UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede amministrativa
UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

---

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
- XXXI CICLO -

SISTEMI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE OMC E ICSID A CONFRONTO: ASPETTI PROCEDURALI E SOSTANZIALI.

Coordinatore: Ch.mo Prof. Alessandra Pietrobon

Supervisore: Ch.mo Prof. Andrea Gattini

Dottorando: Silvia Marchiante

RINGRAZIAMENTI

Il percorso condotto in questi tra anni di dottorato è stato fonte di crescita non solo scientifica, ma anche personale. Desidero ringraziare tutte le persone che in vari modi mi hanno prestato il loro appoggio e sostegno.

Il mio sentito ringraziamento è diretto al Professor Gattini, guida preziosa e insostituibile nel percorso che ha condotto alla realizzazione di questo progetto.

Un ringraziamento anche alla Dott.ssa Sartiè per la disponibilità e il supporto tecnico e umano nello svolgimento delle mie ricerche, nonché al personale delle biblioteche dell'Università di Padova.

ABSTRACT

Il meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), mediante l'apposita Intesa denominata *Dispute Settlement Understanding* (DSU), e l'arbitrato internazionale in materia di investimenti regolato dalla Convenzione ICSID, che crea il Centro Internazionale per la Risoluzione di Controversie relative agli Investimenti (*International Center for the Settlement of Investment Disputes* – ICSID), costituiscono due procedimenti di carattere internazionale inseriti all'interno di settori diversi. L'oggetto della ricerca è costituito dalla comparazione di questi sistemi. Invero, il settore del commercio multilaterale e quello degli investimenti non possono essere considerati tra loro indipendenti. L'eventualità, concretamente verificata, che la medesima misura generi controversie in entrambi i settori costituisce un esempio della loro interazione, nonché incentivo all'indagine del rapporto sussistente tra di essi.

La prima parte della ricerca consiste nell'analisi comparata della disciplina di aspetti procedurali previsti in entrambi i meccanismi. Il potere di azione, i soggetti coinvolti nei due procedimenti, la giurisdizione *ratione materiae*, il rapporto sussistente tra i due procedimenti e la protezione diplomatica costituiscono il punto di partenza dell'analisi. Secondariamente, sono esaminati gli organi giudicanti, la loro formazione e le funzioni rispettivamente attribuite, nonché il diritto applicabile. Inoltre, le decisioni conclusive delle procedure, la possibilità di proporre appello o di presentare una richiesta di annullamento costituiscono ulteriore elemento oggetto di comparazione, seguito dall'esame della fase esecutiva.

La seconda parte del progetto attiene all'esame di alcuni principi sostanziali che svolgono un ruolo di primario rilievo nell'ambito del commercio multilaterale e nel settore degli investimenti. In primo luogo, è esaminata la proporzionalità quale principio la cui complessiva e articolata caratterizzazione comprende la valutazione dell'intensità dell'indagine svolta dagli organi giudicanti. Un secondo principio esaminato è la non discriminazione, mediante l'analisi della clausola della Nazione Maggiormente Favorita e del Trattamento Nazionale, pietre angolari del sistema multilaterale del commercio, ma anche garanzie essenziali per l'investitore privato all'interno dello Stato ospitante l'investimento.

La ricerca è diretta a verificare la configurabilità di un rapporto tra il sistema di risoluzione delle controversie interno all'OMC e l'arbitrato internazionale ICSID e di individuarne una possibile qualificazione.

INDICE

Introduzione..... 1

Parte I
SISTEMI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE OMC E ICSID: ASPETTI PROCEDURALI

Capitolo I - LA FASE DI INSTAURAZIONE DEL PROCEDIMENTO 7

1.1 IL DIRITTO ALL'AZIONE: LE PARTI..... 7

1.1.1 – La parti nelle controversie OMC.....8

1.1.2 – La parti nelle controversie ICSID. 11

1.1.3 – Considerazioni.....15

1.2 LA GIURISDIZIONE *RATIONE MATERIAE*. 15

1.2.1 – La giurisdizione nel sistema di risoluzione delle controversie OMC. 16

1.2.2 – La giurisdizione ICSID. 21

1.2.3 – Considerazioni.....25

1.3 LITISPENDENZA O COMPLEMENTARIETA'?..... 26

1.4 LA RELAZIONE CON LA PROTEZIONE DIPLOMATICA. 38

1.4.1 – La protezione diplomatica e il sistema di risoluzione delle controversie OMC. 40

1.4.2 – La protezione diplomatica nella Convenzione ICSID.....43

1.4.3 – Considerazioni.....46

1.5 CONCLUSIONI..... 47

Capitolo II - GLI ORGANI E IL DIRITTO APPLICABILE 49

2.1 GLI ORGANI E LA LORO FORMAZIONE. 49

2.1.1 – Gli organi del sistema di risoluzione delle controversie OMC. 50

2.1.2 – Gli organi previsti della Convenzione ICSID. 58

2.1.3 – Considerazioni. 68

2.2 IL DIRITTO APPLICABILE. 70

2.2.1 – Il diritto applicabile secondo il sistema di risoluzione delle controversie OMC. 71

2.2.2 – Il diritto applicabile secondo la Convenzione ICSID. 83

2.2.3 – Considerazioni. 97

Capitolo III - LA FASE DECISORIA 101

3.1 LA FORMA E GLI EFFETTI DELLA DECISIONE. 101

3.1.1 – Le decisioni del sistema di risoluzione delle controversie OMC. 102

3.1.2 – I lodi arbitrali ICSID. 115

3.1.3 – Considerazioni. 126

3.2 L'APPELLO NEL SISTEMA OMC E L'ANNULLAMENTO NELLA CONVENZIONE ICSID. 128

3.2.1 – L'appello avverso le pronunce dei Panels OMC. 129

3.2.2 – L'annullamento dei lodi ICSID. 140

3.2.3 – Considerazioni. 152

Capitolo IV - LA FASE ESECUTIVA 155

4.1 IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE DELLA DECISIONE. 155

4.1.1 – L'attuazione delle decisioni nel sistema dell'OMC. 155

4.1.2 – La fase di esecuzione dei lodi arbitrali ICSID. 168

4.1.3 – Considerazioni. 178

4.2 L'INFLUENZA SULLA POLITICA INTERNA DELLO STATO E LA POSIZIONE DEI PRIVATI. 179

4.3 LE POSSIBILI INTERFERENZE RECIPROCHE TRA I DUE SISTEMI NELLA FASE ESECUTIVA. 184

Parte II
PRINCIPI SOSTANZIALI
NELLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE OMC E ICSID

Capitolo V - IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' 191

5.1 LA PROPORZIONALITA' COME PRINCIPIO DI DIRITTO. 191

5.1.1 – La struttura dell'analisi proporzionale. 197

5.2 GLI STANDARD DI REVISIONE. 200

5.2.1 – Gli standard di revisione nel sistema OMC. 202

5.2.2 – Gli standard di revisione nella risoluzione delle controversie secondo la Convenzione ICSID. 206

5.3 IL RICORSO ALLA PROPORZIONALITA' NELLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE OMC. 212

5.3.1 – La sospensione delle concessioni. 214

5.3.2 – Le eccezioni generali ai sensi dell'Articolo XX GATT. 221

5.3.2.a – Le misure necessarie. 223

5.3.2.b – Le misure *"related to"* 225

5.3.2.c – Il cappello introduttivo dell'Articolo XX GATT. 228

5.3.3 – Gli Accordi SPS e TBT. 231

5.3.3.a – L'Accordo SPS. 232

5.3.3.b – L'Accordo TBT. 237

5.4 IL RICORSO ALLA PROPORZIONALITA' NELLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE SECONDO LA CONVENZIONE ICSID. 242
5.4.1 – La quantificazione dei danni. 243
5.4.2 – Le eccezioni ai Trattati. 251
5.4.3 – Le espropriazioni indirette. 261
5.5 CONSIDERAZIONI. 274

Capitolo VI - IL TRATTAMENTO DELLA NAZIONE MAGGIORMENTE FAVORITA 278
6.1 INTRODUZIONE: LA GARANZIA DI NON DISCRIMINAZIONE. 278
6.2 LA CLAUSOLA DELLA NAZIONE MAGGIORMENTE FAVORITA. 284
6.2.1 – La disciplina della clausola MFN nell'OMC. 286
6.2.2 – La clausola MFN nella tutela degli investimenti internazionali. 299
6.2.2.a – L'applicazione della clausola MFN a trattamenti sostanziali. 304
6.2.2.b – L'applicazione della clausola MFN a trattamenti procedurali. 310
6.2.3 – Considerazioni. 323

Capitolo VII - IL TRATTAMENTO NAZIONALE 328
7.1 INTRODUZIONE: IL TRATTAMENTO NAZIONALE COME ESPRESSIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE. 328
7.2 IL TRATTAMENTO NAZIONALE. 331
7.2.1 – Il Trattamento Nazionale nella risoluzione delle controversie OMC 332
7.2.2 – Il Trattamento Nazionale negli arbitrati ICSID. 344
7.2.3 – Considerazioni. 362

Conclusioni 366

Bibliografia 375

INTRODUZIONE

L'esigenza degli Stati, che contraddistingue l'epoca moderna, di operare scelte che inducano la progressiva diminuzione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci e dei capitali, ha dato origine ad un processo di integrazione economica, sociale e culturale tra le diverse aree del mondo. Il contributo alla forte crescita del commercio internazionale e alla circolazione degli investimenti esteri generato da questo fenomeno è, inoltre, potenziato dalla diffusione di tecnologie informatiche che facilitano la delocalizzazione delle imprese e lo sviluppo di reti di scambio sempre meno condizionate dalle distanze geografiche. L'emergere di grandi imprese multinazionali che tendono ad imporsi sul mercato globale costituisce un'ulteriore conseguenza di questo fenomeno. Se da un lato esse operano in modo sempre più autonomo dai singoli Stati, dall'altro sono in grado di acquisire una crescente influenza nei confronti delle istituzioni finanziarie e nelle scelte di politica economica dei governi.

L'Organizzazione Mondiale del Commercio (*OMC*), istituita nel 1994 sulla base del predecessore Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), entrato in vigore nel 1947, costituisce espressione della volontà degli Stati di garantire la serenità e la stabilità nello svolgimento dei rapporti commerciali, inserendosi nella corrente che ha condotto all'elaborazione di un nuovo ordine internazionale immediatamente successiva alla conclusione della Seconda Guerra Mondiale. La regolamentazione che interessa un numero notevole di settori in continua evoluzione, nonché la quantità di Stati che vi hanno aderito, testimoniano il ruolo di foro globale e di primario rilievo della medesima nella negoziazione e nello sviluppo della disciplina e nell'amministrazione del commercio mondiale. Si inserisce al suo interno, quale fattore che contribuisce al successo dell'OMC, anche la predisposizione di un meccanismo di risoluzione delle controversie, evoluzione di quello precedentemente disciplinato nel GATT 1947.

Gli investimenti internazionali costituiscono, simmetricamente, un fattore importante per il progresso e la crescita economica del mondo intero e, in modo particolare, dei Paesi in via di sviluppo, ove si trovano concentrate la maggior parte delle risorse naturali, soprattutto minerarie, laddove negli Stati

sviluppati sono localizzati i capitali necessari per il loro sfruttamento. Il flusso di capitali diviene, pertanto, elemento indispensabile per entrambi i paesi, in grado di generare benefici reciproci. D'altro canto, i problemi che hanno caratterizzato, nel corso della storia, gli investimenti internazionali sono dati proprio dalla presenza di interessi confliggenti e non sempre conciliabili delle parti che partecipano all'operazione.

Questi ultimi, grazie all'ampia definizione che ne viene data, coinvolgono non solo un movimento di capitali tra diversi territori nazionali, ma anche di persone e di beni, influenzando l'economia dello Stato ospitante l'investimento e, in particolare, incidendo sugli equilibri concorrenziali instauratisi tra le imprese già esistenti al suo interno. Inoltre, l'integrazione dell'investitore straniero comporta il suo coinvolgimento non solo nell'economia nazionale, ma anche negli affari interni e nelle relazioni politiche ed economiche tra lo Stato ospitante e lo Stato di provenienza. Il sorgere di potenziali conflitti tra gli Stati o tra questi ultimi e l'investitore privato è insito nel rapporto che viene instaurato, di conseguenza diventa necessario l'intervento del diritto internazionale nella predisposizione di meccanismi per la risoluzione delle controversie.

A differenza del commercio, tuttavia, gli strumenti diretti a dettare una disciplina degli investimenti internazionali sono molteplici ed eterogenei: dai trattati bilaterali di investimento (*Bilateral Investment Treaty – BIT*) conclusi tra due Stati tra i quali si prevede un flusso reciproco di capitali, ai contratti di investimento stipulati direttamente tra il privato investitore e lo Stato in cui viene effettuato l'investimento, ai trattati plurilaterali. Numerosi, invero, sono stati i tentativi di dettare una disciplina sostanziale relativa agli investimenti internazionali a livello multilaterale o globale, tuttavia nella maggior parte dei casi i risultati a cui si è giunti sono stati fallimentari. Una delle pochissime eccezioni che si inserisce in questo contesto è rappresentata dalla Convenzione ICSID, firmata nel 1965 ed entrata in vigore l'anno seguente.

Quest'ultima, mediante la creazione del Centro Internazionale per la Risoluzione di Controversie relative agli Investimenti (*International Center for the Settlement of Investment Disputes – ICSID*), predispone una disciplina per la protezione dei medesimi che regola unicamente dal punto di vista procedurale un meccanismo per la risoluzione delle controversie, costituito dall'arbitrato tra l'investitore privato e lo Stato ospitante. È, infatti, proprio a questo aspetto della Convenzione ICSID che è riconducibile il suo successo, assieme alla base volontaria per l'instaurazione della procedura e alla depoliticizzazione della controversia che la medesima è volta a garantire.

