Article 25(1) of the ICSID Convention, which are not disputed by the parties, are clearly met. The dispute between Aucoven and Venezuela is a legal dispute, since it relates to the parties’ obligations agreed upon in the Agreement. (101) Moreover, according to the Agreement, Aucoven was to design, construct, operate, exploit, conserve, and maintain the Caracas–La Guaira Highway and the Caracas–La Guaira old road. Pursuant to Clause 64, the parties expressly agreed to consider these works as an investment, which seems reasonable. Indeed, the performance of the Agreement, which implies substantial resources during significant periods of time, clearly qualifies as an investment in the sense of Article 25 of the ICSID Convention”*¹⁸⁷.

Alla luce della definizione fornita, emergono chiaramente tre caratteristiche fondamentali di cui gli investimenti internazionali devono essere dotati: una sostanziale allocazione di risorse messe a disposizione dall'investitore nel *host State*; una partecipazione dell'investitore ai rischi connessi all'attività economica;

complesso, avendo trovato riscontro positivo in sede di negoziazione degli accordi e di stipula dei trattati.

¹⁸⁵ Per ciò che concerne la descrizione delle caratteristiche principali di suddetto Tribunale, si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

¹⁸⁶ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/005, Decision on Jurisdiction of September 2001, para. 100-101.

¹⁸⁷ *Ibidem*, para. 100-101.

infine, “the role of private investment [in] international cooperation for economic development [of the host State]”¹⁸⁸.

Nel medesimo anno la giurisprudenza ICSID è giunta a un ulteriore livello di elaborazione di tali criteri, attraverso il c.d. *Salini test*¹⁸⁹, che prende il nome dal primo caso in cui tali criteri sono stato proposti ed quindi accolti dal giudice arbitrale *de quo*. Le tre caratteristiche già precedentemente richieste, affinché si possa parlare di investimento internazionale, sono state ulteriormente affinate e sistematizzate, venendo suddivise in quattro categorie: apporto, durata, partecipazione al rischio e contributo al progresso economico dello Stato ospitante l’investimento.

Con il termine “apporto” il giudice arbitrale considera tutto ciò che le imprese - italiana nel caso *de quo* - hanno impiegato nell’esecuzione e nella realizzazione del contratto d’appalto dell’opera, stipulato con il Marocco. Vengono indicati tra questi elementi il *know how*, le attrezzature, il personale, i mezzi di produzione nonché i prestiti finanziari ottenuti per l’acquisto dei macchinari, per il pagamento dei lavoratori e per la produzione cantieristica.

Per quanto riguarda la “durata”, la previsione di un contratto d’appalto modulato in trentadue mesi per l’esecuzione dei lavori è stato ritenuto allo stesso modo ampiamente sufficiente per soddisfare il requisito in esame.

Infine, sia per quanto riguarda la “partecipazione al rischio” sia per il “contributo economico garantito all’economia del Paese ospitante l’investimento”, il giudice arbitrale ha ritenuto che la natura dell’opera (i.e. la costruzione di infrastrutture autostradali) soddisfi ampiamente anche questi due criteri.

L’investitore straniero, infatti, alloca risorse proprie al di fuori del Paese di origine, organizzate in un’attività economicamente rilevante, che sarebbero potute essere utilizzate al contrario per l’avanzamento e a vantaggio del proprio Paese¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Preamble of the Washington Convention; *Malaysia Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction of 17 May 2007, para. 143.

¹⁸⁹ Sentenza sulla competenza del 23 luglio 2011, ICSID Case n. ARB/00/4, riprodotta in *Journal de Droit International*, 2002, p. 208.

¹⁹⁰ A. Bonfanti, “*Imprese Multinazionali, Diritti Umani e Ambiente - Profili di diritto internazionale pubblico e privato*”, Università degli Studi di Milano, Studi di diritto internazionale, Giuffrè Editore, 2012, p. 18.

Al fine di agevolare lo spostamento di capitali e di raggiungere il duplice obiettivo di consentire un profitto ulteriore all'investitore - unitamente con un avanzamento significativo dello sviluppo del host State - la tendenza di molti trattati internazionali che disciplinano la materia degli investimenti esteri è ed è costantemente stata quella di ampliare la definizione di investimenti stranieri. La chiara intenzione che risiede dietro tale ampliamento è quella di assicurare la protezione del più ampio spettro possibile di investimenti sotto il cappello del trattato internazionale, in grado di coprire il più ampio numero attività intraprese dall'investitore nel Paese straniero¹⁹¹.

Nello specifico, particolare enfasi viene posta dalla giurisprudenza ICSID sulla questione del contributo allo sviluppo economico del Paese. Il collegio arbitrale nel caso *P. Mitchell v. Congo*¹⁹² ha fatto ricorso a tal fine al criterio teleologico dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969¹⁹³, in relazione al rilievo che assume nel preambolo della Convenzione ICSID la necessità "for international cooperation for economic development".

I Tribunali ICSID ricorrono ai criteri ermeneutici della Convenzione di Vienna anche in un'altra importante pronuncia, il caso *Methanex v. Stati Uniti*¹⁹⁴, quando vengono chiamati ad interpretare la portata ed il significato dell'espressione "measures relating to [...] an investment", contenuta nell'art. 1101 del trattato NAFTA.

Il collegio arbitrale, nel definire l'ambito di applicazione *ratione materiae* del trattato stesso, ricorre a tre criteri prescritti dalla Convenzione: quello testuale, la buona fede ed il c.d. principio dell'effetto utile¹⁹⁵.

¹⁹¹ M. Sornaraja, "The International Law on Foreign Investment", Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012, p. 9.

¹⁹² Sentenza di Annullamento del 1 novembre 2006, *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, cit. para. 21, ICSID Case No. ARB/99/7, reperibile online presso <http://ita.law.uvic.ca>.

¹⁹³ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, signed on 23rd May 1969, 1155 UNTS 331.

¹⁹⁴ Sentenza arbitrale del 7 agosto 2002, *Methanex v. Stati Uniti*, reperibile online presso <http://www.state.gov/s>.

¹⁹⁵ In materia di applicazione del principio dell'effetto utile, l'orientamento adottato dai Tribunali ICSID coincide con quello della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, ricavabile dalla sentenza del caso sullo Stretto di Corfù (*Corfu Channel Case*, United Kingdom v. Albania, Merits, International Court of Justice (ICJ), 9 April 1949, reperibile online presso: <http://www.refworld.org/cases,ICJ,402399e62.html>).

Per quanto riguarda il criterio testuale, il giudice arbitrale specifica come il concetto di *ordinary meaning* previsto dalla Convenzione non debba limitarsi al solo significato letterale, dovendosi ricomprendere all'interno di questo criterio anche il significato giuridico del termine, ponendo l'accento sulla relazione che viene a crearsi tra investitore e investimento, esprimendosi in questo modo: “there must be a legally significant connection between the measure and the investor or the investment”.

Tale conclusione è confermata e rafforzata attraverso il ricorso agli altri due criteri citati, che vengono presi in esame alla luce del Commentario della Commissione di Diritto Internazionale relativo al Progetto di articoli sul diritto dei trattati¹⁹⁶. Il giudice sostiene che l'interpretazione proposta dalla parte privata “imposes no practical limitation and an interpretation imposing a limit is required to give effect to the object and purpose of Charter 11. The alternative interpretation advanced by USA does impose a reasonable limitation”¹⁹⁷.

La problematica principale che consegue da questa frammentazione della definizione di investimento internazionale non concerne solo la difficoltà nel trovare una categoria univoca, in grado di ricomprendere la pluralità di forme di espressione utilizzate, ma si ripercuote anche nel campo della protezione garantita dai trattati stessi a queste attività economiche.

Infatti, la medesima attività promossa dal medesimo investitore potrebbe ricadere o meno all'interno della protezione internazionale, a seconda del trattato di riferimento e/o del Paese presso cui è stato effettuato.

Per questo motivo, molti Studiosi si sono cimentati nell'individuare alcune caratteristiche tipiche, proprie di tutti gli investimenti, in grado sia di uniformare il più possibile la tutela offerta, sia di aumentare la certezza del diritto. Richiamando il linguaggio utilizzato dall'ICSID, questi criteri possono essere individuati in “the commitment of assets into a project with the object of profit and permanence; a concrete risks undertaken by the investor and arising from

¹⁹⁶ *Commentary*, cit., para. 6: “The Commission, however, took the view that, in so far as the maxim *ut res magis valeat quam pereat* reflects a true general rule of interpretation, it is embodied in article 27, paragraph 1, which requires that a treaty shall be interpreted on good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in the context of the treaty and in the light of its object and purpose”.

¹⁹⁷ Sentenza *Methanex v. Stati Uniti*, para. 139, reperibile presso <http://www.state.gov/s>.

legal, political and economic changes; the economic development of the host State”¹⁹⁸.

In conclusione, gli investimenti che soddisfino i suddetti questi criteri possono essere considerati come meritevoli di tutela da parte della normativa internazionale di riferimento, indipendentemente dal soggetto materiale che li pone in essere.

Ciò posto, la qualificazione giuridica dell’investitore nei termini di impresa di Stato o di semplice impresa multinazionale non viene presa in considerazione dal giudice arbitrale internazionale come parametro di valutazione - né per determinare la meritevolezza della protezione dell’investimento, né per riservare un regime *ad hoc* nei confronti di questo *player* - a meno che il trattato non si esprima esplicitamente sul punto.

Pertanto, laddove all’interno di un BIT la definizione di investitore adottata si limiti ad una generica indicazione di qualsiasi “legal entities”, è ragionevole concludere che con tale termine si debbano includere “both privately and publically held companies”¹⁹⁹.

In questo senso, nella precedentemente citata pronuncia *Inceysa v. Republic of El Salvador*, il giudice arbitrale nell’affrontare la questione sollevata dalla parte ricorrente in merito alla giurisdizione dell’organo - per ciò che concerne la natura giuridica dell’investitore - afferma che “any investigation into the scope of consent to arbitration given by the States parties to an ITT should proceed free from any presumption in favour of or against jurisdiction”²⁰⁰. L’unica condizione posta dal giudice riguarda il rispetto della coerenza complessiva del testo. Infatti, la pacifica inclusione delle *SOEs* all’interno del categoria di investitore protetta dal trattato non può e non deve essere contraria ad altre disposizioni normative presenti, rendendo incoerente o contraddittoria la disciplina predisposta dalle Parti.

¹⁹⁸ M. Sornaraja, “*The International Law on Foreign Investment*”, Third Edition, Cambridge University Press, 2012, p. 10.

¹⁹⁹ P.Blyschak, “*State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: when are State-Owned Entities and their Investments Protected?*”, *Journal of International Law and International Relations (JILIR)*, Vol. 6 (2), p. 24, 2011.

²⁰⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award of 2 August 2006, ICSID case No. ARB/03/26, para. 185, reperibile presso http://italaw.com/documents/Inceysa_Vallisoletana_en_001.pdf. Si veda *infra*, cap. 1 par. 2.

2.2.3 Il criterio *ratione personae*.

Per quanto riguarda il secondo criterio, affinché il tribunale internazionale *de quo* possa conoscere della disputa sottopostagli, è necessario che l'investitore privato possieda la nazionalità dello Stato parte del trattato internazionale che istituisce tale tribunale, ai sensi del quale l'investitore basa il proprio claim.

In altre parole, i profili che emergono per questo secondo caso sono due: da un lato, la chiara determinazione della nazionalità dell'investitore; dall'altro, la natura privatistica di tale soggetto²⁰¹.

a) *La determinazione della nazionalità dell'investitore internazionale*

Per quanto riguarda il primo profilo, nel caso in cui l'investitore sia una persona fisica, il criterio *ratione personae* potrà dirsi soddisfatto quando il soggetto ricorrente sia un cittadino del *home State* parte del trattato internazionale che istituisce il tribunale.

Nel caso in cui l'investitore sia una persona giuridica, il *focus* sarà posto su di una serie di caratteristiche che deve avere l'impresa, quali la costituzione societaria secondo i criteri e la normativa dello Stato di dichiarata appartenenza, nonché il centro giuridico e direzionale delle attività societarie collocabile nel *home State*.

b) *La natura privatistica dell'investitore internazionale*

Contrariamente a quanto affermato in merito al primo criterio in esame (*ratione materiae*), in questo secondo caso la circostanza che l'investimento venga posto in essere da un'impresa di Stato può incidere significativamente²⁰².

²⁰¹ G. Zeiler, "Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings", in Binder (et al.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press (OUP), New York, 2009.

²⁰² "The ICSID Convention requirement that disputes be between 'Contracting State' and 'nationals' of the Contracting State is in keeping with the purpose of the Convention, to create an international forum for the settlement of disputes between State and foreign investors. The facilities of the Centre are neither available for disputes between private parties who can either

Infatti, la circostanza che un investitore internazionale - riconducibile allo Stato sotto forma di “proprietà” o di “controllo”²⁰³ - ricorra ad un tribunale internazionale, potrebbe costituire un elemento decisivo nella determinazione dei requisiti previsti per aversi giurisdizione del tribunale adito²⁰⁴.

Come illustrato nella prima parte della presente trattazione, il diritto internazionale in materia di investimenti esteri si è occupato di normare il rapporto investitore - *host State* facendo particolare attenzione al primo soggetto della presente relazione.

L’investitore straniero, infatti, si trova abitualmente ad operare in un Paese diverso da quello di propria nazionalità, sottoposto al rispetto di una legislazione e di una giurisdizione straniere, nonché potenziale “bersaglio” di un’ autorità statale diversa da quella di propria appartenenza. Pertanto, sia i trattati sugli investimenti internazionali, sia il diritto internazionale consuetudinario, non si sono occupati - almeno inizialmente - di tipizzare una normativa *ad hoc*, che variasse a seconda della natura dell’ investitore.

Tale esigenza è maturata e ha iniziato ad avvertirsi in tutta la sua portata in concomitanza con l’ esplosione del fenomeno della globalizzazione, che ha portato le imprese multinazionali genericamente intese ad operare sempre più intensamente all’ estero. Inoltre, il concomitante affermarsi delle *SOEs* come

have recourse to national Courts or to commercial arbitration, nor for disputes between States who can bring their disputes before the International Court of Justice or can arrange to submit them to conciliation or arbitration through conventional arrangements”, C. Schreuer et al., “The ICSID Convention: A Commentary”, Cambridge University Press (CUP), 2009, p. 160.

²⁰³ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

²⁰⁴ “[...] *the fact that an investor is owned or controlled by the sovereign State could very well prove decisive in determining whether the tribunal has jurisdiction ratione personae.*” in M. D. Nolan & F. G. Sourgens, “*State-controlled Entities as Claimants in International Investment Arbitration: An Early Assessment*”, Columbia FDI Perspectives n. 32, 2010, reperibile presso: [http://www.vcc.columbia.edu/files/vale/print/Perspectives - Nolan Sourgens Final 0.pdf](http://www.vcc.columbia.edu/files/vale/print/Perspectives_-_Nolan_Sourgens_Final_0.pdf).

Inoltre, la circostanza che una *SOEs* attui come *claimant* di fronte ad un Tribunale arbitrale internazionale non fa sorgere di per sé la necessità che tale tribunale si interroghi circa il soddisfacimento dei criteri che fissano la propria giurisdizione. A tal proposito, si può fare riferimento a due casi recenti proposti dinnanzi al Tribunale ICISID, quali *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary* (Award of 13 September 2006, ICSID Case No. ARB/04/15, available at: www.iis.org/pdf/2006/itn_telenor_hungary.pdf) e *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles* (Award of 17 December 2003, ICSID Case No. ARB/02/14), nei quali il Tribunale in esame non si è affatto occupato della questione relativa alla natura dell’ investitore straniero, nonostante tali soggetti avessero chiari ed inequivocabili collegamenti con la struttura statale di appartenenza, in quanto il *Respondent State* non ha affatto sollevato tale questione dinnanzi alla Corte, non obiettando alcunché in merito.

player internazionale ha fatto assurgere tale soggetto ad un ruolo sempre più rilevante, a fronte di una normativa esigua o del tutto assente, in quanto fino a quel momento ascrivibile a fenomeno marginale o trascurabile, sia per quantità che per qualità degli atti ad esso riconducibili.

Non fa eccezione a questa logica neppure il dettato della Convenzione ICSID, all'interno della quale non si rintraccia una normativa puntuale per quanto concerne le imprese di Stato in qualità di investitore internazionale.

In particolare, per ciò che concerne la fissazione della giurisdizione dei Tribunali ICSID *ex art. 25* della Convenzione, l'operatore giuridico deve dare risposta ad un quesito fondamentale: in quali circostanze un investitore internazionale ha diritto di citare in giudizio di fronte al Tribunale *de quo il home State* di riferimento della *SOE* per le operazioni poste in essere da quest'ultima.

In altre parole, utilizzando le parole di Aron Borches²⁰⁵, ci si deve chiedere quali imprese di Stato debbano essere considerate come “discharging an essential governmental function of their home State”²⁰⁶, ovvero sia in quali circostanze tale impresa stia attuando come agente del proprio Stato.

Dare risposta a tale quesito assume una rilevanza cruciale in quanto, com'è noto, sia la Convenzione ICSID sia tutti i Tribunali arbitrali internazionali costituiti su questa base possono conoscere unicamente di dispute sorte tra l'investitore privato e lo Stato che ospita l'investimento. Al contrario, le dispute tra Stati o tra privati sono state espressamente escluse dal testo della Convenzione²⁰⁷.

Pertanto, è possibile concludere in via preliminare che, ai sensi del dettato della Convenzione ICSID, alle imprese di Stato sia garantito l'accesso dinnanzi al Tribunale, tuttavia con alcune limitazioni.

²⁰⁵ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2, lett. d).

²⁰⁶ P. Blyschak, “*State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: when are State-Owned Entities and their Investments Protected?*”, *Journal of International Law and International Relations (JILIR)*, Vol. 6 (2), 2011, p. 19

²⁰⁷ C. H. Schreuer, “*The ICSID Convention: A commentary*”, 1st ed., Cambridge University Press (CUP), Art. 25, para. 270, 2001.

2.2.4 L'art. 25 della Convenzione ICSID.

I Tribunali arbitrali internazionali - costituiti ai sensi di un trattato internazionale per conoscere di dispute concernenti gli investimenti *de quo* - devono assolvere preliminarmente la funzione di confermare la loro giurisdizione sul caso di specie, non solo nel rispetto del dettato del trattato che li istituisce, ma anche nei confronti delle arbitration rules che li governano.

Pertanto, qualora il Tribunale sia stato costituito ai sensi delle regole previste dall'International Chamber of Commerce's International Court of Arbitration (ICC-ICA) o dalle UNCITRAL Model Rules, sarà necessario per il Tribunale adito determinare "whether the jurisdictional provisions of these rules have been complied with"²⁰⁸.

I Tribunali designati ai sensi di questi *fora* sono incaricati di esercitare la funzione giudicante per la risoluzione di dispute commerciali tra parti private. Pertanto, le previsioni normative che governano l'accertamento della giurisdizione riguardano genericamente l'accertamento della volontà delle parti - che deve essere stata manifestata nei modi corretti, e dalla quale emerga chiaramente il consenso espresso per sottomettere la risoluzione della disputa dinnanzi al tribunale adito - nonché il rispetto delle regole in materia di corretta formazione del collegio arbitrale.

Per quanto concerne i Tribunali costituiti ai sensi della Convenzione di Washington, diversamente da quanto finora esposto, è previsto il rispetto di un ulteriore elemento oltre al consenso delle parti e alla corretta formazione dell'organo. Infatti, l'art. 25 della Convenzione prevede che "[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State".

Ai fini della presente indagine, la circostanza che l'impresa di Stato sia effettivamente riconducibile ad un soggetto di natura privatistica - che attui quindi come tale e non nelle vesti di "agente dello Stato" - è questione del tutto dirimente

²⁰⁸ P. Blyschak, "State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: when are State-Owned Entities and their Investments Protected?", *Journal of International Law and International Relations (JILIR)*, Vol. 6 (2), 2011, p. 27.

per determinare la sussistenza o meno della giurisdizione dei Tribunali fondati ai sensi della Convenzione ICSID.

Infatti, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, i Tribunali ivi istituiti non possono conoscere di dispute che vedano contrapporsi: due Stati; due soggetti privati anche se di nazionalità diverse; un investitore privato che abbia la medesima nazionalità dello Stato in cui ha effettuato l'investimento²⁰⁹.

La Convenzione, pertanto, si applica unicamente a dispute che vedano contrapporsi da un lato un *Contracting State* e, dall'altro, *nationals of other Contracting State*. La circostanza che una *SOEs* sia riconducibile al *home State* di appartenenza, pertanto, potrebbe mutare sostanzialmente il quadro di riferimento, ora soddisfacendo i requisiti previsti dall'articolo in esame, ora facendoli mancare.

Da questa prospettiva, l'art. 25 della Convenzione di Washington svolge una funzione analoga a quella dell'art. 34 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia²¹⁰, nel delimitare le categorie di soggetti che possono sottoporre il claim al sindacato del Centro. Pertanto, il giudice arbitrale ICSID sarà chiamato fin dalla fase di accertamento della giurisdizione ad una prima verifica circa l'attribuzione degli atti posti in essere dall'impresa di Stato.

Per quel che riguarda la fase dell'accertamento della giurisdizione in caso di *claim* che coinvolga un'impresa di Stato, si possono riscontrare tre orientamenti principali per quel che riguarda l'approccio tenuto dall'organo nel valutare il collegamento tra l'impresa e il soggetto pubblico di riferimento.

Tuttavia, non è possibile trovare una linea di demarcazione temporale tra i due approcci, essendosi alternate pronunce in cui vi è stata da parte dell'organo un'anticipazione di tale giudizio già nella fase dell'accertamento giurisdizionale,

²⁰⁹ G. Zeiler, "Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings", in Binder (et al.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press (OUP), New York.

²¹⁰ *ICJ Statute*, Chap. II, Competence of the Court, Article 34. 1. Only states may be parties in cases before the Court. 2. The Court, subject to and in conformity with its Rules, may request of public international organizations information relevant to cases before it, and shall receive such information presented by such organizations on their own initiative. 3. Whenever the construction of the constituent instrument of a public international organization or of an international convention adopted thereunder is in question in a case before the Court, the Registrar shall so notify the public international organization concerned and shall communicate to it copies of all the written proceedings.

ad altre in cui invece tale giudizio è stato rinviato integralmente alla fase di merito.

Dal momento che la determinazione dell'attribuibilità della condotta dell'impresa allo Stato di riferimento è un'un'operazione che coinvolge entrambi i momenti - sia quello della determinazione della giurisdizione, sia quello del merito - si procederà ad un'analisi separata di queste due indagini.

Nel presente capitolo verrà valutata l'attribuzione degli atti posti in essere dalla partecipata allo Stato ai fini della determinazione della giurisdizione. Nel successivo capitolo, l'attribuzione verrà invece esaminata ai fini della configurazione della responsabilità internazionale dello Stato per gli atti posti in essere dalle *SOEs* a quest'ultimo riconducibili²¹¹.

a) The “formalistic” approach

Per quanto concerne le pronunce in cui i Tribunali ICSID non hanno anticipato il giudizio di attribuzione già fin dalla fase dell'accertamento della giurisdizione, la capostipite delle pronunce è rappresentata dal caso *Salini v. Morocco*²¹².

Nel caso in esame, l'investitore internazionale Salini Costruttori S.p.A. ha citato in giudizio lo Stato del Marocco per la violazione di un contratto di costruzione di un'autostrada siglato con ASM, una *State-owned Enterprise* marocchina.

Il *respondent* ha sollevato l'obiezione della mancanza di giurisdizione *ratione personae* dell'organo adito, dal momento che la disputa era sorta tra un investitore estero e ADM, un'entità distinta e separata dallo Stato.

L'organo, dopo aver precisato che sarebbe entrato nella questione solo “in order to satisfy the legitimate expectation of the Parties”, ha aggiunto come tale analisi non fosse in realtà necessaria dal momento che “the claim [...] are being

²¹¹ A. Sheppard, “*The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case*”, in P. Muchlinski et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* 941-2, 2008, p. 933 ss.

²¹² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction* 23 July 2001, ICSID Case No. ARB/00/4, (2003) 42 I.L.M. 609, [*Salini v. Morocco*], reperibile online presso <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>.

directed against the State and are founded on the violation of the Bilateral Treaty”²¹³.

Tale approccio, seppur non costituisca l’orientamento maggiormente adottato dal Tribunale *de quo*, non risulta tuttavia un caso isolato. Ad esempio, nel caso *Consortium RFCCv. Morocco*²¹⁴, l’organo ha osservato che “[I]es demandes du Consortium étant dirigées contre l’Etat et fondées sur la violation de l’Accord bilatéral, il n’est pas nécessaire, pour la détermination de la compétence du Tribunal, de savoir si ADM est une émanation de l’Etat”²¹⁵.

Allo stesso modo, nel caso *Helnan v. Egypt*²¹⁶ l’organo ha espresso la convinzione che ogni questione riguardante l’attribuzione pertenesse unicamente alla fase di merito, affermando che “[t]he Arbitral Tribunal does not need to decide on the status of EGOH in order to assess its jurisdiction in this case. It has already found that the Claimant has established the existence of a prima facie dispute directly out of an investment and involving Egypt and that the dispute falls within the temporal scope of the Treaty. However, since the parties have thoroughly discussed this point, it considers *ex abundanti cautela* that it is its duty to solve this dispute issue in this Decision”²¹⁷.

L’approccio formalistico qui esposto è stato grandemente criticato, sia dal punto di vista metodologico, sia per quanto riguarda il ragionamento giuridico fatto proprio dal giudice arbitrale per sostenere il proprio orientamento. Infatti, l’organo così facendo sembra confondere gli elementi che fanno riferimento al *referral* con quelli che invece riguardano la giurisdizione. L’accertamento

²¹³ Il Tribunale prosegue affermando che “Since the claims of the Italian companies are being directed against the State and are founded on the violation of the Bilateral Treaty, it is not necessary, in order to determine whether the Tribunal has jurisdiction, to know whether ADM is a State entity. However, as this issue has been discussed at length by the Parties and may possibly, as the case may be, have an influence on the merits of the case, the Tribunal considers that it is of use to rule on the matter in order to satisfy the legitimate expectation of the Parties”. *Salini v. Morocco case*.

²¹⁴ *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction 16th July 2001, ICSID Case No. ARB/00/6, [*Consortium RFCC v. Morocco*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/325>

²¹⁵ *Ibidem*, para. 34.

²¹⁶ *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Decision of the Tribunal on the objection to Jurisdiction 17th October 2006, ICSID Case No. ARB/05/19, [*Helnan v. Egypt*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/529>.

²¹⁷ *Helnan v. Egypt*, para. 91.

giurisdizionale, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, è esercizio distinto rispetto alla verifica della sussistenza delle condizioni per il suo corretto esercizio.

b) The “prima facie” approach

Un orientamento intermedio tra quello del mero rinvio delle questioni attinenti all'attribuzione nella sola fase del merito e quello del loro esame già nella fase dell'accertamento della giurisdizione è rappresentato dal c.d. “*prima facie*” *approach*. I Tribunali nei casi in cui hanno adottato tale approccio si sono limitati ad una valutazione meramente indiziaria degli elementi concernenti l'attribuzione.

Il c.d. *prima facie test* è stato proposto giudice arbitrale *de quo* in diverse pronunce²¹⁸, al fine di determinare la propria giurisdizione fin dalla fase precedente al giudizio, specialmente per ciò che concerne il criterio *ratione materiae*²¹⁹. Tale approccio è stato confermato e applicato anche da altri fori internazionali, come nel caso *United Parcel Service v. Canada*²²⁰.

Uno dei casi più esemplificativi in cui tale test è stato applicato è costituito dal *Toto Costruzioni v. Lebanon case*²²¹, basato sul BIT siglato tra Italia e Libano²²².

Il Libano, chiamato in giudizio dinnanzi ai Tribunali ICSID dall'investitore italiano per l'asserita violazione di un contratto siglato con la *State Entity* libanese

²¹⁸ Tra i casi in cui il *prima facie test* è stato applicato dal Tribunale ICSID si possono ricordare: *CSM Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction 17th July 2003, ICSID Case No. ARB/01/8, at paras. 22-35, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/288> [*CMS v. Argentina*]; *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, Decision on Jurisdiction 29th January 2004, ICSID Case No. ARB/02/6, at paras. 26-157, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1018> [*SGS v. Philippine*]; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, Decision on Jurisdiction 9th January 2004, ICSID Case No. ARB/02/13, at para. 151, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/954> [*Salini v. Jordan*].

²¹⁹ A. Sheppard, “*The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case*”, in P. Muchlinski et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* 941-2, 2008, p. 960 ss.

²²⁰ *United Parcel Service v. Canada*, Award on Jurisdiction 22nd November 2003, UNICTRAL (NAFTA), Case No. UNCT/02/1, paras. 30-37, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1138> [*UPS v. Canada*].

²²¹ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, Decision on Jurisdiction 11th September 2009, ICSID Case No. ARB/07/12, [*Toto Costruzioni v. Lebanon*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1108>.

²²² *Agreement between the Italian Republic and the Lebanese Republic on the Promotion and Reciprocal Protection on Investments*, signed on November 7, 1997. Entered into force on February 9, 2000.

CEGP (CDR)²²³, ha immediatamente obiettato la mancanza di giurisdizione dell'organo adito per assenza del requisito *ratione personae*, in quanto quest'ultima risultava essere un'entità giuridica del tutto separata rispetto allo Stato libanese²²⁴. Il giudice arbitrale ha immediatamente affrontato la questione, già fin dalla fase dell'accertamento della propria giurisdizione sul caso, osservando che “Lebanon may be internationally liable for the acts of the CEGP”, quindi, conseguentemente, “that the Tribunal has jurisdiction *ratione personae*”²²⁵.

L'accento va posto sulla scelta lessicale utilizzata dall'organo di ricorrere al verbo “may”, paradigmatica per quel che riguarda il ragionamento qui proposto. Infatti - ai fini della determinazione dell'attribuzione degli atti della SOE libanese allo Stato di appartenenza, ai sensi dell'art. 5 degli *ILC Articles*²²⁶ -, il giudice arbitrale si è affidato ad un giudizio meramente indiziario, che consentisse di stabilire la possibilità che tale link avesse qualche tipo di fondatezza, senza spingersi fino al verificare la reale e concreta sussistenza del requisito dell'attribuzione²²⁷.

Il *modus operandi* testé descritto adottato dall'organo, dopo aver trovato nuovamente conferma anche in recentissime pronunce²²⁸, è stato oggetto di critica

²²³ Inizialmente tale impresa di Stato aveva assunto il nome di *Conseil Exécutif des Grands Projets* (CEGP), successivamente rinominata *Council for Development and Reconstruction* (CDR).

²²⁴ “According to Lebanon, Lebanon is not a party to the Contract because it was entered into between Toto and CDR, a council with separate legal personality from the State”. *Toto Costruzioni v. Lebanon case*, para. 38.

²²⁵ *Ibidem*, para. 60.

²²⁶ *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of International Law Commission, 2001, Vol. II (Part 2) and Corrigendum.

²²⁷ “Based on the foregoing, the Tribunal’s view is that the CEGP and thereafter the CDR are exercising in the context of the Contract the governmental authority of the Republic of Lebanon. Therefore their acts are acts of the State of Lebanon, as also confirmed by Article 5 of the ILC Draft. Lebanon may be internationally liable for the acts of the CEGP and thereafter the CDR. This means that the Tribunal has jurisdiction *ratione personae* pursuant to Article 7 of the Treaty for acts committed by the CEGP and the CDR”. *Toto Costruzioni v. Lebanon case*, para. 60.