Il presente lavoro si propone di porre in relazione il sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e quello predisposto dalla Convenzione ICSID.

La ragione di tale confronto sorge dalla considerazione dello stretto rapporto sussistente tra il settore del commercio multilaterale e quello degli investimenti, tale da rendere frequentemente complessa la riconduzione di un'operazione alla qualificazione secondo l'uno oppure l'altro. Inoltre, l'eventualità, concretamente verificata, che la medesima misura generi controversie in entrambi i settori costituisce ulteriore testimonianza della relazione configurabile e incentivo verso la sua indagine. Infatti, la possibilità del sorgere di una controversia in questi ambiti, insita nella relazione instaurata tra i soggetti coinvolti nei due settori, determina l'esigenza di ricorrere ad un meccanismo che consenta la sua risoluzione. La disciplina dettata all'interno dell'OMC, attraverso il *Dispute Settlement Understanding* (DSU), e quella predisposta dalla Convenzione ICSID rappresentano due strumenti che rispondono a questa esigenza predisponendo procedimenti distinti, entrambi diretti a garantire la tutela dei diritti e il rispetto degli obblighi previsti rispettivamente all'interno degli Accordi OMC e negli strumenti che regolano gli investimenti internazionali.

La comparazione dei due procedimenti permette di esaminare se e in quale misura i due sistemi assicurino agli Stati di volta in volta considerati, mezzi giuridici efficaci per affermare determinati loro interessi generali a fronte della disponibilità a favorire il commercio internazionale e ad attrarre investimenti diretti esteri nella maggior misura possibile, denotata mediante la partecipazione ai medesimi e con la finalità di favorire lo sviluppo e la crescita.

I temi in cui si riscontra la tensione tra liberalizzazione e tutela dei propri interessi da parte degli Stati, come si cercherà di dimostrare, sono rinvenibili in entrambi i sistemi.

Particolarmente, con riferimento agli impegni contenuti negli Accordi costitutivi dell'OMC, si nota una tendenza degli Stati ad affermare certe finalità economiche e sociali. Questo atteggiamento emerge attraverso l'adozione di politiche pubbliche che si prestano ad essere ricondotte a criteri di liberalizzazione commerciale oppure a misure incompatibili con gli obiettivi sanciti attraverso i menzionati Accordi. Interessati a questa valutazione ed eventualmente a chiedere ed ottenere il ritiro delle seconde, sono evidentemente gli Stati che, partecipando all'OMC, intendono assicurare sia condizioni favorevoli di accesso ai mercati esteri per i produttori nazionali, sia, in generale, la concorrenza internazionale.

Inoltre, sottostanti ai rapporti tra Stati, vi sono interessi di singoli individui, produttori di merci e di servizi, che, a seconda dei casi, risultano favoriti oppure colpiti dalle politiche in questione, in quanto

destinatari diretti o indiretti delle stesse. L'interesse di questi ultimi è, infatti, quello di mantenere condizioni paritarie nell'ambito dei mercati in cui operano. Ne consegue l'esigenza di considerare la possibile influenza che questi interessi possono produrre nella disciplina procedurale dei meccanismi di risoluzione delle controversie e nell'applicazione sostanziale delle rispettive normative.

D'altra parte, con riguardo al sistema della Convenzione ICSID, nel quale gli Stati partecipanti dimostrano la loro disponibilità a ricevere e tutelare gli investimenti esteri, è evidente il conflitto che si instaura direttamente fra l'interesse dello Stato e quello del privato investitore straniero qualora i beni di quest'ultimo siano sottoposti a misure espropriative tendenti a finanziare politiche di sviluppo economico o sociale, oppure a realizzare interessi generali della collettività territoriale. Si manifesta, in tali casi, il sopravvento dell'esigenza di tutela di un interesse nazionale da parte degli Stati ospitanti, rispetto alla volontà di consentire l'ingresso di capitali stranieri nel proprio territorio.

Questi temi denotano con chiarezza la presenza di pressioni interne negli Stati che li portano ad agire indipendentemente dagli impegni assunti in campo internazionale. In questo modo si genera un terreno di scontro non solo tra Stati, ciascuno dei quali è interessato sia a tutelare i propri interessi sia a non subire un danno causato dal mancato adempimento degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati con i quali si relaziona, ma che coinvolge anche soggetti privati.

Lo scopo della ricerca, sulla base di quanto affermato, consiste nella valutazione della idoneità dei due sistemi di risoluzione delle controversie analizzati a realizzare un bilanciamento dei diversi interessi che vengono in gioco, sia attraverso l'analisi di aspetti procedurali dei meccanismi di risoluzione delle controversie disciplinati all'interno del *Dispute Settlement Understanding* e della Convenzione ICSID, sia mediante la considerazione di alcuni principi sostanziali rilevabili in entrambi i settori. Attraverso questa analisi si mira, pertanto, a far emergere le diversità e le analogie che i due sistemi presentano l'uno rispetto all'altro.

A tale fine, in primo luogo, viene preso in considerazione il potere di azione, mediante l'esame dei soggetti coinvolti nel procedimento, e la giurisdizione di ciascun meccanismo di risoluzione della controversie. In secondo luogo, l'analisi si sviluppa con riferimento agli organi giudicanti, alla loro formazione e alle funzioni attribuite a ciascuno di essi.

L'indagine comparativa dei due sistemi viene svolta anche relativamente alle decisioni conclusive della procedura, considerando la loro forma e la loro portata, e l'eventuale possibilità di appello o di annullamento, nonché le misure esecutive ad esse relative. Tale ultima fase, infatti, consente anche di indagare quali potrebbero essere i riflessi e le conseguenze sia sulle politiche interne dello Stato,

sia direttamente o indirettamente sugli interessi dei singoli operatori del commercio e degli investimenti.

L'analisi, nella seconda parte, si concentra sulla considerazione di alcuni principi sostanziali che svolgono un ruolo di primario rilievo sia nell'ambito del commercio multilaterale che nel settore degli investimenti internazionali. Specificamente, il principio di proporzionalità rappresenta uno strumento fondamentale negli ordinamenti nazionali e in molti contesti internazionali per il bilanciamento di diritti ed interessi in competizione. Questa qualificazione, comprensiva della valutazione dell'intensità dell'indagine condotta dagli organi investiti della risoluzione della controversia che ne costituisce parte integrante, spinge ad interrogarsi sulla configurabilità non solo di un ruolo per il principio di proporzionalità all'interno dei due sistemi considerati, ma in particolare anche di una corrispondenza tra i medesimi nella sua interpretazione e applicazione concreta.

La clausola della Nazione Maggiormente Favorita e il Trattamento Nazionale, espressione del principio di non discriminazione, rappresentano le pietre angolari del sistema multilaterale del commercio, ma si impongono anche quali garanzie essenziali per l'investitore privato nello Stato ospitante l'investimento.

L'indagine degli scopi, della disciplina dettata all'interno di ciascun sistema, l'analisi e la comparazione delle decisioni su questioni pertinenti agli aspetti esaminati pronunciate dai Panel o dall'Appellate Body dell'OMC e dai Tribunali arbitrali e Comitati *ad hoc* ICSID, nonché la considerazione di opinioni dottrinali degli studiosi della materia, sono dirette a valutare la comparabilità del sistema multilaterale del commercio e di quello degli investimenti internazionali. L'esame complessivo è volto, inoltre, a rilevare punti di contatto ed interconnessioni al fine di verificare la configurabilità di un rapporto tra questi ultimi, nonché di individuarne una possibile qualificazione.

PARTE I

Sistemi di risoluzione delle controversie OMC e ICSID: aspetti procedurali.

CAPITOLO I

LA FASE DI INSTAURAZIONE DEL PROCEDIMENTO

1.1 IL DIRITTO ALL'AZIONE: LE PARTI.

L'Organizzazione Mondiale del Commercio è un organizzazione internazionale creata con lo scopo di regolamentare le relazioni commerciali esistenti tra gli Stati nei diversi settori del commercio, al fine di garantire l'equilibrio e la stabilità del mercato globale e favorire lo sviluppo complessivo dei suoi Membri.

Diversamente, la Convenzione di Washington si inserisce nel quadro diretto al miglioramento dei rapporti tra gli Stati nel settore degli investimenti e, in modo specifico, con lo scopo di predisporre uno strumento diretto a far fronte al problema della risoluzione delle controversie tra Stati ospitanti e investitori privati.

Il sistema previsto dal *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute* (*Dispute Settlement Understanding* – DSU) nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), è diretto ad assicurare una positiva risoluzione delle controversie favorendo una decisione condivisa dalle parti e coerente con il sistema.[1] Il ricorso all'ICSID, con la creazione di un tribunale arbitrale, mira anch'esso alla risoluzione della controversia attraverso l'analisi e l'applicazione delle norme di diritto violate, contenute nei contratti o nei trattati di investimento invocati dalle parti.

Da questa concisa qualificazione è possibile iniziare ad intraprendere l'analisi dei meccanismi di risoluzione delle controversie predisposti da ciascun sistema. La prima distinzione che emerge dall'esame del loro funzionamento, è rappresentata dagli attori legittimati a prendere parte al

[1] Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (Dispute Settlement Understanding – DSU), Art. 3;

procedimento: il meccanismo di risoluzione delle controversie nell'ambito del commercio internazionale è di tipo Stato-centrico, mentre il sistema ICSID crea un foro neutrale per la risoluzione di controversie che permette il confronto diretto tra uno Stato ed un investitore privato.

La rilevanza di questa diversità è apprezzabile non solo con riferimento alle forze che possono emergere ed essere utilizzate nel corso del procedimento, ma sposta anche il piano della controversia. Se, infatti, il sistema ICSID, permettendo direttamente agli investitori di agire, depoliticizza totalmente la controversia, nel meccanismo previsto dal DSU e nel funzionamento complessivo dell'OMC un ruolo rilevante, se non preminente, è svolto dalla forza politica e dalle capacità diplomatiche di ciascuno Stato.

1.1.1 – La parti nelle controversie OMC.

L'Intesa relativa alla risoluzione delle controversie disciplinata in seno all'OMC attribuisce la possibilità di utilizzare il sistema previsto in relazione a controversie che sorgono tra i Membri della stessa Organizzazione. Ai sensi dell'Articolo 3 del DSU, infatti, i Membri affermano la loro adesione ai principi per la gestione delle controversie, elaborati a partire dal GATT del 1947. Mediante la disposizione richiamata, si impone ai Membri dell'OMC di attenersi al sistema multilaterale di risoluzione delle controversie e di non ricorrere ad azioni unilaterali o bilaterali estranee al sistema.[2]

L'OMC è un'organizzazione internazionale intergovernativa, la cui appartenenza ad essa, tuttavia, presenta caratteristiche peculiari. Innanzitutto, non comprende solamente Stati, ma anche territori doganali separati, totalmente autonomi nella conduzione delle relazioni commerciali esterne e negli altri aspetti oggetto di disciplina negli Accordi OMC. Una posizione particolare è, inoltre, rivestita dall'Unione Europea: sebbene non possa essere considerata uno Stato, è membro dell'OMC, come lo sono anche, singolarmente considerati, gli Stati che ne fanno parte, entrambi rispettivamente titolari dei diritti e degli obblighi che ne derivano. Tuttavia, nella pratica, è la Commissione Europea che agisce e partecipa agli incontri e ai negoziati sia per conto dell'Unione stessa che per i singoli Stati Membri. Un'ulteriore aspetto della natura

[2] WEERAMANTRY Romesh J., "Treaty Interpretation in Investment Arbitration", Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 285;

peculiare dell'appartenenza all'OMC è dato dai molteplici, talvolta sovrapposti, gruppi, coalizioni e alleanze che perseguono differenti scopi e la cui influenza emerge in vari ambiti dell'operatività dell'Organizzazione stessa.[3]

Gli unici che possono prendere parte al sistema di risoluzione delle controversie sono i governi dei Membri dell'Organizzazione stessa. Non hanno diritto di azione, né altre organizzazioni internazionali, né governi locali o regionali, né Stati che non siano membri dell'OMC, né tantomeno individui. L'attribuzione del diritto di accesso al procedimento disciplinato dal DSU è chiaramente evidenziata dalla pronuncia dell'Appellate Body, nel caso *US-Shrimps*, *"it may be well to stress at the outset that access to the dispute settlement process of the WTO is limited to Members of the WTO. The access is not available, under the WTO Agreement and the covered agreements as they currently exist, to individuals or international organizations, whether governmental or non-governmental"*.[4] Il sistema di risoluzione delle controversie riflette, pertanto, la natura intergovernativa dell'Organizzazione.

L'accesso dei governi degli Stati Membri al meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal DSU è consentito, non solo nella qualità di attore o in quella di convenuto, ma anche come Membro interessato, sia nella fase delle consultazioni, che nel corso del procedimento vero e proprio di fronte agli organismi decisori previsti dal DSU. Specificamente, qualsiasi Membro che abbia un *"substantial trade interest"* nella questione oggetto della contestazione può essere autorizzato a prendere parte alle consultazioni, previa richiesta rivolta ai Membri tra i quali è insorta la controversia e al *Dispute Settlement Body* (DSB).[5] Allo stesso modo, la possibilità di partecipare a procedimenti pendenti di fronte ai Panel o all'Appellate Body è riconosciuta a Membri che hanno un interesse sostanziale nella controversia e che ne hanno effettuato tempestiva notifica al DSB.[6] In tale ultimo caso, acquisiscono la qualifica di parte Terza (*"Third Party"* nel procedimento di fronte ai Panels e *"Third Participant"* in quello avanti all'AB), con diritto ad essere ascoltati dagli organi decidenti.