²²⁸ Tra le più recenti, se possono ricordare due. *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Award of 18th June 2010, ICSID Case No. ARB/07/24, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/documents/528>. In questo caso il Tribunale ICSID, chiamato a pronunciarsi dal *respondent* sulla sussistenza della propria giurisdizioni fin dalle fasi preliminari, ha osservato che “the question of attribution looks more like a jurisdictional question [...] it does not, itself, dictate whether there has been a violation of international law [but] rather, it is only a means to ascertain whether the State is involved”, at para. 153. *Electrabel S.A. v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30th November 2012, ICSID Case No. ARB/07/19, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/380>. In questo

da parte del *annulment Committee*²²⁹ del caso *Tulip Real Estate v. Turkey*²³⁰, dopo che il giudice arbitrale aveva già assunto nel medesimo procedimento lo stesso approccio.

Il *Committee* ha contestato la decisione dell'organo di adottare un *low standard* di valutazione dell'attribuzione nella fase dell'accertamento giurisdizionale, osservando che “no specific mention is made of attribution [in article 25] in relation to dispute which may fall within the jurisdiction of the Centre”²³¹. Come si può evincere dal ragionamento proposto dal *Committee*, non vi è un'aperta contestazione di siffatto giudizio; tuttavia, si sottolinea come tale accertamento sia proprio della fase di merito, in funzione della configurabilità di una forma di responsabilità internazionale in capo al *home State* della *SOE*.

c) *Genesi e sviluppo del “Broches Test”*

Per quanto concerne le pronunce in cui i Tribunali hanno anticipato il giudizio di attribuzione già fin dalla fase dell'accertamento della giurisdizione, una delle pronunce più significative in materia di giurisdizione sulle *SOEs* da parte dei Tribunali ICSID riguarda il caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic*²³².

secondo caso, la scelta del Tribunale è stata quella di biforcare il procedimento, affrontando in prima istanza le questioni inerenti alla giurisdizione e alla legge applicabile alla disputa tra le parti, valutate con un Award ad hoc nel 2012. In seconda istanza, il giudice arbitrale ha poi pronunciato il final Award nel 2015. Tuttavia, dopo aver ripetuto le medesime parole utilizzate nel precedente caso (“*the question of attribution looks more like a jurisdictional question*” at para. 7.61), il Tribunale sembra quasi contraddirsi affermando che “*considering this issue of attribution as part of the merits of the Parties’ dispute over this PPA Pricing Claim, the Tribunal rejects the jurisdictional objection made by Hungary as regards the acts of MVM*”.

²²⁹ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Decision on Annulment 30th December 2015, ICSID Case No. ARB/11/28, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1124>.

²³⁰ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Award 10th March 2014, ICSID Case No. ARB/11/28, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1124>.

²³¹ Il *Committee* ha assunto in tale decisione l'approccio c.d. “formalistico”, asserendo che nella fase dell'accertamento della giurisdizione per il Tribunale fosse sufficiente valutare se il *claim* era diretto contro lo Stato chiamato in giudizio, lasciando l'*issue* relativa all'attribuzione alla sola fase del merito. *Ibidem*, para. 34.

²³² *Decision on Jurisdiction, 24th May 1999*, ICSID Case No. ARB/97/4, 14 ICS.ID Rev. - F.I.L.J. 25 [*CSOB v. Slovak Republic*], reperibile online presso: http://ita.law.ca/documents/CSBO-Jurisdictional1999_000.pdf.

Al tempo del *claim* presentato dinnanzi ai Tribunali ICSID, la CSOB Bank era un soggetto riconducibile al governo della Repubblica Ceca, in quanto partecipata oltre il 50% dal soggetto pubblico²³³.

Nel 1993 la CSOB Bank ha posto in essere una serie di accordi con il governo della Repubblica Slovacca, con quello ceco, nonché con due società di raccolta di risparmio (*collection companies*), ognuna delle quali domiciliata nei due Stati in controversia. Inoltre, per ciò che concerne la *collection company* slovacca, i debiti contratti - sotto forma di obbligazioni emesse da tale istituto - erano controgarantite anche dal governo slovacco.

Nel momento in cui la *collection company* slovacca non è più stata in grado di onorare le obbligazioni che garantiva il prestito contratto, ed il governo Slovacco a sua volta non ha controgarantito l'emissione in oggetto, la CSOB Bank ha presentato il proprio *claim* dinnanzi ai Tribunali ICSID, previsto ai sensi del BIT stipulato tra la Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca²³⁴.

Al momento di qualificarsi dinnanzi al giudice arbitrale *de quo*, la CSOB Bank non ha specificato la propria partecipazione azionaria, che la riconduce indubitabilmente al soggetto pubblico.

Il Giudice arbitrale è stato chiamato a pronunciarsi dal governo slovacco sulla propria obiezione presentata ai sensi dell'art. 25 della Convenzione ICSID, asserendo che tale norma "leaves no doubt that ICSID tribunals have no jurisdiction over disputes between two Contracting States"²³⁵.

L'organo, dopo aver genericamente confermato la correttezza della suddetta asserzione, ha tuttavia sottolineato come la Convenzione ICSID non sia "available only to privately owned companies"²³⁶. Al contrario, dopo aver riportato un ampio elenco di precedenti congrui con il caso di specie (su cui il giudice arbitrale si è pronunciato in modo conforme), nonché gli studi effettuati da uno dei più

²³³ Si veda *infra*, cap. 1 par. 1.

²³⁴ *Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of the Czech Republic Regarding the Promotion and the Reciprocal Protection of Investments*, 23 November 1992.

²³⁵ *Decision on Jurisdiction*, 24 May 1999, *CSOB v. Slovak Republic Case*, at para. 16.

²³⁶ *Ibidem*, at para. 16.

autorevoli *drafters* della Convenzione ICSID medesima - Aron Broches²³⁷ - ha sentenziato che “for purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a ‘National of another Contracting State’ unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essential governmental function”²³⁸.

Tale *test* si fonda sulla considerazione che la distinzione classica tra investimenti pubblici e privati - dipendente dalla *source of capital* utilizzata - sia da considerare *out-dated*. Broches sostiene la necessità di utilizzare un approccio diverso per distinguere tra le due tipologie di investimenti. L’elemento cui bisogna prestare attenzione e su cui si deve indagare concerne, al contrario, la natura degli atti posti in essere dall’impresa. Nello specifico, si dovrà valutare se la *SOE*, nello svolgere la propria attività, stia “acting as an agent” o “discharging an essentially governmental function”.

Tale approccio, fatto proprio dal giudice arbitrale - e divenuto poi notorio col nome di “Broches test” -, fu accettato sia dal *claimant* sia dal *respondent* durante la controversia in oggetto, nonché replicato sin da subito dagli stessi Tribunali ICSID nelle successive pronunce²³⁹.

Applicando suddetto test agli estremi del caso in esame, l’organo ha in prima battuta ravvisato come la CSOB Bank fosse partecipata per il 65% dallo Stato

²³⁷ “[...] there is another question which is not dealt with by the Convention, namely whether an entity in order to qualify as a ‘national of another Contracting State’ must be privately owned entity. The broad purpose of the Convention is the promotion of private foreign investment [...] on the other hand [...] in today’s world the classical distinction between private and public investment, based on the source of the capital, is no longer meaningful, if not out-dated. There are many companies that combine capital from private and governmental sources and corporation all of whose shares are owned by the government. But who are practically indistinguishable from the completely privately owned enterprises both in the legal characteristic and in their activities. It would seem, therefore, that for the purpose of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a ‘national of another Contracting State’ unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function”. A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 135 Hague Rec. D. Cours, 1972, pp. 331, 354-355.

²³⁸ *Decision on Jurisdiction*, 24 May 1999, *CSOB v. Slovak Republic Case*, at para. 17.

²³⁹ La prima occasione che si presentò al Tribunale per adottare i parimenti predisposti dal “Broches test” fu proprio nell’anno successivo al *CSOB v. Slovak Republic Case*, in un’altra celebre pronuncia, *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 25 January 2000, ICSID Case No. ARB/97/7, at para.74, [*Maffezini v. Spain*], reperibile online presso http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

Ceco e che, conformemente a quanto obiettato dal *respondent*, tale amplissima maggioranza si fosse altresì tradotta in un “absolute control” del home State²⁴⁰.

In secondo luogo, l’organo ha constatato come tale Banca fosse stata utilizzata nel corso degli anni dallo Stato ceco per sostenere, agevolare e promuovere le proprie operazioni commerciali estere, includendo anche l’esecuzione di transazioni bancarie internazionali “at the State’s behest”²⁴¹.

Nonostante possa apparire *prima facie* incontrovertibile che l’attività svolta dalla CSOB Bank sia collegata alle direttive dello Stato di appartenenza, il giudice arbitrale osserva come gli elementi fin qui delineati non possano essere considerati “as determinative”. Infatti, affinché i parametri del *test* possano essere considerati come soddisfatti - e quindi si possa ritenere la *SOE* in oggetto “as discharging and essential governmental function” - è necessario porre il *focus* non tanto sul “purpose” quanto sulla “nature” degli atti esaminati²⁴².

In altre parole, l’organo sostiene che - a prescindere dal fatto che sia confermata o meno la circostanza che gli atti posti in essere dalla CSOB Bank fossero funzionali “to promote the government policies or purposes” dello Stato Ceco - “the ultimate crucial issue was whether the actions themselves were essentially commercial rather than governmental in nature”²⁴³.

Facendo dunque riferimento alla natura degli atti posti in essere, e non al loro scopo e/o obiettivo, non rileva particolarmente né che CSOB Bank fosse detenuta e controllata dalla mano pubblica, né che le sue attività fossero “driven by State policies”²⁴⁴. Ciò che conta determinare ai fini del presente *test* è che le attività della CSOB Bank abbiano “ever crossed the line between those exercised by private commercial entities, and those exercised by entities of a public nature”²⁴⁵.

In altre parole, il fattore determinante ai fini del presente *test* concerne la natura degli atti posti in essere, in quanto riconducibili o meno alle comuni attività di tipo commerciale, esercitabili anche da qualunque altro soggetto privato in luogo della suddetta entità.

²⁴⁰ *Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, CSOB v. Slovak Republic Case*, at para. 18.

²⁴¹ *Ibidem*, at para. 20.

²⁴² *Ibidem*, at para. 20-21.

²⁴³ *Ibidem*, at para. 20-21.

²⁴⁴ *Ibidem*, at para. 21.

²⁴⁵ *Ibidem*, at para. 23.

Il giudice arbitrale conclude affermando che non si ravvisa nel caso di specie alcuna competenza speciale od esclusiva esercitata dalla CSOB Bank, riconducibile ad alcuna manifestazione della sovranità statale. Per questo motivo, non si può affermare che “CSOB’s investments were the discharge of an essentially governmental function”.

La decisione elaborata dai Tribunali - di portata del tutto rivoluzionaria per l’epoca - rappresenta senz’altro un’innovazione circa la lettura dei requisiti previsti dall’art. 25 della Convenzione ICSID, al fine di determinare la giurisdizione dell’organo adito. Concentrandosi unicamente sulla natura delle attività poste in essere dall’impresa di Stato, senza considerare affatto le motivazioni che vi stiano alla base, si semplifica considerevolmente il lavoro dell’interprete, migliorando entrambi gli aspetti della certezza del diritto e della prevedibilità delle pronunce degli operatori²⁴⁶.

Infatti, determinare quale sia la natura delle attività poste in essere dalla *SOE* è operazione senza dubbio più semplice rispetto all’indagine su scopi ed obiettivi che le sottendano. Inoltre, categorizzare gli investimenti come privati o pubblici a seconda che l’attività posta in essere sia caratterizzata dallo svolgersi di una funzione pubblica o meno, consente al tempo stesso di attribuire anche ad un investitore apparentemente privato la qualifica di agente del proprio Stato.

Le motivazioni per cui gli investimenti vengono effettuati sono spesso molto più difficili da decifrare, possono essere abilmente mascherate dall’investitore, nonché se ne possono al tempo stesso rintracciare una pluralità dietro un singolo investimento, risultando oltremodo difficile determinare quale sia quella determinante o prioritaria.

Dopo aver determinato le modalità con cui il “Broches test” viene applicato per verificare la presenza o meno di una “essentially governmental function” posta in essere dall’impresa di Stato, l’indagine si sposta sulla tipologia di imprese cui applicarlo.

²⁴⁶ G. Zeiler, “*Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings*”, in Binder (et al.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press (OUP), New York.

Come precedentemente illustrato, l'ICSID non è il foro deputato alla risoluzione delle controversie che coinvolgano gli Stati, delle quali si occupa ad esempio la Corte Internazionale di Giustizia. La circostanza che uno dei due soggetti sia necessariamente un investitore privato, contrapposto ad un'entità statale, è *conditio sine qua non* affinché tale organo possa conoscere del claim sottoposto. Tuttavia, la qualifica di impresa di Stato non è di così immediata e facile determinazione, in particolar modo a causa delle molteplici forme di *governance* e di partecipazione societaria che esse possono assumere²⁴⁷. La dicitura “mixed economy company or government-owned corporation”²⁴⁸, così come elaborata da Broches stesso, è sufficientemente ampia per ricomprendere una pluralità di manifestazioni societarie, che devono essere poi valutate non tanto per la loro struttura quanto per la natura delle attività poste in essere.

Una delle prime applicazioni del “Broches test” - successiva a quella in cui è stato formulato per la prima volta - ha riguardato il caso *Maffezini v. Spain*²⁴⁹.

Chiamato ad anticipare il proprio giudizio sulla determinazione della giurisdizione sul caso di specie, l'organo nel *Maffezini case* è sembrato dapprima accogliere il threshold adottato nel “*prima facie*” approach.

Per il claimant, inoltre, ha inizialmente stabilito come fosse sufficiente provare un'attribuibilità di tipo puramente indiziario degli atti contestati alla SOE, che si asseriva facesse capo allo Stato citato in giudizio in luogo di quest'ultima²⁵⁰.

Tuttavia, il caso in esame ha senza dubbio contribuito all'affermazione del “Broches Test”, come si può evincere da un'attenta analisi dei fatti e del ragionamento giuridico proposto dai Tribunali.

²⁴⁷ Come indicato da Schreuer, “[...] situation is less clear when it comes to wholly or partially government controlled companies (or other entities, such as funds responsible for investing sovereign wealth)”. C. Schreuer, “*The ICSID Convention: A Commentary*”, 1st ed., Cambridge, Cambridge University Press (CUP) at Art. 25 para. 271.

²⁴⁸ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

²⁴⁹ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000*, ICSID Case No. ARB/97/7, at para. 74, [*Maffezini v. Spain*], reperibile online presso http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

²⁵⁰ *Maffezini v. Spain case*, at para. 89. Come illustrato nel capitolo precedente, la determinazione della sussistenza dei requisiti richiesti affinché sia configurata la giurisdizione del giudice arbitrale adito non spetta unicamente al claimant. Il Tribunale, infatti, dovrà operare una valutazione autonoma in merito alla risoluzione di questo aspetto preliminare fondamentale. Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

Il Sig. Maffezini, di nazionalità argentina, aveva costituito una società ai sensi del diritto spagnolo per la produzione e la distribuzione di prodotti chimici in Galizia (Spagna). Tale società era partecipata al 70% dal Sig. Maffezini stesso, mentre per il restante 30% da SODIGA (*Sociedad para el Desarrollo Industrial del Galicia*). A causa del fallimento dell'attività economica, determinato da un significativo aumento sopravvenuto dei costi di realizzazione del progetto, il Sig. Maffezini ha citato SODIGA in giudizio dinnanzi al Tribunale, imputando la responsabilità di tale fallimento proprio alla società partecipata dalla municipalità galiziana, rea di aver errato il *planning* aziendale e di non essere stata in grado di calcolare i suddetti costi, in violazione delle norme previste dal BIT stipulato tra Argentina e Spagna.

Lo Stato spagnolo ha immediatamente contestato la giurisdizione del giudice arbitrale adito, replicando che la disputa in oggetto riguarda unicamente il rapporto tra Maffezini e SODIGA, non essendo lo stesso in alcun modo coinvolgibile nel procedimento.

L'organo è stato dunque chiamato a determinare “whether or not SODIGA is a State entity for the purpose of determining the jurisdiction of the Centre and the competence of the Tribunal”²⁵¹.

Dopo aver premesso che la Convenzione ICSID non contiene alcun “guiding principle” in materia, l'organo ha proseguito affermando che dovrà far ricorso a “the applicable rules of international law”, facendo notare come esse “have evolved and been applied in the context of the law of State responsibility”. Per venire a capo della questione, pertanto, dovranno essere esaminati “various factors”, includendo sia “ownership” che “control” della società SODIGA, effettuando al contempo un esame “from a formal or structural point of view” della stessa²⁵². Qualora si determinasse che SODIGA è “directly or indirectly

²⁵¹ *Ibidem*, at para. 75

²⁵² La particolare attenzione posta dal Tribunale ICSID sui concetti di “ownership” e di “control” assume ancor più rilievo se si osserva un passaggio fondamentale contenuto nel giudizio di merito: “The structural test, however, is but one element to be taken into account. Other elements to which international law look are, in particular, the control of the company by the State or State entities and the objectives and functions for which the company was created. As the Tribunal emphasized in its decision on jurisdiction, many of these elements point in the instant case to its public nature”, *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Award 13 November 2000, ICSID

owned by Spain, or directly or indirectly controlled by Spain”, questo darebbe adito “to a rebuttable presumption that it is a State entity”²⁵³.

Il medesimo ragionamento può essere rintracciato anche nel *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco case*²⁵⁴. Nonostante tale caso sia apparentemente ascrivibile al *formalist approach* stante le premesse con cui esordisce il giudice arbitrale, una più attenta analisi dei fatti e delle decisioni assunte dall’organo consentono di apprezzare come anche questa pronuncia abbia contribuito all’affermazione del “Broches Test”.

In merito ai fatti inerenti al caso di specie, due costruttori italiani legati da un *joint tender* hanno realizzato l’opera di una sezione di autostrada in Marocco - che collegava le città di Rabat e Fez - eseguita in seguito all’invito ricevuto dalla *Société Nationale des Autoroutes du Maroc* (ADM), società costituita sotto forma di *limited liability company*. Tale opera fu ultimata dalle due società con quattro mesi di ritardo rispetto alle previsioni stimate, circostanza che ha portato ADM ad eseguire solo una parte del pagamento pattuito, imputando il ritardo alle stesse e quantificandolo in una decurtazione della cifra dovuta.

I Tribunali ICSID, investiti della questione, sono stati chiamati a determinare se ASM fosse una *State Entity*. Facendo riferimento proprio al caso Maffezini, l’organo ha sentenziato che “generally, any commercial entity dominated or predominantly controlled by the State or by State institutions, whether it has legal personality or not, is considered to be a State-owned company”²⁵⁵.

A ben vedere, quindi, si tratta di uno dei primi casi in cui i Tribunali ICSID, nonostante un’apparente iniziale ritrosia, hanno in realtà adottato ed applicato il “Broches test”. L’organo, infatti, ha concentrato la propria analisi sul verificare la natura degli investitori, indagando sulla circostanza che stessero in realtà “acting as government agent” o “discharging essentially governmental function”.

Case No. ARB/97/7, at para. 50, [*Maffezini v. Spain*], reperibile online presso <http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Award-English.pdf>.

²⁵³ *Ibidem*, at para. 76-77.

²⁵⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction 23 July 2001, ICSID Case No. ARB/00/4, (2003) 42 I.L.M. 609, [Salini v. Morocco]*, reperibile online presso <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>.

²⁵⁵ *Ibidem*, at para. 31.

Il *focus* del test è stato posto nel valutare la portata dell'estensione delle “alleged breaches of international law” poste in essere dalle *State Entities* in rapporto con l'investitore, che stessero attuando “on behalf of the State as an agent of the State”, oppure “in place of the State through the exercise of essentially governmental functions”²⁵⁶.

Ai sensi dell'interpretazione e dell'applicazione fornita dai Tribunali, il “Broches test” non circoscrive i suoi effetti alle sole *State-owned Entities* intese in senso stretto. Infatti, nel caso *CSOB v. Slovak Republic*, la partecipazione da parte della Repubblica Ceca della suddetta banca in una quota pari al 65% del capitale sociale è stata valutata come sufficiente per ritenere l'istituto “owned in one form or another by the Czech Republic”. Tale partecipazione è stata valutata altresì come congrua per ritenere che lo Stato avesse “absolute control over the bank”²⁵⁷.

La “State ownership”, in realtà, non viene richiesta in sé e per sé dal “Broches test”, né per determinare che l'entità in esame stia “acting as government agent”, né per sancire che l'impresa stia attuando “in place of the State through the exercise of essentially governmental functions”.

In ultima analisi, ciò che risulta davvero determinante è piuttosto il “control” esercitato dal soggetto pubblico sull'impresa, sia che essa assuma in modo *ictu oculi* evidente le forme di *SOE* propriamente detta, sia che essa appaia *prima facie* privata. Tale rilievo è confermato anche dalla lettera dell'art. 25(2)(b) della Convenzione ICSID, laddove definisce “National of another Contracting State [...] any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute [...] and which, because of foreign control the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State”. Nonostante il termine “control” non venga qui utilizzato esattamente nei termini che interessano la presente discussione, rimane importante rilevare come esso sia l'elemento

²⁵⁶ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, (Decision on Jurisdiction, 22 April 2005), ICSID Case No. ARB/03/3, reperibile online presso: <http://ita.law.uvic.ca/documents/impregilio-decision.pdf>. Si veda inoltre E. S. Romero, “*ICC Case Law*”, in E. Gaillard & J. Younan, eds., *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 4, 2008, p. 31.

²⁵⁷ *CSOB v. Slovak Republic*, at para. 18.

discriminante nonché il filo conduttore previsto sia dalla norma in esame, sia dalla Convenzione ICSID complessivamente intesa²⁵⁸.

Tale controllo non si sostanzia necessariamente in una “mere majority holding of shares [...] be a decisive indicator of control”²⁵⁹. Non solo non si deve considerare la maggioranza di partecipazioni azionarie come un elemento decisivo, ma nemmeno necessario, come ribadito dalle note dei redattori della Convenzione stessa, laddove hanno riconosciuto che “even a minority holding of as little as 25% or even 15% might amount to control through a capacity to block major changes or otherwise”²⁶⁰.

²⁵⁸ Prima della formulazione del “Broches test”, il Tribunale ICSID, chiamato a dirimere questioni di siffatta natura, si è limitato ad analizzare dall’alto il quadro giuridico di riferimento, senza giungere tuttavia a pronunciarsi esplicitamente sul punto. Ad esempio, nel caso *Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana* (*Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana*, Award of 16 February 1994, ICSID Case No. ARB/92/1, 9 ICSID Rev. - F.I.L.J. 72 [*Vacuum Salt v. Ghana*], reperibile online presso <https://www.italaw.com/cases/3282>), il Tribunale è stato chiamato a determinare se - ai sensi dell’art. 25(2)(b) della Convenzione - la società di diritto Ghanese, partecipata all’80% da nazionali ghanesi e al 20% da nazionali greci, dovesse considerarsi come controllata da quest’ultimi. Dopo aver premesso che “there is no strict formula for determining control” e che ogni caso “must be viewed in its own particular context, on the basis of all the facts and circumstances”, ha dapprima concluso che fosse “reasonable to conclude that 100% ownership would almost certainly result in [...] control” (at paras. 43-44). Proseguendo nel proprio ragionamento, argomentando sul significato del termine “control” ai sensi dell’art. 25(2)(b), si è interrogato sulla circostanza che esso “means exclusive control, or whether it allows for the possibility that more than one shareholder or group of shareholders may enjoy control”. Tuttavia, il ragionamento non si è concluso con alcuna presa di posizione chiara sul punto, dal momento che il Tribunale stesso non ha ritenuto di dover prendere alcuna decisione sul merito, ai fini della risoluzione del caso sottoposto. L’orientamento del Tribunale è sensibilmente cambiato in seguito all’adozione del “Broches test”, come testimoniato dai casi *Sempra Energy International v. The Argentine Republic* e *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (rispettivamente, *Decision on Objection to Jurisdiction*, 11 May 2005, ICSID Case No. ARB/02/16, at para. 51, reperibile online presso: <http://ita.law.ca/documents/sempra-en.pdf>; *Decision on Objection to Jurisdiction*, 11 May 2005, ICSID Case No. ARB/03/2, reperibile online presso: <http://ita.law.ca/documents/camuzzi-jurisdiction.pdf>). In entrambi i casi il Tribunale ha ritenuto che anche “multiple minority foreign investors” fossero in grado di esercitare un controllo tale da soddisfare i requisiti richiesti dall’art. 25(2)(b) della Convenzione.

²⁵⁹ “The purpose of this provision is to allow companies incorporated in State A to bring investments claims against State A where they are controlled by investors from State B. This provision is therefore an acknowledgment of, and a response to, the fact that it is common for national foreign investment laws to require inbound foreign investments to be made through locally incorporated vehicles”, C. H. Schreuer, “The ICSID Convention: A commentary”, 1st ed., Cambridge University Press (CUP), Art. 25, para. 760-763, 851, 2001.

²⁶⁰ Come affermato da Schreuer, “control over a juridical person is not a simple phenomenon. Participation in the company’s stock or share ownership, while relatively simple to ascertain, is not necessarily a reliable indicator of control. Different voting rights attached to different types of shares, decision-making procedures and the exercise of management all contribute to a complex picture of control”. Quello fornito dall’art. 25 è un parametro complesso, “a complex question requiring examination of several factors”. Infine, “for the purpose of ICSID’s jurisdiction, the concept of control should be treated with some flexibility”, C. H. Schreuer, “History of the ICSID

L'approccio adottato dai Tribunali ICSID ha trovato coincidenza di vedute e conferma anche presso i tribunali arbitrali di altri fori. Ad esempio, è possibile citare il caso *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*²⁶¹, in cui il giudice arbitrale è stato chiamato a determinare se ed in che modo fattori diversi dalla *ownership* possano produrre forme di *control*.

Nonostante la società Thunderbird detenesse una quota inferiore al 50% delle partecipazioni all'interno della *Mexican Investment Vehicles*, l'organo ha in ogni caso ritenuto che ciò fosse sufficiente ai fini dell'esercizio di un controllo *de facto*²⁶².

Infine, nel caso *AdT v. Bolivia*²⁶³, i Tribunali sono stati chiamati a pronunciarsi sulla circostanza che il *control* debba essere "in fact [...] exercised", oppure se la sua "mere presence and potential to be exercised" sia sufficiente ai fini dell'integrazione dei requisiti previsti dall'art. 25(2)(b). Il Tribunale è giunto alla conclusione che "control [...] encompass both actual exercise of powers or direction and the rights arising from the ownership of shares"²⁶⁴.

Nel caso di specie, AdT - dopo aver presentato ricorso presso i Tribunali ICSID per l'asserita violazione delle previsioni del BIT siglato tra Bolivia e Olanda - ha cercato di dimostrare i requisiti dell'articolo in esame sulla base della propria *ownership* detenuta attraverso una "series of Dutch holding

Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", ICSID Vol. 2 at 447-448, 538, 1968; C. H. Schreuer, "The ICSID Convention: A commentary" 1st ed., Cambridge University Press (CUP), Art. 25, para. 850-851, 864-865, 2001.

²⁶¹ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Tribunal constituted under Chapter Eleven of NAFTA, conducted under the UNCITRAL Rules, Award of 26 January 2006, reperibile online presso: http://iisd.org/pdf/2006/itn_award.pdf.

²⁶² Il Tribunale arbitrale sul punto si è espresso in questo modo: "it is quite common in the international corporate world to control a business activity without owning the majority voting rights in shareholder meetings. Control can also be achieved by the power to effectively decide and implement the key decision of the business activity of an enterprise and, under certain circumstances, control can be achieved by the existence of one or more factors such as technology, access to supplies, access to markets, access to capital, know how, and authoritative reputation. Ownership and legal control may assure that the owner or legally controlling party has the ultimate right to determine key decision. However, if in practice a person exercise that position an expectation to receive an economic return for his efforts and eventually be held responsible for improper decisions, one can conceive the existence of a genuine link yielding the control of the enterprise to that person". *Ibidem*, at para. 107, 108.

²⁶³ *Agua del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Jurisdiction of 21 October 2005, ICSID Case No. ARB/02/3, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/57>.

²⁶⁴ *Ibidem*, at para 227.

companies”²⁶⁵. Lo Stato Boliviano ha replicato in giudizio a tale asserzione - contestando il soddisfacimento dei requisiti necessari per determinare la giurisdizione dei Tribunali *de quo* - affermando che “the holding companies were mere shells without any actual control over AdT and that all such actual control resided with the large Italian and American parents of the holding companies”²⁶⁶. La difesa dello Stato Boliviano ha concluso affermando che “any assertion of control required proof of actual control”²⁶⁷.

Il giudice arbitrale non ha accolto l’impostazione, sostenendo che “it is almost impossible to discern precisely at what stage mere formal control through ownership might transform and become actual or effective control”, proseguendo poi nell’affermare che, a prescindere dall’effettivo ed attuale esercizio, “control is a quality of the ownership interest”. Pertanto, in conclusione, “an entity may be said to control another entity [merely] if it possesses the legal capacity to control it, even in the absence of its overt exercise of such control”²⁶⁸.

d) Il rapporto tra l’art. 25 della Convenzione ICSID e la definizione di investitore fornita dai BITs

Molti trattati sugli investimenti internazionali prevedono espressamente la possibilità che le *SOEs* abbiano facoltà di presentare *claims* dinnanzi ai Tribunali arbitrali internazionali con la qualifica di investitore²⁶⁹.

²⁶⁵ *Ibidem*, at para 210, 213.

²⁶⁶ *Ibidem*, at para 206-209.

²⁶⁷ *Ibidem*, at para 207.

²⁶⁸ *Ibidem*, at para 242.

²⁶⁹ Sul punto si veda: USA-Korea Free Trade Agreement (firmato il 30 giugno 2007 ed entrato in vigore il 15 marzo 2012) art. 11.28 (KORUS) (*including ‘State enterprise’ within the definition of ‘investor of a Party’*); Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China-Mexico BIT, firmato l’ 11 luglio 2008 ed entrato in vigore il 6 giugno 2009), art. 1 (*including within the definition of ‘investor of a Contracting party’ an ‘enterprise’ which is defined to include ‘governmentally owned’ entities*); Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the Member Countries of the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea (firmato il 2 giugno 2009 ed entrato in vigore il 1 settembre 2009) arts. 1(k) e 1(l) (*including within the definition of ‘investor of a Party’ a ‘juridical person of a Party’ which is defined to include ‘governmentally-owned’ legal entities*); Agreement among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion, Facilitation, and Protection of Investment (Japan-Korea-China Trilateral

Dalla dissertazione fin qui esposta, inoltre, è possibile ricavare come l'approccio adottato dai Tribunali ICSID sia teso, in generale, ad estendere il più possibile l'area del proprio giudizio.

Questa combinazione di fattori ha come risultato che tale tendenza si sia spinta, in almeno tre casi, addirittura a non applicare né il "Broches Test" né il rigoroso dettato dell'art. 25 al fine di determinare la giurisdizione dell'organo, rimettendosi unicamente alla definizione giuridica che le parti avevano dato di sé stesse nei precedenti accordi intercorsi.

Ad esempio, nel caso *HEP v. Slovenia*²⁷⁰, il *claim* riguardava la proprietà e le operazioni concernenti un impianto di produzione elettrica a combustione nucleare situato in Slovenia, costruito durante gli anni '70 del secolo scorso. In seguito alla disgregazione prima dell'Unione Sovietica e poi dell'ex Jugoslavia, la proprietà dell'impianto era divenuta condivisa tra lo Stato sloveno e quello croato, finanziatori alla pari del progetto e detentori del "50 per cent interest in the power plant" ciascuno²⁷¹.

In seguito al raggiungimento di un accordo tra i due Stati, siglato all'interno di un accordo concluso nel 2001²⁷², nel 2005 la società HEP, compagnia elettrica di bandiera croata detentrica della metà delle partecipazioni societarie dell'impianto, decide di rivolgersi ai Tribunali ICSID per a violazione del suddetto accordo da parte della Slovenia.