---

[3] VAN DEN BOSSCHE Peter, ZDOUC Werner, "The Law and Policy of the World Trade Organization", Foruth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 104-107;

[4] *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US-Shrimps)*, WT/DS58/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 October 1998, para. 101;

[5] DSU, Art. 4.11;

[6] DSU, Art. 10;

Dal punto di vista formale, dunque, l'Organizzazione Mondiale del Commercio non consente ad attori privati, individui o società, di presentare un controversia secondo il sistema previsto nel DSU, sebbene la maggior parte delle volte siano tali soggetti ad essere i destinatari delle violazioni degli accordi OMC, bensì è richiesto l'intervento diretto di uno Stato per opera del proprio governo. Tuttavia, un'analisi sostanziale del procedimento e delle norme che lo disciplinano fa emergere la rilevanza che i soggetti privati rivestono nell'interezza del suo svolgimento. Non può essere negato, infatti, che la maggior parte degli Stati che hanno fatto ricorso al sistema di risoluzione delle controversie OMC sia stato indotto da società o associazioni di industrie in grado di esercitare influenze sui propri governi.

La possibilità per il privato che lamenta la violazione di un diritto sancito dagli accordi OMC di vedere la propria pretesa tutelata secondo le disposizioni del DSU è direttamente correlata alla capacità di persuasione nei confronti del proprio governo, non solo e non tanto in relazione all'esistenza della violazione, ma piuttosto in merito alla sussistenza di un interesse dello stesso Stato al rispetto del diritto o della concessione attribuita. È evidente che la decisione dello Stato, che viene in tal modo coinvolto ad opera del privato, ad agire sul piano internazionale nei confronti dello Stato presunto violatore, comporta in capo al primo una valutazione ed un bilanciamento di interessi ulteriori rispetto a quello indicato dal privato. Queste considerazioni politiche e diplomatiche, come emergerà anche in seguito, permeano l'intero procedimento di risoluzione delle controversie disciplinato dal DSU.

Una volta che la controversia è instaurata di fronte al DSB, i soggetti privati continuano a svolgere un ruolo rilevante sia nella pianificazione delle strategie da adottare nel corso del suo svolgimento, sia nella redazione degli atti necessari. Pertanto, è possibile affermare che le industrie, le società e, più in generale, i privati, abbiano un accesso al meccanismo di risoluzione delle controversie OMC qualificabile come indiretto e mediato. Questa considerazione trova conferma anche nella predisposizione ad opera degli ordinamenti interni degli Stati di previsioni che disciplinano modalità con cui i privati possono portare all'attenzione dei rispettivi governi la violazione di obblighi derivanti dagli accordi OMC operata da altri Stati, affinché la questione sia portata all'attenzione del DSB.[7] Nondimeno, anche negli ordinamenti in cui non è dettata una

[7] Nell'UE: Regolamento (EC) n. 3286/94 (OJ 1994, L349, 71) come modificato dal Regolamento (EC) n. 356/95 (OJ 1995, L41, 3); negli Stati Uniti: Trade Act 1974, Section 301;

disciplina specifica, le società e le industrie sono comunque in grado di esercitare influenze analoghe a quelle esercitate negli Stati in cui il procedimento trova una regolamentazione.

Benché non molto utilizzato, un coinvolgimento diretto nei procedimenti pendenti di fronte ai Panel o all'Appellate Body per enti non statuali, si è sviluppato attraverso il ricorso all'istituto degli *"amicus curiae brief"*.[8] Sebbene sia stato oggetto di critiche, a tale istituto nondimeno vi hanno fatto ricorso alcuni Panel, attribuendo allo stesso legittimazione mediante il riferimento all'Articolo 13 del DSU che concede loro il potere di ricercare informazioni e documenti da qualsiasi fonte rilevante, nonché attraverso la previsione dell'Articolo 12 del DSU che autorizza questo organo giudicante a sviluppare la propria procedura interna in modo tale da garantire flessibilità affinché la pronuncia finale sia di qualità, senza che si verifichino ritardi nello svolgimento.[9] Tali argomentazioni sono state in parte riprese anche attraverso il disposto dell'Articolo 17.9 del DSU con riferimento all'utilizzo di *"amicus curiae brief"* ad opera dell'Appellate Body.

Dall'analisi delle parti coinvolte nel procedimento, secondo il sistema disciplinato dal DSU, emerge la plausibile formalità e apparenza dell'esclusività dell'accesso allo stesso limitato solo ai Membri dell'Organizzazione, intesi come entità statuali, nonché la verosimile connotazione politica e diplomatica che assumono le relative controversie. Questo aspetto del sistema OMC è, invece, espressamente e volontariamente evitato nell'arbitrato ICSID.

1.1.2 – La parti nelle controversie ICSID.

Il percorso storico che ha portato all'elaborazione della Convenzione ICSID ha condotto alla creazione di un foro neutrale per la risoluzione delle controversie che consente l'accesso direttamente agli investitori contro gli Stati ospitanti l'investimento, senza la necessità dell'intervento degli Stati di nazionalità dei privati. Tale depoliticizzazione, benché originata del diffuso timore degli Stati di subire un'interferenza nella sfera della loro sovranità che avrebbe impedito l'adesione alla Convenzione, ha costituito una delle premesse della sua buona riuscita,

[8] Con tale termine si intendono piccoli *report* scritti realizzati da società, gruppi di industrie, organizzazioni non governative o altri soggetti privati, attinenti a questioni oggetto della controversia;

[9] *US-Shrimps*, Appellate Body Report, para. 104-106;

rendendo il Centro così creato attrattivo per la risoluzione delle controversie tra Stati e privati relative agli investimenti.[10]

In base all'Articolo 25 della Convenzione ICSID, che disciplina la giurisdizione del Centro, le parti che possono chiedere la creazione di un Tribunale per la risoluzione di controversie di natura giuridica, sorte direttamente da un investimento, sono gli Stati Contraenti ed i privati di nazionalità di un altro Stato Contraente, che abbiano prestato il proprio consenso per iscritto alla sottoposizione della controversia al Centro. Il requisito preliminare per l'instaurazione di un procedimento secondo le norme ICSID, pertanto, è l'adesione alla Convenzione sia ad opera dello Stato che è direttamente parte della controversia, sia di quello di nazionalità dell'investitore.

A tale proposito si rende necessaria una precisazione: la Convenzione ICSID opera secondo due diversi meccanismi. Oltre a quanto appena menzionato, la Convenzione attribuisce la possibilità di adire il Centro anche qualora uno solo dei due Stati coinvolti nella controversia abbia ratificato la stessa, purché siano rispettati sia il requisito relativo alla natura giuridica, sia quello attinente all'insorgere direttamente da un investimento. Questa seconda possibilità, ammessa dalle *Additional Facility Rules*, comporta, tuttavia, l'inapplicabilità al procedimento arbitrale delle norme previste dalla Convenzione, comprese anche quelle riguardanti l'esecuzione del lodo arbitrale che ne costituisce l'esito, con applicazione delle regole disciplinate dallo stesso accordo che prevede tale opportunità.[11] In tal modo si viene a duplicare il sistema: da un lato il meccanismo previsto dalla Convenzione, applicabile a tutti gli Stati aderenti e agli investitori di loro nazionalità, dall'altro un altro meccanismo a cui possono ricorrere altre parti, secondo i requisiti previsti dalle *Additional Facility Rules*. Nel secondo caso, l'ICSID opera come una delle tante istituzioni arbitrali che forniscono una struttura ed una regolamentazione per la risoluzione delle controversie, perdendo cosi tutti i vantaggi che caratterizzano il sistema e ne rendono il suo ricorso conveniente per le parti tra le quali è insorta una controversia.

Il consenso delle parti, pietra angolare dell'istituto dell'arbitrato, è espressamente richiamato dalla Convenzione ICSID come prerequisito per il deferimento della controversia al Centro. L'integrazione del requisito in analisi non è soddisfatta con la mera ratifica della Convenzione,

---

[10] Sulla depoliticizzazione della Convenzione ICSID: SHIHATA Ibrahim, "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 1, 1986;

[11] Additional Facility Rules, Artt. 2 e 3;

bensì quest'ultima costituisce condizione preliminare alla prestazione del consenso. La sua mancanza, infatti, rende inapplicabile la Convenzione stessa secondo il meccanismo ordinario, con conseguente possibilità di adire il Centro sulla base delle *Additional Facility Rules* secondo quanto appena esposto.

Riprendendo quanto affermato da Schreuer, il consenso può essere prestato secondo tre modalità: con un accordo tra lo Stato ospitante e l'investitore, mediante una previsione nella legislazione nazionale dello Stato ospitante riguardante gli investimenti, tramite una clausola di un trattato che è stata accettata dall'investitore.[12] Nel primo caso, se nell'accordo è presente una specifica dichiarazione contenente una clausola ICSID con la quale le parti hanno voluto qualificare la transazione come investimento, è precluso alle parti mettere successivamente in discussione la giurisdizione del Tribunale ICSID in riferimento alla qualificazione dell'operazione come investimento. Nel secondo caso, il trattato bilaterale concluso con lo Stato di nazionalità dell'investitore contiene una clausola scritta in termini generali che attribuisce la giurisdizione all'ICSID e costituisce un'offerta per l'investitore la cui accettazione integra il consenso necessario. Infine, vi sono i codici nazionali relativi agli investimenti che possono prevedere descrizioni o definizioni delle operazioni che ricadono nel loro ambito di applicazione.

La peculiarità che caratterizza ulteriormente il sistema in analisi è costituita dalla irrevocabilità del consenso una volta prestato.[13] Questo vincolo, che costituisce espressione della norma *pacta sunt servanda*, impedisce alle parti di retrocedere unilateralmente dall'impegno assunto di sottoporre la controversia alla giurisdizione dell'ICSID.

L'ulteriore requisito richiede che parte della controversia sia un investitore di nazionalità di uno Stato Contraente. È lo stesso Articolo 25 che, al paragrafo 2, chiarisce il significato di *"Nationals of another Contracting State"*, distinguendo tra persona fisica e persona giuridica. Trattandosi di persona fisica, in relazione alla sua nazionalità, non vi è la giurisdizione del Centro se l'individuo, dotato di plurima cittadinanza, è anche cittadino dello Stato parte della controversia. Al contrario, se parte della controversia è una persona giuridica che, tra le altre, ha anche la stessa nazionalità dello Stato che costituisce parte della controversia, ma sia sotto il controllo straniero, le parti possono consentire a che sia trattata come di nazionalità di un altro Stato Contraente e,

---

[12] SCHREUER Christoph H., "The ICSID Convention: a Commentary", Second Edition, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 191 ss.;

[13] Convenzione ICSID, Art. 25(1);

quindi, sottoporre la controversia ad un Tribunale ICSID.[14] Tale evenienza è la conseguenza dei diversi criteri che vengono utilizzati dalle legislazioni nazionali per identificare la nazionalità di una persona giuridica, nella mancanza di un criterio uniforme adottato dalla Convenzione.

La controversia che può essere sottoposta ad arbitrato ICSID deve coinvolgere come parte uno Stato Contraente, con tale riferendosi a Stati che abbiano depositato gli strumenti relativi alla ratifica, accettazione o approvazione e, in seguito a tale deposito, sia trascorso un termine di 30 giorni, in conformità alla disposizione dell'Articolo 68 della Convezione stessa.[15] Tale requisito deve sussistere con riferimento al momento in cui la richiesta di creazione di un Tribunale ICSID viene presentata al Centro e, inoltre, non può essere sottoposto a rinuncia o esenzioni.

L'Articolo 25 contiene un'ulteriore previsione che consente l'instaurazione di un procedimento ICSID quando parte della controversia non sia direttamente lo Stato, ma *"any costituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Center by that State"*. Questa previsione costituisce risposta alla frequenza con cui gli accordi relativi agli investimenti non vengono conclusi direttamente dal governo, ma da queste ultime persone giuridiche. In questo caso devono essere adempiute le particolari formalità previste dal comma terzo dello stesso Articolo relative alle modalità con cui il consenso deve essere prestato. Con *"costituent subdivision"* si intendono entità territoriali sottostanti allo Stato, mentre con il termine *"agency"* ci si riferisce ad una entità che svolge funzione pubblica per conto dello Stato Contraente o di una sua *"costituent subdivision"*.[16]

I Tribunali ICSID hanno chiarito come sia necessario distinguere tra la responsabilità dello Stato per la condotta di questi enti, regolata dai principi codificati negli Articoli sulla Responsabilità degli Stati ad opera della Commissione di Diritto Internazionale, e la possibilità che essi siano parti di procedimenti.[17] Il fatto che uno Stato abbia designato un ente, secondo quanto previsto dall'Articolo 25, ai fini dell'instaurazione di procedimenti davanti ai Tribunali ICSID, non incide sulle questioni riguardanti la responsabilità dello Stato stesso.[18]

---

[14] Convenzione ICSID, Art. 25(2)(a) e (b);

[15] Una lista regolarmente aggiornata con l'indicazione di tutti gli Stati Contraenti si trova nel sito internet del Centro: icsid.worldbank.org;

[16] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 153;

[17] *Compañìa de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (Vivendi I)*, ICSID case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para. 96;

[18] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 154;

1.1.3 – Considerazioni.

Alla luce delle norme analizzate, emerge come i due meccanismi di risoluzione delle controversie prevedano il loro accesso ad attori diversi. Un esame limitato alla considerazione delle sole norme del sistema disciplinato dal DSU e dell'arbitrato ICSID attinenti al diritto di azione, porta apparentemente alla conclusione dell'impossibilità del verificarsi di interrelazioni tra i due meccanismi. Tuttavia, una valutazione più approfondita conduce all'emergere del ruolo che i soggetti privati possono svolgere nella sottoposizione delle controversie secondo le norme OMC.