Al momento di valutare la sussistenza della propria giurisdizione, l'organo ha preso in considerazione unicamente il dettato dell'accordo siglato dalle parti, senza valutare in alcun modo il soddisfacimento dei criteri previsti all'art. 25 della Convenzione²⁷³. Di conseguenza, la circostanza che la controversia potesse essere

Agreement on Investment, firmato il 13 maggio 2012 ed entrato in vigore il 17 maggio 2014) art. 1 (2) e (4) (*including within the definition of 'investor of a Contracting Party' an 'enterprise of a Contracting Party' which is defined to include 'government-owned or controlled' legal persons*).

²⁷⁰ *Hrvatska elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, Decision on the Treaty interpretation issue of 12 June 2009, ICSID Case No. ARB/05/24 [*HEP v. Slovenia*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/3242>.

²⁷¹ *Ibidem*, para. 7.

²⁷² *Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia on the Regulation of the Status and Other Legal Relations Regarding the Investment, Use, and Dismantling of Nuclear Power Plant Krsko*, 19 December 2001.

²⁷³ "Given the language of the dispute settlement provision in the 2001 Agreement [the Tribunal] it was in no doubt as to its jurisdiction to hear and decide the dispute here presented to it", *HEP v. Slovenia*, para. 169.

sorta tra due *Contracting States* - Slovenia e Croazia - non è stata per nulla valutata. Tale circostanza, se verificata, avrebbe determinato la mancanza di giurisdizione sul caso da parte del giudice arbitrale.

Nel caso *CDC v. Seychelles*²⁷⁴ il ricorrente *CDC Group plc* - “founded in 1948 as the UK governmental instrumentality for investing in developing Countries [...] wholly owned by the UK government”²⁷⁵ - lamentando la violazione da parte del governo delle Seychelles di due contratti, stipulati nel 1990 e nel 1993, decide di presentare il proprio claim dinnanzi ai Tribunali ICSID.

All’interno di entrambi questi accordi, il ricorrente veniva definito come “National of another Contracting State for the purpose of Article 25 of the ICSID Convention”²⁷⁶. Il governo delle Seychelles, dopo aver inizialmente sollevato la *jurisdictional objection* ai sensi dell’articolo in esame, ha ritirato la propria istanza, rinunciando al sindacato dell’organo sul punto. Tuttavia, com’è noto, “consent alone is not sufficient to bring a dispute within the jurisdiction of ICSID”²⁷⁷, di conseguenza il giudice arbitrale avrebbe dovuto autonomamente verificare la sussistenza dei requisiti previsti all’art. 25, non confidando esclusivamente sul ritiro dell’istanza da parte del respondent.

Infine, nel caso *Telenor v. Hungary*²⁷⁸, il *claimant* - società di telecomunicazioni detenuta al 75% dal Regno di Norvegia - ha presentato ricorso presso i Tribunali ICSID contro lo Stato Ungherese nel 2003, per violazione dell’articolo VI (concernente *Expropriation and Compensation*) del BIT siglato tra Norvegia ed Ungheria. Quest’ultimo Stato, in giudizio, non ha sollevato alcuna obiezione in merito alla giurisdizione dell’organo sul caso, circostanza che ha

²⁷⁴ *CDC Group plc v. Seychelles*, Award of 17 December 2003, ICSID Case No. ARB/02/14 [*CDC v. Seychelles*], reperibile online presso <https://www.italaw.com/cases/3439>.

²⁷⁵ *Ibidem*, para. 2.

²⁷⁶ *Ibidem*, para. 4.

²⁷⁷ ICSID, “*Report on the Executive Directors on the Convention*”, 2006, para. 25, reperibile presso http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. Si veda inoltre: C. F. Amerasinghe, “*Dispute settlement machinery in relation between states and multinational enterprises – with particular reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes*”, Vol. 11, ed. n. 1, *The International Lawyer* 45, p. 48 (“*Because of their constitutional nature, various jurisdictional limitations [under the ICSID Convention] cannot be waived by the parties, acting either individually or jointly*”), 1977.

²⁷⁸ *Telenor Mobile Communication AS v. Hungary*, Award of 2 June 2006, ICSID Case No. ARB/04/15 [*Telenor v. Hungary*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/documents/1094>.

portato il giudice arbitrale a non interrogarsi sulla sussistenza dei requisiti previsti all'art. 25 della Convenzione.

Mentre la Convenzione ICSID richiede che la disputa riguardi un *Contracting State* e un *national of another Contracting State*, i BITs generalmente richiedono che tali disputa sorga tra un "State party" ed un "investor of another State party"²⁷⁹. Questa seconda definizione, evidentemente più estesa e meno accurata della precedente, consente di ricomprendere un cappello più ampio di investitori rispetto a quelli previsti ai sensi della Convenzione di Washington.

Parrebbe del tutto inopportuno, pertanto, che il sindacato dell'organo non si estenda autonomamente in questi casi anche ad una valutazione della sussistenza dei requisiti previsti per determinarne la giurisdizione, indipendentemente dal fatto che il *respondent* abbia sollevato la *jurisdictional objection*.

Nonostante non sia possibile ricavare una congrua e consistente prassi in questo campo, è interessante notare come il giudice arbitrale, al contrario, si sia accontentato semplicemente della definizione fornita dalle parti stesse all'interno dei BITs sottostanti.

e) I limiti del "Broches Test"

Come discusso nei paragrafi precedenti, il "Broches Test" sancisce che "for the purpose of the Convention, a mixed economy company or government owned corporation should not be disqualified as a 'National of another Contracting State', unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essential government function"²⁸⁰.

La presenza della disgiunzione "or" tra i termini "agent for the government" e "discharging an essential government function" chiaramente sottintende la necessità di tenere separati i due accertamenti, che richiedono quindi parametri *ad hoc* di valutazione.

²⁷⁹ B. Legum, "Defining Investment and Investor: Who is entitled to claim? Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda", 22 *Arbitration International* 524, 2006, p. 525.

²⁸⁰ A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 135 *Hague Rec. D. Cours*, pp. 331, 354-355.

Il primo profilo di criticità riguarda proprio la distinzione ontologica di questi due concetti che, sia nella formulazione dell'enunciato proposto da Broches, sia nell'applicazione fornita dai Tribunali ICSID²⁸¹, appare al contrario piuttosto confusa.

Vista la mancanza di riferimenti precisi da adottare, all'interprete rimane come unico punto di riferimento il parametro del "agent for the government" all'art. 8 dei *Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts*, documento licenziato dalla *International Law Commission* nel 2001²⁸².

Ai sensi del dettato dell'articolo in esame, infatti, "the conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, the State in carrying out the conduct"²⁸³. Il *ILC Commentary* ufficiale, licenziato dalla Commissione medesima contestualmente all'adozione dei *Draft Articles*, all'art. 8 spiega che, mentre "as a general principle, the conduct of [...] entities is not attributable to a State under international law [...] circumstances may arise [...] where such conduct is

²⁸¹ Ad esempio, proprio nel primo caso in cui fu applicato tale test, *CSOB v. Slovak Republic*, il Tribunale non è riuscito a dare una definizione concettualmente distinta del parametro "government agent" rispetto a quello "government function". In un primo passaggio, infatti, il Tribunale sostiene che "it cannot be denied that for much of its existence, CSOB acted on behalf of the State in facilitating or executing the international banking transaction and foreign commercial operations the State wished to support, and that the State's control of CSOB required it to do the State's bidding in that regard. But in determining whether CSOB, in discharging these functions, exercised governmental functions, the focus must be on the nature of these activities and not on their purpose". Successivamente, il giudice arbitrale afferma che "[...] even if one were to conclude that the non-performing assets derived from activities conducted by CSOB as an agent of the State, the measures taken by CSOB to remove them from its books in order to improve its balance and consolidate its financial position in accordance with the provision of the Consolidation Agreement, must be deemed to be commercial in character", at paras. 10-19. Inoltre, la preponderante attenzione rivolta dal Tribunale al parametro della "essentially governmental function" rispetto a quello del "government agent" non è giustificabile né ai sensi dell'enunciato proposto da Broches, né direttamente o indirettamente ricavabile dal dettato dell'art. 25(2)(b) della Convenzione. Infatti, qualora il Tribunale verifici presenza di uno solo dei due parametri indicati, ciò dovrebbe condurlo a denegare la propria giurisdizione sul caso sottoposto, per la violazione dell'art. 25 della Convenzione.

²⁸² *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of International Law Commission, 2001, Vol. II (Part 2) and Corrigendum.

²⁸³ *Report of the ILC on the Works of its Fifty-third Session*, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10 (2001), at para. 43. Gli articoli 4, 5 e 8 dei *Draft Articles* sono considerati codificazione del diritto internazionale consuetudinario. Sul punto, tra i molti, si veda S. M. Perera, "State Responsibility: Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes", *Journal of World Investment & Trade*, p. 495, 499-510, 2005.

nevertheless attributable to the State because there exists a specific factual relationship between the entity engaging in the conduct of the State”²⁸⁴.

Il *ILC Commentary* chiarisce come l’art. 8 si applichi in presenza di due differenti situazioni. La prima concerne la possibilità che “private persons or entities” attuino “on the instruction of the State in carrying out the [...] conduct”. La seconda riguarda invece “the more general situation where private persons act under the State’s direction or control”²⁸⁵. Si fa inoltre notare nel Commentario che i tre termini “instruction”, “direction” e “control” debbano essere intesi in modo disgiunto, essendo sufficiente che venga verificata la sussistenza di uno solo di questi parametri.

Il possibile parallelismo tra il dettato l’enunciato del “Broches test” - nella parte relativa al “agent for the government” - e la previsione di cui all’art. 8 dei *Draft Articles* si intensifica ulteriormente qualora si consideri che, ai sensi del Commentario, nel caso in cui sorga una questione riguardante “the conduct [...] carried out under the direction or control of a State”, tale condotta “will be attributable to the State only if it directed or controlled the specific operation and the conduct complained of was an integral part of that operation”²⁸⁶.

Inoltre, per quel che riguarda lo specifico rapporto tra le operazioni rientranti nel dettato dell’art. 8 e le attività poste in essere dalle *SOEs*, il Commentario si esprime esplicitamente sul punto, richiedendo “the existence of a real link between the person or group of persons performing the act and the State machinery”. Più in dettaglio, prosegue affermando come sia necessario effettuare una “clear distinction” nello stabilire tale *link*, differenziando i casi in cui l’entità non sia esplicitamente collegata con lo Stato di appartenenza, e quello in cui invece tale entità siano “companies or enterprises which are State-owned and controlled”²⁸⁷. Sul punto il Commentario ammonisce sul fatto che, nel primo caso, la rigosità con cui viene applicato il parametro in oggetto debba essere

²⁸⁴ International Law Commission, “*Responsibility of the States for Internationally Wrongful Acts: General Commentary*”, [*ILC Commentary*], in Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10 (2001), at paras. 31-47, reperibile online presso: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

²⁸⁵ *Ibidem*, at para. 48.

²⁸⁶ *Ibidem*, at para. 48.

²⁸⁷ *Ibidem*, at para. 48.

particolarmente severa, in quanto tali entità devono essere utilizzate dallo Stato di appartenenza alla stregua di “mere device” o di “vehicle”, e sia necessario sollevare il “corporate veil” ancor prima di stabilire se la natura degli atti posti in essere sia o meno riconducibile al home State. Per quanto riguarda le seconde, il Commentario conferma che il “mere fact that a State initially establishes a corporate entity [...] is not a sufficient basis for the attribution to the State of the subsequent conduct of that entity”. Tuttavia, laddove vi sia “evidence that a State was using its ownership interest in or control of a corporation specifically in order to achieve a particular result”, la condotta in questione possa essere attribuita allo Stato²⁸⁸.

Non è un caso che gli stessi Tribunali ICSID si siano orientati con sempre maggiore costanza verso l'utilizzo di questo parametro nella valutazione degli atti posti in essere dalle imprese di Stato.

Ad esempio, nel caso *EDF (Services) Ltd v. Romania*²⁸⁹, il giudice arbitrale ha fatto riferimento all'art. 8 dei *Draft Articles* al fine di valutare se la Romania potesse essere ritenuta responsabile dell'operato di due distinte *State-owned Entities* rumene, tra cui la compagnia di trasporto aereo di bandiera (*Compania de Transportații Aeriene Române Tarom S.A. - TAROM*).

Le due *SOEs*, in rapporto di *joint venture* con il *claimant* EDF, si erano rese responsabili - secondo quanto asserito da quest'ultimo - del mancato pagamento di alcuni servizi *duty free* sia presso l'Aeroporto Internazionale di Bucarest, sia durante i voli da e per l'Aeroporto. EDF, nel sottoporre la questione dinnanzi

²⁸⁸ *Ibidem*, at para. 48. Sul punto, il Commentario prende come ulteriore parametro di riferimento anche due pronunce adottate dal *Iran v. United States Claims Tribunal*. Le prima delle due decisioni in oggetto si riferisce al caso *Foremost Tehran Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 1986, 10 Iran-U.S. C.T.R. 228, nella quale l'Iran è stato ritenuto responsabile per il mancato pagamento dei dividendi dovuti agli azionisti statunitensi da parte di una società che opera nel ramo caseario iraniana, controllata dallo Stato attraverso un serie di agenzie statali. La seconda decisione si riferisce al caso *American Bell International Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, 1986, 12 Iran-U.S. C.T.R. 170, nella quale l'Iran è stato ritenuto responsabile per il fallimento di una società privata controllata dallo Stato Iraniano, operante nel settore delle telecomunicazioni, per il mancato pagamento di fatture ed altri costi dovuti a una divisione locale della società statunitense AT&T.

²⁸⁹ *EDF (Services) Limited v. Romania*, (Award, 8 October 2009), ICSID Case No. ARB/05/13, [*EDF v. Romania*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/375>.

all'organo, ha ritenuto la Romania responsabile di agire attraverso le suddette *SOEs* al fine di “indirectly undermine its investment”²⁹⁰.

Il giudice arbitrale si è espresso in favore della tesi accusatoria di EDF, attribuendo la condotta delle *State-owned Entities* alla Romania, ai sensi dell'art. 8 dei *Draft Articles*. In particolare, l'organo ha ritenuto che la Romania, attraverso “a number of mandates and directives [...] effectively used its ownership and control of the entities to achieve results within its own interests”²⁹¹.

Nel caso *Bayindir v. Pakistan*²⁹², il giudice arbitrale ha nuovamente applicato l'art. 8 dei *Draft Articles* per determinare la responsabilità del Pakistan in merito alle attività poste in essere dalla *National Highway Authority* (NHA). La commessa consisteva nella costruzione di un'autostrada a sei corsie che doveva collegare le città di Islamabad e Peshawar. In seguito ad una pluralità di ritardi e revisioni del progetto, Bayindir ha deciso di presentare il proprio *claim* sostenendo che il Pakistan avrebbe “failed to provide it fair and equitable treatment through illegitimate pressure, coercion, the denial of due process and a government conspiracy to expel the corporation and transfer the work to local competitors”²⁹³. Nonostante il giudice arbitrale abbia riconosciuto che, formalmente, NHA “was a public corporation and body corporate under Pakistani law, created by statute with the right to sue and be sued in its own name”²⁹⁴, tuttavia ha altresì ritenuto che le azioni poste in essere dalla *Corporation* fossero in realtà da attribuire al Pakistan, dal momento che non solo in numerose occasioni le decisioni strategiche della società erano adottate solo dopo il previo consenso espresso dal governo, ma come anche la gestione della normale attività ordinaria fosse riconducibile allo Stato.

Tuttavia, è d'uopo ricordare che il ricorso all'art. 8 dei *Draft Articles* viene invocato dall'investitore ogni qualvolta questo intenda sottoporre il proprio *claim* dinnanzi ai Tribunali ICSID nei confronti della *SOEs* con cui entra in relazione,

²⁹⁰ *Ibidem*, at paras. 45-64, 66-111.

²⁹¹ *Ibidem*, at paras. 201-214.

²⁹² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan*, (Award, 27 August 2009), ICSID Case No. ARB/03/29, [*Bayindir v. Pakistan*], reperibile online presso: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Bayandiraward.pdf>.

²⁹³ *Ibidem*, at paras. 96-100.

²⁹⁴ *Ibidem*, at para. 101.

asserendo che questa in realtà non sia altro che una struttura fittizia dietro cui si nasconde il *home State*. Dall'altro lato, lo Stato citato in giudizio tendenzialmente negherà sempre tale collegamento, cercando di dimostrare che la *SOE* in oggetto costituisce un mero soggetto di diritto privato, in alcun modo riconducibile allo Stato, nonché del tutto autonomo nelle proprie iniziative e nella gestione delle attività d'impresa²⁹⁵.

f) Il superamento della distinzione “acta iure imperii v. acta iure gestionis”

In ultima analisi, il “Broches Test” - collocando il focus sulla natura degli atti posti in essere dalla *SOE* per determinarne la riconducibilità al *home State* di riferimento - fonda la propria architettura giuridica sulla distinzione tra atti aventi natura commerciale (*commercial transaction* o *acta iure gestionis*) ed atti aventi natura potestativa e pubblicistica (*acta iure imperii*).

Tale approccio non è certamente nuovo, essendo stato lungamente accettato come lo *standard* di riferimento nel diritto interno di numeri Stati, al fine di determinare la giurisdizione delle Corti nazionali sulle attività poste in essere da organi o agenti degli Stati stranieri nel proprio territorio. Solo nel caso in cui tali attività fossero state valutate come “commercial” o “non-sovereign” (*acta iure gestionis*) tali Corti avrebbero potuto esercitare la propria giurisdizione e conoscere di tale operato. Al contrario, qualora fossero stati ritenute come un'espressione della sovranità dello Stato straniero (*acta iure imperii*), le Corti interne avrebbero dovuto rigettare l'azione dichiarando il proprio difetto di giurisdizione²⁹⁶.

Il c.d. *commercial test* applicato dalle Corti nazionali presenta numerosissime analogie e punti di contatto con il “Broches Test” applicato dalle Corti arbitrali internazionali. Di fatto, i parametri di giudizio utilizzati dalle Corti interne - al

²⁹⁵ Si veda *infra*, cap. 3, in tema di responsabilità internazionale dello Stato e attribuzione degli atti delle *SOEs* in capo al *home State* di appartenenza.

²⁹⁶ M. N. Shaw, “*International Law*”, 6th Edition, Cambridge University Press, (CUP), 2008, pp. 708-714. Si veda inoltre: B. Fensterwald Jr., “*Sovereign Immunity and Soviet State Trading*”, Vol. 63, No. 4 Harvard Law Review, pp. 614-642, 1950; B. Fensterwald Jr., “*Sovereign Immunity of States Engaged in Commercial Activities*”, Unsigned Note, Columbia Law Review Vol. 65, No. 6, pp. 1086-1100, 1965.

fine di ravvisare nell'attività svolta da uno Stato straniero sul territorio del proprio Stato un elemento di esercizio della sovranità - sono del tutto analoghi rispetto a quelli prescritti dal "Broches Test" nel descrivere l'elemento del "essentially governmental functions".

Tuttavia, per ciò che concerne il tema della presente trattazione, la valutazione della sola natura degli atti posti in essere, senza avere alcun riguardo nei confronti dello scopo e degli obiettivi perseguiti dalla *SOE*, unitamente con le criticità sottolineate nel paragrafo precedente in merito alla definizione e distinzione dei due elementi descritti dal "Broches Test", sono stati ritenuti sia dalla letteratura giuridica sia dalla prassi arbitrale parametri insoddisfacenti per una effettuare una valutazione adeguata dello *standing* delle *SOEs*²⁹⁷.

L'art. 2(2) della United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property²⁹⁸ prevede che "in determining whether a contract or transaction is a 'commercial transaction' [...] reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract have so agreed, or if, in the practice of

²⁹⁷ "[...] it is doubtful that the distinction between commercial acts and governmental acts should bear any significant weight for the purpose of attribution. [...] the distinction between acts *iure imperii* and acts *iure gestionis* [...] should be irrelevant in matters of attribution", E. Milano, "The investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 11, M. Nijhoff Publishers, 2012, pp. 517-518. In commento a: *Italian Republic v. Republic of Cuba*, Ad hoc State-State Arbitration, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/580>. Inoltre, "with regard to the argument of the Respondent that a distinction has to be drawn between the attribution of governmental and commercial conducts [...] The distinction plays an important role in the field of sovereign immunity [...] However, in the context of responsibility, it is difficult to see why commercial acts, so called *acta iure gestionis*, should by definition not be attributable while governmental acts, so called *acta iure imperii*, should be attributable. The ILC-Draft does not maintain or support such distinction. Apart from the fact that there is no reason why one should not regard commercial acts as being in principle also attributable, it is difficult to define whether a particular act is governmental. There is a widespread consensus in international law, as in particular expressed in the discussion in the ILC regarding attribution, that there is no common understanding in international law of what constitutes a governmental or public act. [...] in principle, a certain factual link between the State and the actor is required in order to attribute to the State acts of that actor.", *Noble Ventures v. Romania case*, at para. 82.

²⁹⁸ U.N. General Assembly, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2 December 2004, A/RES/59/38, reperibile online presso: <http://www.refworld.org/docid/4280737b4.html>. Ad oggi (ultimo accesso effettuato in data Aprile 2018), tale documento non è ancora entrato in vigore, essendo stato firmato da 28 Stati, di cui 20 hanno depositato lo strumento di ratifica presso il Segretariato delle Nazioni Unite. Tuttavia, il contenuto delle norme ivi previste è ritenuto altresì espressione di un *consensus* molto forte in seno alla Comunità Internazionale.

the State of the forum, the purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction”²⁹⁹.

La circostanza che il “purpose” - che influisce e determina le azioni delle SOEs - sia spesso di difficile rintracciabilità, non diminuisce la rilevanza che esso assume, nonostante tale indagine risulti più gravosa per l’organo adito. Una questione così dirimente com’è quella di determinare la giurisdizione non può esimersi dal valutare appieno anche tale elemento.

Non è un caso che la necessità di questo mutamento di orientamento sia stata avvertita e tradotta in pratica dai Tribunali ICSID in un lasso di tempo relativamente breve, che lo ha portato ad implementare ed integrare il “Borches Test”³⁰⁰. Come sancito nel caso *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*³⁰¹, i tribunali “should pay due consideration to earlier decisions of international tribunals” ma, al tempo stesso, “subject to compelling contrary

²⁹⁹ Un approccio inclusivo dell’elemento “purpose” aveva trovato terreno fertile già nella giurisprudenza interna di numerosi Stati, che hanno svolto la funzione di precursori di una tendenza poi trasposta anche sul piano delle Corti arbitrali internazionali. Ad titolo esemplificativo, si può citare il caso *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua and Others* della U.S. Court of Appeal for the Fifth Circuit (Case No. 770 F.2d 1385 at 1393, 1985, 5th Cir. 88 I.L.R., paragrafi da 75 a 83), nel quale il giudice, nell’argomentare sulla natura degli atti posti in essere dal respondent, afferma che “unless we can inquire into the purpose of certain acts, we cannot determine their nature”. Una valutazione simile sul punto si registra ad opera della Australian Law Commission, la quale ha affermato che una distinzione concettuale tra “purpose” e “nature” sia impossibile da sostenere: “it is not possible to classify the nature of any human activity without reference to its purpose [...] the classifications “governmental” and “commercial” are themselves purposive” (in *Australian Law Reform Commission, Report No. 24: Foreign State Immunity* (1984), reperibile online presso <http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publication/reports/24/>).

³⁰⁰ Com’è noto, in campo internazionale non vige il principio dello *stare decisis*, pertanto sia il Tribunale ICSID che qualsiasi altro Tribunale arbitrale non è vincolato né dai propri precedenti, né dai precedenti di altre Corti. Nonostante le decisioni sui casi previ fungano da orientamento e siano certamente tenute in debita considerazione, il Tribunale adito se ne può discostare, sia adottando nuovi parametri di valutazione, sia rovesciando completamente approccio e giudizio anche su questioni simili, purché adeguatamente motivato e argomentato. Sul punto, si veda anche G. Kaufmann-Kohler, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?”, 23 *Arb. International* 357, 2007; J. P. Commission, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, Vol. 24, Issue 2, *Journal of International Arbitration*, 2007, p. 129. Per una prospettiva giurisprudenziale, si veda: *RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation*, (Award on Jurisdiction, October 2007), SCC Case No. Arb. V079/2005 at para. 44 (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce); *Noble Energy, Inc. and Machalapor Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, (Decision on Jurisdiction, 5 March 2008), ICSID Case No. ARB/05/12 at paras. 49-50 [*Noble Energy v. Ecuador*].

³⁰¹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, (Decision on Jurisdiction, 2 June 2010), ICSID Case No. ARB/08/05 [*Burlington v. Ecuador*], reperibile online presso: http://ita.law.uvic.ca/documents/BurlingtonResourcesInc_v_Ecuador_Jurisdiction_Eng.pdf.

grounds [...] should adopt solutions established in a series of consistent cases [...] in order to contribute to the harmonious development of investment law [...] meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards the certainty of the rule of law”³⁰². Tuttavia, come riconosciuto sia nel caso in esame che in pronunce analoghe, la necessità ed il dovere di “compelling contrary grounds” può legittimamente portare il giudice arbitrale “to depart from previous approach”³⁰³.

Appare chiaro come un più approccio più bilanciato, che tenga in considerazione al contempo sia la *nature* che il *purpose* degli atti posti in essere dalle *SOEs*, sia sicuramente più efficace, più equo e più adeguato al fine di integrare la disposizione di cui all’art. 25 della Convenzione ICSID.

L’adozione di questo nuovo parametro ha una portata estremamente importante, in quanto permette di incidere in profondità nell’esito del giudizio emesso dai Tribunali. Senza alcuna volontà di sostituirsi al tale organo, o addirittura a voler rileggere e reinterpretare il giudizio in modo difforme rispetto all’esito che invece ha avuto, è evidente come l’adozione di questo nuovo test, ad esempio nel caso *CSOB v. Slovak Republic*³⁰⁴, avrebbe potuto astrattamente portare ad una pronuncia di segno opposto rispetto a quella effettivamente assunta.

Infatti, seppur risulti del tutto incontrovertibile che la CSOB Bank ricevesse ordini dal governo ceco quando negoziava l’accordo di prestito con la controparte, al tempo stesso le motivazioni nonché l’obiettivo che sottintendevano tale attività erano del tutto opposte rispetto alla volontà di essere “government agent” o di svolgere una “government function”. In realtà, la Banca cercava di raggiungere un accordo che separasse di fatto le proprie attività da eventuali coinvolgimenti del proprio governo. In altre parole, il vero obiettivo della Banca non era quello di

³⁰² *Ibidem*, para. 100.

³⁰³ Si vedano ad esempio i casi *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*, (Decision on Jurisdiction, 21 March 2007), ICSID Case No. ARB/05/07, at paras. 66-67, reperibile online presso <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, (Award, 14 July 2010), ICSID Case No. ARB/98/2, at para. 96, reperibile online presso: https://www.italaw.com/documents/Fakes_v_Turkey_Award.pdf; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, (Award, 9 May 2008) ICSID Case No. ARB/98/2, at para. 119, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/829>.

³⁰⁴ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

farsi strumento delle volontà dello Stato, quanto quello di slegare le proprie attività dallo stesso³⁰⁵. Qualora fosse stata preso in considerazione anche il *purpose* che si celava dietro tale attività, l'esito del giudizio sarebbe potuto essere diverso.

g) Il superamento del “Broches Test”: il test strutturale e funzionale

I Tribunali ICSID - nell'affrontare la questione dell'accertamento della propria giurisdizione nei casi in cui è coinvolta una *State Entity* - hanno in prima battuta adottato una valutazione di tipo strutturale, attraverso l'applicazione del “Broches Test”.

Tale approccio, incentrato in particolar modo sulla valutazione della natura degli atti posti in essere dall'impresa di Stato, volutamente non considerava lo scopo che soggiace dietro tali attività.

Il *focus* quindi si concentra unicamente sulla natura delle attività oggetto del claim, in quanto riconducibili (o meno) alle comuni operazioni di tipo commerciale esercitabili anche da qualunque altro soggetto privato, nelle medesime condizioni e modalità.

Come affermato nel *Maffezini case*, l'esame pertanto sarà effettuato “from a formal or structural point of view”³⁰⁶, tenendo in considerazione il “control” unitamente con “l'ownership” dell'Ente da parte dello Stato.

Come chiarito nei precedenti paragrafi, il limite principale di questo approccio risiede nella mancata valutazione del *purpose* sottostante agli atti in oggetto, valutabile unicamente attraverso il parametro offerto dagli artt. 5 e 8 degli *ILC Articles*.

³⁰⁵ Contestualizzando a livello storico gli accadimenti, tale disputa nasce nel quadro del percorso di desovietizzazione degli Stati dell'Est Europa, in seguito alla caduta del Muro di Berlino. Il collasso del blocco sovietico ha portato ad un percorso di privatizzazione di una serie di istituti e di aziende, che in precedenza erano gestite interamente dalla mano pubblica. La CSOB Bank, in questo senso, non faceva eccezione. Tuttavia, nonostante il retaggio culturale fosse ancora molto forte, e l'ingerenza dello Stato ancora sensibilmente presente nella gestione delle attività che stavano intraprendendo tale percorso di privatizzazione, in questo come in molti altri casi tale ingerenza serviva la contrario per tentare di affrancare e di indipendentizzare tali soggetti, in modo che potessero assumere una certa distanza dallo Stato stesso.

³⁰⁶ *Maffezini v. Spain*, at para. 50.

La sintesi di questi due momenti - che prende il nome di *test* strutturale e funzionale - offre un parametro di valutazione degli atti posti in essere dalle imprese di Stato in grado di tenere in considerazione al tempo stesso entrambi i criteri succitati.

Tale esame, seppur non regolato e cristallizzato in un approccio strutturato e consolidato nella giurisprudenza dei Tribunali ICSID, è stato adottato dall'organo nel caso *EDF (Service) Ltd v. Romania*³⁰⁷, dove il giudice arbitrale ha fatto riferimento ai parametri previsti all'art. 8 degli *ILC Articles*, al fine di valutare se la Romania potesse essere ritenuta responsabile dell'operato di due distinte State-owned Entities a quest'ultima riconducibili.

Allo stesso modo, il medesimo esame è stato utilizzato dai Tribunali nel valutare la propria giurisdizione nel claim *Bayindir v. Pakistan*³⁰⁸, nel quale il giudice arbitrale ha fatto ricorso nuovamente all'art. 8 degli *ILC Articles* per esaminare le attività poste in essere dalla *National Highway Authority* (NHA) pakistana³⁰⁹.

Pertanto, l'approccio più esaustivo ed efficace per affrontare la questione in esame appare essere quello di considerare congiuntamente entrambi i fattori in gioco, avendo riguardo, da un lato, dell'aspetto strutturale degli atti posti in essere dall'impresa di Stato, con particolare attenzione al rapporto formale esistente tra *SOE* e Stato di riferimento; dall'altro, si dovrà al contempo esaminare l'aspetto fattuale di tale relazione, osservando con attenzione il *factual link* che unisce i due attori in gioco.

³⁰⁷ *EDF v. Romania case*.

³⁰⁸ *Bayindir v. Pakistan case*.

³⁰⁹ "The levels of control required for a finding of attribution under Art. 8 in other factual contexts, such as foreign armed intervention or international criminal responsibility, may be different. It believes, however, that the approach developed in such areas of international law is not always adapted to the realities of international economic law and that they should not prevent a finding of attribution if the specific facts of an investment dispute so warrant", *Bayindir v. Pakistan case*, at para. 130.

2.3 Le SOEs e l'immunità dalla giurisdizione

2.3.1 Cenni introduttivi in materia di immunità.

La norma di diritto internazionale generale sull'immunità degli Stati rinviene la sua *ratio* nei principi di indipendenza e di uguaglianza sovrana degli Stati, da cui deriva l'impossibilità di giudicare gli atti ed i comportamenti di uno Stato straniero senza il consenso dello Stato stesso, secondo il brocardo *par in parem non habet iudicium*³¹⁰.

Il principio dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione è il risultato di una lunga evoluzione del diritto internazionale, sulla quale ha influito in modo rilevante anche la giurisprudenza interna degli Stati che compongono la Comunità internazionale.

Originariamente, si è affermata una norma consuetudinaria che accoglieva l'immunità di tipo assoluto, ai sensi della quale ogni Stato non poteva essere sottoposto alla giurisdizione di uno Stato, per qualsivoglia tipo di rapporto.

Tuttavia, nel corso del tempo si è assistito all'emersione di nuovi valori, in ragione della necessità di bilanciare l'obbligo dello Stato del foro di non intralciare l'esercizio delle funzioni pubbliche dello Stato straniero con l'obbligo, diametralmente opposte, dello Stato straniero di rispettare le leggi dello Stato del foro.

Si è dunque assistito ad un progressivo restringimento dell'ambito di operatività dell'immunità statale, *ab origine* concepita come priva di eccezioni, venendo quindi intesa come immunità ristretta o relativa. Ad oggi, è pacificamente riconosciuto nel diritto internazionale generale il carattere relativo dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, che vige soltanto per gli atti che lo Stato straniero compie *iure imperii*, ovverosia nell'esercizio delle proprie funzioni sovrane. Al contrario, deve essere esclusa per gli atti compiuti dallo Stato

³¹⁰ R. Monaco e C. Curti Gialdino, "Manuale di Diritto Internazionale Pubblico - Parte Generale", UTET Giuridica Milano, Terza edizione, Wolters Kluwert Italia, 2012, p. 472.

iure privatorum o *iure gestionis*, per i quali quest'ultimo si pone come un soggetto privato³¹¹.

Tuttavia, il principio di diritto internazionale generale che contempla l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati, seppur nella versione ristretta, comporta una delicata e talora ardua attività di interpretazione circa la sua applicazione a singole fattispecie concrete. In particolare, l'attività interpretativa ha posto e pone complessi problemi in merito all'esatta individuazione dei casi per i quali opera in concreto il regime delle immunità, dato che la distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, pur efficace in linea teorica, si rivela di non facile applicazione pratica³¹².

Ogni qualvolta uno Stato desideri avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione - e/o dall'esecuzione - impedendo l'aggressione di un proprio bene o di una propria attività - considererà quel bene o quell'attività come funzionalmente collegate all'esercizio della propria potestà pubblica, opponendosi all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di un altro Stato, adducendo che tali beni o attività debbano essere ritenuti come espressione della propria autorità sovrana.

Tale affermazione trova riscontro anche nell'impostazione offerta dai lavori della *United Nations International Law Commission*, autrice di una codificazione in materia di *State jurisdictional immunity* di grandissimo pregio, redatta dopo numerosi anni di studi, trattative diplomatiche, nonché vincendo la ritrosia di buona parte della Comunità internazionale, restia nonché a tratti contraria a qualsiasi codificazione sul tema³¹³.

³¹¹ La teoria ristretta sull'immunità si è affermata e consolidata anche in ragione dell'affermarsi della partecipazione dello Stato ad attività imprenditoriali, assimilabili a quelle svolte dai soggetti privati. Sul tema si veda R. Dolzer and C. Schreuer, "*Principles of International Investment Law*", Oxford University Press (OUP), 2012, p. 46 ss.

³¹² La crescente interazione tra gli Stati e il sempre maggior coinvolgimento degli enti di diritto pubblico (incluse le imprese di Stato) in attività commerciali e/o di tipo privatistico pone l'esigenza di individuare regole certe e condivise per ciò che concerne l'immunità dalla giurisdizione degli Stati, nonché in materia di esecuzione per quanto riguarda le misure esecutive e cautelari richieste dallo Stato del foro nei confronti dello Stato straniero.

³¹³ L'encomiabile lavoro della Commissione di diritto Internazionale in materia di *State jurisdictional immunity* è stato trasformato in una Convenzione internazionale nel 2004 (*United Nations Convention of Jurisdictional Immunities of State and Their Property*, 2 December 2004, A/RES/59/38, reperibile online presso: https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf).

2.3.2 L'immunità giurisdizionale delle SOEs.

Per quanto concerne le *SOEs* che esercitino le proprie attività sotto il cappello dello Stato di appartenenza, esplicando una funzione di natura ed interesse pubblicistico, la questione che sorge riguarda la circostanza se - ed in quali circostanze - possa applicarsi loro l'istituto dell'immunità giurisdizionale prevista per gli Stati nazionali.

Nello specifico, la domanda di fondo riguarda la possibilità che un'impresa di Stato - funzionalmente e strutturalmente collegata al proprio home State, e che si comporti da investitore sulla scena internazionale - possa godere dell'immunità giurisdizionale presso gli organi giudicanti di uno Stato terzo o di un tribunale arbitrale internazionale.

Tale possibilità è espressamente contemplata, come si affermava poc'anzi, nella *UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*³¹⁴, dove si prevede che uno Stato possa godere di immunità dalla giurisdizione - sotto particolari condizioni³¹⁵ - includendo in tale definizione anche “agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of the sovereign authority of the State”³¹⁶.

³¹⁴ “*UN Convention on Jurisdictional Immunities*”. “*The UN Convention on Jurisdictional Immunities was intended to codify existing principles of customary international law and to provide a basis for substantial harmonization of national laws in a vital area of transnational practice*”, D. P. Stewart, “*The Immunity of State Officials under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*”, Vanderbilt University, Journal of Transnational Law (JTL), 1047 Vol. 44, 2011.

³¹⁵ A tal proposito, la Convenzione prevede una lista di eccezioni in presenza delle quali non può essere invocata l'immunità da parte dello Stato, quali “a) *express consent to the exercise of jurisdiction*; b) *participation in proceedings otherwise than for the purpose of asserting immunity or asserting a right or interest in property*; c) *related counter-claims against a State*; d) *proceedings arising out of a commercial transaction*; e) *proceedings relating to certain contracts of employment*; f) *proceedings relating to pecuniary compensation for death, personal injury or damage to or loss of tangible property*; g) *certain proceedings relating to ownership, possession and use of property*, h) *certain proceedings relating to intellectual and industrial property*, i) *certain proceedings relating to participation in companies or other collective bodies*, j) *certain proceedings relating to ships and their cargoes owned or operated by a State*; and l) *proceedings relating to an arbitration agreement, an arbitration or an arbitration award between a State and a foreign person*”. Art. 17 *UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*.

³¹⁶ “*UN Convention on Jurisdictional Immunities*”, (n. 28) arts 2 (1) (iii) and 5. Sul tema *SOEs and Jurisdictional Immunity*, si vedano anche: D. Gaukrodger, “*Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*”, OECD Working Papers on International Investments No 2010/02; A. Dickinson, “*State Immunity and State-Owned Enterprises*”, 10(2) *Bus L Intl* 97, 2009;

Ai sensi della presente definizione, in materia di esecuzione civile qualsiasi *legal action* intrapresa dal sistema giudiziario interno di un altro Stato, promosso nei confronti di una State agency, enterprise o instrumentality³¹⁷ deve essere considerato alla stregua di un'azione intrapresa contro il medesimo home State.

Tuttavia, per quanto riguarda l'immunità dalla giurisdizione, la circostanza che lo Stato parte del trattato internazionale sugli investimenti abbia prestato il proprio consenso per sottomettere eventuali controversie ad un foro arbitrale internazionale risolve in modo definitivo ogni problematica, anche quando le imprese di Stato non vengano contemplate esplicitamente nel novero degli investitori coperti dal trattato.

La circostanza che la medesima impresa di Stato possa indifferentemente agire ora come soggetto di diritto privato, ora come "government agent" (o svolga una "government function"), non inficia in alcun modo il tema dell'invocabilità dell'immunità dalla giurisdizione. Infatti, affinché un tribunale arbitrale internazionale possa conoscere del *claim* che gli viene sottoposto, è necessaria una previa manifestazione del consenso da parte di entrambi i soggetti parte della controversia, circostanza che esclude l'invocabilità dell'immunità dalla giurisdizione da parte dello Stato convenuto.

Il fatto che, ai sensi degli accordi sugli investimenti, si assista in modo assai frequente all'inclusione da parte delle *Contracting Parties* delle *SOEs* come investitori solo quando "acting in a commercial capacity", e non in ogni possibile manifestazione del loro agire, si fa risalire alla volontà dei contraenti di escludere la giurisdizione dei tribunali nazionali qualora l'impresa di Stato abbia attuato in qualità di "government agent"³¹⁸.

A. F. M. Maniruzzaman, "State Enterprise Arbitration and Sovereign Immunity Issues: A Look at Recent Trends", 60 OCT Dispute Resolution Journal 77, 2005, p. 1-8; D. P. Stewart, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property", The American Journal of International Law (AJIL) Vol. 99, No. 1 (Jan., 2005), pp. 194-199, 2005.

³¹⁷ "The concept of 'agencies or instrumentalities of the State or other entities' could theoretically include State enterprises or other entities established by the State performing commercial transaction. For the purpose of the present article, however, such State enterprises or other entities are presumed not to be entitled to perform governmental functions, and accordingly, as a rule, are not entitled to invoke immunity". Commentary prepared by the ILC on its 1991 Draft Articles on Jurisdictional Immunities, para 15.

³¹⁸ M. Feldman, "State-Owed Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal (FILJ), Vol. 31, Issue 1, 2016, p. 30, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siv052>.

Come illustrato in precedenza, si possono distinguere due approcci in materia di immunità dalla giurisdizione: la *absolute sovereign immunity* e la *restrictive sovereign immunity*.

L'approccio associato con l'immunità assoluta viene chiamato *structuralist* (o *ratione personae*), mentre quello collegato con l'immunità ristretta viene chiamato *functionalist* (o *ratione materiae*). Mentre il primo concentra la propria analisi sullo status della parte che invoca la sovereign immunity, il secondo si sviluppa attorno alla condotta del ricorrente "forming the basis for the claim of sovereign immunity"³¹⁹.

a) The "structuralist" approach

Ai sensi dell'approccio c.d. strutturalista (o formalistico), la creazione di un'entità separata dallo Stato fa nascere la presunzione che tale entità sia effettivamente un soggetto terzo, non riconducibile nell'alveo della soggettività dello Stato di appartenenza.

Pertanto, l'esistenza di una distinta personalità legale, di cui è dotata tale entità, frustrerebbe qualunque possibilità di invocare l'immunità dinnanzi all'organo giudicante³²⁰. Al fine di determinare se un'impresa di Stato sia "entitled to

³¹⁹ A. F. M. Maniruzzaman, "State Enterprise Arbitration and Sovereign Immunity Issues: A Look at Recent Trends", 60 OCT Dispute Resolution Journal 77, 2005, p. 2.

³²⁰ B. Audit, "Transnational Arbitration and State Contracts: Findings and Prospects", Hague Academy of International Law, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, 1988, p. 89. Per una prospettiva giurisprudenziale, si veda: *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 624, 626-627, 1983, in cui la Corte afferma che: "Due respect for the actions taken by foreign sovereigns and for principles of comity between nation leads us to conclude – as the courts of Great Britain have concluded in other circumstances – that government instrumentalities established as juridical entities distinct and independent from their sovereign should normally be treated as such". Inoltre, si veda anche: *C. Czarnikow v. Rolimpex*, 1979, A.C. 351, 364 in cui Lord Wilberforce affermò che: "State-controlled enterprises, with legal personality, ability to trade and to enter into contract of private law, though wholly subject to the control of their state, are a well – known feature of the modern commercial scene. This distinction between them, and their governing State, may appear artificial: but it is an accepted distinction in the law of England and other states". Inoltre, si veda anche: *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, ICC Case no. 6401, 782 F. Supp. 972 (D.N.J. 1992), Mealey's International Arbitration Report, 34 Doc. da B-1 a B-53, p. 97, in cui la Corte Penale Internazionale concluse che: "The logical and practical foundation of the Banco Para decision [*Banco Para El Comercio Exterior de Cuba v. First National City Bank*, 658 F. 2d 913 (2d Cir. 1981)], which establishes a presumption that the foreign public corporation 'is to be accorded separate legal status,' is so strong, and rests on such a thorough analysis of relevant American, English and

immunity from jurisdiction”, la Corte che segua l’approccio strutturalista dovrà indagare sui seguenti fattori³²¹: “a) whether the enterprise is a public entity or a company formed under private law; b) the enterprise’s capacity to sue or be sued; c) and the enterprise’s ability to incorporate and hold property”³²².

Il “test strutturalista” si concluderà con esito positivo, riconoscendo l’immunità dell’impresa di Stato che la invochi, qualora “the entity is established as a public entity that is inseparable from the State”³²³.

Qualora tale indagine porti a siffatto esito positivo, qualunque attività posta in essere dalla *SOE* sarà coperta da immunità.

b) The “functionalist” approach

Ai sensi dell’approccio funzionalista, qualora una *SOE* sia dotata di una distinta personalità legale rispetto allo Stato di appartenenza, e ponga in essere atti aventi natura e scopo privato o commerciale, non può invocare l’immunità giurisdizionale dinanzi alla tribunale giudicante.

Per i funzionalisti, lo *status* dell’impresa di Stato è irrilevante, dovendosi avere riguardo solo alla natura e allo scopo degli atti sottoposti a giudizio. Utilizzando un parametro di distinzione in parte superato³²⁴, un’impresa di Stato potrà avvalersi dell’istituto dell’immunità solo nel caso in cui abbia agito attraverso *acta iure imperii*, non al contrario in caso di *acta iure gestionis*³²⁵.

international precedents and commentary, that we have little doubt that the aforementioned presumption is a generally accepted principle of international law that would be recognized by the courts of the Philippines”.

³²¹ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (BGHZ) 18, 1 (9,10) (Germany Federal Supreme Court, 7 June 1955); *Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 64, 1, 65 I.L.R. (1984) 215 (Federal Constitutional Court 1983); *N.V. Cabolent v. National Iranian Oil Company*, 28 November 1968, Court of Appeal, The Hague, 47 I.L.R. 138, 9 I.L.M. 152 (1970). Si veda inoltre: K. H. Böckstiegel, “*Arbitration and State Enterprise: Survey on the National and International State of Law and Practice*”, *International & Comparative Law Quarterly* Vol. 34 (2), p. 39-40, 1985.

³²² M. A. Kimuli, “*The Application of the Doctrine of Foreign Sovereign/State Immunity to Public Corporations*”, *Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA)*, p. 31, 33-37, 1986.

³²³ *Re Prejudgment Garnishment Against National Iranian Oil Co.*, *American Journal of International Law* (AJIL), Vol. 77 (I), p. 159, 1983.

³²⁴ Si veda *infra*, cap. 2 par. 3.

³²⁵ K. H. Böckstiegel, “*Arbitration and State Enterprises: Survey on the National and International State of Law and Practice*”, *International & Comparative Law Quarterly* Vol. 34 (2), 1985, p. 39-40; G.R. Delaume, “*Sovereign Immunity and Transnational Arbitration*”,

Una guida per distinguere tra le due categorie di atti ci viene offerta dal *Final Draft on Jurisdictional Immunities of State and their Property*, nel quale la Commissione di Diritto Internazionale afferma che “in determining whether a contract or transaction is a ‘commercial transaction’ under paragraph 1(c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction”³²⁶.

Dalla lettera delle parole utilizzate dalla Commissione, il richiamo alla “nature” nonché al “purpose or motive” che risiede dietro gli atti posti in essere dall’impresa di Stato assurge al rango di elemento determinante per distinguere tra le due categorie in esame³²⁷.

Inoltre, un altro elemento di valutazione - che si ricava sempre dal passaggio testé citato - riguarda la base giuridica di riferimento del contratto o dell’accordo. Infatti, qualora l’atto sia stato eseguito sulla base di una normativa di diritto

Contemporary Problems in International Arbitration, 1986, p. 313; G.R. Delaume, “*State Contracts and Transnational Arbitration*”, American Journal of International Law (AJIL), Vol. 75 (4), 1981, p. 784; H. Fox, “*Sovereign Immunity and Arbitration*”, Contemporary Problems in International Arbitration, 1986, p. 323; G. Bernini & A.J. Van den Berg, “*The Enforcement of Arbitral Awards against a State: The Problem of Immunity from Execution*”, Contemporary Problems in International Arbitration, 1986, p. 33. Si vedano anche i recenti lavori dell’ILC in Y.B. International Law Commission (1988), vol. II pt. I, Document of the 40th Sess. A.CN.4/SER.A/1989/Add.1 (pt.I), p. 45 ss.; Y.B. International Law Commission (1989), vol. II, (Rep. of the Commission to the U.N. General Assembly on the work of the 41st Session), A.CN.4/SER.A/1988/Add.1 (pt.II), cap. VI, p. 97-121.

³²⁶ *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Art. 2(2), 27 Feb. 2003, A/AC. 262/L.4/Add. I; Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 24-28 Feb. 2003, UNGA Official Records 58th Sess. Supp. No. 22 (A/58/22), reperibile online presso: <http://www.un.org/law/jurisdictionalimmunities/>.

³²⁷ Alcune deficienze di questo approccio sono state tuttavia evidenziate dalla Commissione medesima, che in un proprio *Report* sul tema ha affermato come “*Many of the case examined took the approach that the purpose of the activity is not relevant to determining the character of a contract or transaction and that it is the nature of the activity itself which is decisive factor. Nevertheless some case under different national legal orders have emphasised that it is not always possible to determine whether a State was entitled to sovereign immunity by assessing the nature of the relevant act. This is because, it is said, the nature of the act may not easily be separated from the purpose of the act. In such circumstances, it has sometimes been held to be necessary to examine the motive of the act. Sometimes, even where motive and purpose are judged irrelevant to determining the commercial character of an activity, reference has been made to the context in which the activity took place*”. ILC Report 1999, n. 1, para. 49. Si veda inoltre: H. Fox, “*The Law of State Immunity*”, Oxford University Press (OUP), 2004; A. Dickinson et alia, “*State Immunity - Selected Materials and Commentary*”, Oxford University Press (OUP), 2004.

pubblico, l'immunità verrà più facilmente riconosciuta; qualora invece la disciplina di riferimento sia di tipo privatistico, tale opzione verrebbe esclusa³²⁸.

2.3.3 L'immunità giurisdizionale delle SOEs nell'arbitrato dei Tribunali ICSID.

Come illustrato in precedenza³²⁹, la circostanza che entrambe le *Contracting Parties* abbiano esteso il giudicato dei Tribunali ICSID anche alle imprese di Stato, prestando il loro consenso attraverso un trattato bilaterale sugli investimenti, è *conditio* necessaria ma non sufficiente *per se* al fine di legittimare la giurisdizione del giudice arbitrale³³⁰.

D'altro canto, tuttavia, non è possibile nemmeno affermare in modo inequivocabile che attraverso la prestazione di tale consenso uno Stato implicitamente od esplicitamente esprima la propria volontà di rinunciare

³²⁸ A. F. M. Maniruzzaman, "State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law", *Journal of International Arbitration* Vol. 9 (4), 1992, p. 141; A. F. M. Maniruzzaman, "New Generation of Natural Resource Development Agreements: Some Reflections", *Journal of Energy & Natural Resources Law* Vol. 11 (4), 1993, p. 207. Per un approccio giurisprudenziale sul tema, si veda: *Practical Concepts Inc. v. Republic of Bolivia*, 615 F. Supp. 92 (D.D.C. 1985), *American Journal of International Law*, Vol. 81 (4). In questa pronuncia, la Corte *de quo* ritenne che, poiché l'accordo conteneva diverse disposizioni non proprie dei contratti privati (come esenzioni dalle tasse, privilegi migratori e immunità diplomatiche), questo non poteva essere classificato come commerciale. Di conseguenza, lo Stato parte di un tale accordo era immune.

³²⁹ Si veda *infra*, cap. 2 par. 3.

³³⁰ A. Giardina, "The International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States (ICSID)", *Essays on International Commercial Arbitration*, 1989, p. 319-22; H. Fox, "States and the Undertaking to Arbitrate", *International & Comparative Law Quarterly* Vol. 37, 1988, p. 1-29; I. Brownlie, "Principles of Public International Law", Oxford University Press 5th ed., 1998, p. 347; M. Sornarajah, "Pursuit of Nationalized Property", 36 *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 253-311; M. Sornarajah, "International Commercial Arbitration", *British Yearbook of International Law* Vol. 62, 1992, p. 207; A. A. Asouzu, "International Commercial Arbitration and African States", Cambridge University Press (CUP), 2001, p. 381-84. Per un approccio contrario: "By agreeing to arbitration, a State must be deemed to have waived immunity. For the same reason, we deem it inappropriate to distinguish between immunity from jurisdiction and immunity from execution in relation to arbitration. It is, in our opinion, illogical that by agreeing to arbitration a State would have waived its right to invoke immunity from jurisdiction only but not its right to invoke immunity from execution", G. Bernini & A.J. Van den Berg, "The Enforcement of Arbitral Awards against a State: The Problem of Immunity from Execution", *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, p. 360.

all'istituto dell'immunità - per sé stesso o per le proprie imprese di Stato - attraverso un trattato di tale natura³³¹.

In linea teorica, in caso di ricorso del *claimant* ad un tribunale arbitrale internazionale per atti posti in essere da un'impresa di Stato ricondotta al proprio *home State*, verrebbe a crearsi una coincidenza di sindacato tra i parametri necessari affinché si esercitabile la giurisdizione da parte dell'organo, e quelli previsti affinché possa essere invocata l'immunità da parte dell'impresa di Stato.

Qualora il giudice arbitrale possa conoscere del *claim*, saremmo in presenza di un'impresa di Stato, che ha assunto le vesti di investitore privato, non riconducibile quindi in alcun modo alla "mano pubblica". Di conseguenza, non potrebbe essere invocata alcuna forma di immunità dalla giurisdizione in sede di giudizio.

Al contrario, qualora il giudice non possa conoscere della questione sottopostagli perché mancano i requisiti previsti per l'accesso alla giurisdizione dell'organo, tale sindacato si esclude a priori.

Le considerazioni in esame, tuttavia, non valgono per il ricorso ai Tribunali ICSID, in quanto l'art. 25 della Convenzione di Washington - oltre a prevedere le modalità di accesso alla giurisdizione del Centro - richiede anche la previa prestazione del consenso da parte di entrambi i soggetti della controversia, da manifestare in forma scritta, solitamente contenuta nel BIT di riferimento tra i due Paesi. Tale circostanza, come illustrato in precedenza, impedisce che si possa invocare l'immunità dalla giurisdizione presso tale collegio.

³³¹ "Certainty, international law does not at present support the principle sometimes advanced, that the agreement of a State to submit to arbitration entails a waiver of its immunity in respect to all subsequent proceedings arising out of the arbitration, including proceedings for the enforcement of the award", J. Collier & V. Lowe, "The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures", Oxford University Press (OUP), 1999, p. 272.

Capitolo 3

La responsabilità internazionale dello Stato per la violazione di un contratto commessa da una *State-owned Entity* ad esso riconducibile ai sensi del diritto internazionale

Sommario: 3.1 L'attribuibilità della condotta degli atti posti in essere dalle State-owned Enterprises in capo al home State di appartenenza 3.2 La violazione del diritto internazionale come conseguenza del "breach of a contract".

3.1 L'attribuibilità della condotta degli atti posti in essere dalle *State-owned Enterprise* in capo al *home State* di appartenenza

Il presente capitolo analizza la possibilità che uno Stato possa essere ritenuto responsabile sul piano internazionale in forza di una violazione contrattuale commessa da parte di una *State-owned Enterprise* ad esso riconducibile.

Dopo aver esaminato gli aspetti concernenti la determinazione della giurisdizione del tribunale arbitrale internazionale chiamato a conoscere di una controversia che coinvolga un'impresa di Stato³³², ora verrà esaminata la possibilità che sussista un collegamento tra la condotta della *State-owned Entity* e il *home State* di appartenenza.

L'istituto dell'attribuzione, concetto nato e sviluppatosi primariamente nel campo della responsabilità degli Stati, è stato successivamente mutuato anche dal

³³² Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

diritto degli investimenti internazionali, con il fine di determinare esattamente la sussistenza di suddetto *link*³³³.

La configurabilità di tale ipotesi dispiega i propri effetti su due piani principali, incidendo da un lato sul soggetto nei cui confronti può essere chiesto il risarcimento del danno, dall'altro sul foro competente per conoscere del *claim* sorto tra le parti.

Per quanto concerne il primo profilo, risulta *ictu oculi* evidente la portata di un eventuale coinvolgimento del *home State*, in forza della violazione contrattuale posta in essere da un'impresa di Stato. L'aspetto più macroscopico di tale coinvolgimento concerne proprio la questione riguardante il risarcimento del danno. Infatti, in quanto soggetto di diritto privato, l'impresa è chiamata a rispondere in ultima istanza nei limiti del proprio capitale sociale, quindi potrebbe astrattamente non essere in grado di far fronte all'intero *quantum* calcolato dal giudice arbitrale, dovuto a controparte sulla base dell'ammontare del danno causato e liquidato. Qualora al contrario fosse ritenuto responsabile lo Stato di riferimento della stessa, tale problema non si porrebbe affatto, essendo quest'ultimo considerato illimitatamente responsabile per i danni commessi, quindi chiamato a risponderne senza che si possa individuare un tetto oltre il quale non sia possibile ottenere soddisfazione per i danni subiti³³⁴.

Per quanto concerne il secondo profilo, come anticipato nel precedente capitolo, la circostanza che gli atti posti in essere da un'impresa di Stato vengano ricondotti al *host State* di riferimento incide in modo netto sulla determinazione del foro competente a conoscere della controversia - ora configurando la giurisdizione del tribunale arbitrale internazionale, ora escludendola -³³⁵.

I benefici di cui può godere il *claimant* nell'adire un tribunale arbitrale internazionale, come quelli costituiti ai sensi della Convenzione di Washington, sono molteplici.

³³³ “[the process] by which international law establishes whether the conduct of a [...] person or other such intermediary can be considered an act of State”, J. Crawford, “*State Responsibility, the General part*”, Cambridge, Cambridge University Press (CUP), 2013, p. 113.

³³⁴ R. Dolzer and C. Schreuer, “*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press (OUP), 2012, pp. 195 ss.

³³⁵ Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

In primo luogo, i tribunali internazionali sugli investimenti godono di terzietà ed imparzialità rispetto alle parti, condizione non così pacifica da garantire qualora la stessa causa fosse giudicata dal sistema giudiziario nazionale del Paese sul cui territorio si è concretizzato l'investimento internazionale.

In secondo luogo, i tempi medi garantiti da tale organi sono significativamente più rapidi e contenuti rispetto a quelli propri della giurisdizione interna della larga maggioranza degli Stati della comunità internazionale.

Infine, le decisioni dei tribunali arbitrali sugli investimenti non sono in alcun modo soggette ad impugnazione, né per quanto riguarda ulteriori gradi (non) previsti all'interno della struttura del Centro³³⁶, né presso le Corti interne dei Paesi parte della controversia.

a) La duplice rilevanza dell'attribuibilità della condotta: l'accertamento giurisdizionale e quello di merito

Il primo passo per determinare la responsabilità internazionale dello Stato per la violazione di un contratto commessa da parte di un'impresa di Stato riguarda l'attribuibilità di tale condotta in capo allo Stato medesimo.

Al fine di sciogliere il presente nodo giuridico, l'interprete deve dare risposta a due ordini di problemi: se il Tribunale possa esercitare la propria giurisdizione sul caso di specie ai sensi del BIT di riferimento; e se lo Stato possa essere ritenuto responsabile per tale condotta³³⁷.

³³⁶ Convenzione di Washington, artt. 54(1), 54(1). L'unica procedura di annullamento della sentenza emessa dai Tribunali ICSID è quella prevista dalla Convenzione all'art. 52, ai sensi del quale il lodo arbitrale può essere annullato solo nei casi di vizio nella costituzione del tribunale, manifesto eccesso di potere da parte del tribunale, corruzione di uno dei membri del tribunale, inosservanza grave di una regola di procedura fondamentale o difetto di motivazione della sentenza. In sostanza, si tratta di quelli che potrebbero essere definiti come vizi di legittimità, escludendosi alcun tipo di ricorso per motivazioni di merito. Al riguardo, si vedano A. Crivellaro, "Annulment of ICSID Awards: Back to the First Generation?", in L. Lèvy, Y. Derains (eds.), *Liber amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Paris, 2011, pp. 145-175; R. D. Bishop and S. M. Marchili, "Annulment under the ICSID Convention", Oxford, 2012.

³³⁷ Ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Washington, il Tribunale ICSID gode di un ampissimo potere discrezionale sia per quanto concerne la determinazione della propria competenza, sia per quanto riguarda la possibilità per il giudice arbitrale di "bifurcate the proceeding and to deal with preliminary objections in the first phase and then, at a later stage of the proceeding, with the other issues related to the merit", *Emmis International Holding, B.V. v. Emmis Radio Operating, B.V. Mem Magyar Electronic Media Kereskedelmi És Szolgáltató Kft v.*

Per quanto concerne il primo aspetto, nel precedente capitolo è stato chiarito come l'organo *de quo* possa conoscere della controversia qualora siano rispettate le regole che ne determinano la giurisdizione e le condizioni di accesso all'organo giudicante. Più specificamente, la giurisdizione dei Tribunali ICSID - regolata dall'art. 25 della Convenzione di Washington che lo istituisce - prevede che possano accedere al sindacato di tale giudice arbitrale "a Contracting State and a national of another contracting State"³³⁸.

Per quanto concerne il secondo aspetto, i Tribunali ICSID hanno chiarito in una delle sua più importanti pronunce sul tema, *Maffezini v. Kingdom of Spain case*, come "while the first issue is one that can be decided at the jurisdictional stage of these proceedings, the secondo issue bears on the merits of the dispute and can be finally resolved only at that stage"³³⁹.

Appare evidente, quindi, come ai fini della determinazione della responsabilità internazionale dello Stato per gli atti posti in essere dalle partecipate, questi due momenti siano intimamente connessi, seppur collocati temporalmente in due fasi distinte del procedimento³⁴⁰.

b) Il parametro giuridico previsto agli artt. 4, 5 e 8 degli ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts nelle controversie tra investitore internazionale e host State

La Commissione di Diritto internazionale ha adottato la versione finale degli *ILC Articles* durante la propria cinquantatreesima sessione, nell'agosto del 2001.

Hungary, Decision on Respondent Application for Bifurcation, ICSID Case No. ARB/12/2, 13th June 2013, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/384>.

³³⁸ Convenzione di Washington, art. 25. Si veda *infra*, cap. 2 par. 2.

³³⁹ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000*, ICSID Case No. ARB/97/7, at para.75, [*Maffezini v. Spain*], reperibile online presso http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf. Il Tribunale prosegue affermando che "The Tribunal has to answer to the following to questions: first, whether or not SODIGA is a State entity for the purpose of determining the jurisdiction of the ICSID and the competence of the Tribunal, and second, whether the actions and the omissions complained of by the Claimant are imputable to the State".

³⁴⁰ Tale duplice rilevanza è stata definita col termine "twofold relevance of attribution". Tra i molti, si veda M. Feit, "Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, 2010, 28, n. 1, p. 145 ss.

Nel dicembre dello stesso anno, il testo così licenziato è stato sottoposto al voto degli Stati presso l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che lo hanno approvato con la veste di risoluzione n. 56/83³⁴¹.

Gli *ILC Articles* non hanno mai assunto lo *status* di trattato internazionale, risultando tutt'ora - quanto al contenitore giuridico - come un *set* di articoli che regola la responsabilità internazionale dello Stato, avente mera forza di normativa di *soft law*. Tuttavia, quanto al loro contenuto, sono stati considerati in larga parte riproduttivi del diritto internazionale consuetudinario vigente in materia, pertanto vincolante ed obbligatorio per tutti gli Stati che compongono la comunità internazionale³⁴², come riconosciuto anche dai Tribunali ICSID nella decisione *Noble Ventures Inc. v. Romania*³⁴³.

Preliminarmente, occorre chiarire come non possa essere condivisibile l'obiezione spesso sollevata dallo Stato convenuto in fase procedimentale circa l'inapplicabilità di tale *set* di regole al campo degli investimenti internazionali, per ciò che concerne le controversie tra investitore e *host State*.