Appare allora, a questa prima analisi, la possibilità che i medesimi privati, in una sede, costituiscano l'impulso per l'esercizio dell'azione dei propri Stati e la giuda celata nella conduzione della controversia, e, nell'altra, si avvalgano direttamente della possibilità di ricorrere all'arbitrato ICSID nei confronti dello Stato presunto violatore al fine di ottenere una tutela in via diretta.

1.2 LA GIURISDIZIONE *RATIONE MATERIAE*.

L'individuazione dell'ambito in cui ciascuno dei due diversi meccanismi di risoluzione delle controversie esercita la propria giurisdizione costituisce elemento imprescindibile dell'analisi che si sta svolgendo, al fine di comprendere quali siano i gradi di interazione e di autonomia sussistenti nei rapporti tra il sistema disciplinato in seno all'OMC dal DSU e quello regolato dalla Convenzione ICSID.

Già dalla lettura dei preamboli rispettivamente dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e della Convenzione ICSID emerge l'affinità dei settori in cui i due sistemi si prefiggono di operare. Il primo, infatti, manifesta la volontà dell'Accordo di disciplinare le relazioni tra gli Stati nell'ambito del commercio e delle operazioni economiche al fine di innalzare gli standard di vita, assicurare la piena occupazione e l'innalzamento del volume del reddito reale e della domanda effettiva, nonché di espandere la produzione e il commercio di beni e servizi.[19] Anche il Preambolo alla Convenzione ICSID pone come premessa la necessità

[19] Agreement Establishing the World Trade Organization, Preambolo;

di una cooperazione internazionale per lo sviluppo economico, con attenzione al ruolo che svolgono nella stessa gli investimenti internazionali privati.[20]

Entrambi i sistemi ambiscono alla promozione dello sviluppo economico, ma mentre l'OMC si preoccupa del commercio in generale, la Convenzione ICSID considera tale obiettivo come ampiamente dipendente dagli investimenti internazionali privati, mirando pertanto a creare un clima favorevole alla loro circolazione. La giurisdizione dei rispettivi organi di risoluzione delle controversie riflette necessariamente questa ripartizione, tuttavia ci si interroga sulla possibilità che gli ambiti menzionati non costituiscano settori totalmente indipendenti e le misure, che di volta in volta rappresentano l'oggetto della contesa, non siano riconducibili indiscutibilmente all'uno piuttosto che all'altro sistema.

1.2.1 – La giurisdizione nel sistema di risoluzione delle controversie OMC.

La giurisdizione del *Dispute Settlement Body*, ai sensi dell'Articolo 23.1 del DSU, è esclusiva. Tale disposizione prevede l'obbligo per i Membri di ricorrere e attenersi alle regole e procedure sancite nel DSU in caso di violazione di obblighi o altre nullificazioni o indebolimenti di benefici stabiliti dagli accordi, ad esclusione di qualsiasi altro sistema.

Tale giurisdizione si estende, *ratione materiae* alle controversie tra i Membri che sorgono dai *"covered agreements"*. Alla luce di quanto prescritto nell'Articolo 1 del DSU, considerata la lista degli accordi contenuta nell'Appendice 1 a cui la previsione rimanda, appare a prima vista evidente l'ampia estensione dell'ambito di giurisdizione.

Ciò che rileva ai fini della sussistenza della giurisdizione del DSB non è tanto la forma della misura che viene di volta in volta in discussione, quanto piuttosto il suo contenuto sostanziale.[21] È necessario effettuare, pertanto, una precisazione: il DSU detta norme generali attinenti alla procedura, ma per determinare l'ammissibilità di una controversia il riferimento deve essere effettuato agli accordi elencati nell'Appendice 1 dell'Intesa.[22] L'Articolo 1 del DSU, infatti, crea

---

[20] Convenzione ICSID, Preambolo;

[21] *US – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (US – Zeroing)*, WT/DS294/AB/R, Report of the Appellate Body, 18 April 2006, para 192;

[22] DSU, Art. 1.1;

un sistema di risoluzione delle controversie integrato, applicabile a tutti gli accordi indicati. L'Appendice 1 del DSU copre tutto l'ordinamento dell'Organizzazione, ad esclusione del solo Trade Policy Review Mechanism (TPRM). Specificamente, sono compresi l'Accordo che crea l'OMC, nonché i suoi Allegati 1, 2 e 4, ossia gli Accordi Multilaterali relativi al commercio riguardanti il settore dei beni (GATT), dei servizi (GATS), della proprietà intellettuale (TRIPS), nonché gli Accordi Plurilaterali attinenti al trasposto aereo civile, agli appalti pubblici, ed altri accordi che disciplinano settori più specifici. Il DSU è applicabile in modo uniforme alle vertenze sorte da questi accordi, con alcune limitazioni costituite dalla presenza di regole e procedure speciali e addizionali per la risoluzione di controversie contenute in alcuni degli stessi in ragione della specificità della materia trattata.

L'ambito di giurisdizione del DSB, pertanto, è definibile anche alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, come emerge dal Preambolo all'accordo istitutivo poco sopra menzionato. Tale Organizzazione viene creata dalle parti contraenti al fine di disciplinare le relazioni nell'ambito del commercio e i rapporti economici, considerati nella loro complessità, comprendendo quanti più settori si renda opportuno, avuto riguardo alle esigenze del mercato globale.

L'Articolo 3 del DSU fissa gli obiettivi, le funzioni e i principi generali del sistema integrato di risoluzione delle controversie OMC, sancendo la continuità con il precedente meccanismo previsto dagli articoli XXII e XXIII GATT 1947. Particolare attenzione viene posta, ai sensi del secondo comma dell'Articolo menzionato, all'esigenza di garantire la sicurezza e la prevedibilità del sistema multilaterale di commercio. Tale necessità viene percepita non soltanto nell'interesse dei Membri e al fine di tutelare le relazioni esistenti tra gli stessi, ma in modo particolare a beneficio dell'intero mercato globale e dei soggetti operanti al suo interno. Infatti, benché il sistema del commercio multilaterale sia sviluppato mediante istituzioni e accordi intergovernativi, non può astrarre dalla concretezza del mondo degli scambi commerciali, bensì è costruito considerando, anche se in via indiretta, le esigenze e le aspettative degli operatori commerciali.[23]

[23] SEBASTIAN Thomas, SINCLAIR Anthony, "Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons", in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), "WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration", Wolters Kluwer Law & Business, The Netherland, 2013, p. 273, a p. 286;

In secondo luogo, lo stesso comma menzionato dell'Articolo 3 riconosce al sistema di risoluzione delle controversie OMC un duplice ruolo: quello di preservare i diritti e gli obblighi dei Membri come previsti dagli accordi elencati, nonché un ruolo interpretativo in relazione alle disposizioni in essi contenute.

L'Articolo XXIII GATT 1994 costituisce una delle basi giuridiche che stabiliscono la giurisdizione del DSB. Analoghe previsioni, elaborate anche sul modello della norma appena citata, sono contenute negli altri accordi elencati nell'Appendice 1 del DSU. L'Articolo XIII.1 indica le circostanze che autorizzano un Membro OMC a ricorrere al meccanismo di risoluzione delle controversie. Il presupposto è costituito dalla considerazione operata dal Membro OMC che un beneficio a lui derivato direttamente o indirettamente sulla base del GATT sia annullato o compromesso o che il raggiungimento di qualsiasi obiettivo dell'accordo sia ostacolato. Tale effetto deve essere il risultato di tre possibili cause che determinano altrettanti diversi tipi di reclami proponibili dal Membro OMC.

Il primo di questi reclami è chiamato *"violation complaint"*: l'annullamento o la compromissione di benefici in capo al Membro OMC, in tal caso, deriva dal mancato adempimento delle proprie obbligazioni ad opera di un altro Membro. Il secondo tipo di reclami è indicato come *"non-violation complaint"* ed è il caso in cui l'effetto indicato sia causato dall'applicazione ad opera di un altro Membro di una misura che potrebbe non essere confliggente con le previsioni dell'Accordo. L'ultima categoria è quella dei *"situation complaint"*, di carattere residuale, comprendente tutte le situazioni in cui l'effetto di annullamento o compromissione dei benefici o impedimento al raggiungimento di obiettivi sia determinato da altre situazioni. In tal caso, ai sensi dell'Articolo 26.2 DSU, in capo al Membro OMC che agisce sussiste l'obbligo di presentare una giustificazione dettagliata a sostegno della propria doglianza.

Dalla menzionata tripartizione emerge come l'ambito delle controversie sottoponibili al DSB secondo il sistema OMC sia più ampio rispetto ad altri sistemi di risoluzione delle controversie previsti in ambito internazionale, la cui competenza è limitata all'accertamento della violazione di accordi indicati. Al contrario, il DSB è compente a giudicare anche situazioni in cui una tale violazione non sia lamentata, ma sia presente una misura o una condotta posta in essere da un Membro che determini la produzione di un risultato contrastante con le previsioni del sistema stesso, contenute nei diversi accordi che vengono in rilievo. L'esistenza di una controversia che può essere portata all'attenzione del DSB, dunque, è non tanto e non solo determinata dalla

lamentata violazione di accordi, quanto piuttosto dalla presenza di un risultato che ostacola e intacca il mantenimento degli equilibri nei rapporti commerciali tra i Membri, come disciplinati negli accordi che regolano ciascun settore.

Da quanto appena affermato emerge la scarsa importanza della qualificazione della misura o della condotta che produce l'effetto indicato, ciò che rileva è, al contrario, l'accertamento del risultato che la stessa ha generato, ossia l'annullamento o la compromissione dei benefici derivanti al Membro OMC che agisce oppure l'impedimento nella realizzazione degli obiettivi prefissati.

Ad ogni buon conto, il possibile oggetto di una controversia può essere ricondotto ad alcune categorie. Innanzitutto, possono essere portate all'attenzione del DSB sia azioni che omissioni; queste ultime sono riferite a situazioni derivanti da previsioni contenute in un accordo in base alle quali, l'attribuzione di un beneficio, deriva dal compimento di un obbligazione positiva in capo ad un Membro OMC. La sua omissione può determinare il prodursi dell'effetto previsto dall'Articolo XXIII GATT. Lo stesso DSU, nello stabilire quale possa essere l'oggetto di una controversia, si riferisce genericamente al termine *"measures"*, con ciò non richiedendo la necessaria presenza di una azione, potendo ugualmente essere integrata dal mancato adempimento di un obbligo.[24]

In secondo luogo, oggetto di una controversia possono essere solo misure statali. Quanto ad azioni o condotte di privati, la possibilità che siano giudicate dal DSU è direttamente correlata all'esistenza di un sufficiente coinvolgimento dello Stato nelle stesse.[25] In terzo luogo, il sistema di risoluzione delle controversie OMC può essere invocato anche in relazione a misure adottate da autorità regionali o locali o presenti all'interno del territorio di un Membro, in conformità a quanto prescritto dall'Articolo 22.9 DSU.[26]

Inoltre, possono costituire oggetto di una controversia anche norme legislative, sia qualificate come tali, che con riferimento ad atti che prescrivono regole dirette ad avere applicazione

---

[24] *Guatemala – Anti-Dumping investigation Regarding Portland Cement from Mexico (Guatemala – Cement I)*, WT/DS60/AB/R, Report of the Appellate Body, 25 November 1998;

[25] *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (Japan – Film)*, WT/DS44/R, Report of the Panel, 22 April 1998, para 10.56;

[26] Le due categorie menzionate non costituiscono altro che l'applicazione di norme di diritto internazionale relative alla responsabilità dello Stato, come elaborate dalla Commissione di Diritto Internazionale nel Progetto di Articoli del 2001 (Artt. 4 – 11);

generale. In capo ai Membri dell'OMC, infatti, vi è l'obbligo di assicurare la conformità delle proprie leggi, regolamenti e procedure amministrative agli obblighi previsti dagli Accordi OMC.[27] A tale proposito, tuttavia, si rende necessario un chiarimento: solo una legge o un atto che ordina direttamente la violazione di un obbligo OMC può costituire l'oggetto di una controversia. Al contrario, un atto legislativo che attribuisce un potere discrezionale non può produrre di per se il risultato previsto dall'Articolo XXIII GATT; bensì solo la condotta applicativa, che costituisce esercizio del potere discrezionale attribuito, utilizzato in modo contrastante con gli accordi OMC, può formare l'oggetto di una controversia.[28] Quanto, infine, a norme legislative adottate ma non ancora entrate in vigore all'interno di uno Stato Membro, si ritiene che anch'esse possano essere sottoposte alla cognizione del DSB se la loro futura entrata in vigore è automatica, non necessitando di ulteriori adempimenti.[29] In tal caso, infatti, la norma adottata è in grado di influenzare gli operatori del commercio internazionale, le cui azioni sono generalmente pianificate per tempo, avendo rilevanza nel funzionamento del sistema multilaterale del commercio anche le esigenze di sicurezza e prevedibilità. Allo stesso modo, anche una misura legislativa non più in vigore può costituire l'oggetto di una controversia OMC in quanto gli effetti dalla medesima prodotti continuino ad influire su operazioni riconducibili ad uno degli accordi.[30]

Dalla breve analisi effettuata, si evince l'ampiezza della giurisdizione attribuita secondo il DSU al sistema di risoluzione delle controversie OMC. Le caratteristiche indicate fanno emergere la difficoltà di determinare a priori l'escludibilità di una misura dall'ambito di cognizione del meccanismo ivi disciplinato, nei limiti in cui la stessa rientri in una delle ampie categorie illustrate. Come è già stato sottolineato, ciò che viene in considerazione è il risultato che le stesse sono in grado in produrre. La conseguenza che appare emergere è che l'affermazione della giurisdizione finisce per coincidere con l'accertamento del risultato prodotto dalla misura

---

[27] Accordo OMC, Art. XVI.4;

[28] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 172 e ss.; la questione relativa alla distinzione tra norma obbligatoria e norma discrezionale è menzionata anche in WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, HESTERMEYER Holger P., "WTO – Trade in Goods", Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 606-607;

[29] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 172; sulla questione e, in generale, sulle misure che possono costituire oggetto di una controversia OMC di rilievo è anche la pronuncia United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosionresistant Carbon Steel Flat Products From Japan (US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review), WT/DS244/AB/R, Report of the Appellate Body, 15 December 2003, para.81-82;

[30] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 163-171;

invocata e, pertanto, con la sussistenza dell'annullamento o della compromissione dei benefici derivanti al Membro OMC che agisce oppure dell'impedimento nella realizzazione degli obiettivi predisposti. Ecco, pertanto, che tale ampiezza si traduce nella possibilità che la misura oggetto della controversia OMC costituisca anche l'oggetto di un arbitrato in conformità alle diposizioni della Convenzione ICSID.

1.2.2 – La giurisdizione ICSID.

L'Articolo 25 della Convenzione ICSID, già menzionato nel paragrafo precedente, detta i parametri generali per l'esercizio della giurisdizione da parte del Centro. Il primo requisito prescritto dalla disposizione attiene alla natura giuridica della controversia. Mediante tale indicazione, vengono ad essere escluse dall'ambito di giurisdizione del Centro controversie di natura strettamente politica, confermando e sottolineando in tal modo la volontà non solo di eliminare possibili interferenze che minino la neutralità del foro creato, ma di astrarre la controversia da possibili ingerenze di interessi ulteriori rispetto a quelli attinenti all'investimento che ne costituisce l'oggetto.

L'identificazione della natura giuridica della controversia è stata ricondotta dai Tribunali ICSID al modo con cui viene presentata ad opera dell'attore. Pertanto, una controversia viene ad essere qualificata come giuridica se i diritti invocati sono di natura legale, trovando il proprio fondamento su contratti, trattati o legislazioni nazionali; se è fondata su argomenti di carattere giuridico; se sono invocati rimedi di natura giuridica, quali rimedi restitutori o risarcimento di danni subiti.[31] Tale onere è posto in capo all'attore, come specificato ai sensi della *Institution Rule* 2(1)(e). Resta in ogni caso indiscusso che è la natura della controversia e non il risultato ultimo ambito o ottenuto a determinare la sua giuridicità.

Di particolare rilievo, inoltre, è la possibilità attribuita agli Stati dalla Convenzione in analisi di escludere categorie di controversie dall'ambito del loro consenso all'arbitrato ICSID, mediante apposita notificazione al Centro, contestualmente all'adesione oppure in qualsiasi momento successivo.[32]

---

[31] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 99;

[32] Convenzione ICSID, Art. 25.4;

L'Articolo 25 della Convenzione prescrive la presenza di un rapporto diretto tra la controversia e l'investimento, richiedendo specificamente che la prima sorga direttamente dal secondo. Il requisito indicato, avente natura oggettiva e indipendente dal consenso delle parti, non è riferito all'investimento, ma alla controversia, con ciò intendendosi che, affinché sussista la giurisdizione del Centro, non è tanto necessario che l'investimento sia qualificabile come diretto, quanto che la controversia sorga direttamente da quest'ultimo.

Poiché un investimento può implicare varie transazioni ausiliari e secondarie, ne deriva la necessità di identificare se controversie emergenti da queste rientrino nella giurisdizione ICSID sulla base del requisito indicato. La considerazione che queste ultime siano realizzate con un documento separato o da entità diverse non è idonea ad intaccare il requisito in analisi. La soluzione a tale questione, pertanto, è casistica e dipende dalla tipologia di investimento effettuata, non essendo possibile dettare a priori un criterio risolutivo univoco. A tale fine, tuttavia, può rivelarsi utile richiamare la distinzione, effettuata dal Tribunale ICSID nel caso *Amco v. Indonesia*, tra diritti e obbligazioni di applicazione generale e quelli applicabili ad un investitore come conseguenza della instaurata relazione di investimento.[33] Secondo quanto affermato nella menzionata pronuncia, i secondi sarebbero riconducibili all'ambito di giurisdizione così come previsto dall'Articolo 25 della Convenzione. Questo tipo di ragionamento, assieme al peculiare concetto di investimento che si vedrà a breve, porta a far rientrare nella cognizione dei Tribunali ICSID ambiti molto vari.

Necessariamente, sono escluse dalla giurisdizione ICSID questioni attinenti a politiche economiche generali non direttamente correlate all'investimento, a meno che le prime siano state adottate in violazione di impegni specificamente assunti nei confronti dell'investitore, non essendo necessario che oggetto della controversia sia una misura specifica.[34] Misure di natura generale adottate dallo Stato ospitante possono produrre effetti concreti direttamente nei confronti di un investimento, costituendo violazioni di obbligazioni che lo Stato ha assunto con il contratto o il trattato relativo e, pertanto, possibile oggetto di una controversia rientrante nella giurisdizione ICSID. Da quanto appena affermato emerge un fondamentale punto di interazione e intersezione del sistema ICSID con la competenza attribuita ai Panels OMC, in ragione della

---

[33] *Amco v. Republic of Indonesia (Amco v. Indonesia)*, ICSID case n. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988;

[34] *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID case n. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003;

possibilità che la medesima misura rientri anche nella giurisdizione disciplinata dal DSU costituendo l'oggetto di una controversia tra Stati in seno all'OMC.

Affinché la controversia rientri nella giurisdizione del Tribunale ICSID è necessario, come accennato, che sorga da un investimento. Nonostante la centralità della nozione di investimento, la mancanza di una definizione del termine all'interno della Convenzione costituisce frutto di una precisa scelta in esito ad un acceso dibattito durante la stesura della Convenzione che portò al prevalere dell'opinione di Broches, secondo il quale era preferibile lasciare alle parti la precisa delimitazione della giurisdizione del Centro favorendo un approccio basato sul consenso.[35]

Il Preambolo della Convenzione, nondimeno, consente di individuare l'ambito nel quale è possibile ricercare i confini del concetto di investimento. Invero, come introdotto all'inizio del presente paragrafo, gli investimenti internazionali vengono concepiti come aventi un ruolo rilevante nella cooperazione internazionale per lo sviluppo economico. A delimitare ulteriormente l'ambito, interviene anche la regola n. 2 delle *Institution Rules* che prescrive l'obbligo per la parte ricorrente all'ICSID, nella richiesta di arbitrato o di conciliazione, di fornire informazioni riguardanti le questioni discusse indicando la presenza di una controversia giuridica sorta direttamente da un investimento.

I riferimenti menzionati, nonché la prassi sviluppata dai Tribunali ICSID, conducono ad affermare l'oggettività del significato del termine investimento, pur permanendo all'interno dell'ambito così delineato, la libertà delle parti di determinare quali attività di investimento intendano sottoporre alla giurisdizione del Centro. Indipendentemente dalla qualificazione che le parti danno all'operazione, nel trattato o nel contratto di investimento o nella legislazione nazionale, è necessario, nondimeno, che sia rispettato quanto oggettivamente previsto dall'Articolo 25, affinché i Tribunali ICSID possano conoscere la controversia. Tuttavia, tali indicazioni sono sintomatiche dell'esistenza del consenso richiesto dall'Articolo 25, permettendo di evitare contestazioni relative all'esistenza della giurisdizione ICSID con riferimento a questo requisito.

Pertanto, non può ritenersi che la libertà concessa alle parti sia illimitata, vi sono infatti dei confini uniformemente condivisi: innanzitutto, fuori dubbio è che la Convenzione ICSID non

---

[35] Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, ICSID Convention, April 2006, para. 27, disponibile online al sito icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm;

copra le *"ordinary commercial transactions"*.[36] In secondo luogo, la giurisprudenza ICSID ha individuato dei criteri, raccolti sotto la denominazione *Salini Test*,[37] che, sebbene consentano di distinguere le ordinarie transazioni commerciali dagli investimenti, non impediscono un'interpretazione estensiva del termine con la conseguente riconduzione a tale categoria di operazioni economiche molto varie, che si estendono anche a contratti riguardanti il settore dei servizi, i trasferimenti di tecnologie e la proprietà intellettuale.[38]

I cinque criteri riconducibili al *Salini Test* consistono nella necessaria durata dell'operazione, nella regolarità dei profitti e dei guadagni, nell'assunzione di un rischio, nell'impegno significativo e nel valore dell'operazione per lo sviluppo dello Stato ospitante. Tuttavia, scarsa attenzione viene attribuita al secondo requisito indicato, la cui presenza o assenza non viene considerata determinante per la qualificabilità dell'operazione quale investimento.[39] Sintomatica dell'assunzione di un rischio viene considerata anche la stessa esistenza di una controversia. Quanto al contributo per lo sviluppo dello Stato ospitante, la sua definizione non è certa, ma flessibile e oggetto di analisi ad opera dei Tribunali con riferimento al caso concreto. È stato escluso, in particolare, il collegamento di questo criterio con benefici di carattere strettamente politico o culturale, a meno che non presentino un impatto significativo sullo sviluppo economico dello Stato.[40]

Alla luce di quanto affermato, sono stati qualificati come investimenti, a titolo di esempio, non solo la partecipazione a società o l'acquisto di quote azionarie, ma anche le stesse società incorporate nello Stato ospitante, la fornitura di servizi, progetti relativi alla costruzione di infrastrutture, progetti attinenti all'agricoltura o all'estrazione di minerali.

---

[36] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 118;

[37] *Salini Costruttori Spa e Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco (Salini v. Morocco)*, ICSID case n. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001; secondo quanto elaborato sulla base di questa pronuncia, si è in presenza di un investimento se l'operazione ha un determinata durata, un regolamentazione dei profitti e dei guadagni, comporta l'assunzione del rischio, un impegno significativo e abbia un valore per lo sviluppo dello Stato ospitante;

[38] Per citarne alcuni: *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic (Phoenix v. Czech Republic)*, ICSID case n. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, in cui il Tribunale ha affermato che se il solo scopo di una transazione economica è di intraprendere un'azione davanti ai tribunali ICSID, senza alcuna intenzione di svolgere un'attività economica nello Stato ospitante, allora non si è in presenza di un investimento; *Malaysian Historical Salvors SDH, BHD v. The Government of Malaysia (Malaysian Historical Salvors v. Malaysia)*, ICSID case n. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, in cui si è affermato che un contratto di salvataggio marittimo concluso con il governo, non contribuisce allo sviluppo economico dello Stato e quindi non può essere considerato un investimento;

[39] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 129;

[40] *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, Award, para 132;

Se l'operazione realizzata tra le parti non è qualificabile come investimento sulla base della Convenzione ICSID in relazione ai criteri indicati e, tuttavia, presenta caratteristiche che la distinguono da un'ordinaria transazione commerciale, la controversia che ne deriva può essere risolta mediante il ricorso alle norme previste dalle *Additional Facility Rules*.[41]

1.2.3 – Considerazioni.

Dalla breve analisi effettuata è evidente, pertanto, il collegamento, menzionato nel Preambolo e sviluppato nell'intero sistema, tra gli investimenti internazionali come concepiti dalla Convenzione ICSID e il contributo all'economia degli Stati. È proprio sulla base di questo legame economico e della delimitata libertà lasciata nella qualificazione di un'operazione come investimento che emerge una possibile via di intersezione e interazione del sistema da ultimo analizzato con il meccanismo di risoluzione delle controversie OMC.

Sebbene il sistema OMC non preveda una disciplina degli investimenti in generale, l'ampia competenza del *Dispute Settlement Body*, correlata alla notevole quantità di accordi che disciplinano i vari settori del commercio tra gli Stati, fa emergere chiaramente la facilità con cui un investimento rientrante nella giurisdizione ICSID sia riconducibile ad uno dei settori regolamentati dagli Accordi OMC. L'assenza di una definizione di investimento, nonché l'ampiezza dei settori che ricevono disciplina nel sistema multilaterale del commercio determina la possibilità di configurare una convergenza tra gli ambiti di giurisdizione dei due diversi meccanismi di risoluzione delle controversie. L'intersezione tra i due sistemi, in secondo luogo, è ben percettibile anche considerando la stessa genericità delle misure che possono rispettivamente costituire violazioni di impegni assunti nei confronti di investitori, nonché produrre l'annullamento, la compromissione o ostacolare il raggiungimento degli obiettivi sanciti negli accordi OMC. Tale considerazione, assieme alle precedenti, rende evidente la concreta possibilità che una controversia avente il medesimo oggetto sia sottoposta parallelamente ai due diversi meccanismi di risoluzione predisposti dai rispettivi sistemi.

---

[41] Additional Facility Rules, Art. 2(b) e Art. 4(3); l'*Administrative Council* nel tentativo di fornire una descrizione del concetto di transazione economica diversa da un'ordinaria transazione commerciale, ha individuato come elementi: (a) la possibilità che sia considerata dalle parti come investimento ai fini della Convenzione, (b) instauri un rapporto a lungo termine o l'impegno di risorse sostanziali in capo a ciascuna delle parti, (c) sia di particolare importanza per l'economia dello Stato parte; esempi di queste operazioni possono essere gli accordi di cooperazione industriale o contratti per rilevanti opere civili;

Come verrà analizzato nel paragrafo seguente, appare possibile valutare una ricostruzione dei rapporti tra i due sistemi non in termini di litispendenza, bensì come complementari, considerando l'assenza dei requisiti indispensabili per affermare l'identità tra le due controversie. Ne conseguirebbe la non totale sovrapponibilità dei due sistemi, sebbene permarrebbe tra loro una stretta correlazione.