Tale tesi - sovente proposta già in fase di determinazione della giurisdizione del giudice arbitrale - asserisce che tale normativa riguardi unicamente la responsabilità tra Stati nei confronti di altri Stati, e non nei confronti di investitori privati³⁴⁴. Tuttavia, tale assunto non può essere accolto, come chiarito già dall'art. 1 degli *ILC Articles*, laddove si afferma che “[e]very internationally wrongful act

³⁴¹ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IVE.1, reperibile online presso: <http://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> [ultimo accesso 30 Aprile 2018]. In sede di presentazione del lavoro in Assemblea, la Commissione ha affermato che tale voto “*commend[ed] [the Articles on the Responsibility of the State for internationally Wrongful Acts] to the attention of Governments without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action*”, GA Res. 56/83, at para. 3, reperibile online presso: <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r56.htm>.

³⁴² *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of International Law Commission, 2001, Vol. II (Part 2) and Corrigendum; K. Hobér, “*State Responsibility and Attribution*”, in P. Muchlinski et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* 941-2, 2008, p. 553 ss.

³⁴³ *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Award of 12th October 2005, ICSID Case No. ARB/01/11, para. 69, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/747>, dove il Tribunale afferma che “*while those Draft Articles are not binding, they are widely regarded as a codification of customary international law*”.

³⁴⁴ R. Dolzer and C. Schreuer, “*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press (OUP), 2012, pp. 195 ss.

of a State entails the international responsibility of that State”³⁴⁵. Come ulteriormente chiarito anche dal Commentario, l’art. 1 “covers all international obligations of the State and not only those owed to other States”³⁴⁶.

Pertanto, appare chiaro come tale normativa non si applichi unicamente ai rapporti tra Stati, nonché alle sole relazioni di tipo interstatale, in quanto copre altresì tutte le attività poste in essere dallo Stato come soggetto di diritto internazionale, nelle plurime manifestazioni che queste possono assumere, nei confronti di tutte le entità potenzialmente destinatarie delle stesse³⁴⁷. Ciò ha permesso a numerosi commentatori di accogliere la posizione per cui “there is no doubt that the ILC Articles may also be relevant with respect to non-state parties”³⁴⁸, e che “they are applicable to investment arbitrations”³⁴⁹.

Tale posizione è stata fatta propria anche dai Tribunali ICSID, che nel valutare l’applicabilità dei parametri previsti dagli *ILC Articles* alle dispute tra investitore e Stato hanno adottato il medesimo convincimento in senso positivo³⁵⁰.

Accertato come la normativa prevista dagli *ILC Articles* possa essere applicata al tema della presente indagine, gli articoli di riferimento su cui si verrà a concentrarsi siffatta analisi sono i n. 4, 5 e 8.

La trilogia di articoli in esame costituisce il *set* normativo su cui si basa l’intera architettura dell’istituto dell’attribuzione, descrivendo i parametri necessari per determinare il *link* che collega gli atti posti in essere da un soggetto non immediatamente riconducibile allo Stato di appartenenza, e lo Stato medesimo.

³⁴⁵ *ILC Articles*, art. 1.

³⁴⁶ *Commentary to the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, 2 Y.B., International Law Commission, at para. 87.

³⁴⁷ Sul punto, il Commentario inequivocabilmente prosegue affermando che “*State responsibility extends to breaches of international law where the primary beneficiary of the obligation breached is an individual or an entity other than a State*”, at para. 32, 87, 88.

³⁴⁸ Tra i molti, si veda K. Hobér, “*State Responsibility and Attribution*”, in P. Muchlinski et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* 941-2, 2008, p. 553.

³⁴⁹ K. Hobér, “*State Responsibility and Investment Arbitration*”, in C. Ribeiro (eds.), *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, 2006; K. H. Böckstiegel, “*Applicable Law to State Responsibility Under the Energy Charter Treaty and other Investment Protection Treaties*” in C. Ribeiro (eds.), *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, 2006, p. 259, “*And most commentators agree that [The ILC Articles] are applicable not only between States, but also for relations between States and foreign investors insofar as these are subject to international law [...]*”.

³⁵⁰ Tra i casi in cui il Tribunale ICSID ha espresso tale posizione si possono citare, tra i molti, *Maffezini v. Spain*; *Noble Ventures Inc. v. Romania* ed *Eureko v. Poland (Eureko B.V. v. Republic of Poland)*, Partial Award and Dissenting Opinion 19th August 2005, *ad hoc* arbitration seated in Brussels, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/412>).

L'art. 4 fa riferimento ai c.d. *State organs*³⁵¹, organi dello Stato per i quali il problema della riconducibilità del loro operato all'ente di appartenenza si sostanzia in uno "structural assessment", coprendo "all the individual or collective entities which make up the organization of the State and act on its behalf"³⁵².

L'art. 5, rubricato "Conducts of persons or entities exercising elements of governmental authority"³⁵³, si basa su un "functional assessment" e ricomprende tutte quelle ipotesi nelle quali un ente, che non sia definibile come organo dello Stato, sia stato altresì abilitato da detto Stato ad esercitare prerogative dell'attività di governo. Ai sensi del Commentario, si includono in tale categoria di enti "public corporations, semi-public entities, public agencies and [...] private companies, [...] empowered by the law of the State to exercise functions of a public character normally exercised by State organs"³⁵⁴. Appare chiaro come il cuore della norma in esame - che costituisce al tempo stesso il parametro giuridico per determinare l'attribuzione degli atti posti in essere dall'ente (privato) allo Stato - sia la "governmental authority"³⁵⁵.

L'art. 8, rubricato "Conduct directed or controlled by a State"³⁵⁶, si basa sul concetto di "instruction, direction and control", ponendo il focus sulla "factual

³⁵¹ *ILC Articles on the State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*. Article 4. *Conduct of organs of a State*. 1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. 2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

³⁵² *Commentary to the Draft Articles*, 2001, 2 Y.B., International Law Commission, at para. 43.

³⁵³ *ILC Articles on the State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*. Article 5. *Conducts of persons or entities exercising elements of governmental authority*. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

³⁵⁴ *Commentary to the Draft Articles*, 2001, 2 Y.B., International Law Commission, at para. 43.

³⁵⁵ "[...] actions and omissions of State organs are attributable to the State under article 4 of the ILC Articles. In accordance with art. 5 of the ILC Article, a State cannot escape attribution simply by creating a private law entity and claiming that it is not a State organ under its domestic law, if that entity exercise element of governmental authority and acts are in that capacity in the contested instance", E. Milano, "The investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 11, M. Nijhoff Publishers, 2012, p. 512. In commento a: *Italian Republic v. Republic of Cuba*, Ad hoc State-State Arbitration, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/580>.

³⁵⁶ *ILC Articles on the State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*. Article 8. *Conduct directed or controlled by a State*. The conduct of a person or group of persons shall be considered

relationship between the person or entity engaging in the conduct and the State”³⁵⁷. I tre concetti chiave utilizzati nella costruzione di questa norma - rispetto ai quali è sufficiente verificare la presenza di uno solo di questi perché si abbia attribuzione degli atti del posti in essere dal soggetto allo Stato - riguardano la circostanza che tale soggetto abbia ricevuto istruzioni da parte dello Stato nel porre in essere la propria azione contraria al diritto internazionale, oppure abbia agito sotto la direzione ed il controllo dello stesso. A differenza di quanto accade nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia³⁵⁸, i parametri ivi previsti sono valutati e applicati dai Tribunali ICSID con un grado di rigore del tutto inferiore.

Ad esempio, nel caso *EDF v. Romania*³⁵⁹, non è stato necessario per EDF dimostrare che l'intero disegno delle operazioni poste in essere, o che singole e specifiche operazioni, fossero riconducibili allo Stato. Al contrario, è stato sufficiente che EDF riuscisse a dimostrare come l'estinzione del contratto di duty-free causato da TAROM fosse in qualche modo riconducibile all'ente pubblico. Allo stesso modo, nel caso *Bayindir v. Pakistan*³⁶⁰ non è stato necessario per il *claimant* dimostrare il coinvolgimento dello Stato in ogni singola azione posta in essere da NHA (la *SOE* pakistana), essendo sufficiente collegare l'attività di quest'ultima in modo molto più generico all'insuccesso dell'investimento, che consisteva nella costruzione di una autostrada che collegasse Islamabad con Peshawar.

an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

³⁵⁷ *Commentary to the Draft Articles*, 2001, 2 Y.B., International Law Commission, at para. 48.

³⁵⁸ In merito all'art. 8 degli *ILC Articles*, appare chiaro come i parametri ivi contenuti ed applicati nel diritto internazionale *tout court* inteso non siano immediatamente ed automaticamente replicabili nel campo degli investimenti internazionali. La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia sul punto si sviluppa attorno al concetto delle “*third party entity*”, dovendo dare sostanzialmente risposta alla sussistenza della responsabilità internazionale dello Stato, che infranga diritti di un altro Stato avvalendosi dell'attività di soggetti terzi (in merito ai parametri della direzione e controllo da parte dello Stato, si veda *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua V. United States Of America)*, ICJ Reports, 1986).

³⁵⁹ *EDF (Services) Limited v. Romania*, (Award, 8 October 2009), ICSID Case No. ARB/05/13, [*EDF v. Romania*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/375>.

³⁶⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan*, (Award, 27 August 2009), ICSID Case No. ARB/03/29, [*Bayindir v. Pakistan*], reperibile online presso: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Bayandiraward.pdf>.

Pertanto, qualora la condotta dell'ente sia caratterizzata da una qualsiasi delle ipotesi previste nei suddetti articoli in tema di attribuzione (4, 5 e 8), la condotta di tale ente potrà essere fatta ricadere in capo allo Stato di appartenenza.

Per quanto concerne il sindacato dei Tribunali ICSID, un'applicazione giurisprudenziale dei parametri previsti dagli *ILC Articles* in tema di attribuzione è rintracciabile nel *Maffezini case*³⁶¹. Emilio Augustín Maffezini, cittadino argentino, ha costituito in Spagna la società EAMSA, in partnership con la società SODIGA (*Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia*), per la produzione di prodotti chimici nella regione spagnola della Galizia. Dopo il fallimento dell'investimento, Maffezini ha citato in giudizio direttamente lo Stato spagnolo, affermando che la responsabilità del mancato successo dipendesse dall'operato di SODIGA, *Public Entity* riconducibile direttamente a quest'ultimo. L'argomentazione del ricorrente si fondava sulla circostanza che, in quanto soggetto riconducibile allo Stato spagnolo, le azioni od omissioni di SODIGA fossero attribuibili direttamente al quest'ultimo³⁶².

Lo Stato spagnolo, per contro, rigettava tale assunto, affermando che, sulla base dello "structural assessment" del proprio apparato statale, SODIGA dovesse essere considerata esclusivamente come *private entity*, in quanto non prevista né riconducibile ad alcun organigramma pubblico³⁶³.

Il giudice arbitrale, dopo aver preliminarmente chiarito come sia assolutamente possibile che una società governata dal diritto privato possa esercitare anche solo occasionalmente funzioni di carattere pubblico, ha affermato che - ai sensi dello *structural test* - SODIGA "could not be held to fall entirely outside the overall scheme of public administration"³⁶⁴.

Nonostante il test strutturale non fosse conclusivo, l'organo ha sottolineato come la propria indagine non si dovesse limitare a questo tipo di parametro, dovendo essere considerati anche ulteriori elementi, rilevanti ai fini dell'attribuzione degli atti di una *private entity* allo Stato, come in particolare il

³⁶¹ *Maffezini v. Spain case*.

³⁶² *Maffezini v. Spain case*, Award on Jurisdiction, at para. 72.

³⁶³ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 47.

³⁶⁴ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 48, 50.

controllo della compagnia da parte del soggetto pubblico, nonché gli obiettivi e le funzioni per cui tale ente era stato creato.

Il giudice arbitrale ha quindi continuato il proprio ragionamento giuridico affermando come fosse necessario fare riferimento anche al *functional test* per stabilire se la condotta di SODIGA potesse essere considerata come commerciale piuttosto che “governmental”, quindi attribuibile o meno allo Stato spagnolo.

Dopo aver applicato il test funzionale agli atti posti in essere da SODIGA, il giudice arbitrale ha concluso che la condotta contestata fosse “partially governmental and partially commercial in nature”, dovendosi quindi categorizzare quali atti ricadessero sullo Stato e quali invece dovessero esserne esclusi³⁶⁵.

Per quanto concerne il primo *claim* presentato da Maffezini, la circostanza che l’attività di consulenza commerciale prestata da SODIGA - sostanziatasi nella redazione di un *business plan* che descriveva i costi di realizzazione del progetto, sottostimati grandemente - sia stata significativamente errata, non è stato considerato dall’organo come un’attività “discharging any public function in providing the information, for which reason the conduct could not be attributed to Spain”³⁶⁶, nonostante tale errore sia poi risultato determinante per il fallimento dell’intero progetto. La valutazione e l’impatto dei costi di realizzazione del progetto da parte di SODIGA sono stati considerati dal giudice arbitrale come l’esercizio di una normale attività commerciale, a nulla rilevando la circostanza che non siano stati correttamente previsti.

In merito al secondo *claim*, Maffezini denunciava di essere stato sottoposto a pressioni di tipo politico per anticipare la realizzazione di alcune opere e costruzioni, anche se il progetto non era ancora stato approvato per quanto concerneva la valutazione di impatto ambientale. Anche in questo secondo caso l’organo non ha trovato alcuna forma di collegamento tra la società e lo Stato spagnolo, affermando al contrario che entrambi i soggetti non avevano fatto altro che insistere sull’osservanza della normativa vigente in materia, mentre la decisione di Maffezini di anticipare i lavori prima che l’approvazione fosse resa

³⁶⁵ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 57.

³⁶⁶ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 58, 64.

esecutiva doveva essere considerata come un'azione del tutto indipendente, imputabile unicamente a quest'ultimo³⁶⁷.

Il terzo *claim* presentato dinnanzi a Tribunale riguardava un trasferimento di denaro dal conto corrente personale di Maffezini a quello della società EAMSA, sotto forma di prestito concesso alla società. Il ricorrente sosteneva di non aver mai dato alcuna autorizzazione affinché tale prestito fosse erogato, mentre il convenuto aveva replicato non solo che ciò fosse regolarmente ed effettivamente avvenuto, ma che l'autorizzazione ed il mandato all'esecuzione di tale operazione erano stati esplicitamente espressi da Maffezini nei confronti di Luis Soto Baños, rappresentante di SODIGA in EAMSA. Pertanto, secondo lo Stato Spagnolo, Baños nel compiere quell'operazione rivestiva il ruolo di *personal representative* di Maffezini, quindi in alcun modo riconducibile (quindi attribuibile) né a SODIGA, né tantomeno al soggetto pubblico³⁶⁸.

Il giudice arbitrale - dopo aver rilevato che il sig. Baños aveva discusso il trasferimento di questi fondi con il Presidente di SODIGA, ed era stato autorizzato proprio da quest'ultimo a procedere - ha riscontrato che non vi era stata al contrario alcuna autorizzazione formale da parte del Sig. Maffezini nel dar luogo all'operazione. Pertanto, l'organo ha concluso che il sig. Baños non stesse agendo come *personal representative* di Maffezini, ma come funzionario di SODIGA. Appurata la veste con cui è stata compiuta l'operazione dal sig. Baños, resta ora da determinare se tale azione fosse “purely commercial in nature or whether it was performed in the exercise of SODIGA’s public or government function”³⁶⁹.

La circostanza che un rappresentante di SODIGA in EAMSA disponesse pagamenti e finanziamenti in favore della società partecipata, che agisse in nome e per conto di questa dinnanzi alle autorità pubbliche spagnole, senza ricevere alcun compenso per dette attività, ha determinato nel giudice arbitrale il convincimento che si trattasse inequivocabilmente di elementi rispondenti alla “public nature” di SODIGA, tali da oltrepassare il limite delle attività meramente

³⁶⁷ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 65, 71.

³⁶⁸ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 72, 73.

³⁶⁹ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 75.

commerciali. Infine, il trasferimento di denaro, dal punto di vista dell'investimento in essere, aveva come conseguenza immediata un incremento dell'allocazione delle risorse a disposizione del progetto. Tale ulteriore liquidità, imputabile ad un'azione del sig. Baños e non di Maffezini, era riconducibile ad una volontà dell'ente di agire in quel preciso momento "discharging any public function", al fine di promuovere l'industrializzazione della Galizia. Il giudice ha concluso il ragionamento sugli elementi fattuali e giuridici esposti ritenendo le azioni poste in essere da SODIGA "attributable to Spain"³⁷⁰.

Le considerazioni che si possono trarre dall'argomentazione giuridica proposta dai Tribunali ICSID sono molteplici. In primo luogo, il giudice arbitrale ha correttamente rilevato come il mero fatto che SODIGA fosse un ente di diritto privato ai sensi della legislazione spagnola non fosse un elemento sufficiente di per sé per non poterla considerare come uno "State organ" o "discharging any public function" ai sensi del diritto internazionale. Tale considerazione si allinea al dettato del Commentario degli *ILC Articles*, laddove si afferma in merito all'art. 4(2) che "a State organ under international law does not depend on the status of the entity under domestic law"³⁷¹.

In secondo luogo, l'esame condotto dal giudice sui singoli atti posti in essere da SODIGA mostra come il *functional test* sancito dall'art. 5 degli *ILC Articles*, debba essere applicato secondo la logica del *case-by-case approach*³⁷².

Pertanto, le azioni od omissioni di una *State-owned Entity*, che non sia uno State organ ai sensi dell'art. 4, non possono essere attribuite allo Stato di appartenenza nella loro indifferenziata totalità.

³⁷⁰ *Maffezini v. Spain case*, Award on Merit, at para. 76-83.

³⁷¹ *Commentary to the Draft Articles*, 2001, 2 Y.B., International Law Commission, at para. 42.

³⁷² L'approccio in esame, adottato dal Tribunale ICSID nel declinare i requisiti previsti all'art. 5 degli *ILC Articles*, è stato confermato nel campo degli investimenti internazionali anche da altri Tribunali arbitrali internazionali. Ad esempio, al fine di determinare se una certa condotta di un ente fosse attribuibile o meno allo Stato, l'*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, nel caso *AMTO LLC v. Ukraine* (Decision on Arbitration No. 080/2005, 26th March 2008, at paras. 101-102), ha dapprima appurato come la *State-owned Enterprises* in esame non fosse un organo dello Stato ucraino. Successivamente, ha stabilito che la condotta di Energoatom "can only be attributed to the State where it was shown that Energoatom was exercising governmental authority or acted on the instruction of, or under the direction or control of, the State in carrying out the conduct", reperibile online presso: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/214>.

Al contrario, ogni singola condotta dell'impresa per la quale il *claimant* ne assuma la riconducibilità allo Stato dovrà essere esaminata singolarmente ed indipendentemente³⁷³.

3.2 La violazione del diritto internazionale come conseguenza del “breach of a contract”

Affinché uno Stato possa essere considerato responsabile ai fini del diritto internazionale per la violazione di un contratto tra un investitore straniero e una *SOE* a quest'ultimo riconducibile, la violazione del contratto deve costituire al tempo stesso anche la violazione di un obbligo internazionale.

In altre parole, affinché si possa configurare l'ipotesi in esame, è necessaria che la violazione del contratto costituisca al tempo stesso anche la violazione di una disposizione del trattato, commessa da parte di un soggetto riconducibile allo Stato (*State-owned Enterprise*), la cui condotta venga attribuita a quest'ultimo ai sensi dei parametri previsti dagli Articoli della CDI.

Pertanto, come si evince dalla premessa in esame, gli elementi in gioco sono quattro: un contratto stipulato tra un investitore privato e una *State-owned Entity*; un trattato internazionale che funga da base di riferimento per il contratto sottoscritto tra le Parti; l'attribuzione degli atti posti in essere dalla *SOE* allo Stato

³⁷³ Il Tribunale ICSID ha in seguito confermato l'autonoma valutazione di ogni singola condotta anche in altri casi, come ad esempio nel *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanay A.S. v. The Islamic Republic of Pakistan case* (Award 26th August 2009, ICSID Case No. ARB/03/29, at paras. 117-130). Qui il Tribunale ha sistematicamente valutato in modo puntuale le singole condotte poste in essere dalla *SOE* National Highway Authority (NHA). Dopo essere giunto alla conclusione che NHA non poteva essere considerata alla stregua di uno *State organ* - ai sensi dell'art. 4 degli *ILC Articles* - il Tribunale ha inizialmente osservato come fosse indubitabile che tale *SOE* fosse “*generally empowered to exercise elements of governmental authority*”. Pertanto, l'analisi è proseguita ai sensi dell'art. 5 degli *ILC Articles*, affermando come tale *general power* non potesse essere di per sé sufficiente per configurare l'ipotesi contemplata all'articolo in esame. Affinché i parametri ivi previsti potessero dirsi soddisfatti, era altresì necessario che NHA agisse “*in a sovereign capacity*”. Dal momento che tale capacità non è stata riscontrata dal Tribunale nel caso in esame, l'analisi è continuata ai sensi del dettato previsto dall'art. 8, che ha trovato conferma quanto a sussistenza dei requisiti ivi contemplati da parte del giudice arbitrale.

di appartenenza; la violazione di una disposizione del contratto che costituisca al tempo stesso anche violazione del diritto internazionale³⁷⁴.

Affinché si possa accedere al sindacato dei Tribunali ICSID, l'art. 25 della Convenzione di Washington richiede in primo luogo il consenso scritto di entrambe le parti. In una controversia tra un investitore internazionale ed una impresa di Stato, tale consenso tipicamente si ricava dalle norme sulle risoluzioni delle controversie contenute nel BIT di riferimento tra i due Stati, o in un trattato stipulato *ad hoc*.

Solitamente, questi trattati contengono clausole piuttosto ampie, che prevedono come “any” o “all disputes” nascenti tra lo Stato e l'investitore estero possano essere “submitted to ICSID”. Tuttavia, non tutte le violazioni di un contratto costituiscono al tempo stesso anche *breach of the treaty*.

Per quanto riguarda la violazione di una disposizione del trattato, tale elemento non è necessario unicamente ai fini dell'accesso alla giurisdizione del Centro, dal momento che risulta essere *conditio sine qua non* affinché si configurabile la responsabilità internazionale dello Stato ai sensi del diritto internazionale, come stabilito dagli artt. 1 e 2 degli *ILC Articles*³⁷⁵.

Alla luce di quanto esposto finora, la violazione di un obbligo internazionale è rilevante sia da un punto di vista procedurale, sia da una prospettiva sostanziale³⁷⁶. L'elemento determinante affinché sia configurabile tale responsabilità riguarda quindi la valutazione “to what extent [...] the contractual breach amounts to a treaty violation”³⁷⁷.

³⁷⁴ I due tipi di controversie, quella relativa al contratto e quella relativa al BIT, sono giuridicamente e concettualmente distinte. Al riguardo, si veda tra gli altri S. Alexandrov, “*Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is it still Unknown Territory*”, in K. Yannaca-Small (eds.), *Arbitration Under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010, pp. 324-325.

³⁷⁵ Article 1. *Responsibility of a State for its internationally wrongful acts*. Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State. Article 2. *Elements of an internationally wrongful act of a State*. There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.

³⁷⁶ In tal senso, si veda *infra*, cap. 3 par. 1, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* [formerly *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*], Decision on Annulment 3rd July 2002, ICSID Case No. ARB/97/3, [*Vivendi v. Argentina*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/309>.

³⁷⁷ *Ibidem*, para 96.

Tale valutazione rileva non solo nella fase dell'accertamento del merito per ciò che concerne la controversia tra le parti, emergendo anche nella fase dell'accertamento della giurisdizione da parte dell'organo.

In ultima analisi, pertanto, si potrà affermare che tale ipotesi sia verificata ogni qualvolta la violazione del contratto incida anche sulle previsioni del BIT di riferimento tra gli Stati parte, provocando una violazione della normativa internazionale che fa da cornice al contratto. Al contrario, la violazione rimarrà nel mero alveo contrattuale ogni qualvolta questa incida solo sui rapporti commerciali e privatistici che intercorrono tra le parti.

Ad esempio, nel caso *SGS v. Pakistan*³⁷⁸, il giudice arbitrale - nell'applicare il “*prima facie*” test ai fini della determinazione della propria giurisdizione - ha rilevato altresì che “the Tribunal relied on the characterization of the case by the investor as long as the facts asserted by the Claimant are capable of being regarded as alleged breaches of the BIT”³⁷⁹. In questa prima fase del procedimento il giudice arbitrale può esercitare un margine di apprezzamento molto limitato sulla tematica in esame, dovendo riservare la propria indagine alla fase dell'accertamento di merito. Tuttavia, si può notare come l'organo non accetti acriticamente l'assunto sostenuto dal *claimant* per cui la pretesa violazione del contratto sia stata in grado di costituire al tempo stesso anche violazione del trattato.

Allo stesso modo, nel caso *SGS v. Philippines*³⁸⁰, il Tribunale arbitrale ha osservato come “provided the facts as alleged by the Claimant and as appearing from the initial pleadings fairly raise questions of breach of one or more provisions of the BIT, the Tribunal has jurisdiction to determine the claim”³⁸¹.

Gli artt. 4, 5 e 8 degli *ILC Articles*, tuttavia, non forniscono alcuna regola generale (in materia di attribuzione) secondo la quale qualsiasi atto di un'impresa di Stato che violi un contratto - e che possa essere attribuito a quest'ultimo -

³⁷⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Objection to Jurisdiction 6th August 2003, ICSID Case No. ARB/01/13 [*SGS v. Pakistan*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1009>.

³⁷⁹ *Ibidem*, at paras. 144-145.

³⁸⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, Decision on Jurisdiction 29th January 2004, ICSID Case No. ARB/02/6 [*SGS v. Philippine*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/1018>

³⁸¹ *Ibidem*, para. 157.

comporta necessariamente anche la violazione del BIT di riferimento, dunque del diritto internazionale. Lo scopo di questa disciplina, al contrario, è quella di delimitare i casi in cui si possa configurare siffatto *link*, limitando le condotte che causino un illecito internazionale per lo Stato.

Pertanto, il contratto in sé considerato, seppur concluso da una *SOE* dotata di *governmental authority*, non potrà essere attribuito allo Stato³⁸². Ciò che è attribuibile all'autorità pubblica, al contrario, sarà la violazione di tale contratto da parte dell'impresa, se e solo se tale violazione costituisce anche la violazione di un obbligo internazionale³⁸³.

Alcuni commentatori, nell'esaminare la questione in esame, hanno affermato come i parametri previsti dagli *ILC Articles*, non debbano affatto essere utilizzati a fine di attribuire “acts other than violations of international law”³⁸⁴.

In questo senso, ad ulteriore conferma dell'impostazione proposta, è possibile osservare il dettato dell'art. 7 degli *ILC Articles*³⁸⁵. Infatti, mentre la formulazione della norma appare del tutto coerente rispetto al tema dell'attribuzione, risulta al contrario inappropriata sia per ricondurre la conclusione del contratto allo Stato, sia per determinare in quali circostanze una violazione dello stesso costituisca anche una violazione del diritto internazionale.

³⁸² G. V. Harten, “*The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*”, in *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 2007, p. 372.

³⁸³ *Noble Ventures Inc. v. Romania case*, at para. 68. Concetto ribadito anche dal Commentario degli *ILC Articles*, laddove si afferma che “*The question of attribution of conduct to the State for the purpose of responsibility is to be distinguished from other international law processes by which particular organs are authorized to enter into commitments on behalf of the State [...] Such rules have nothing to do with attribution for the purpose of State responsibility. In principle, the State’s responsibility is engaged by conduct incompatible with its international obligations, irrespective of the level of administration or government at which the conduct occurs. Thus, the rules concerning attribution set out in this Chapter are formulated for this particular purpose, and not for the purpose for which it may be necessary to define the State or its Government*”, para. 39.

³⁸⁴ “[...] it is not possible to attribute a contract concluded by a sub-division or State-entity to the State by using the rules on State responsibility. The rules of attribution have been developed in the context of attributing acts to the State in order to determine whether those acts are in breach of international law. They cannot be applied *mutatis mutandis*. A clear distinction existing between the responsibility of a State for the conduct of an entity that violates international law (e.g. a breach of a treaty) and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipal law contract.” in R. Happ, “*The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisprudence*”, in C. Ribeiro (eds.), *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, 2006, p. 324.

³⁸⁵ Article 7. *Excess of authority or contravention of instructions*. 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 State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

Ai sensi dell'art. 12 degli *ILC Articles*³⁸⁶ si ha violazione di un obbligo internazionale da parte di uno Stato quando un suo atto, quale che ne sia la fonte o la natura, non è conforme a quanto gli è richiesto dalla normativa internazionale di riferimento.

Ciò che emerge dalla lettura dell'articolo in esame è che l'unica normativa di riferimento per determinare la violazione di obbligo internazionale sia il diritto internazionale stesso. Pertanto, lo Stato non può invocare la conformità del proprio atto rispetto al diritto interno per giustificare la propria condotta nel caso in cui configuri un illecito internazionale.

In altri termini, l'elemento determinante per qualificare se si sia in presenza di un *treaty claim* concerne la natura dell'obbligo violato. La circostanza che tale violazione sia posta in essere da un soggetto "terzo" rispetto allo Stato a nulla rileva ai fini della presente analisi. Al riguardo, il *link* tra i due soggetti viene appurato ai sensi dei parametri offerti dagli *ILC Articles* precedentemente trattati.

In base alla natura dell'obbligo violato, è perfettamente configurabile una situazione ai sensi della quale lo Stato incorra in due distinte ipotesi di responsabilità: da un lato, quella derivante dalla violazione del contratto di investimento; dall'altro, quella collegata alla violazione di un obbligo internazionale.

3.2.1 La distinzione tra *contract claim* e *treaty claim*.

Al fine di poter determinare in quali circostanze la violazione di un contratto possa costituire, al tempo stesso, una violazione di un obbligo internazionale, è necessario focalizzare l'attenzione sulla distinzione tra *contract claims* e *treaty claims*.

Il primo caso in cui i Tribunali ICSID si sono posti tale problematica è stato il *Lanco v. Argentina case*³⁸⁷. Secondo lo Stato che ospitava l'investimento, Lanco

³⁸⁶ Article 12. *Existence of a breach of an international obligation*. There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

³⁸⁷ *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, Award on the Competence of 8th December 1998, ICSID Case No. ARB/97/6, reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/608>.

avrebbe potuto scegliere tra i molteplici meccanismi di risoluzione della controversia proposti nel BIT stipulato tra Stati Uniti e Argentina nel 1991³⁸⁸.

Avendo l'investitore concluso un contratto di concessione, la scelta era dunque ricaduta implicitamente sul sistema giudiziario interno argentino, in quanto tale contratto implica un "previously agreed dispute-settlement"³⁸⁹.

Il giudice arbitrale - interrogandosi circa la propria competenza ai sensi del BIT in oggetto - ha affermato che, nonostante vi fosse nel contratto una clausola che rimetteva alcune controversie nascenti da determinati contratti alla competenza dei tribunali nazionali, tale clausola di scelta del foro non potesse escludere *ipso facto* la competenza dell'organo³⁹⁰.

Per il giudice *de quo*, la possibilità di scelta del foro contenuta nel BIT, unitamente con la domanda di arbitrato presso il Centro avanzata da Lanco, soddisfano il requisito della previa manifestazione del consenso scritto ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Washington³⁹¹.

Il collegio arbitrale fa notare inoltre come, a sensi del BIT in oggetto, la clausola in forza della quale lo Stato ospite e Lanco possano avvalersi dei tribunali amministrativi argentini non fosse esclusiva. Pertanto, nulla vietava all'investitore di adire i Tribunali ICSID, grazie alla clausola contenuta nel BIT che contempla espressamente tale possibilità.

Il giudice arbitrale - nonostante con la presente pronuncia non arrivi ad affermare che le disposizioni contenute all'interno del BIT prevalgono sulle clausole di scelta del foro competente contenute nel contratto - adotta un criterio di prevalenza delle norme del trattato, ponendo in secondo piano quelle previste dal contratto.

³⁸⁸ *The Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, with Protocol*, November 1991, reperibile online presso: <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>.

³⁸⁹ *Ibidem*, art. VII, para. 2.

³⁹⁰ "The Parties could not have selected the jurisdiction of the Federal Contentious-Administrative Tribunals of the City of Buenos Aires because it would hardly be possible to select the jurisdiction of courts whose own jurisdiction are, by law, not subject to agreement or waiver, whether territorial, objectively or functionally. As the contentious-administrative tribunals cannot be selected or waived, submission to the contentious-administrative tribunals cannot be understood as a previously agreed dispute-settlement procedure", *Lanco v. Argentina*, para. 40.

³⁹¹ "The offer made by the Argentine Republic to cover investors under the Argentina - U.S. Treaty cannot be dismissed by the submission to Argentina's domestic courts, to which the Concession Agreement remits", *Lanco v. Argentina*, para. 40.

L'impostazione testé illustrata è stata successivamente confermata ed articolata in modo più compiuto nel caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*³⁹². In seguito alla sentenza arbitrale del novembre del 2000, la parte soccombente si è appellata al Comitato di annullamento *ad hoc* dell'ICSID, cui è stato chiesto di annullare il provvedimento precedentemente pronunciato del giudice arbitrale.

Il ricorrente, società francese (CGE) con affiliata argentina (CAA), lamentava la violazione degli artt. 3 e 5 del trattato bilaterale stipulato tra Francia e Argentina in data 3 luglio 1991³⁹³, per violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo negli investimenti esteri, patito in seguito al mancato adempimento del contratto sottostante siglato tra le parti.

Ai sensi del BIT in oggetto, l'investitore aveva facoltà di scelta in merito all'organo cui ricorrere per la risoluzione di eventuali controversie sorte con lo Stato ospite, potendo rivolgersi o al sistema giudiziario nazionale argentino, oppure ad un tribunale arbitrale internazionale (nelle forme o dei Tribunali ICSID o di un arbitrato *ad hoc* secondo le *Arbitration Rules* dell'UNCITRAL)³⁹⁴.

Lo Stato che ospitava l'investimento eccepiva in sede giudiziale il difetto di giurisdizione del collegio arbitrale, dal momento che le parti nello stipulare il contratto di concessione avevano inserito all'art. 16, para. 4 la clausola per cui "for purposes of interpretation and application of this contract the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Contentious Administrative Tribunals of Tucumán"³⁹⁵. Secondo l'Argentina, pertanto, tra le varie opzioni previste dal trattato come modalità di risoluzione delle controversie, la scelta

³⁹² *CAA and CGE v. Argentina case*, decisione del 21 novembre del 2000; decisione da parte del Comitato *ad hoc* sull'annullamento del 3 luglio 2002. Reperibili online presso: <https://www.italaw.com/cases/309>.

³⁹³ *Agreement between the Republic of France and the Argentine Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, July 1991, reperibile online presso: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/127>.

³⁹⁴ Tale facoltà, conosciuta con il nome di "fork in the road", consiste nella possibilità prevista da molti trattati internazionali sugli investimenti di poter scegliere tra una pluralità di mezzi di risoluzione delle controversie, di cui l'investitore può usufruire. Gli Stati contraenti manifestano il loro consenso a deferire le future controversie che potranno sorgere tra le *Contracting Parties* non ad un unico tribunale arbitrale, precisamente individuato, venendo al contrario contemplata una serie di *fora*, da scegliere in alternativa tra loro.

³⁹⁵ *CAA and CGE v. Argentina case*, Award 21st November 2000, para. 53.

effettuata nel testo di siffatto contratto automaticamente determinava il ricorso al foro interno allo Stato³⁹⁶.

Il collegio arbitrale, nella decisione del 2000, riconosceva da un lato la sussistenza dei requisiti per fondare la giurisdizione del Centro; tuttavia, dall'altro lato, non si pronunciava nel merito della questione sottopostagli. Secondo il collegio, il ricorrente infatti avrebbe dovuto prima sottoporre la questione al foro stabilito nel contratto e poi, in caso di diniego di giustizia, ricorrere all'arbitrato ICSID previsto dal BIT³⁹⁷.

Il Comitato *ad hoc*, nella decisione sull'annullamento del 2002, ha dapprima osservato come “whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of the contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law - in case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the Contract”³⁹⁸.

Proseguendo nel proprio ragionamento, il Comitato - dopo aver concordato col la pronuncia del 2000 sulla sussistenza dei requisiti necessari affinché sia fondata la giurisdizione - decide per l'annullamento della stessa per “manifest excess of powers” *ex art. 52* della Convenzione di Washington. Tale vizio, infatti, non si configura unicamente quando il tribunale arbitrale si pronunci senza che ricorrano i requisiti previsti per la propria giurisdizione, rinvenendosi anche nei casi in cui potendolo fare non eserciti il proprio potere di *jus dicere*. Il *vulnus* del ragionamento giuridico proposto dal collegio arbitrale del 2000, pertanto, risiedeva per il Comitato *ad hoc* nell'aver riconosciuto la propria competenza, senza essersi pronunciato poi nel merito della questione.

La motivazione addotta dal primo giudice si sostanziava nella circostanza che - qualora si fosse pronunciato in merito alla violazione del trattato da parte dell'Argentina - ciò avrebbe comportato anche la necessità di affrontare questioni

³⁹⁶ “[...] the dispute shall, at the request of investor, be submitted: i) either to domestic courts of the Contracting Party involved in the dispute; ii) or to international arbitration under the conditions described [...] below”, art. VIII, para. 2, *Agreement between France and Argentina*.

³⁹⁷ “[...] the record of these proceedings does not provide a basis for holding that the Argentine Republic failed to respond to the situation in Tucumán and the requests of the Claimants in accordance with the obligations of the Argentine government under the BIT”, *CAA and CGE v. Argentina case*, Award 21st November 2000, para. 92.

³⁹⁸ *CAA and CGE v. Argentina case*, Decision on Annulment 3rd July 2002, para. 96.

pregiudiziali riguardanti l'esecuzione del contratto di concessione. Secondo il collegio, tali questioni potevano essere conosciute unicamente dai tribunali amministrativi argentini, ai sensi dell'art. 16, para. 4 del contratto medesimo³⁹⁹.

Il Comitato *ad hoc* ha integralmente cassato l'impostazione assunta dal primo giudice, affermando come non fosse consentito ai Tribunali ICSID di rigettare il ricorso solo perché questi avrebbero potuto o dovuto essere conosciuti in parte dai tribunali statali, qualora la giurisdizione del Centro fosse stata configurata ai sensi del BIT sottoscritto dalle parti⁴⁰⁰.

Secondo il Comitato, l'accertamento dell'asserita violazione del BIT “is neither in principle determined, nor precluded by any issue of municipal law, including any municipal law agreement of the parties”⁴⁰¹. Tale posizione può essere considerata come una modalità attraverso la quale viene declinato il più ampio principio di diritto internazionale ai sensi del quale nessuno Stato non può invocare la conformità del proprio atto rispetto al diritto interno per giustificare la propria condotta nel caso in cui configuri un illecito internazionale⁴⁰².

Il Comitato prosegue affermando come “[u]nder Article 8 of the BIT the Tribunal had jurisdiction to base its decision upon the Concession Contract, at

³⁹⁹ “In this regard, the tribunal holds that, because of the crucial connection in this case between the terms of the Concession Contract and these alleged violations of the BIT, the Argentine Republic cannot be held liable unless and until Claimants have, as Article 16.4 of the Concession Contract requires, asserted their rights in proceedings before administrative courts of Tucumán and have been denied their rights, either procedurally or substantively [...] To make such determinations, the Tribunal would have to undertake a detailed interpretation and application of the Concession Contract, a task left y parties to that contract to the exclusive jurisdiction of the administrative court of Tucumán”, *CAA e CGE v. Argentina case*, Award 21st November 2000, para. 78-79.

⁴⁰⁰ “Moreover the Committee does not understand how, if there had been a breach of the BIT in the present case (a question of international law), the existence of Article 16(4) of the Concession Contract could have prevented its characterisation as such. A state cannot rely on an exclusive jurisdiction clause in a contract to avoid the characterisation of its conduct as internationally unlawful under a treaty”, *CAA and CGE v. Argentina case*, Decision on Annulment 3rd July 2002, para. 103.

⁴⁰¹ *CAA and CGE v. Argentina case*, Decision on Annulment 3rd July 2002, para. 102.

⁴⁰² Al fine di determinare se si sia in presenza di un *treaty claim* o di un *contract claim*, occorre fare riferimento all'*essential (fundamental) basis of the claim*. Pertanto, le violazioni del trattato, così come l'applicazione dei criteri di attribuzione dell'illecito internazionale, vanno valutati alla luce della normativa di riferimento del diritto internazionale. Al contrario, le violazioni del contratto vanno valutate sulla base della *c.d. lex contractus*. *CAA and CGE v. Argentina case*, Decision on Annulment 3rd July 2002, para. 97.

least so far as necessary in order to determine whether there had been a breach of the substantive standards of the BIT”⁴⁰³.

Qualora l’approccio adottato dal primo giudice fosse stato confermato per casi di questo tipo, un tribunale arbitrale internazionale - nel conoscere del ricorso sottopostogli - avrebbe dovuto attendere la pronuncia di un giudice interno per potersi esprimere sulla disputa in oggetto. Tale evenienza ripresenterebbe, in altra forma e con altro nome, l’istituto del previo esaurimento dei ricorsi interni, requisito generalmente estraneo alle controversie tra Stato e investitore⁴⁰⁴.

La sentenza di annullamento del Comitato *ad hoc* va oltre la statuizione secondo cui una clausola compromissoria di un contratto tra Stato ospite e investitore non possa in alcun modo impedire o precludere il ricorso al giudice arbitrale internazionale previsto dalle disposizioni di un precedente arbitrato internazionale⁴⁰⁵. Infatti, ad un’analisi attenta, si può ricavare dal ragionamento proposto dal Comitato come - sebbene possa sussistere una divisione di competenze tra tribunali arbitrali e tribunali statali, fondata sulla dicotomia tra *treaty claims* e *contract claims* - i tribunali arbitrali internazionali possano pronunciarsi anche sulle questioni inerenti all’interpretazione e all’esecuzione del contratto stipulato tra lo Stato ospite e l’investitore straniero ogni qualvolta la violazione del contratto implichi per lo Stato anche la violazione di disposizioni del trattato sulla protezione degli investimenti⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Il Comitato conclude il proprio ragionamento sottolineando come “*Claimants should not have been deprived of a decision [...] merely on the strength of the observation that the local courts could conceivably have provided them with a remedy, in whole or in part. Under the BIT they had a choice of remedy*”, *CAA e CGE v. Argentina case*, Decision on Annulment 3rd July 2002, para. 103-104.

⁴⁰⁴ B. Cremades and I. Maladena, “*Parallel Proceedings in International Arbitration*”, in *International Arbitration*, Volume 24, Issue 4, Oxford Academy (eds.), 2008, pp. 527-528.

⁴⁰⁵ Tale statuizione, a ben vedere, era già stata formulata nel caso *Lanco v. Argentina*, seppur non confermata poi in prima istanza nella decisione del primo giudice arbitrale nel caso *CAA and CGE v. Argentina*.

⁴⁰⁶ L’orientamento adottato nel *Vivendi case* è stato poi confermato anche in altre pronunce assunte dal Tribunale ICSID, come ad esempio il *Impregilo S.p.A. v. Pakistan case*, in cui il giudice arbitrale ha osservato che “*a clear distinction exists between the responsibility of a State for the conduct of an entity that violates international law (e.g. a breach of Treaty), and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipality law contract (i. e. Impregilo’s Contract Claim). As noted by the ad hoc Committee in its decision on annulment in Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, the international law rules on State responsibility and attribution apply to the former, but not to the latter*”, at para. 210; si veda inoltre M. Feit, “*Responsibility of the State Under International Law*

Una circostanza del tutto peculiare è, al contrario, quella rappresentata da un contratto stipulato dalle parti antecedentemente rispetto al BIT di riferimento.

Nel caso *SGS v. Pakistan*⁴⁰⁷ la domanda di arbitrato presentata dal ricorrente si fondava sul trattato bilaterale tra Pakistan e Svizzera sottoscritto nel 1995⁴⁰⁸, dove era presente una clausola arbitrale che consentiva alle parti di rimettere la risoluzione delle controversie nascenti dal trattato ai Tribunali ICSDI.

Tuttavia, il contratto di concessione - che il ricorrente riteneva essere stato violato dalla controparte - era stato stipulato precedentemente alla conclusione del BIT. All'interno di tale contratto era altresì prevista una clausola compromissoria che devolveva eventuali controversie tra le parti al sistema giudiziario nazionale pakistano, in ottemperanza con la normativa interna in materia di arbitrato. Pertanto, il Pakistan eccepeva dinanzi al collegio arbitrale il difetto di giurisdizione di quest'ultimo.

Investito della questione, l'organo adito ha dapprima riaffermato il dualismo già delineato nelle proprie precedenti pronunce: la clausola compromissoria del contratto di concessione si applica unicamente alle controversie relative alla violazione del contratto (*contract claims*), che non implicino al tempo stesso violazioni del BIT.

Proseguendo nel proprio ragionamento, il giudice sottolinea come “the benefits of the dispute settlement agreement provisions of a contract with a State also party to a BIT would fly only to the investor. For that investor could always defeat the State’s invocation of the contractually specified forum, and render any mutually agreed procedure of dispute settlement [...] a dead-letter at investor’s choice [...] The Tribunal considers that article 11 of the BIT should be read in such a way as to enhance and balance of benefits in the inter-relation of different agreements located in differing legal orders”⁴⁰⁹. Da ciò se ne evince che, per evitare un simile squilibrio tra le parti, la clausola compromissoria contenuta nel contratto

for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity”, Berkeley Journal of International Law (BJIL), 2010, 28, n. 1, p. 153 ss.

⁴⁰⁷ *SGS v. Pakistan case*, 6th August 2003.

⁴⁰⁸ *Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, July 1995, reperibile online presso: <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/bt730.regGroup.01/law-iic-bt730>.

⁴⁰⁹ *SGS v. Pakistan case*, at para. 168.

sottoscritto antecedentemente al BIT dovrebbe prevalere rispetto alla disposizione del BIT, che consenta di ricorrere anche all'arbitrato internazionale.

La particolare cautela con cui il collegio si è espresso nel caso in esame viene abbandonata nella pronuncia *SGS v. Philippine*⁴¹⁰, in favore di una posizione di conferma molto più esplicita di questo orientamento.

In questo secondo caso la società svizzera SGS chiedeva il pagamento di una somma di denaro dovuta in base alle disposizioni di un contratto siglato nel 1991. Il contratto prevedeva altresì che, in caso di insorgenza di future controversie tra le parti, la competenza fosse devoluta ai tribunali regionali di Makati o di Manila.

Tuttavia, l'investitore decide di sottomettere la causa presso i Tribunali ICSID, in forza dell'art. VIII del trattato bilaterale sottoscritto tra Svizzera e Filippine nel 1997⁴¹¹.

Il collegio arbitrale, investito della questione, dichiara in questo caso esplicitamente il proprio difetto di giurisdizione, sostenendo come la clausola compromissoria del contratto antecedente debba prevalere rispetto alle disposizioni previste nel BIT successivo⁴¹². Pertanto, secondo il giudice, le previsioni generali contenute nel trattato non hanno la forza di porre nel nulla la clausola compromissoria esclusiva contenuta nel contratto d'investimento concluso prima dell'entrata in vigore del BIT⁴¹³. "The basic principle in each case is that a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision". Secondo il collegio, la disciplina contenuta nel trattato bilaterale non può prevalere sul contratto, in ossequio al principio *lex specialis derogat generali*.

Il giudice arbitrale, pertanto, rimette la definizione dell'*an* e del *quantum* dovuto a SGS ai tribunali arbitrali regionali filippini, così come previsto dal

⁴¹⁰ *SGS v. Philippine*, 9th January 2004.

⁴¹¹ *Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Philippines Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, March 1997, reperibile online presso: <http://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/bt731.regGroup.01/law-iic-bt731>.

⁴¹² "Article X makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investment. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligation into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for the services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement", *SGS v. Philippine*, at para. 134.

⁴¹³ *SGS v. Philippine*, at para. 138.

contratto d'investimento. Solo in seguito, il tribunale arbitrale può stabilire se tale mancato pagamento costituisca al tempo stesso anche una violazione dell'art. X del BIT.

3.2.2 L'influenza delle umbrella clauses sulla distinzione tra criterio treaty claim e contract claim.

L'inserimento nei trattati internazionali di disposizioni che oggi prendono il nome di *umbrella clauses* ha origine già nei primi anni successivi al secondo dopoguerra.

Uno dei primi sostenitori nonché fautori di tali disposizioni è stato Hersch Lauterpacht, che nel parere presentato rispetto alla controversia tra la Anglo Iranian Oil Company (AIOC) e l'Iran, suggeriva la stipulazione di una *umbrella clause*, ai sensi della quale “any contract made between, on the one hand, the Company and such other oil companies as may be concerned in the settlement, and NOIC and/or the Iranian Government on the other, shall be incorporated or referred to in a treaty between Iran and the United Kingdom in such a way that a breach of the contract or settlement shall be ipso facto deemed to be a breach of the treaty”⁴¹⁴.

Da allora, l'inserimento di tali clausole all'interno dei trattati internazionali è stata sempre più frequente e sempre più ampia nella formulazione⁴¹⁵.

⁴¹⁴ H. Lauterpacht, “*Anglo-Iranian Oil Company Ltd. Persian settlement Opinion*”, 20 gennaio 1954, riprodotta in C. Sinclair, “*The Origins of Umbrella Clause in International Law of Investment Protection*”, in *Arbitration International*, Vol. 20, No. 4, London Court of International Arbitration, 2004, p. 415.

⁴¹⁵ Le *umbrella clauses* sono state formulate nei trattati internazionali utilizzando scelte lessicali che sovente si sono ripetute, registrando variazioni minimali tra le varie espressioni adottate. A titolo esemplificativo, si possono ricordare quella adottata da Regno Unito e India nel BIT siglato nel 1994, secondo cui “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party*”; ancora, quella utilizzata da Italia e Giordania nel BIT del 2000, secondo cui “*each Contracting Party shall create an maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith of all undertakings assumed with regards to each specific investor*”; nel BIT siglato a Austria e Cile nel 1997 “*Promotion, Admission and Protection of Investments [...] Each Contracting Party shall observe any contractual obligation it may have entered into towards an investor of the other Contracting Party with regard to investments approved by it in its territory*”; infine, nel BIT tra Stati Uniti e Argentina del 1991 “*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*”.

Nonostante non sia questa la sede per un'indagine ampia ed approfondita in merito alle clausole in esame, ai fini della presente trattazione tali disposizioni rilevano in quanto hanno l'effetto di elevare la violazione di una disposizione di un contratto a violazione del trattato internazionale di riferimento, offrendo in tal modo all'investitore la possibilità di ricorrere ai mezzi di soluzione delle controversie ivi previste.

Per quanto concerne la giurisprudenza dei Tribunali ICSID, fino al 2004 non si rintraccia alcuna pronuncia che affronti nel merito la portata e gli effetti di tali disposizioni nelle controversie tra investitore e *host State*⁴¹⁶.

Il primo caso in cui un tribunale ha affrontato l'esame delle *umbrella clauses* è stato il *SGS v. Pakistan case*⁴¹⁷. L'art. 11 del BIT tra Svizzera e Pakistan stabiliva che “[e]ither Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party”.

Investito della questione, il collegio si è espresso in favore della propria competenza, affermando come la formula utilizzata nel BIT - “disputes with respect to investments” - sia sufficientemente ampia per ricomprendere sia le controversie nascenti da violazioni del BIT stesso, sia per quelle derivanti dal mero inadempimento contrattuale, in quanto relativo all'investimento.

Il giudice, pur riconoscendo l'ambiguità del lessico utilizzato nella clausola, non arriva ad attribuirgli un'interpretazione così ampia come quella proposta dal ricorrente, ovvero quella di elevare qualsiasi inadempimento contrattuale a violazione del trattato internazionale, causando la responsabilità dello Stato ospite⁴¹⁸. Tuttavia, seppur più ristretto e da valutare secondo il generale principio

⁴¹⁶ Prima di allora, l'unica controversia in cui il collegio arbitrale era stato chiamato ad affrontare tale questione riguardava il caso *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, Award of 9th March 1998*, ICSID Case No. ARB/96/3, [*Fedax v. Venezuela*] reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/432>. In questo caso il giudice, dopo aver accertato la natura dell'investimento in oggetto, si è limitato a definire gli obblighi gravanti sul Venezuela “to honour precisely the terms and conditions governing such investment, laid down mainly in Article 3 of the Agreement, as well as to honour the specific payments established in the promissory notes issued”, at para. 29.

⁴¹⁷ *SGS v. Pakistan case*.

⁴¹⁸ “We believe, for the foregoing considerations, that Article 11 of the BIT would have to be considerably more specifically worded before it can reasonably be read in the extraordinarily expensive manner submitted by the Claimant”. *Ibidem*, para. 171. In una nota il Tribunale richiama la giurisprudenza del WTO, facendo particolare riferimento al caso *EC Measures Concerning*

interpretativo *in dubio pars melior est sequenda*, il collegio arbitrale riconosce un effetto di tale portata alla clausola in esame.

Al fine di fugare ogni dubbio interpretativo, il collegio ha richiesto al Governo svizzero l'emissione di un comunicato, rivolto al Segretario ICSID, che corroborasse l'interpretazione assunta, in quanto ritenuta non sufficientemente dimostrabile in modo autonomo in sede di giudizio⁴¹⁹.

Nel caso *Joy Mining Ltd v. Egypt*⁴²⁰, il collegio arbitrale è stato chiamato all'interpretazione dell'*umbrella clause* presente nel BIT siglato tra la Gran Bretagna e l'Egitto del 1976. Il *claimant* adduceva l'avvenuta violazione sia di suddetto accordo da parte dell'Egitto, sia del contratto concluso con la *General Organization for Industrial and Mining Project of the Arab Republic of Egypt* (IMC).

Nell'esaminare la clausola contenuta all'art. 2 del trattato, il tribunale arbitrale giunge alla conclusione che vi siano due ipotesi in presenza delle quali la controversia sul contratto possa essere trasformata in una controversia sul BIT. La prima ipotesi è quella in cui l'inadempimento contrattuale corrisponda ad una chiara violazione dei diritti garantiti all'investitore dal trattato; la seconda, invece, è quella in cui la "violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection".

L'atteggiamento assunto dal giudice, in questo caso, appare particolarmente cauto e scarsamente incisivo. Infatti, qualora vi fosse un inadempimento contrattuale tale da violare gli *standards* di protezione contemplati nel BIT, si produrrebbe autonomamente una violazione dell'Accordo internazionale, senza la necessità di ricorrere alla clausola di cui all'art. 2.

Allo stesso modo, anche la seconda ipotesi non necessiterebbe di alcun riferimento normativo - i.e. un'*umbrella clause* - che elevi la violazione contrattuale a livello di illecito internazionale, in quanto il mancato

Meat and Meat Products (Hormones), Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R - WT/DS48/AB/R, del 16 gennaio 1998.

⁴¹⁹ Lettera dello Swiss Secretariat for Economic Affairs all'ICSID Deputy Secretary General, datata 1 ottobre 2003, in *Mealey's: International Arbitration Report*, E3, febbraio 2004.

⁴²⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction 6th August 2004, ICSID Case No. ARB/03/11 [*Joy Mining Ltd v. Egypt*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/590>.

soddisfacimento della protezione predisposta dagli Stati nel BIT costituisce di per sé violazione dell'Accordo.

In altre parole, qualora la violazione contrattuale assuma un rilievo tale da violare gli *standards* di protezione contemplati nel BIT e/o da colpire la protezione prevista dalle parti nel trattato a tutela dell'investimento, si produrrebbe automaticamente una violazione del BIT, senza la necessità di ricorrere alla previsione dell'*umbrella clause*.

Nel caso *Salini v. Jordan*⁴²¹ gli arbitri sono stati chiamati all'interpretazione dell'art. 2(4) del trattato di investimento tra Italia e Giordania del 2000, che contiene l'*umbrella clause* ai sensi della quale lo Stato ospite ha l'obbligo "to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor"⁴²².

La disposizione in esame appare molto diversa rispetto a quelle esaminate finora. Infatti, non si rintraccia alcun obbligo di osservare ogni obbligo assunto, né quello di garantire l'osservanza degli impegni presi in relazione ad un investimento intrapreso. L'oggetto della norma in esame si limita alla creazione e ad il mantenimento di una normativa adeguata per garantire gli impegni assunti da ogni singolo investitore. Pertanto, la violazione della clausola sarebbe determinata unicamente dalla mancata predisposizione dei presupposti giuridici necessari affinché l'investitore possa porre in essere la propria attività in modo adeguato e tutelato⁴²³.

⁴²¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan case*.

⁴²² Tale norma è stata letta dal collegio arbitrale in combinato disposto con l'art. 11 del Trattato, ai sensi del quale "If a matter is governed both by this Agreement and another International Agreement to which both Contracting Parties are signatories, or by general international law provisions, the most favourable provisions shall be applied to the Contracting Parties and to the investors. Whenever the treatment accorded by one Contracting Party to the investors of the other Contracting Party according to its laws and regulations or other provisions or specific contract or investment authorizations or agreements, is more favourable than that provided under this Agreement, the most favourable treatment shall apply".

⁴²³ Proprio a causa della formulazione di tale clausola, nonché della norma di cui all'art. 11 del Trattato, il collegio arbitrale si dirà carente di giurisdizione nella controversia *de quo*. *Salini v. Jordan case*, at. para. 160.

Il caso *El Paso v. Argentina*⁴²⁴ scaturisce dalla crisi economica e finanziaria che colpì l'Argentina nel triennio 2000-2002. Le misure adottate dal Governo per fronteggiare la crisi, in particolar modo incidendo sui tassi di cambio tra la moneta locale (Pesos) e il Dollaro statunitense, cui era agganciata in rapporto di *pegging* unilaterale, ha comportato pesantissime perdite per l'investitore americano El Paso. Il ricorrente lamentava numerose violazioni, tra cui quelle scaturenti dal mancato rispetto da parte dello Stato dei contratti di privatizzazione nel campo energetico, in palese contrasto con l'umbrella clause di cui all'art. II, para. 2, lett. c) del BIT tra Argentina e Stati Uniti del 1991. Il dettato della norma in oggetto prevedeva che “[e]ach Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

Il collegio, chiamato all'interpretazione della clausola, ha verificato se questa disposizione fosse in grado di trasformare *ipso iure* le pretese nascenti dal contratto in *treaty claims*. Secondo il giudice, “[i]n conclusion, in this Tribunal view, [...] an umbrella clause cannot transform any contract claim into a treaty claim, as this would necessarily imply that any commitments of the State in respect to investments, even the most minor ones, would be transformed into treaty claims”⁴²⁵.

Infine, per quanto concerne la portata delle *umbrella clauses*, un ultimo caso che verrà esaminato è quello *Continental Casualty Company v. Argentina*⁴²⁶. Come per il caso precedente, la disposizione in oggetto è contenuta all'art. II, para. 2, lett. c) del BIT tra Stati Uniti e Argentina.

Tuttavia, in questo caso il collegio arbitrale esamina la clausola da un altro punto di vista, sotto un'ottica più concreta, non incentrata sul delicato discrimine

⁴²⁴ *El Paso Energy Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction of 27th April 2006, ICSID Case No. ARB/03/15 [*El Paso v. Argentina*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/382>.

⁴²⁵ Il collegio prosegue affermando che “*This far-reaching consequences of a broad interpretation of the so called umbrella clause, quite destructive of the distinction between national legal orders and the international legal order, have been well understood and clearly explained by the first Tribunal, which dealt with the issue of the so called “umbrella clause” in the SGS v. Pakistan case and which instead on the theoretical problem faced*”, *ibidem*, para. 82.

⁴²⁶ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Award 5th September 2008, ICSID Case No. ARB/03/09 [*Continental v. Argentina*], reperibile online presso: <https://www.italaw.com/cases/329>.

esistente tra contratti conclusi dallo Stato come operatore commerciale o come ente sovrano, bensì sulla natura giuridica dell'obbligo assunto.

Il giudice riconosce il fatto che le parti, inserendo tale clausola, intendessero fornire una garanzia superiore ed aggiuntiva rispetto a quella prevista dagli *standards* di trattamento internazionali genericamente intesi. La *ratio* di tale norma, pertanto, risiede nella volontà di offrire una tutela ulteriore, gravando lo Stato ospite di obblighi specifici nei confronti degli investitori. La traduzione giuridica di tali obblighi, ai fini della valutazione fatta dal collegio, si sostanzia nella circostanza che la clausola in esame sia invocabile in caso di violazione o di obblighi contrattuali o di impegni unilaterali derivanti da disposizioni normative che regolano determinati settori economici.

Applicando tale interpretazione al caso di specie, il collegio arbitrale rigetta interamente le richieste presentate dal *claimant*, sostenendo che “the provisions of the Convertibility Law and those of the Intangibility Law cannot be a source of obligations that Argentina has assumed specifically with regard to the Claimant’s investment company and which are protected under the BIT’s umbrella clause. Moreover, the provisions of the legislative regime that were changed were addressed either to the generality of Argentina’s public or to a wide range of depositors and subscribers of a number of financial instruments”⁴²⁷.

I buoni del tesoro, oggetto della presente controversia, nonostante abbiano natura contrattuale potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente *umbrella clause*. Tuttavia, la presunta illiceità che si sarebbe determinata in seguito al loro mancato pagamento da parte dello Stato convenuto non è stata riconosciuta dal collegio come tale, essendo giustificata dallo stato di necessità determinato dall'esigenza di fronteggiare la dirompente crisi economica in atto a quel tempo in Argentina.

⁴²⁷ *Ibidem*, para. 302.

Capitolo 4

Esito dell'indagine

Sommario: 4.1 Osservazioni sui punti critici e conclusioni finali.

4.1 Osservazioni sui punti critici e conclusioni finali.

4.1.1 Primo capitolo.

L'analisi del presente studio, rivolta alle imprese di Stato in qualità di *player* sulla scena internazionale, è partita da un dato materiale di grande rilevanza. Tali entità, infatti, rivestono un ruolo viepiù centrale nell'economia mondiale, ramificando ed estendendo il loro *business* in modo sempre più capillare, essendo ormai presenti con le loro attività anche in una pluralità di Stati diversi rispetto a quello di appartenenza.

Tale dato, misurabile in modo non così accurato ma certamente indicativo dal punto di vista economico, ha rappresentato sul piano giuridico una nuova sfida per il diritto internazionale.

Pertanto, si è voluto osservare il ruolo svolto dalle *State-owned Enterprises* su due distinti versanti: da un lato, si è analizzata l'attività che queste imprese svolgono in qualità di investitore internazionale in Paesi terzi rispetto a quello cui sono riconducibili (proiezione esterna); dall'altro lato, si è studiato il rapporto che intercorre con l'investitore internazionale all'interno dei confini nazionali (proiezione interna).

Per quanto concerne la proiezione internazionale dell'attività delle imprese di Stato, si è immediatamente osservato come tali soggetti non siano ad oggi contemplati da alcuna normativa vincolante sul piano internazionale, potendosi rintracciare unicamente strumenti di *soft law* che le menzionino espressamente.

La categoria giuridica delle *State-owned Enterprises* (o *Entity*), pertanto, sul piano internazionale è frutto di una produzione principalmente dottrinale e giurisprudenziale.

Per questo motivo è sorta la necessità di ricondurre tali enti alla categoria di soggetti cui afferiscono, in ossequio al principio di relazione genere/specie, dimostrando la loro riconducibilità alla categoria delle imprese multinazionali. Muovendo da tale assunto, si sono osservati i punti di contatto nonché le differenze tra queste due realtà.