1.3 LITISPENDENZA O COMPLEMENTARIETA'?

L'Accordo relativo alla risoluzione delle controversie in sede OMC, prevede all'Articolo 23 che gli Stati Membri in caso di violazione di obblighi o annullamento o indebolimento di benefici previsti dagli accordi *"shall have recourse to, and abide by, the rules of procedures of this Understanding"*. L'utilizzo del verbo *"shall"* e la terminologia presente nel secondo comma del medesimo articolo, portano alcuni ad indentificare la giurisdizione del DSB come esclusiva, tale da impedire il rinvio dei casi sorti nel sistema dell'OMC ad altri fori diversi.[42] Tuttavia, gli stessi autori riconoscono che tale affermazione debba essere oggetto di alcune precisazioni. Innanzitutto, il DSU all'Articolo 25 permette alle parti di accordarsi per devolvere la soluzione della controversia ad arbitrato, ma sempre sottoposto al controllo del DSB. In secondo luogo, lo stesso Articolo 23 al secondo comma esclude solo *"determinations"* ad opera di procedure diverse per violazioni del GATT, non impedendo il riferimento ad altri tipi di controversie, quali quelle di carattere interpretativo. Infine, la disposizione non esclude il ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie qualora le determinazioni siano formalmente adottate nel contesto di un sistema diverso, purché nella consapevolezza che non potranno produrre effetto di *res judicata* nel sistema OMC. Ne consegue che la natura esclusiva della giurisdizione del DSB non può essere considerata assoluta e in modo isolato rispetto agli altri sistemi presenti nel contesto internazionale.

Diversamente, l'Articolo 26 della Convenzione ICSID contiene una clausola che è stata definita di *"giurisdizione esclusiva flessibile"* argomentando, in particolare, con riferimento all'espressione in essa contenuta *"unless otherwise stated"*.[43] Tale clausola conterrebbe una

---

[42] SHANY Yuval, "The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals", Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 183;

[43] SHANY, "The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals", p. 192;

presunzione di devoluzione della controversia all'arbitrato ICSID, richiedendo la manifestazione espressa di una diversa volontà affinché la giurisdizione sia devoluta ad altro Tribunale.

La previsione di ulteriori rimedi deve essere intesa come attribuzione alle parti della possibilità di scegliere come risolvere la controversia, ma una volta che questa scelta è stata effettuata, le parti ne sono vincolate, secondo i principi di *ne bis in idem* e di *res judicata*.[44] Infatti una funzione dell'Articolo 26 è quella di evitare decisioni contraddittorie sulla medesima questione stabilendo una regola di priorità nel rapporto con altri sistemi di aggiudicazione: un Tribunale non ICSID dovrebbe declinare la propria giurisdizione se vi è una valida sottoposizione della questione ad un arbitrato ICSID, a meno che non vi sia una diversa volontà delle parti.

Le parti possono prevedere di risolvere la controversia facendo riferimento ad altri sistemi elaborati da istituzioni arbitrali oppure possono accordarsi nell'utilizzare rimedi previsti dall'ordinamento interno dello Stato. In quest'ultimo caso, i rimedi interni possono costituire un'alternativa all'arbitrato ICSID, un requisito preliminare all'instaurazione del procedimento secondo la Convenzione oppure essere previsti in sostituzione a quest'ultimo, a seconda della formulazione dell'accordo ad opera delle parti.

Tuttavia, la norma menzionata crea un vincolo limitato alle parti della controversia, non andando ad incidere sulla possibilità che una controversia attinente alla medesima questione venga sottoposta ad altri sistemi di risoluzione. Tale evenienza si verifica, ad esempio, nel caso in cui lo Stato di nazionalità dell'investitore parte della controversia ICSID, elevi la questione a livello internazionale presentandola all'OMC secondo quanto previsto dal DSU.

Alla luce della competenza analizzata di ciascun sistema e delle clausole di giurisdizione previste nei rispettivi accordi, sembrerebbe potersi affermare l'impossibilità che si verifichi una situazione di vera e propria litispendenza, intesa come contestuale pendenza di cause identiche di fronte ai due sistemi oggetto di indagine. È evidente, infatti, che la controversia instaurata rispettivamente in ciascuno di essi non possa essere considerata la medesima.

In primo luogo, mentre nel sistema ICSID viene giudicata la presenza di una violazione dei diritti attribuiti al singolo investitore privato dal contratto o dal trattato bilaterale invocato, nel sistema OMC viene richiesto l'accertamento della violazione di diritti e attribuzioni effettuate nel rapporto tra Stati. Ne consegue che gli accordi di cui è lamentata la violazione non possono

[44] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 360;

essere gli stessi: previsioni di singoli trattati facenti parte del sistema OMC, mentre BIT o contratti stipulati tra lo Stato ospitante e il singolo investitore nel meccanismo disciplinato dall'ICSID. Conseguentemente sarà anche diversa la *causa pentendi*.

Sono necessariamente diverse, altresì, le parti: di fronte al DSU possono stare due o più Stati, mentre nell'arbitrato ISCID uno Stato ed un investitore privato. Differisce anche la pronuncia a cui ciascuna parte ambisce: nel sistema OMC si mira ad ottenere il rispetto della norma o dell'accordo violato, mediante l'eliminazione della misura adottata o l'adempimento all'obbligo omesso, i Tribunali ICSID al contrario, nella maggior parte dei casi, condannano al pagamento di una somma di denaro quale ristoro del danno subito dall'investitore privato, se la violazione è accertata.

È evidente, pertanto, la difficoltà se non l'impossibilità che si verifichi una situazione di litispendenza in senso stretto. Diversamente, appare possibile che vengano sottoposte all'attenzione sia del DSB che di Tribunali ICSID controversie sorte da una medesima situazione di fatto. Si tratterebbe, pertanto, di procedimenti connessi tra loro e contestualmente pendenti.

Questa possibilità trova la sua giustificazione non solo sulla base dell'ampia definizione dei requisiti di giurisdizione richiesti da ciascun sistema, ma anche nella presenza di norme di carattere sostanziale aventi lo stesso o simile contenuto in entrambi. Ne costituiscono esempi le clausole relative al Trattamento Nazionale, quelle che prescrivono il divieto di discriminazione, disposizioni che stabiliscono il Trattamento della Nazione Maggiormente Favorita (MFN). Un misura adottata dal governo di uno Stato in violazione di una di queste clausole, può comportare il sorgere di controversie in entrambi i sistemi, con la conseguente moltiplicazione dei procedimenti che la coinvolgono per ottenere l'accertamento della sua violazione.

Le controversie tra Messico e Stati Uniti aventi ad oggetto misure adottate dal primo Stato relative alla tassazione dello zucchero e dello sciroppo di fruttosio sottoposte sia al meccanismo di risoluzione delle controversie OMC, sia ad arbitrati ICSID, ne costituiscono un esempio. Sono sorte tutte da una misura di tassazione adottata dal governo Messicano in violazione del divieto di discriminazione: nel sistema OMC è stata contestata, tra le altre, la contrarietà della misura all'Articolo VI GATT e alle previsioni dell'Accordo Anti-Dumping; nelle controversie di fronte ai Tribunali ICSID, la lamentata discriminazione si è tradotta nella contestazione

dell'espropriazione indiretta dell'investimento effettuato dall'investitore privato nel territorio dello Stato ospitante.[45]

Tenendo presente la precisazione appena illustrata, appare opportuno analizzare i tradizionali approcci ai casi di sovrapposizioni tra giurisdizioni al fine di verificare la loro applicabilità al rapporto tra i due sistemi in analisi.

Con il principio della *res judicata*, riconosciuto come principio di diritto internazionale generale, il riferimento viene effettuato agli effetti conclusivi e preclusivi di una decisione. L'applicabilità di tale principio è prospettabile solo nel caso in cui uno dei due procedimenti sia già stato concluso con una pronuncia del rispettivo organo competente, se sono rispettati determinati requisiti. Specificamente, sul piano internazionale, è richiesto che il procedimento dal quale ha avuto esito la decisione sia condotto dinanzi a corti o tribunali dell'ordinamento internazionale, riguardi la stessa richiesta, coinvolga le stesse parti e si fondi sugli stessi motivi. Tuttavia, il ricorso a questo principio ai fini della presente analisi appare discutibile considerando la stessa premessa di tale considerazione, vale a dire l'esistenza di un ordinamento internazionale a cui siano riconducibili come parte sia il sistema OMC che l'arbitrato ICSID.[46] In relazione a questo aspetto, infatti, è discussa anche la stessa possibilità di ritenere esistente un ordinamento con riferimento esclusivo all'arbitrato, anche in ambito ICSID.[47]

Inoltre, alla luce della premessa evidenziata, non possono considerarsi sussistenti gli ulteriori requisiti prescritti per l'applicazione della regola in analisi. Tuttavia, quanto alla vertenza delle controversie sui medesimi motivi, è stata elaborata la possibilità di considerare non la classificazione formale, bensì la sottostante natura sostanziale degli stessi. In tal modo

---

[45] *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Syrup)*, WT/DS132, Report of the Panel, 28 January 2000, Report of the Appellate Body, 22 October 2001; *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308, Report of the Panel, 7 October 2005, Report of the Appellate Body, 6 March 2006; *Corn Products International Inc. v. The United Mexican States (Corn Products v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United American States (ADM v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007;

[46] ALLEN Brooks E., SOAVE Tommaso, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", in in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, investment Arbitration and Commercial Arbitration", p. 45, a p. 65;

[47] GAILLARD Emmanuel, "Legal Theory of International Arbitration", Martinus Nijhoff Publishrs, Leiden-Boston, 2010;

verrebbero a perdere rilievo i richiami formali alle norme di riferimento violate in ciascun sistema, emergendo viceversa l'identità dell'obbligazione sostanziale sottostante.[48]

Quanto all'identità delle parti, gli stessi Tribunali ICSID hanno talvolta adottato un approccio di tipo economico,[49] tuttavia il ricorso a tale elaborazione difficilmente può condurre a considerare come parti uguali l'entità privata che agisce nel sistema ICSID e lo Stato Membro del meccanismo OMC con riferimento agli interessi economici in base ai quali rispettivamente agiscono.

Indipendentemente dall'applicabilità astratta del principio di *res judicata*, l'analisi della casistica elaborata nei due sistemi, dimostra una certa riluttanza ad applicare tale principio con riferimento a decisioni emesse dall'organo che si è preventivamente pronunciato. L'applicazione del principio in analisi, infatti, non è assodata neanche all'interno di uno stesso sistema, di tal che la sua applicazione ad opera dei Panels o dell'AB è stata oggetto di discussione, così come lo è anche nell'ICSID i cui Tribunali si sono rifiutati di attribuire l'effetto di cosa giudicata sia alle decisioni delle corti nazionali, sia a pronunce di altri tribunali arbitrali.[50]

Un'altra possibile dottrina che viene in considerazione nell'analizzare le interferenze tra i due sistemi è costituita dall'*issue estoppel*, principio sviluppato nelle giurisdizioni di *common law*, più stringente rispetto alla *res judicata*, che impedisce ad una parte di più procedimenti tra loro successivi di contraddire una questione di fatto o di diritto che è già stata sollevata e decisa in modo definitivo in procedimenti antecedenti tra le stesse parti.[51] Rispetto alla *res judicata*, l'*estoppel* trova applicazione anche qualora i motivi alla base dei due procedimenti siano diversi.

Sull'applicabilità di questo divieto, si è espressamente pronunciato in modo positivo il Tribunale ICSID nel caso *RSM v. Grenada*, limitatamente alla sua portata interna al sistema in relazione a precedenti pronunce ICSID, non con riferimento a decisioni di altre corti o tribunali diversi.[52] Al

---

[48] ILA, Interim Report on "Res Judicata" and Arbitration, Conferenza di Berlino, 2004, p. 20;

[49] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 176;

[50] WTO: *US-Shrimps,* Appellate Body Report, para 92-96; *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India (EC – Bed Linen)*, Recourse to Art. 21.5 DSU by India, WT/DS141/AB/RW, Report of the Appellate Body, 8 April 2003, para. 93; ICSID: *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt (Helnan v. Egypt)*, ICSID case n. ARB/05/19, Award, 3 July 2008, para. 131;

[51] ILA, Interim Report, p.7;

[52] *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada (RSM v. Grenada)*, ICSID case n. ARB/10/6, Award, 10 December 2010, para 7.1.1-7.1.7; SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1093;

contrario, non appare esservi alcuna pronuncia in merito da parte degli organi di risoluzione delle controversie OMC.[53]

L'incertezza sia della possibilità di qualificare l'*issue estoppel* come principio di diritto, sia della sua portata e del suo contenuto, nonché l'assenza del suo riconoscimento ad opera delle giurisdizioni di *civil law*, porta a ritenere difficilmente applicabile tale dottrina nei rapporti tra i procedimenti connessi pendenti secondo i meccanismi di risoluzione delle controversie previsti rispettivamente dall'OMC e dalla Convenzione ICSID.

L'applicabilità dei due approcci menzionati implica la necessità che il procedimento primariamente attivato si sia concluso con una pronuncia dell'organismo competente. Qualora tale presupposto non sia integrato, ma i due procedimenti siano contestualmente pendenti, al fine di disciplinare tale circostanza sono state elaborate altre regole. Le prime che vengono in considerazione sono le regole c.d. *electa una via* (*fork-in-the-road*) e *lis alibi pendens*.[54] Diversamente dal principio di *res judicata*, la regola *electa una via* impedisce la moltiplicazione dei procedimenti sin dal loro sorgere, sia qualora siano paralleli, sia nel caso siano successivi. Tuttavia, anche l'applicabilità di tale regola necessita del requisito dell'uguaglianza delle parti nei diversi procedimenti. Né la Convenzione ICSID, né il DSU contengono una clausola che consenta all'attore di scegliere l'uno o l'altro sistema, precludendo la via alternativa una volta effettuata la scelta.

La regola in analisi può essere applicata con riferimento al sistema interno dell'ICSID. Agli investitori privati, infatti, è garantito il diritto di scegliere la procedura, ma una volta effettuata tale scelta non è consentita l'instaurazione di un altro diverso procedimento.[55] In base alla disciplina dettata dalla Convenzione, qualsiasi altro foro di uno Stato Contraente in cui viene instaurata la medesima controversia, deve declinare la propria giurisdizione. La predisposizione di tale norma nasce con riferimento al rapporto tra gli arbitrati ICSID e i giudizi delle corti interne

---

[53] *India – Measures Affecting the Automotive Sector (India – Autos)*, WT/DS146, 175/R, Report of the Panel, 21 December 2001, para 7.115, footnote 364: il Panel si è pronunciato sull'effetto che può produrre la soluzione mutualmente accettata dalle parti sulla successiva controversia instaurata secondo il procedimento disciplinato dal DSU. Non essendovi meccanismi espressamente previsti da tale Intesa in relazione alla considerazione di queste soluzioni, il potere del Panel di considerarle deve essere ricavato in via implicita dalle previsioni del DSU o, in alternativa *"there may be an argument that a general principle such as estoppel may apply to WTO dispute settlement"*; tuttavia, non viene analizzata nel dettaglio la possibilità di applicare tale regola alle controversie pendenti di fronte ai Panels o all'AB;

[54] SHANY, "The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals", p. 195 ss.;

[55] Convenzione ICSID, Art. 26; Report of the Executive Directors to the Convention, para. 32;

di ciascuno Stato, mentre la possibilità che il procedimento previsto dalla Convenzione potesse competere con altri procedimenti giudiziali di tipo internazionale era a malapena stata presa in considerazione. È evidente, tuttavia, come tale disposizione sia stata predisposta per evitare decisioni contraddittorie e preservare il principio del *ne bis in idem*.[56]

Benché possa essere applicata in modo estensivo, oltre agli originari intenti dei redattori della Convenzione, anche ai procedimenti non di carattere interno agli ordinamenti statali, nondimeno, non appare potersi affermare la sua applicabilità nella disciplina dei rapporti con il sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'OMC, o più in generale a vertenze che hanno come parti esclusivamente Stati e non il medesimo soggetto privato coinvolto nell'arbitrato ICSID, data la non configurabilità di una violazione del principio del *ne bis in idem*. Ad ogni buon conto, non appare nemmeno potersi affermare che un obbligo sancito dalla Convenzione ICSID, ossia quello di sospensione del procedimento in pendenza dell'arbitrato ICSID, possa estendersi e creare vincoli nei confronti di altre corti od organismi giurisdizionali internazionali, quale in particolare il DSB.

Quanto appena affermato con riferimento alla regola *electa una via*, può essere inteso come applicabile anche al precetto *lis alibi pendens*. Quest'ultimo, sempre nella prospettiva di impedire la contestuale pendenza di procedimenti vertenti sulla medesima questione, preclude a ciascuna parte di un procedimento di cominciarne uno nuovo, vertente sulle stesse questioni, di fronte ad una corte o un tribunale diverso. Tale regola permette alla corte adita per seconda di rifiutare l'esercizio della propria giurisdizione qualora sia pendente un procedimento parallelo di fronte ad un'altra corte.

L'inapplicabilità anche di questa regola, come della precedente, appare evidente nella considerazione della diversità dei procedimenti pendenti di fronte a Tribunali ICSID e all'OMC. Sui requisiti per la sua applicazione si è pronunciato il Tribunale ICSID nel caso *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, affermando che può emergere una questione di *lis pendens* solo qualora vi sia identità di parti, oggetto e *causa petendi* in entrambi i procedimenti.[57]

Considerando il sistema OMC, regole di questo genere non vengono nemmeno prese in considerazione dal DSU con riferimento ai rapporti interni. In conformità all'obiettivo del

---

[56] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 381;

[57] *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (Benvenuti & Bonfant v. Congo)*, ICSID Case n. ARB/77/2, Unpublished Award, 15 August 1980;

meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato, la ricerca di soluzioni mutualmente accettate dalle parti impedisce la predisposizione di norme rigide che precludano tale possibilità in qualsiasi fase del procedimento ci si trovi. Non appare esservi alcun caso presentato all'OMC nel quale siano state affrontate questioni relative all'applicazione delle regole di *electa una via* e *lis pendens*, neanche con riferimento ai rapporti tra procedimenti paralleli pendenti sulla base del DSU e, in generale, arbitrati sugli investimenti.

Un altro approccio propone di risolvere la problematica della pendenza di procedimenti paralleli mediante il ricorso non tanto a regole e principi di diritto, quanto piuttosto a comportamenti che possono porre in essere le diverse corti coinvolte. Il riferimento è alla gestione del procedimento (*case management*) e alle buone maniere (*comity*).[58]

Un'applicazione del primo concetto è costituita dalla possibilità per un tribunale di sospendere il proprio procedimento in pendenza di un altro vertente su questioni e riguardanti parti che non sono completamente identiche. Il DSU all'Articolo 12.12 attribuisce ai Panels la possibilità di sospendere il procedimento su richiesta della parte attrice per un periodo non superiore a dodici mesi.[59] Anche i Tribunali ICSID possono sospendere i procedimenti pendenti e, a differenza dei Panels, hanno una maggiore flessibilità nello stabilire la durata della sospensione.[60] Tale attribuzione è stata esercitata nel sistema ICSID in relazione alla contestuale pendenza di un procedimento di fronte alle corti interne dello Stato coinvolto. Tuttavia, sembra possibile estendere il suo esercizio anche con riferimento a procedimenti paralleli pendenti di fronte a corti internazionali.

Questa possibilità, in relazione ai sistemi ICSID e OMC, risulta di più agevole esercizio ad opera dei Tribunali ICSID, in ragione della durata dei procedimenti. Infatti, il DSU detta una rigida regolamentazione temporale del procedimento, la cui durata complessiva non eccede i 9 mesi a cui si aggiungono eventualmente altri 3 mesi qualora sia richiesto l'intervento dell'Appellate Body, prevedendo un limite di tempo massimo di 12 mesi per il periodo della sospensione. Al contrario, i procedimenti arbitrali disciplinati dalla Convenzione ICSID non sono soggetti ad una cadenza cronologica predeterminata e la loro durata media può eccedere quella delle controversie

---

[58] ALLEN, SOAVE, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", p. 88;

[59] DSU, Art. 12.12;

[60] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (SPP v. Egypt)*, ICISD case n. ARB/84/3, Procedural Order n. 2, 16 October 2002;

OMC, inoltre, la possibilità di sospensione non è subordinata ad un limite di tempo massimo. Tuttavia, la propensione dei Tribunali ICSID ad esercitare questa attribuzione, non gravando sugli stessi alcun obbligo in proposito, potrebbe essere limitata in ragione della necessaria presenza di un collegamento sufficientemente stringente tra i due procedimenti paralleli, con riguardo alle questioni di fatto e di diritto pendenti, nonché in subordine alla verifica della possibilità che la sospensione arrechi pregiudizio alle parti.

Riconducibile in parte alla gestione del procedimento e in parte alla volontà dei soggetti coinvolti, è la possibilità di un accordo diretto a sequenziare le controversie.[61] Tuttavia, questa opportunità appare difficilmente applicabile nella regolamentazione dei rapporti tra il procedimento avanti al DSU e quello secondo la Convenzione ICSID, in ragione della diversità dei soggetti coinvolti nei rispettivi meccanismi.

Diversamente, con *comity* il riferimento viene effettuato ad un concetto meta-giuridico, più propriamente ricollegabile alle buone maniere. Si tratta, in particolare, del rispetto e della deferenza che una corte può dimostrare a favore di altre giurisdizioni e, conseguentemente, delle decisioni degli organi operanti al loro interno. Questo concetto, sebbene non sia un principio di diritto internazionale, sembra poter essere visto con favore nelle relazioni tra i Panels OMC e i Tribunali ICSID in ragione del grado di interazione che si manifesta tra le controversie rispettivamente a loro sottoposte, pur restando i due sistemi necessariamente disgiunti. Si tratta, infatti, di un criterio che permetterebbe, assieme a quello precedentemente analizzato, di consentire un dialogo tra i due sistemi evitando il sovrapporsi di decisioni con elementi non totalmente concordanti, nella permanenza dell'autonomia di ciascuno di essi.

Appaiono riconducibili a quest'ultimo concetto ulteriori meccanismi individuati da vari autori per disciplinare le interazioni tra i due sistemi in analisi.

La possibilità di considerare le decisioni precedentemente adottate da altri tribunali come parte delle prove fattuali del caso, costituisce un ulteriore meccanismo. Questo approccio, in relazione ai due sistemi che si stanno analizzando, troverebbe la propria base giuridica nel potere attribuito ai Panels dall'Articolo 11 DSU, mentre, per il sistema ICSID, nelle *Arbitration Rules* n. 33 e 34.1. Infatti, ai Panels è riconosciuta una certa discrezionalità nell'attribuire il peso che ritengono appropriato ad un determinato fatto, tale potere si estenderebbe anche alle decisioni non

[61] ALLEN, SOAVE, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", p. 99;

pronunciate in seno all'OMC.[62] L'Articolo 11 del DSU, infatti, contempla una norma di economia giudiziaria che consente ai Panel di affrontare solo le questioni che ritengono necessarie per risolvere la controversia loro sottoposta, ricercando quanto necessario affinché siano emesse le raccomandazioni per la risoluzione (*"making such other findings as will assist the DSB in making recommandations or in giving the rulings provided for in the convered agreements"*).[63]

In modo parzialmente diverso, ai Tribunali ICSID è attribuito il potere di giudicare l'ammissibilità delle prove fornite dalle parti della controversia. Queste ultime, infatti, ai sensi dell'*Arbitration Rule* n. 33, possono dare ai Tribunali informazioni in relazione alle prove che intendono produrre o delle quali intendono chiedere l'assunzione, con indicazione delle questioni a cui fanno riferimento. Questa attribuzione consente, da un lato, direttamente alle parti di produrre o di indicare come prova di riferimento un decisione emessa da un'altra corte e, dall'altro, al Tribunale ICSID di valutare la sua ammissibilità, nonché il valore probatorio della stessa.[64]

Le disposizioni menzionate consentirebbero, pertanto, di apprezzare le valutazioni effettuate dalla corte che per prima si è pronunciata sia in relazione all'analisi di clausole il cui contenuto sostanziale è presente in entrambi i sistemi, sia per quanto attiene alle questioni fattuali da cui la controversia è sorta. Resta in ogni caso indiscussa l'inesistenza di un obbligo di conformarsi alla precedente decisione del diverso organo che si è pronunciato. In tal modo, non solo si permette un maggiore coordinamento delle decisioni attinenti alla medesima questione, ma si ottiene anche un'armonizzazione nella determinazione del contenuto delle clausole menzionate, che spesso costituiscono il fulcro di ciascun sistema.

Sulla stessa linea si pone anche il meccanismo che consente ad una corte di richiedere informazioni e documenti relativi a questioni già analizzate ed affrontate dagli organi giuridici dell'altro sistema. L'Articolo 13.2 del DSU e l'*Arbitration Rule* n. 34.2 consentono ai rispettivi organi giudicanti di ricercare informazioni da ogni fonte che possa avere rilievo. Specificamente, la prima disposizione richiamata consente direttamente ai Panels di procedere all'acquisizione

---

[62] *Mexico – Corn Syrup*, Panel Report, para 7.34;

[63] DSU, Art. 11;

[64] Convenzione ICSID, Art. 33 e Art. 34.1;

di tali informazioni, mentre i Tribunali ICSID possono richiedere alle parti la loro produzione.[65] Le controversie che vengono affrontate nei due sistemi, infatti, coinvolgono spesso fatti piuttosto complessi, con la conseguente necessità per gli organi giudicanti di ricercare informazioni da qualsiasi fonte appropriata al fine di analizzare quanto necessario per poter giudicare al meglio la questione loro sottoposta.[66] Tali norme, previste per assicurare che ogni prova sia portata all'attenzione dell'organo competente per la risoluzione della controversia, consentirebbero di attuare un'interazione consapevole tra le corti coinvolte, permettendo anche maggiore efficienza ed economia giudiziaria. Tuttavia, l'ostacolo che si frappone ad una tale interpretazione è costituito dalla confidenzialità di cui sono coperti taluni documenti e informazioni prodotti in ciascun sistema.