Per quanto concerne i punti in comune, le *SOEs* condividono con le imprese multinazionali *tout court* intese la struttura societaria. Infatti, entrambe le entità sono costituite da una società “madre”, che risiede nello Stato di appartenenza dell’impresa, dove si trova il centro direzionale ed amministrativo. Vi sono poi le altre società che compongono l’impresa, collocate fisicamente nei Paesi in cui viene sviluppato il business aziendale, in costante collegamento con la capofila, con cui costituiscono un unico centro di imputazione giuridica degli atti posti in essere.

Tale coincidenza strutturale ha permesso di affermare come, in larghissima parte, la normativa applicabile alle imprese multinazionali sia applicabile anche alle imprese di Stato.

La necessità di cercare una disciplina cui tali entità debbano sottostare è emersa in ragione del rovesciamento subito nel rapporto investitore straniero - *host State*. Tradizionalmente, infatti, l’investitore è stato ritenuto il soggetto debole di tale rapporto, da tutelare in quanto potenziale bersaglio di espropriazioni o di trattamenti deteriori subiti a causa della propria nazionalità, diversa rispetto a quella dello Stato che ne ospita l’investimento.

Tuttavia, tale affermazione non è del tutto condivisibile nel momento in cui si ha a che fare con le imprese di Stato. I settori strategici in cui solitamente operano (energia, trasporti, telecomunicazioni, sistemi di rete), unitamente con la magnitudine dei capitali a disposizione, in alcuni casi addirittura superiori al PIL stesso del Paese che ne ospita l’investimento, hanno causato una forte influenza di queste imprese nella vita economica dello Stato ospite.

Tale influenza si potrebbe tradurre addirittura nella capacità di incidere sostanzialmente nelle dinamiche interne dello Stato, fino al punto di sottoporlo a potenziali forme di ricatto. Infatti, qualora non garantisca adeguate condizioni di esercizio dell'attività economica, l'impresa potrebbe minacciare - o realizzare concretamente - l'abbandono del sito lavorativo/industriale, in favore della collocazione delle proprie attività un altro Stato.

Fin da subito è apparso chiaro come la normativa internazionale esistente - composta da *Declarations, Principles, Guidelines et similia* - non sia in grado di dispiegare effetti coercitivi sulle imprese multinazionali. Tali strumenti, non vincolanti dal punto di vista giuridico, si sostanziano essenzialmente in codici di condotta, adottabili dall'azienda solo sulla base della libera adesione ed in seguito ad un'iniziativa adottata autonomamente.

All'interno di questi strumenti sono stati individuati quattro obblighi principali che le multinazionali devono rispettare nell'esercizio della propria attività all'interno del *host State: the obligation not to interfere in domestic affairs; obligation relating to human rights; liability for violations of environmental norms; the obligation to promote economic development.*

Dal momento tali prescrizioni sono vincolanti per gli Stati - in qualità di soggetto ai sensi del diritto internazionale consuetudinario - si è tentato di estenderne la portata anche alle imprese multinazionali. Tuttavia, il medesimo grado di vincolatività non è stato raggiunto anche nei confronti di quest'ultime, in qualità di ente autonomo.

Il problema degli effetti e delle ricadute del loro operato sulla popolazione locale è stato più volte affrontato anche in seno alle Nazioni Unite, dove sono state istituite Commissioni *ad hoc*, osservatori, gruppi di studio e di lavoro. Il risultato del lavoro di tali organi, tuttavia, non è mai sfociato in un testo vincolante, limitandosi a prevedere raccomandazioni e prescrizioni da rispettare sulla base del principio volontaristico.

La responsabilità sociale dell'impresa (*Corporate Social Responsibility*) ha trovato una collocazione a livello di normativa vincolante solo per ciò che riguarda il tema del rispetto dei diritti umani fondamentali, argomento sul quale si

è verificato un consenso molto ampio e condiviso in seno alla Comunità internazionale.

Allo stesso modo, per quanto concerne i meccanismi di monitoraggio, di controllo e di *follow-up* predisposti e previsti da questi strumenti (*Corporate Accountability*) il problema principale risiede nella mancata previsione di alcuna forma coercitiva di controllo per sanzionare l'impresa inadempiente.

Il tentativo di separare lo strumento giuridico - collocabile a livello di normativa di *soft law* - dal contenuto giuridico - elevato a livello di specificazione del principio di diritto internazionale consuetudinario (quindi vincolante) - non ha tuttavia sortito l'effetto di imporre tali *standards* a livello di normativa vincolante. Non si è creato, ad oggi, quel consenso necessario affinché queste prescrizioni possano assurgere al livello di norma di diritto internazionale generale.

Per ciò che concerne le differenze tra *SOEs* e imprese multinazionali, si è ravvisato unicamente un grado di intensità e di specificità di tali prescrizioni sulle prime in ragione del particolare rapporto che lega la *State Corporation* all'entità statale cui fanno capo.

Il fatto che tali imprese siano spesso utilizzate come braccio operativo commerciale da parte degli Stati di riferimento - per fini che non si limitano al mero interesse economico, sfociando anche nello sviluppo o nell'instaurazione di veri e propri rapporti diplomatici - intensifica ancor di più la necessità che si arrivi a sancire forme di controllo e di tutela.

Tuttavia, nonostante sia più elevata l'attenzione su queste imprese sia da parte del *home State*, sia del *host State*, nonché dell'opinione pubblica, non si è riusciti ad oggi a far evolvere tali prescrizioni dal semplice livello di norme cui aderire unicamente su base volontaristica a quello di *embedded business practice*.

In conclusione, anche per quanto concerne le *SOEs*, possono essere riproposte le medesime considerazioni precedentemente effettuate per le multinazionali.

L'efficacia, la portata e il grado di rispetto degli *standards* di condotta stabiliti a livello internazionale sono lasciati alla libera volontà di aderirvi da parte dei soggetti in esame. L'adozione di codici di autodisciplina a livello interno, che riproducano fedelmente ed in modo organico le *good practices* stabilite in seno alle Organizzazioni internazionali, è essenzialmente funzionale a superare

eventuali incertezze giuridiche o quadri normativi lacunosi entro cui solitamente operano queste imprese. Tuttavia, l'assunzione pubblica e spontanea di tali impegni non trova, sul lato opposto, alcun meccanismo di controllo che consenta di verificare in concreto il rispetto dei parametri indicati.

In molte circostanze, il vero *player* che ha determinato l'assunzione di responsabilità da parte delle *SOEs* è stata l'opinione pubblica, che attraverso azioni di protesta e di denuncia dell'operato delle imprese che violavano diritti fondamentali, ha determinato un'assunzione di responsabilità da parte di quest'ultime.

4.1.2 Secondo capitolo.

Nel primo paragrafo del secondo capitolo si è esplorata la possibilità che possa sussistere una qualche forma autonoma di obbligo di controllo da parte dello Stato per le attività poste in essere dalle imprese multinazionali nel *host State*.

Si è ragionato attorno al concetto di *duty of control*, che graverebbe primariamente sugli Stati sviluppati, nei confronti delle imprese a loro riconducibili che operino nei c.d. Paesi in via di sviluppo.

Il *duty of control* in esame si sostanzierebbe in un dovere di prevenzione da parte dello Stato, volto ad impedire che una *Corporation* di nazionalità di quest'ultimo attui in modo contrario al diritto internazionale quando si trovi ad operare nel *host State*. Tale obbligo deve essere tenuto separato dalla responsabilità internazionale dello Stato per atti posti in essere da soggetti che siano a quest'ultimo riconducibili.

Si è ritenuta non sufficientemente fondata l'ipotesi di rintracciare nel combinato disposto degli artt. 8 e 11 degli *ILC Articles* la fonte normativa da cui promanerebbe tale obbligo. Pertanto, si è concluso come non vi sia ad oggi alcuna forma di responsabilità autonoma che gravi in capo al *home State* per gli atti contrari al diritto internazionale posti in essere dalle imprese multinazionali nel *host State*. L'unica forma di responsabilità internazionale per lo Stato può derivare unicamente dall'applicazione dei parametri previsti negli *ILC Articles*, ovverosia quando l'attività della multinazionale diviene collegabile all'ente pubblico, in

quanto “acting as an agent for the government or discharging an essential governmental function”.

Si è dunque studiato il rapporto che intercorre tra le imprese di Stato e l’investitore internazionale all’interno dei confini nazionali (proiezione interna). In particolare, si è esaminato il rapporto che intercorre tra la *State Corporation* e il *home State* alla luce della giurisprudenza dei tribunali arbitrali internazionali in materia di investimenti esteri, con particolare riferimento ai Tribunali ICSID, istituiti ai sensi della Convenzione di Washington. Il tema dalla presente parte di indagine ha riguardato nello specifico la determinazione della responsabilità internazionale dello Stato per gli atti posti in essere dalle *SOEs*.

Lo studio si è articolato in due momenti cruciali, esaminato le due fasi in cui viene valutato il collegamento che intercorre tra il *home State* e la *State Corporation*.

Nello specifico, nel secondo paragrafo del secondo capitolo si è affrontata la questione pregiudiziale riguardante i criteri previsti per determinare la giurisdizione del tribunale internazionale adito (*ratione materiae* e *ratione personae*), nel caso in cui il soggetto citato in giudizio dall’investitore sia il *host State* in conseguenza di atti posti in essere da un’impresa ad esso riconducibile.

Nel terzo capitolo, invece, si sono esaminati i criteri per determinare l’attribuibilità della condotta della *SOE* in capo al *home State* nella fase di merito del giudizio.

I parametri utilizzati per dirimere la questione dell’attribuzione degli atti posti in essere dalle imprese di Stato al *home State* di appartenenza sono, per entrambi i momenti in esame, quelli offerti dagli *ILC Articles*, agli artt. 4, 5 e 8.

Tornando alla questione della determinazione della giurisdizione dei tribunali arbitrali internazionali, si è giunti alla conclusione che il primo criterio in esame (*ratione materiae*) non pone alcuna problematica di rilievo in caso di coinvolgimento di una impresa di Stato. Pertanto, si può pacificamente affermare che tale criterio possa essere valutato indipendentemente dalla circostanza che si sia di fronte a una *SOEs* o meno, dal momento che la natura di quest’ultime non costituisce un fattore in grado di incidere sulle caratteristiche dell’investimento realizzato.

Al contrario, per quanto concerne il secondo criterio in esame (*ratione personae*), la circostanza che l'investimento venga posti in essere da un'impresa di Stato può incidere significativamente. In particolare, per ciò che concerne la fissazione della giurisdizione dei Tribunali ICSID *ex art. 25* della Convenzione, l'operatore giuridico deve dare risposta ad un quesito fondamentale, ovverosia in quali circostanze un investitore internazionale abbia diritto di citare in giudizio di fronte al Tribunale arbitrale il *home State* di riferimento della *SOE* per le operazioni poste in essere da quest'ultima.

In altre parole, utilizzando le parole di Aron Borches, ci si deve chiedere quali imprese di Stato debbano essere considerate come “discharging an essential governmental function of their home State”, ovverosia in quali circostanze tale impresa stia attuando come agente del proprio Stato.

Dare risposta a tale quesito assume una rilevanza cruciale in quanto, com'è noto, sia la Convenzione ICSID sia tutti i Tribunali arbitrali internazionali costituiti su questa base possono conoscere unicamente di dispute sorte tra l'investitore privato e lo Stato che ospita l'investimento. Al contrario, le dispute tra Stati o tra privati sono state espressamente escluse dal testo della Convenzione.

Infatti, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, i Tribunali ivi istituiti non possono conoscere di dispute che vedano contrapporsi: due Stati; due soggetti privati anche se di nazionalità diverse; un investitore privato che abbia la medesima nazionalità dello Stato in cui ha effettuato l'investimento.

La Convenzione, pertanto, si applica unicamente a dispute che vedano contrapporsi da un lato un *Contracting State* e, dall'altro, *nationals of other Contracting State*. La circostanza che una *SOEs* sia riconducibile al *home State* di appartenenza, pertanto, potrebbe mutare sostanzialmente il quadro di riferimento, ora soddisfacendo i requisiti previsti dall'articolo in esame, ora facendoli mancare.

Per quel che riguarda la fase dell'accertamento della giurisdizione in caso di claim che coinvolga un'impresa di Stato, si possono riscontrare tre orientamenti principali per quel che riguarda l'approccio tenuto dall'organo nel valutare il collegamento tra l'impresa e il soggetto pubblico di riferimento. Tuttavia, non è possibile trovare una linea di demarcazione temporale tra i due approcci,

essendosi alternate pronunce in cui vi è stata da parte dell'organo un'anticipazione di tale giudizio già nella fase dell'accertamento giurisdizionale, ad altre in cui invece tale giudizio è stato rinviato integralmente alla fase di merito.

La classica obiezione che viene sollevata dal convenuto in fase di accertamento della giurisdizione dell'organo adito è quella per cui mancherebbe il soddisfacimento del criterio *ratione personae*, dal momento che la controversia sarebbe sorta tra un investitore estero ed un'entità distinta e separata dallo Stato, ovverosia l'impresa.

Nei casi in cui il giudice arbitrale ha adottato il "*formalistic*" approach, l'organo ha espresso la convinzione che ogni questione riguardante l'attribuzione pertenesse unicamente alla fase di merito.

Tuttavia, l'approccio formalistico è stato grandemente criticato, sia dal punto di vista metodologico, sia per quanto riguarda il ragionamento giuridico fatto proprio dal giudice arbitrale per sostenere il proprio orientamento. Infatti, l'organo così facendo sembra confondere gli elementi che fanno riferimento al referral con quelli che invece riguardano la giurisdizione. L'accertamento giurisdizionale, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione, è esercizio distinto rispetto alla verifica della sussistenza delle condizioni per il suo corretto esercizio.

Un secondo e diverso orientamento, chiamato "*prima facie*" approach, si colloca in posizione intermedia tra quello del mero rinvio delle questioni attinenti all'attribuzione nella sola fase del merito e quello del loro esame già nella fase dell'accertamento della giurisdizione. I Tribunali, nei casi in cui hanno adottato tale approccio, si sono limitati ad una valutazione meramente indiziaria dei parametri offerti dagli *ILC Articles* in materia l'attribuzione. Si è semplicemente stabilita la possibilità che tale *link* avesse qualche tipo di fondatezza, senza spingersi fino al verificare la reale e concreta sussistenza del requisito dell'attribuzione.

Tale approccio non appare condivisibile in quanto una valutazione solamente superficiale di questi parametri potrebbe condurre la controversia alla fase di merito, senza che ne sussistano i reali requisiti affinché vi si giunga.

Per quanto concerne le pronunce in cui i Tribunali hanno anticipato il giudizio di attribuzione già fin dalla fase dell'accertamento della giurisdizione, questi

hanno fatto ricorso in numerosi casi al c.d. “Broches test” per determinare se sussista alcun collegamento tra lo Stato e l’impresa. Tale *test* si fonda sulla considerazione che la distinzione classica tra investimenti pubblici e privati - dipendente dalla “source of capital” utilizzata - sia da considerare superata. Broches sostiene la necessità di utilizzare un approccio diverso per distinguere tra le due tipologie di investimenti: l’elemento cui bisogna prestare attenzione e su cui si deve indagare concerne la natura degli atti posti in essere dall’impresa. Nello specifico, si dovrà valutare se la *SOE*, nello svolgere la propria attività, stia “acting as an agent” o “discharging an essentially governmental function”.

Tale approccio, fatto proprio dal giudice arbitrale - è divenuto poi notorio col nome di “Broches test”. Affinché i parametri del test possano essere considerati come soddisfatti - e quindi si possa ritenere la *SOE* in oggetto “as discharging an essential governmental function” - è necessario porre il *focus* non tanto sul “purpose” quanto sulla “nature” degli atti esaminati.

In altre parole, il fattore determinante ai fini del presente test concerne la natura degli atti posti in essere, in quanto riconducibili o meno alle comuni attività di tipo commerciale, esercitabili anche da qualunque altro soggetto privato in luogo della suddetta entità. Concentrandosi sulla natura degli atti, la “State ownership” quale criterio determinante viene posta in secondo piano, non richiesta in sé e per sé dal “Broches test” né per valutare se l’entità in esame stia “acting as government agent”, né per sancire che l’impresa stia attuando “in place of the State through the exercise of essentially governmental functions”.

In ultima analisi, ciò che risulta davvero determinante è piuttosto il “control” esercitato dal soggetto pubblico sull’impresa, sia che essa assuma in modo *ictu oculi* evidente le forme di *SOE* propriamente detta, sia che essa appaia *prima facie* privata. Il focus del test è stato posto nel valutare la portata dell’estensione delle “alleged breaches of international law” poste in essere dalle State entities in rapporto con l’investitore, che stessero attuando “on behalf of the State as an agent of the State”, oppure “in place of the State through the exercise of essentially governmental functions”.

Tale controllo non si sostanzia necessariamente in una “mere majority holding of shares [...] be a decisive indicator of control”. Non solo non si deve

considerare la maggioranza di partecipazioni azionarie come un elemento decisivo, ma nemmeno necessario, come ribadito dalle note dei redattori della Convenzione stessa, laddove hanno riconosciuto che “even a minority holding of as little as 25% or even 15% might amount to control through a capacity to block major changes or otherwise”.

In ultima analisi, il “Broches Test” - collocando il focus sulla natura degli atti posti in essere dalla *SOE* per determinarne la riconducibilità al *home State* di riferimento - fonda la propria architettura giuridica sulla distinzione tra atti aventi natura commerciale (*commercial transaction* o *acta iure gestionis*) ed atti aventi natura potestativa e pubblicistica (*acta iure imperii*).

Tale approccio non è certamente nuovo, essendo stato lungamente accettato come lo standard di riferimento nel diritto interno di numeri Stati, al fine di determinare la giurisdizione delle Corti nazionali sulle attività poste in essere da organi o agenti degli Stati stranieri nel proprio territorio. Solo nel caso in cui tali attività fossero state valutate come “commercial” o “non-sovereign” (*acta iure gestionis*) tali Corti avrebbero potuto esercitare la propria giurisdizione e conoscere di tale operato. Al contrario, qualora fossero stati ritenute come un’espressione della sovranità dello Stato straniero (*acta iure imperii*), le Corti interne avrebbero dovuto rigettare l’azione dichiarando il proprio difetto di giurisdizione.

Tuttavia, per ciò che concerne il tema della presente trattazione, si riscontrano due elementi di criticità.

Da un lato, la valutazione della sola natura degli atti posti in essere, senza avere alcun riguardo nei confronti dello scopo e degli obiettivi perseguiti dalla *SOE*, sono stati ritenuti sia dalla letteratura giuridica sia dalla prassi arbitrale parametri insoddisfacenti per effettuare una valutazione adeguata dello standing delle *SOEs*. La circostanza che il “purpose” - che influisce e determina le azioni delle *SOEs* - sia spesso di difficile rintracciabilità, non diminuisce la rilevanza che esso assume, nonostante tale indagine risulti più gravosa per l’organo adito. Una questione così dirimente com’è quella di determinare la giurisdizione non può esimersi dal valutare appieno anche tale elemento.

Dall'altro, il "Broches test" non offre alcun parametro autonomo per valutare il collegamento tra Stato e impresa ai fini della determinazione di un collegamento tra questi due attori. L'interprete, pertanto, è dovuto ricorrere ai criteri previsti dagli *ILC Articles* per riempire di contenuti l'applicazione di suddetto test.

Appare chiaro come un più approccio più bilanciato, che tenga in considerazione al contempo sia la "nature" che il "purpose" degli atti posti in essere dalle *SOEs*, sia sicuramente più efficace, più equo e più adeguato al fine di integrare la disposizione di cui all'art. 25 della Convenzione ICSID.

La sintesi di questi due momenti - che prende il nome di test strutturale e funzionale - offre un parametro di valutazione degli atti posti in essere dalle imprese di Stato in grado di tenere in considerazione al tempo stesso entrambi i criteri succitati.

Pertanto, l'approccio più esaustivo ed efficace per affrontare la questione in esame appare essere quello di considerare congiuntamente entrambi i fattori in gioco, avendo riguardo, da un lato, dell'aspetto strutturale degli atti posti in essere dall'impresa di Stato, con particolare attenzione al rapporto formale esistente tra *SOE* e Stato di riferimento; dall'altro, si dovrà al contempo esaminare l'aspetto fattuale di tale relazione, osservando con attenzione il *factual link* che unisce i due attori in gioco. Anche in questo caso, tuttavia, i criteri rimangono ancora una volta quelli offerti dagli *ILC Articles*, applicati al campo delle controversie in materia di investimenti internazionali.

Nel terzo paragrafo del secondo capitolo è stata esaminata la possibilità che le *SOEs* che esercitino le proprie attività sotto il cappello dello Stato di appartenenza - esplicitando una funzione di natura ed interesse pubblicistico, possano, ed in quali circostanze, avvalersi dell'istituto dell'immunità giurisdizionale prevista per gli Stati nazionali.

Nello specifico, la domanda di fondo riguarda la possibilità che un'impresa di Stato - funzionalmente e strutturalmente collegata al proprio home State, e che si comporti da investitore sulla scena internazionale - possa godere dell'immunità giurisdizionale presso gli Organi giudicanti di uno Stato terzo o di un tribunale arbitrale internazionale, possibilità espressamente contemplata nella *UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*.

Per quanto riguarda l'immunità dalla giurisdizione, la circostanza che lo Stato parte del trattato internazionale sugli investimenti abbia prestato il proprio consenso per sottomettere eventuali controversie ad un foro arbitrale internazionale risolve in modo definitivo ogni problematica, anche quando le imprese di Stato non vengano contemplate esplicitamente nel novero degli investitori coperti dal trattato.

La circostanza che la medesima impresa di Stato possa indifferentemente agire ora come soggetto di diritto privato, ora come "government agent" (o svolga una "government function"), non inficia in alcun modo il tema dell'invocabilità dell'immunità dalla giurisdizione. Infatti, affinché un tribunale arbitrale internazionale possa conoscere del claim che gli viene sottoposto, è necessaria una previa manifestazione del consenso da parte di entrambi i soggetti parte della controversia, circostanza che esclude l'invocabilità dell'immunità dalla giurisdizione da parte dello Stato convenuto.

4.1.3 Terzo capitolo.

Nel terzo capitolo si è analizzata la possibilità che uno Stato possa essere ritenuto responsabile sul piano internazionale in forza di una violazione contrattuale commessa da parte di una *State-owned Enterprise* ad esso riconducibile.

Si è esaminata pertanto la possibilità che sussista un collegamento tra la condotta della *State-owned Entity* e il *home State* di appartenenza.

Il primo passo per determinare la responsabilità internazionale dello Stato per la violazione di un contratto commessa da parte di una *State-owned Enterprise* riguarda l'attribuibilità di tale condotta in capo allo Stato medesimo.

Al fine di sciogliere il presente nodo giuridico, l'interprete, dopo aver dato risposta positiva circa il soddisfacimento dei criteri previsti per determinare la giurisdizione del Tribunale sul caso, dovrà esaminare se lo Stato possa essere ritenuto responsabile per la condotta dell'impresa ad esso collegata.

Nonostante gli artt. 4, 5 e 8 degli *ILC Articles* siano stati elaborati all'interno uno strumento che disciplina la responsabilità internazionale degli Stati, non avendo particolare riguardo all'ipotesi di *State Corporations* collegabili al *home*

State di appartenenza, si è riscontrato come la normativa in esame sia stata applicata dai Tribunali ICSID anche al tema della presente indagine.

Tale trilogia di articoli costituisce il *set* normativo su cui si basa l'intera architettura dell'istituto dell'attribuzione, descrivendo i parametri necessari per determinare il link che collega gli atti posti in essere da un soggetto non immediatamente riconducibile allo Stato di appartenenza e lo Stato medesimo.

Pertanto, qualora la condotta dell'ente sia caratterizzata da una qualsiasi delle ipotesi previste nei suddetti articoli in tema di attribuzione (4, 5 e 8), la condotta di tale ente potrà essere fatta ricadere in capo allo Stato di appartenenza.

Infine, affinché uno Stato possa essere considerato responsabile ai fini del diritto internazionale per la violazione di un contratto tra un investitore straniero e una *SOE* a quest'ultimo riconducibile, la violazione del contratto deve costituire al tempo stesso anche la violazione di un obbligo internazionale.

In altre parole, affinché si possa configurare l'ipotesi in esame, è necessaria che la violazione del contratto costituisca al tempo stesso anche la violazione di una *treaty provision*, commessa da parte di un soggetto riconducibile allo Stato (*State-owned Enterprise*), la cui condotta venga attribuita a quest'ultimo ai sensi dei parametri previsti dagli *ILC Articles*.

Pertanto, come si evince dalla premessa in esame, gli elementi in gioco sono quattro: un contratto stipulato tra un investitore privato e una *State-owned Entity*; un trattato internazionale che funga da base di riferimento per il contratto sottoscritto tra le Parti; l'attribuzione degli atti posti in essere dalla *SOE* allo Stato di appartenenza; la violazione di una *provision* del contratto che costituisca al tempo stesso anche violazione del diritto internazionale.

Gli artt. 4, 5 e 8 degli *ILC Articles*, tuttavia, non forniscono alcuna regola generale (in materia di attribuzione) secondo la quale qualsiasi atto di un'impresa di Stato che violi un contratto - e che possa essere attribuito a quest'ultimo - comporta necessariamente anche la violazione del BIT di riferimento, dunque del diritto internazionale. Lo scopo di questa disciplina, al contrario, è quella di delimitare i casi in cui si possa configurare siffatto *link*, limitando le condotte che causino un illecito internazionale per lo Stato.

Per tanto, al fine di sciogliere il presente nodo, si è esaminato in quali circostanze la violazione di un contratto possa costituire, al tempo stesso, una violazione di un obbligo internazionale, focalizzando l'attenzione sulla distinzione tra *contract claims* e *treaty claims*.

In ultima analisi, si potrà affermare che tale ipotesi sia verificata ogni qualvolta la violazione del contratto incida anche sulle previsioni del BIT di riferimento tra gli Stati parte, provocando una violazione della normativa internazionale che fa da riferimento al contratto. Al contrario, la violazione rimarrà nel mero alveo contrattuale ogni qualvolta questa incida solo sui rapporti commerciali e privatistici che intercorrono tra le parti.

In quest'ottica rileva la scelta di esaminare il ruolo delle *umbrella clauses*, disposizioni che hanno l'effetto di elevare la violazione di una disposizione di un contratto a violazione del trattato internazionale di riferimento, offrendo in tal modo all'investitore la possibilità di ricorrere ai mezzi di soluzione delle controversie ivi previste.

Data la particolare formulazione che queste assumono all'interno dei BITs, non è stato possibile riscontrare nella giurisprudenza dei Tribunali ICSID un'interpretazione uniforme di queste disposizioni. Si sono riscontrati approcci discordanti tra i vari casi esaminati sia per quanto riguarda le modalità in cui una violazione di una disposizione contrattuale veniva elevata ad illecito internazionale, sia per quanto riguarda l'applicazione dei criteri interpretativi, sia infine per quanto riguarda la tipologia e gli obblighi coperti dalle *umbrella clauses*.

In conclusione, è possibile affermare che con tali disposizioni in realtà non si intenda operare alcuna trasformazione delle violazioni contrattuali in illeciti internazionali, volendo al contrario fornire agli investitori una protezione ulteriore contro *contract claims* che tali rimangono, seppur collegati al BIT di riferimento cui accedono.

BIBLIOGRAFIA

Manuali

C. F. Amerasinghe, “*State Responsibility for Injuries to Aliens*”, Oxford Clarendon Press. 1967, XVI, 286 (and tables, bibliography and index), 38

P. Behrens, “*Diplomatic Interference and the Law*”, Oxford, Portland OR: Hart Publishing, 2016

P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, “*International law and the Environment*”, Oxford University Press (OUP - Third Edition), 2009

A. Bonfanti, “*Imprese Multinazionali, Diritti Umani e Ambiente - Profili di diritto internazionale pubblico e privato*”, Università degli Studi di Milano, Studi di diritto internazionale, Giuffrè Editore, 2012

I. Brownlie, “*Principles of Public International Law*”, Oxford University Press 5th ed., 1998

A. Cassese, “*International Law in a Divided World*”, Oxford University Press, 1986

S. D. Cohen, “*Multinational Corporations and Foreign Direct investment: avoiding simplicity, embracing complexity*”, 2007

J. Collier & V. Lowe, “*The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*”, Oxford University Press (OUP), 1999

J. Crawford, “*State Responsibility, the General part*”, Cambridge, Cambridge University Press (CUP), 2013

F. G. Dawson and I. L. Head, “*International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*”, Syracuse U.P., 1971

R. Dolzer and C. Schreuer, “*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press (OUP), 2012

F. S. Dunn, “*The protection of nationals: a study in the application of international law*”, Baltimore 1932

F. Dunn, “*The Protection of Foreign Nationals*” Baltimore, 1932

- C. Eagleton, *“The Responsibility of State in International Law”*, The New York University Press, 1928, KRAVS Reprint Co, New York, 1970
- E. Elgar, *“International Investment Law and Soft Law”*, A. K. Bjorklund and A. Reinisch (eds.), 2012
- A. Freeman, *“International Responsibility of States for Denial of Justice”*, Longmans Greens and Company, 1938
- A. V. Freeman, *“The international responsibility of State for denial of Justice”*, 1938
- W. Friedmann, *“The Changing Structure of International Law”*, Columbia University Press, Stevens & Sons Publishing, 1964
- M. Frigo, *“Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale”*, Milano, 2000
- F. Giavazzi e A. Amighini, Blanchard, *“La crisi 2007-2010”*, Macroeconomia, Il Mulino, 2009
- R. B. Lillich, *“International law of State responsibility for injuries to aliens”*, 1983
- M. D. MacLean, *“O. Henry in Honduras”*, American Literary Realism, 1870-1910
- R. Monaco e C. Curti Gialdino, *“Manuale di Diritto Internazionale Pubblico - Parte Generale”*, UTET Giuridica Milano, Terza edizione, Wolters Kluwert Italia, 2012
- S. Montt, *“State Liability in Investment Treaty Arbitration, Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation”*, Hart Publishing - Oxford and Portland, Oregon, 2012
- E. Morgera, *“Corporate Accountability in International Environmental Law”*, Oxford University Press (OUP), 2009
- P. T. Muchlinski, *“Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation”*, Business Ethics Quarterly, 2012
- P. T. Muchlinski, *“Multinational Enterprises & the Law”*, Second Edition, Oxford International Law Library, 2007
- G. Pellicelli, *L'impresa multinazionale*, Torino, Giappichelli Editore, 1981

J. W. Salacuse, *“The Law of Investment Treaties”*, Oxford University Press (OUP), 2015

C. Schreuer et al., *“The ICSID Convention: A Commentary”*, Cambridge University Press (CUP), 2009

C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *“The ICISID Convention: A Commentary”*, 2nd Edition, CUP 2009 (605)

S. P. Sethi, *“Setting Global Standards: Guidelines for Creating Codes of Conduct in Multinational Corporations”*, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2003

M. N. Shaw, *“International Law”*, 6th Edition, Cambridge University Press, (CUP), 2008

M. Sornaraja, *“The International Law on Foreign Investment”*, Third Edition, Cambridge University Press (CUP), 2012

S. P. Subedi, *“International Investment Law - Reconciling Policy and Principle”*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008

A. Tanzi, *“Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo”*, Quinta Edizione, Wolters Kluwer Italia, CEDAM, Padova, 2016

A. Zimmermann and others (eds.), *“The Statute of the International Court of Justice - a Commentary”*, 2nd Edition, 2012

Articoli e Riviste

P. Acconci *“Il Nuovo testo delle Guidelines per le imprese multinazionali adottato dagli stati membri dell'OCSE”*, estratto dal volume XXII della raccolta *“Comunicazioni e studi”* dell'Istituto di Diritto Internazionale e Straniero dell'Università di Milano, Giuffrè Editore, 2002

S. Alexandrov, *“Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is it still Unknown Territory”*, in K. Yannaca-Small (eds.), *Arbitration Under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010

C. F. Amerasinghe, *“Dispute settlement machinery in relation between states and multinational enterprises – with particular reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes”*, Vol. 11, ed. n. 1, *The International Lawyer* 45, 1977

A. A. Asouzu, *“International Commercial Arbitration and African States”*, Cambridge University Press (CUP), 2001

B. Audit, *“Transnational Arbitration and State Contracts: Findings and Prospects”*, Hague Academy of International Law, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, 1988

L. Badian & G. Harrington, *“The Politics of Sovereign Wealth: Global Financial Markets Enter a New Era”*, The International Economy, Winter 2008

G. Bernini & A.J. Van den Berg, *“The Enforcement of Arbitral Awards against a State: The Problem of Immunity from Execution”*, Contemporary Problems in International Arbitration, 1986

R. D. Bishop and S. M. Marchili, *“Annulment under the ICSID Convention”*, Oxford, 2012

P. Blyschak, *“State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: when are State-Owned Entities and their Investments Protected?”*, Journal of International Law and International Relations (JILIR), Vol. 6 (2), 2011

A. Broches, *“The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”*, 135 Hague Rec. D. Cours, 1972

K. H. Böckstiegel, *“Arbitration and State Enterprise: Survey on the National and International State of Law and Practice”*, International & Comparative Law Quarterly Vol. 34 (2), 1985

K. H. Böckstiegel, *“Applicable Law to State Responsibility under the Energy Charter Treaty and other Investment Protection Treaties”* in C. Ribeiro (eds.), Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, 2006

A. Calabrese, R. Costa, T. Menichini, F. Rosati, *“Does corporate social responsibility hit the mark? A stakeholder oriented methodology for CSR assesment”*, in Knowledge and Process Management, Vol. 20, Issue 2, 2013

A. Calabrese, R. Costa, T. Menichini, F. Rosati, G. Sanfelice, *“Turning corporate social responsibility-driven opportunities in competitive advantage: a two dimensional model”*, in Knowledge and Process Management, Vol. 20, 2013

A. Calabrese, F. Lancioni, *“Analysis of Corporate Social Responsibility in the service sector: does exist a strategic path”*, in Knowledge and Process Management, Vol. 15, Issue 2, 2014

S. M. Carbone, *“Corporate Governance, internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell’impresa”*, in Diritto Commerciale Internazionale, Vol. 19, Fascicolo 2, 2005

A. Clapham, *“The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International*

Criminal Court”, in T. M. Kamminga and Z. Z. Saman (Eds.), *Liability of Multinational Corporation under International Law*, 2000

J. R. Córdoba-Pachón, R. Garde-Sánchez y M. Pedro Rodríguez-Bolívar, “*A Systemic View of Corporate Social Responsibility (CSR) in State-Owned Enterprises (SOEs)*”, in *Knowledge and Process Management*, Vol. 21, Issue 3, 2014

F. Costamagna, “*Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*”, in *Neoliberalismo Internazionale e Global Economic Governance*, A. Comba (a cura di), *Diritto Internazionale dell’Economia*, Giappichelli Editore, Torino, 2008

J. P. Commission, “*Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*”, Vol. 24, Issue 2, *Journal of International Arbitration*, 2007

B. Cremades and I. Maladena, “*Parallel Proceedings in International Arbitration*”, in *International Arbitration*, Volume 24, Issue 4, Oxford Academy (eds.), 2008

A. Crivellaro, “*Annulment of ICSID Awards: Back to the First Generation?*”, in L. Lévy, Y. Derains (eds.), *Liber amicorum en l’honneur de Serge Lazareff*, Paris, 2011

G.R. Delaume, “*Sovereign Immunity and Transnational Arbitration*”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986

G.R. Delaume, “*State Contracts and Transnational Arbitration*”, *American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 75 (4), 1981, p. 784; H. Fox, “*Sovereign Immunity and Arbitration*”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986

A. Dickinson, “*State Immunity and State-Owned Enterprises*”, 10(2) *Bus L Intl* 97, 2009

A. Dickinson et alia, “*State Immunity - Selected Materials and Commentary*”, Oxford University Press (OUP), 2004

J. Dumalaon (2015-10-14). “*Global Compact: a guide dog, not a watchdog*”. *Dw.com*. Retrieved, 2016

R. Dolzer, “*Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties*”, 39 *Int’l Law.*, 2005

O. F. Douglass, “*Black Labor Migration in Caribbean Guatemala, 1882-1923*” *Florida Work in the Americas Paperback*, University of Florida Press, 2012

The Economist, January 11th - 17th 2014.

M. Feit, “*Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*”, Berkeley Journal of International Law (BJIL), 2010, 28, n. 1

M. Feldman, “*State-Owed Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration*”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal (FILJ), Vol. 31, Issue 1, 2016

M. Feldman, “*The Standing of State-Owed Entities under Investment Treaties*”, Yearbook on International Law & Policy 2010-2011, K. P. Sauvant (eds.), Oxford University Press (OUP), 2012

B. Fensterwald Jr., “*Sovereign Immunity and Soviet State Trading*”, Vol. 63, No. 4 Harvard Law Review, 1950

B. Fensterwald Jr., “*Sovereign Immunity of States Engaged in Commercial Activities*”, Unsigned Note, Columbia Law Review Vol. 65, No. 6, 1965

H. Fox, “*States and the Undertaking to Arbitrate*”, International & Comparative Law Quarterly Vol. 37, 1988

H. Fox, “*The Law of State Immunity*”, Oxford University Press (OUP), 2004

F. Francioni, “*Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*”, in The Italian Yearbook of International Law, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 1979

F. Francioni, “*Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*”, in The Italian Yearbook of International Law, Vol. 4, Milano, Giuffrè, 1979

B. A. Frey, “*The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporation in the Protection of International Human Rights*”, Minnesota Journal of Global Trade, 1997

D. Gaukrodger, “*Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors*”, OECD Working Papers on International Investments No 2010/02

A. Giardiana, “*The International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States (ICSID)*”, Essays on International Commercial Arbitration, 1989

K. Gordon & A. Tash, “*Foreign Government-Controlled Investors and Recipient Country Investment Policies: A Scoping Paper*”, Paris, OECD Investment Division, January 2009

G. S. Goodwin-Gill “Crime in International Law: Obligations Erga Omnes and the Duty to Prosecute”, in G. S. Goodwin-Gill & S. Talmon (eds.), *The Reality in International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999

R. S. N. Guha, “*Is the law of responsibility of State for injuries to aliens a part of universal international law?*”, in *American Journal of international Law (AJIL)*, 1961

R. Happ, “*The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisprudence*”, in C. Ribeiro (eds.), *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, 2006

J. Heath and W. Norman, “*Stakeholder theory, corporate governance and public management: what can the history of State-run enterprises teach us in the post-Enron era?*”, in *Journal of Business and Ethics*, Vol. 53, 2014

G. V. Harten, “*The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*”, in *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 2007

K. Hobèr, “*State Responsibility and Attribution*”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press (OUP), 2008

K. Hobér, “*State Responsibility and Investment Arbitration*”, in C. Ribeiro (eds.), *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*, 2006

M. Jamnejad and M. Wood, “*The Principle of Non-Intervention*”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009

E. Jiménez de Aréchaga and A. Tanzi, “*International State Responsibility*”, in *International Law: Achievements and Prospects*, M. Bedjaoui (ed.), Paris-Dordrecht-Norwell, 1991

Johnston, “*Promoting Corporate Responsibility: the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*”, in *Corporate Social Responsibility: the Corporate Governance of the 21st Century*, Kluwer Law International, BV (second edition), 2010

H. Lauterpacht, “*Anglo-Iranian Oil Company Ltd. Persian settlement Opinion*”, 20 gennaio 1954, riprodotta in C. Sinclair, “*The Origins of Umbrella Clause in International Law of Investment Protection*”, in *Arbitration International*, Vol. 20, No. 4, London Court of International Arbitration, 2004

R. J. M. Lefeber, “*Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*”, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996

- B. Legum, “*Defining Investment and Investor: Who is entitled to claim? Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*”, 22 *Arbitration International* 524, 2006
- G. Kaufmann-Kohler, “*Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*”, 23 *Arb. International* 357, 2007
- M. A. Kimuli, “*The Application of the Doctrine of Foreign Sovereign/State Immunity to Public Corporations*”, Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), 1986
- M. Lippmann, “*Multinational Corporations and Human Rights*”, in G.W. Shepsher and V. Nanda (eds.), *Human Rights and Third World Development*, 1985
- A. F. M. Maniruzzaman, “*New Generation of Natural Resource Development Agreements: Some Reflections*”, *Journal of Energy & Natural Resources Law* Vol. 11 (4), 1993
- A. F. M. Maniruzzaman, “*State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law*”, *Journal of International Arbitration* Vol. 9 (4), 1992
- A. F. M. Maniruzzaman, “*State Enterprise Arbitration and Sovereign Immunity Issues: A Look at Recent Trends*”, 60 *OCT Dispute Resolution Journal* 77, 2005
- F. A. Mann, “*British treaties for the promotion and the protection of investment*”, in *British Year Book of International Law*, 1981
- F. Maon, a. Lindgreen V. Swaen, “*Organizational stages and cultural phases: a critical review and a consolidative model of corporate social responsibility development*”, in *International Journal of Management Reviews*, Vol. 12, 2010
- M. R. Mauro, “*Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*”, in *Tutela degli Investimenti tra Integrazione dei Mercati e Concorrenza di Ordinamenti*, a cura di A. Del Vecchio e P. Severino, Cacucci Editore, Bari, 2016
- E. Milano, “*The investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny*”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 11, M. Nijhoff Publishers, 2012. In commento a: *Italian Republic v. Republic of Cuba*, Ad hoc State-State Arbitration
- P. Muchlinski, “*Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Standard*”, *International Comparative Law Quarterly* (ICLQ) n. 527, 2006

P. Muchlinski, “*Corporate Social Responsibility*”, in Muchlinski, Ortino, Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2012

P. Muchlinski, “*Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation*”, *Business Ethics Quarterly* 22, 2012

P. Muchlinski, “*Rethinking International Corporate Social Responsibility: Due Diligence in the UN Framework on Business and Human Rights, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and in National Laws*”, *Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, XXVIII (106), 2012

M. D. Nolan & F. G. Sourgens, “*State-controlled Entities as Claimants in International Investment Arbitration: An Early Assessment*”, *Columbia FDI Perspectives* n. 32, 2010

OECD, “*Corporate Governance of State-Owned Enterprises, Change and reform in OECD Countries since 2005*”, 2011

A. R. Parra, “*ICSID and the rise of bilateral investment treaties: will ICSID be the leading arbitration institution in the early 21st century?*”, in *ASIL Proceedings*, 2000

S. M. Perera, “*State Responsibility: Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes*”, *Journal of World Investment & Trade*, 2005

S. J. Piotrowski, G. G. Van Ryzing, “*Citizens attitude toward transparency in local government*”, in *American Review of Public Administration*, Vol. 37, 2007

K. Rieker, “*The OECD Guidelines for Multinational Corporations*”, in *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporation*, M. K. Addo Eds., 2003

R. Risillo-Mazzeschi, “*Forms of International Responsibility for Environmental Harm*”, edited by Francesco Francioni & Tullio Scovazzi, London Graham & Trotman, Kluwer Academic Publishers Group [distributor], 1991

D. R. Robinson, “*Expropriation in the Restatement (revised)*”, in *American Journal of International Law (AJIL)*, 1984

B. Rocheleau, L. Wu, “*Public Versus private information sistem - do they differ in important ways? A review and empirical test*”, in *American Review of Public Administration*, Vol. 34, 2002

E. S. Romero, “*ICC Case Law*”, in E. Gaillard & J. Younan, eds., *State Entities in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 4, 2008

- J. Roper and M. Schoenberger-Orgad, “*State-Owned Enterprises: issues of accountability and legitimacy*”, in *management Communication Quarterly*, Vol. 25, 2011
- P. Sanders, “*The implementation of International Codes of Conduct for Multinationals Enterprises*” in *Neth. I. L. R.*, Vol. 28, Issue 3, 1981
- A. Sheppard, “*The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case*”, in P. Muchlinski et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* 941-2, 2008
- E. C. Schlemmer, “*Investment, Investor, Nationality and Shareholders*”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press, 2008
- C. Schreuer, *Commentary on ICSID Convention*, in *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1996
- C. Schreuer, “*Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*”, in *JWIT*, June 2005
- C. Schreuer, “*History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*”, *ICSID Vol. 2* at 447-448, 538, 1968;
- M. Sornaraja, “*Linking State Responsibility for Certain Harm Caused by Corporate Nationals abroad to Civil Resources in the legal system of Home States*”, in C. Scott (ed.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), chap. 18
- M. Sornaraja, “*Pursuit of Nationalized Property*”, 36 *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 253-311; M. Sornaraja , “*International Commercial Arbitration*”, *British Yearbook of International Law* Vol. 62, 1992
- M. Sornarajah, “*The Extraterritorial Enforcement of US Antitrust Law: Conflict and Compromise*”, Vol. 31, Issue 1, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, Cambridge University Press (CUP), 1982
- D. P. Stewart, “*The Immunity of State Officials under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*”, *Vanderbilt University, Journal of Transnational Law (JTL)*, 1047 Vol. 44, 2011
- D. P. Stewart, “*The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*”, *The American Journal of International Law (AJIL)* Vol. 99, No. 1 (Jan., 2005), 2005

O. Spiermann, “*Applicable Law*”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, Oxford University Press, 2008

R. Tansey and M. R. Hyman, “*Dependency Theory and the Effects of Advertising by Foreign-Based Multinational Corporations in Latin America*”, in *Journal of Advertising*, Vol. 23, N. 1, *International Advertising* (Mar. 1994), published by Taylor & Francis Ltd

T. Walde and a. Kolko, “*Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law*”, *International Comparative Law Quarterly* (ICLQ) n. 811, 2001

J. M. Wagner, “*International Investment, Expropriation and Environmental Protection*”, *Golden Gate University Law Review*, 1999

M. Wood, “*Non-Intervention (Non-interference in domestic affairs)*”, in *Encyclopedia Princetoniensis*, 2012

M. Wood, “*The Principle of non-Intervention in Contemporary International Law: Non-interference in a State’s Internal Affairs Used to Be a Rule of International Law: Is it Still?*”, Chatham House, 2012

G. Zeiler, “*Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings*”, in Binder (et al.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press (OUP), New York, 2009

Sentenze

ICSID

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, Decision on Jurisdiction of 21 October 2005, ICSID Case No. ARB/02/3

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, ICSID Case n. ARB/87/3, in *ICSID Report*, 1990, Sentenza arbitrale del 15 giugno 1990

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/005, Decision on Jurisdiction of September 2000.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan, (Award, 27 August 2009), ICSID Case No. ARB/03/29, [*Bayindir v. Pakistan*]

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, (Decision on Jurisdiction, 2 June 2010), ICSID Case No. ARB/08/05 [*Burlington v. Ecuador*]

Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, Decision on Objection to Jurisdiction, 11 May 2005, ICSID Case No. ARB/03/2

CDC Group plc v. Seychelles, Award of 17 December 2003, ICSID Case No. ARB/02/14 [*CDC v. Seychelles*]

CMS v. The Argentine Republic, Final Award of 12th May 2005, ICSID Case N. ARB/01/08

(*CSM Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction 17th July 2003, ICSID Case No. ARB/01/8, [*CMS v. Argentina*])

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic [formerly *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*], Decision on Annulment 3rd July 2002, ICSID Case No. ARB/97/3, [*Vivendi v. Argentina*]

[*CAA and CGE v. Argentina case*, decisione del 21 novembre del 2000; decisione da parte del Comitato ad hoc sull'annullamento del 3 luglio 2002]

Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction 16th July 2001, ICSID Case No. ARB/00/6, [*Consortium RFCC v. Morocco*]

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, Award 5th September 2008, ICSID Case No. ARB/03/09 [*Continental v. Argentina*]

CSOB v. Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24th May 1999, ICSID Case No. ARB/97/4, 14 ICS.ID Rev. - F.I.L.J. 25

EDF (Services) Limited v. Romania, (Award, 8 October 2009), ICSID Case No. ARB/05/13, [*EDF v. Romania*]

El Paso Energy Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction of 27th April 2006, ICSID Case No. ARB/03/15 [*El Paso v. Argentina*]

Electrabel S.A. v. Hungary, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30th November 2012, ICSID Case No. ARB/07/19

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, ICSID Case No. ARB/97/7

Emmis International Holding, B.V. Emmis Radio Operating, B.V. Mem Magyar Electronic Media Kereskedelmi És Szolgáltató Kft v. Hungary, Decision on Respondent Application for Bifurcation, ICSID Case No. ARB/12/2, 13th June 2013

Eureko v. Poland, Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award and Dissenting Opinion 19th August 2005, *ad hoc* arbitration seated in Brussels

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, Award of 9th March 1998, ICSID Case No. ARB/96/3, [*Fedax v. Venezuela*]

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, Award of 18th June 2010, ICSID Case No. ARB/07/24

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (Decision on Jurisdiction, 22 April 2005), ICSID Case No. ARB/03/3

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, Award of 2 August 2006, ICSID case No. ARB/03/26
(*Decision on Jurisdiction of 2 August 2006, ICISID Case No. ARB/03/26 [Inceysa v. El Salvador]*)

Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt, Decision of the Tribunal on the objection to Jurisdiction 17th October 2006, ICSID Case No. ARB/05/19, [*Helnan v. Egypt*]

Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction of 17 May 2007

Mondev International Ltd. v. Stati Uniti, ICSID Case n. ARB(AF)/99/2, Sentenza arbitrale dell'11 ottobre 2002

Hrvatska elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia, Decision on the Treaty interpretation issue of 12 June 2009, ICSID Case No. ARB/05/24 [*HEP v. Slovenia*]

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction 6th August 2004, ICSID Case No. ARB/03/11 [*Joy Mining Ltd v. Egypt*]

Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, Award on the Competence of 8th December 1998, ICSID Case No. ARB/97/6

Noble Energy, Inc. and Machalpower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, (Decision on Jurisdiction, 5 March 2008), ICSID Case No. ARB/05/12

Noble Ventures Inc. v. Romania, Award of 12th October 2005, ICSID Case No. ARB/01/11

Patrick Mitchell v. Congo (the Democratic Republic of the), Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case N. ARB/99/7, IIC 172 (2006), 27 October 2006, despatched 1 November 2006, World Bank [ICSID] (Sentenza di Annullamento del 1 novembre 2006, *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, cit. para. 21, ICSID Case No. ARB/99/7)

Rompetrol v. Romania, Decision on Respondent's Preliminary Objection on Jurisdiction, 18 April 2008, ICSID Case No. ARB/06/03

Saba Fakes v. Republic of Turkey, (Award, 14 July 2010), ICSID Case No. ARB/98/2

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, (Decision on Jurisdiction, 21 March 2007), ICSID Case No. ARB/05/07

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan, Decision on Jurisdiction 9th January 2004, ICSID Case No. ARB/02/13 [*Salini v. Jordan*]

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Sentenza sulla competenza del 23 luglio 2011, ICSID Case n. ARB/00/4, riprodotta in *Journal de Droit International*, 2002 [*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction 23 July 2001, ICSID Case No. ARB/00/4, (2003) 42 I.L.M. 609, [Salini v. Morocco]*]

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, Decision on Objection to Jurisdiction, 11 May 2005, ICSID Case No. ARB/02/16

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Objection to Jurisdiction 6th August 2003, ICSID Case No. ARB/01/13 [*SGS v. Pakistan*]

SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines, Decision on Jurisdiction 29th January 2004, ICSID Case No. ARB/02/6, [*SGS v. Philippine*]

Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican State, ICSID Case N. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003
[*Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary (Award of 13 September 2006, ICSID Case No. ARB/04/15)*]

Telenor Mobile Communication AS v. Hungary, Award of 2 June 2006, ICSID Case No. ARB/04/15 [*Telenor v. Hungary*]

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, Decision on Jurisdiction 11th September 2009, ICSID Case No. ARB/07/12, [*Toto Costruzioni v. Lebanon*]

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, Decision on Annulment 30th December 2015, ICSID Case No. ARB/11/28

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, Award 10th March 2014, ICSID Case No. ARB/11/28

Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana (Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana, Award of 16 February 1994, ICSID Case No. ARB/92/1, 9 ICSID Rev. - F.I.L.J. 72 [Vacuum Salt v. Ghana]

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, (Award, 9 May 2008) ICSID Case No. ARB/98/

Corte Internazionale di Giustizia

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Dem. Rep. Congo), Preliminary Objections, 2007 ICJ Rep. 582 (Corte Internazionale di Giustizia, caso Diallo, sentenza sulle obiezioni preliminari del 24 maggio 2007)

Barcelona Traction, Light and Power Company. Limited (Belgium v. Spain), sentenza di merito (seconda fase), 5 febbraio 1970, in I.C.J. Reports, 1970

Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia, ICJ Judgement, 25 September 1997

Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay, ICJ Judgement, 20 April 2010

Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986

Corfu Channel Case, United Kingdom v. Albania, Merits, International Court of Justice (ICJ), 9 April 1949

NAFTA

Methanex v. United States, Final Award of 3 August 2005, NAFTA

GAMI Investment Inc. v. The United Mexican State, UNCITRAL (NAFTA) Case, Final Award of 15 November 2004

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Arbitral Tribunal constituted under Chapter Eleven of NAFTA, conducted under the UNCITRAL Rules, Award of 26 January 2006

United Parcel Service v. Canada, Award on Jurisdiction 22nd November 2003, UNCITRAL (NAFTA), Case No. UNCT/02/1 [UPS v. Canada]

Arbitrati internazionali sugli investimenti

AMTO LLC v. Ukraine case, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Decision on Arbitration No. 080/2005, 26th March 2008)

Re Prejudgment Garnishment Against National Iranian Oil Co., American Journal of International Law (AJIL), Vol. 77 (I), 1983

United Parcel Service of America v. Canada, Sentenza arbitrale del 24 maggio 2007

Iran v. United States Claims Tribunal, caso *Foremost Tehran Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 1986, 10 Iran-U.S. C.T.R. 228

Iran v. United States Claims Tribunal, caso *American Bell International Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, 1986, 12 Iran-U.S. C.T.R. 170

RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation, (Award on Jurisdiction, October 2007), SCC Case No. Arb. V079/2005 (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)

C. Czarnikow v. Rolimpex, 1979, A.C. 351, 364

Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines, ICC Case no. 6401, 782 F. Supp. 972 (D.N.J. 1992) Mealey's International Arbitration Report, 34 Doc. da B-1 a B-53

N.V. Cabolent v. National Iranian Oil Company, 28 November 1968, Court of Appeal, The Hague, 47 I.L.R. 138, 9 I.L.M. 152 (1970)

Practical Concepts Inc. v. Republic of Bolivia, 615 F. Supp. 92 (D.D.C. 1985), American Journal of International Law, Vol. 81 (4).

Corti Nazionali

German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case, (2007), 11 ASIL Insight (31 July 2007)

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 18, 1 (9,10) (Germany Federal Supreme Court, 7 June 1955)

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 64, 1, 65 I.L.R. (1984) 215 (Federal Constitutional Court 1983)

De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua and Others della U.S. Court of Appeal for the Fifth Circuit (Case No. 770 F.2d 1385 at 1393, 1985, 5th Cir. 88 I.L.R., paragrafi da 75 a 83)

Schmidt v. Secretary of State of Home Affairs (1969) 2 Ch. 149 at 168

First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba, 462 U.S. 611, 624, 626-627, 1983

UN Documents

International Law Commission, in Y.B. International Law Commission (1988), vol. II pt. I, Document of the 40th Sess. A.CN.4/SER.A/1989/Add.1 (pt.I), p. 45 ss.

Y.B. International Law Commission (1989), vol. II, (Rep. of the Commission to the U.N. General Assembly on the work of the 41st Session), A.CN.4/SER.A/1988/Add.1

Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Art. 2(2), 27 Feb. 2003, A/AC. 262/L.4/Add. I

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of International Law Commission, 2001, Vol. II (Part 2) and Corrigendum.

Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 24-28 Feb. 2003, UNGA Official Records 58th Sess. Supp. No. 22 (A/58/22)

United Nations Convention of Jurisdictional Immunities of State and Their Property, 2 December 2004, A/RES/59/38

The Energy Treaty Charter (ETC), 2080 UNTS 95, 34 ILM 360 (1995)

U.N. General Assembly, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2 December 2004, A/RES/59/38

International Law Commission, Commentary prepared by the ILC on its 1991 Draft Articles on Jurisdictional Immunities

Report of the ILC on the Works of its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10 (2001)

International Law Commission, “*Responsibility of the States for Internationally Wrongful Acts: General Commentary*”, [ILC Commentary], in Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/56/10 (2001)

Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), Vienna, signed on 23rd May 1969, 1155 UNTS 331.

The Energy Treaty Charter (ETC), 2080 UNTS 95, 34 ILM 360 (1995)

UN Sub-Commission For The Promotion and Protection of Human Rights, *Norms on the Responsibility of Transnational Corporation and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, adottate il 26 Agosto 2003, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

UN Commission on Transnational Corporation, *Proposed text of the draft code of conduct on transnational corporations*, UN Doc. E/1990/94, del 12 giugno 1990

Carta delle Nazioni Unite, (*United Nations Charter*), San Francisco, signed on 26 June 1945, 1 UNTS 16

UN Doc. A/RES/2131 (1965) “*Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty*”

UN Doc. A/RES/2625 (1970) “*Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*”

Special Rapporteur report: Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human right abuse, UN Doc. A/HRC/8/5/Add.2, del 23 maggio 2008

Universal Declaration of Human Rights, GA res. 217° (III), UN Doc. A/810, 1948, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948

International Covenant on Civil and Political Rights, GA res. 2200° (XXI), 21 UN GAOR Supp. (N. 16) UN Doc. A/6316 (1966), adottato il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, GA res. 2200° (XXI), 21 UN GAOR Supp. (N. 16), UN Doc. A/6316 (1966), adottato il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976.

Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of Human Rights and transnational corporations and other business enterprises. Addendum. Corporations and human rights: a survey of the scope and patterns of alleged corporate-related human right abuse

Risoluzione n. 17/4 del Human Right Council (A/HRC/RES/17/4), che ha istituito nel 2011 il *Working Group*; risoluzione n. 26/22 (A/HRC/RES/26/22) e risoluzione n. 35/7 (A/HRC/RES/35/7)

Risoluzione n. 17/31 del Human Right Council (A/HRC/RES/17/31)

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), UN Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1(1973), 11 ILM 1416 (1972), A/RES/2994, firmata il 15 dicembre 1972

Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio Declaration), UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 31 ILM 874 (1992), firmata il 12 agosto 1992

Report of the World Commission on Environment and Development, UN Doc. A/RES42/187, dell'11 dicembre 1987, elaborato dalla Commissione Brundtland

Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio Declaration), UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 31 ILM 874 (1992), firmata il 12 agosto 1992

United Nations, *The Millennium Development Goals Report 2015*, 6 July 2015

UN General Assembly, *United Nations Millennium Declaration, Resolution Adopted by the General Assembly*, 18 September 2000, A/RES/55/2

UN Human Rights Council, "*Business and human rights: towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*", 22 April 2009, A/HRC/11/13

United Nations Global Compact, UN Doc. A/RES/68/234, 26 luglio 2000

The Practical Guide to the United Nations Global Compact. Communication on Progress (COP), 2012

International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IVE.1

Commentary to the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, 2 Y.B., International Law Commission

The Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Waste and Their Disposal, Protocol on Liability and Compensation for damage resulting from transboundary movements of hazardous waste and their disposal, 28 ILM 657, 1989 (entrata in vigore nel maggio 1992)

Trattati internazionali sugli investimenti

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the State of Qatar Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, April 1999

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Republic of Ghana Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 8 June 1994

Agreement between the Government of the People's Republic of China and Republic of Peru Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, April 1999

Agreement between the Government of the People's Republic of China and Government of the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2 December 1993

Agreement between the Government of the People's Republic of China and Government of the Republic of Trinidad and Tobago Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 24 May 2004

Agreement between the Government of the People's Republic of China and Government of the Republic Uganda on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 27 May 2004

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 21 APRIL 1994

Agreement between the Italian Republic and the Lebanese Republic on the Promotion and Reciprocal Protection on Investments, signed on November 7, 1997. Entered into force on February 9, 2000

Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of the Czech Republic Regarding the Promotion and the Reciprocal Protection of Investments, 23 November 1992.

USA-Korea Free Trade Agreement (firmato il 30 giugno 2007 ed entrato in vigore il 15 marzo 2012)

Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (China-Mexico BIT, firmato l' 11 luglio 2008 ed entrato in vigore il 6 giugno 2009)

Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation among the Governments of the Member Countries of the

Association of Southeast Asian Nations and the Republic of Korea (firmato il 2 giugno 2009 ed entrato in vigore il 1 settembre 2009)

Agreement among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation, and Protection of Investment (Japan-Korea-China Trilateral Agreement on Investment, firmato il 13 maggio 2012 ed entrato in vigore il 17 maggio 2014)

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia on the Regulation of the Status and Other Legal Relations Regarding the Investment, Use, and Dismantling of Nuclear Power Plant Krsko", 19 December 2001.

The Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, with Protocol, November 1991

Agreement between the Republic of France and the Argentine Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, July 1991,

Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, July 1995

Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Philippines Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, March 1997

The North American Free Trade Agreement (NAFTA), 32 ILM 289, 605 (1993)

Association of Southeast Asian Nation (ASEAN), 6 ILM 1233 (1967)

Treaty Establishing a Common Market between the Argentine Republic, the Federal Republic of Brazil, the Republic of Paraguay and the Eastern Republic of Uruguay - Mercado Común del Sur (MERCOSUR), 30 ILM 1041 (1991)

Alia

Australian Law Commission, Australian Law Reform Commission, Report No. 24: Foreign State Immunity (1984)

Global Compact, Note on Integrity Measures (NIM), 2015

ICSID, "*Report on the Executive Directors on the Convention*", 2006

International Monetary Fund and Working Group of Sovereign Wealth Fund, *Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practice - 'The Santiago Principles'*, October 2008

OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Paris, 2005

OECD, *SOEs Operating Abroad: an application of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises to the cross-border operation of SOEs*, OECD, Corporate Affairs Division, Directorate for Financial Enterprises Affairs, 2009-2010

OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 25 May 2011

OECD, *OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 25 May 2011

UNCTAD, *World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Executive Industries and Development*, 2007

UNCTAD, “*The Protection of National Security in IIAs: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*”, New York and Geneva: United Nations, 2009, [UNCTAD, “National Security”]

OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Recommendations for responsible business conduct in a global context*, adottate in prima approvazione il 21 giugno 1976, ultima versione del 25 maggio 2011

International Labour Organisation (ILO), *ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adottata il 16 novembre 1977

Institut de Droit International, *Les Entreprises Multinationales*, risoluzione approvata ad Oslo il 7 settembre 1977, Rapporteur Berthold Goldman

UNCTAD, *Bilateral investment treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking*, UNCTAD/ITE/ITT/2006/5, New York and Geneva, 2007

SITOGRAFIA

OECD: <http://www.oecd.org>

OECD publishing: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264119529-en>.

OECD publishing: <http://www.oecd-ilibrary.org/statistics;jsessionid=1h2tjm06edo4u.x-oecd-live-03>.

Borsa italiana: www.borsaitaliana.it.

OECD publishing: http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-business-and-finance-outlook-2017/total-employment-and-sectorial-distribution-of-soes_9789264274891-graph39-en.

OECD publishing: <http://www.oecd.org/daf/ca/accountabilityandtransparencyaguideforstateownership.htm>.

OECD publishing: <http://www.oecd.org/corporate/state-owned-enterprises-in-the-development-process-9789264229617-en.htm>.

IMF publishing: <http://www.imf.org/external/np/sta/di/index.htm>.

OECD publishing: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/50/40193734.pdf>.

ICSID: <https://icsid.worldbank.org/en/>.

World Bank report: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

ICSID report: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

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

WTO publishing: http://wto.org/english/docs_e/legal_e/18.trims.pdf

WTO publishing: WT/WGTI/W/152 (2003) <https://www.wto.org>