Un'altra possibile regolamentazione dei rapporti tra i procedimenti interconnessi è stata prospettata mediante il riferimento all'Articolo 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati e specificamente all'assunto che permette, ai fini interpretativi, di ricorrere ad *"any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties"*. Mediante questo riferimento, ad un Tribunale sarebbe consentito considerare la decisione emessa da un altro tribunale come espressione di una norma di diritto internazionale applicabile al caso sottoposto alla sua conoscenza.[67] Specificamente, con riferimento alle clausole il cui contenuto sostanziale è presente in entrambi i sistemi, il tribunale adito per secondo potrebbe interpretare il trattato istitutivo o le norme convenzionali invocate alla luce dell'interpretazione data dalla corte che si è pronunciata antecedentemente, nel limite in cui le norme di diritto internazionale che vengono in rilievo possano essere considerate rilevanti e applicabili alla relazioni tra le parti coinvolte.[68]

Invero, l'utilizzo del criterio interpretativo dettato dall'Articolo 31.3(c) della Convenzione di Vienna del 1969 è stato per lungo tempo scarsamente utilizzato. Le modalità con cui opera sono state saggiate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, mediante il ricorso alla norma

---

[65] DSU, Art. 13; Convenzione ICSID, Arbitration Rules, Art. 34.2(a);

[66] WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, KAISER Karen (Eds), "WTO – Institutions and Dispute Settlement", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 420;

[67] ALLEN, SOAVE, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", p. 72;

[68] *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico(US – Stainless Steel)*, WT/DS344/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 April 2008, para. 160, footnote 313: nella pronuncia, l'AB richiama quanto statuito dal Tribunale ICSID nel caso *Saipem S.p.a. v. The People's Republic of Bangladesh (Saipem v. Bangladesh)*, ICSID case n. ARB/05/07, Award, 30 June 2009;

citata, nel caso *Golder* ha fatto riferimento ai principi generali del diritto come previsti dall'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, al fine di interpretare l'Articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.[69] Attraverso questo meccanismo, la Corte Europea varie volte ha utilizzato il contesto normativo internazionale allo scopo di interpretare la Convenzione stessa. Lo stesso DSB, sebbene non menzionando direttamente l'Articolo 31.3(c) della Convenzione di Vienna, ha più volte sottolineato come l'interpretazione del GATT non venga effettuata in modo isolato dal diritto internazionale pubblico.[70]

Il criterio menzionato, pertanto, consente nella sua applicazione pratica il riferimento direttamente a norme di diritto internazionale. Conseguentemente, al fine della sua applicazione al rapporto tra l'OMC e la Convenzione ICSID, si renderebbe necessario qualificare la decisione emessa rispettivamente nel primo o nel secondo sistema come norma rilevante di diritto internazionale applicabile alle relazioni tra le parti, intese come Stati contraenti e non come parti della controversia. Ne deriva che l'estensione dell'applicazione di quest'ultimo criterio di coordinamento, non solo risulterebbe comunque limitata alle sole parti delle pronunce in cui è interpretata una norma di diritto internazionale rilevante anche nella seconda controversia insorta, ma porterebbe a concepire come criterio interpretativo di una norma di diritto internazionale una decisione, non necessariamente dotata del requisito della definitività.

Ad ogni buon conto, anche se si considerasse come applicabile questo criterio al rapporto in analisi, la sua portata non appare tale da consentire un complessivo coordinamento tra i due sistemi, ma limitata e mediata in quanto costituisce uno strumento maggiormente diretto a garantire l'operatività del collegamento del diritto internazionale convenzionale con quello consuetudinario.[71] Nondimeno, dal punto di vista sostanziale, questo approccio non appare essere adatto all'interpretazione dei trattati relativi agli investimenti e al commercio ove questi ultimi spesso contengono disposizioni che recepiscono progressi normativi effettuati nel

---

[69] CORTEN Olivier, KLEIN Pierre (Eds), "The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary", Oxford University Press, New York, 2011, Volume I, p. 828; *Case of Golder v. The United Kingdom*, European Court of Human Right, Application n. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, para. 35;

[70] Tra gli altri: *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana (EC – Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, Appellate Body Report, 9 September 1997, para 10;

[71] ILC, Report on the Fragmentation of International Law, 2005, A/60/10, p. 214;

rispettivo settore. Potrebbero subire, infatti, una retrocessione qualora interpretati alla luce di norme consuetudinarie.[72]

Concludendo, una possibile soluzione al problema della mancanza di un coordinamento tra i due sistemi appare valutabile in ragione dei punti di interferenza sussistenti tra gli stessi: l'obiettivo a cui entrambi i sistemi mirano appare essere analogo e costituito, come già menzionato, dalla volontà di promuovere lo sviluppo economico. Anche i principi cardine su cui ruotano entrambi, come meglio si vedrà in seguito, presentano un nocciolo sostanziale equivalente. Ne consegue che un criterio di coordinamento non sembra da ricercare tanto sul piano formale della disciplina dei procedimenti, quanto piuttosto sul piano sostanziale della risoluzione nel merito delle controversie rispettivamente presentate a ciascun organo decisorio. La non sovrapponibilità di queste ultime, tale da escludere la configurabilità di un rapporto di litispendenza, conferma la prospettazione effettuata, non consentendo l'applicabilità di alcuna delle regole e tecniche di coordinamento tradizionali.

Alla luce di quanto analizzato appare, infatti, preferibile considerare il rapporto sussistente tra il sistema di risoluzione delle controversie previsto in seno all'OMC e quello disciplinato dalla Convenzione ICSID in termini di complementarietà, in ragione altresì della convergenza degli ambiti regolati da ciascun sistema. Questo approccio consentirebbe, da un lato, di mantenere l'autonomia reciproca tra i due sistemi e, dall'altro, di individuare un coordinamento ancorato ai principi sostanziali esistenti sia nell'ambito del commercio che nel settore degli investimenti internazionali, consentendo, peraltro, un migliore raggiungimento dello scopo prefissato di favorire lo sviluppo economico globale.

1.4 LA RELAZIONE CON LA PROTEZIONE DIPLOMATICA.

L'istituto della protezione diplomatica permette allo Stato di nazionalità della persona fisica o giuridica, che ha subito la violazione di un proprio diritto, di farsi portatore della tutela di quest'ultimo sul piano internazionale direttamente nei confronti dello Stato presunto violatore, al fine di ottenere la sua cessazione, se ancora in atto, ed il risarcimento del danno. Come noto,

[72] WEERAMANTRY, "Treaty Interpretation in Investment Arbitration", p. 89;

lo Stato non agisce rappresentando un diritto dell'individuo, ma esercitandone direttamente uno proprio, specificamente quello al rispetto della legge.[73]

Secondo il diritto internazionale consuetudinario, a tale istituto si applica la regola del previo esaurimento dei rimedi interni, fondata sul presupposto che non possa considerarsi sussistente una violazione finché esistono rimedi esperibili da parte dello straniero all'interno dell'ordinamento dello Stato presunto violatore.

Corollario di quanto appena affermato è l'inesistenza di un diritto dell'individuo, sia esso persona fisica o giuridica, ad ottenere la protezione diplomatica da parte dello Stato di cui è nazionale, come conferma anche la notoria pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Barcelona Traction, Light & Power Co. Ltd*.[74] La valutazione puramente discrezionale operata dallo Stato nel decidere di avvalersi della protezione diplomatica comporta la considerazione complessiva degli interessi statuali stessi che vengono in gioco nei rapporti con lo Stato violatore e non solo degli interessi privati della persona che ha subito la violazione. Ne consegue chiaramente che l'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato comporta un politicizzazione della controversia.

Pietra angolare dell'istituto della protezione diplomatica è costituita dalla nazionalità della persona privata. La protezione diplomatica, come accennato, può essere esercitata dallo Stato a difesa non solo di una persona fisica, ma anche di una persona giuridica, quali le società commerciali. A tale proposito, emerge la questione della definizione della nazionalità di queste ultime. Si tratta dell'identificazione di un legame tra la persona giuridica e lo Stato, disciplinato espressamente da talune convezioni e dalle legislazioni nazionali, ma che non consente sempre l'individuazione univoca e incontestabile di uno Stato di nazionalità.

Questa breve introduzione all'istituto della protezione diplomatica ci consente di procedere all'analisi del rapporto sussistente, da un lato, con il ricorso al sistema di risoluzione delle controversie secondo quanto previsto dal Dispute Settlement Understanding (DSU) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e, dall'altro, con il procedimento arbitrale

---

[73] La pronuncia della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, n. 2 del 30 Agosto 1924, caso *Mavrommatis Palestine Concessions*: *"it is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured bi acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its rights to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law."*;

[74] *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgio c. Spagna)*, ICJ, 5 February 1970, para. 79;

secondo le norme della Convenzione ICSID. Attraverso questo esame è possibile far emergere ed indagare alcune delle ragioni che spingono uno Stato ad agire sul piano internazionale per la tutela di un proprio nazionale.

L'istituto della protezione diplomatica nasce e si sviluppa come conseguenza dell'impossibilità per gli individui di accedere ai rimedi predisposti dal diritto internazionale. La Commissione di Diritto Internazionale, infatti, lo definisce quale meccanismo tradizionalmente volto ad assicurare la riparazione ai cittadini di uno Stato vittime di una violazione di propri diritti, sul fondamento del principio in base al quale un danno cagionato ad un cittadino è un danno allo Stato stesso.[75]

La messa in opera del diritto alla protezione diplomatica sul piano internazionale rivela, in ultima analisi, le pressioni politiche e i mezzi di coercizione che solo uno Stato può esercitare. Tale aspetto è ben visibile nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC.[76]

Dalla considerazione degli elementi richiamati emerge, sin da ora, la divergenza tra l'istituto in analisi con il sistema di risoluzione della controversie creato dall'ICSID. Come accennato e meglio analizzato in seguito, la Convenzione richiamata mira ad una depoliticizzazione delle controversie, creando un foro neutrale per la loro risoluzione che permetta l'accesso direttamente al privato investitore, senza il coinvolgimento dello Stato con il quale ha un legame territoriale. Diversamente, invece, accade nel sistema interno all'Organizzazione Mondiale del Commercio al quale accedono esclusivamente Stati e non individui.

1.4.1 – La protezione diplomatica e il sistema di risoluzione delle controversie OMC.

Nel DSU, a differenza della Convenzione ICSID, non è presente alcuna norma che prende in considerazione l'istituto della protezione diplomatica e ne disciplina il rapporto con il procedimento ivi predisposto.

---

[75] Report of the International Law Commission – Fifty-eight Session (1 May – 9 June and 3 July – 11 August), United Nations, New York, 2006, UN Doc. A/16/10/2006, p. 23;

[76] CÔTÉ Charles-Emmanuel, "La participation des Personnes Privées au Règlement des Differéends Internationaus Économique: l'Élagissement du Droit de Porte Plainte à l'OMC", Bruylant Bruxelles, Bruxelles, 2007, p. 160; TRACHTMAN Joel P., MOREMEN Philp M., "Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right Is It Anyway", Harvard International Law Journal, vol. 44, 2003, p. 232-234, 240;

Il meccanismo di risoluzione delle controversie interno all'OMC è di tipo intergovernativo, come esaminato precedentemente, gli attori privati non hanno diritto ad agire di fronte agli organismi di risoluzione delle controversie. Tuttavia, se da un lato l'influenza e la partecipazione in via indiretta di gruppi che sono portatori di interessi settoriali non può essere negata, dal punto di vista formale, il ruolo di attori privati, in particolare imprese, e la loro partecipazione al procedimento di risoluzione delle controversie non sono in alcun modo previsti nel sistema dell'OMC.[77] La mera formalità di tale mancanza, come in precedenza accennato, può essere analizzata alla luce dell'influenza che tali attori privati riescono ad esercitare nelle istituzioni dello Stato di propria nazionalità e comparata con l'istituto della protezione diplomatica. In particolare la questione che emerge in tale contesto è data dalle modalità attraverso le quali società e associazioni influenzano e acquisiscono un possibile accesso al procedimento e agli organi decisori. Tale aspetto, nonché le modalità con cui soggetti privati hanno la possibilità di accedere e partecipare alla risoluzione delle controversie OMC è ampiamente dibattuto e ha portato all'elaborazione di molteplici tesi dottrinali.[78]

Secondariamente, l'istituto della protezione diplomatica potrebbe essere preso in considerazione anche analizzando gli interstizi del procedimento prescritto dal DSU nei quali è attribuito il compito agli Stati di provare a trovare un accordo per la risoluzione della controversia insorta, senza una esatta disciplina delle modalità con cui tale adempimento debba essere portato ad attuazione.

Il carattere discrezionale dell'esercizio della protezione diplomatica ad opera dello Stato, richiede la capacità, per la persona privata, di portare il proprio reclamo all'attenzione dello Stato di propria nazionalità. Come è facile desumere, se da un lato non tutte le persone private hanno tale capacità, dall'altro lo Stato sarà più propenso ad esercitare la protezione diplomatica a favore di quelle persone che esercitano una maggiore influenza sul piano economico e politico. Tale capacità di influenza può essere ricondotta a quella necessaria a costituire la spinta iniziale nei confronti dello Stato affinché sia attivato il ricorso al meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'OMC ad opera degli Stati.

---

[77] BERNAUER Thomas, MANFRED Elsig, PAUWELYN Joost, "The Dispute Settlement Mechanism – Analysis and Problems" in NARLIKAR Amrita, DAUNTON Martin, STERN Robert M. (Eds.), "The Oxford Handbook on the World Trade Organization", Oxford University Press, New York, 2012, p. 485, a p. 500;

[78] Si veda, tra gli altri, TRACHTMAN, MOREMEN, "Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right Is It Anyway"; CÔTÉ, "La participation des Personnes Privées au Règlement des Differéends Internationaus Économique";

Qualora le pressioni esercitate dal privato producano il risultato ambito, l'azione intrapresa mediante il ricorso al sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'OMC, potrebbe essere configurata quale mezzo mediante il quale lo Stato stesso esercita la protezione diplomatica.[79] In quest'ottica, verrebbe ad essere ritoccato il requisito del *locus standi* previsto dagli accordi OMC, elevando la controversia sorta tra il privato e lo Stato violatore, dal livello interno a quello interstatuale.[80] Invero, è la stessa Corte Internazionale di Giustizia che, nella sentenza *Barcelona Traction*, afferma come *"international judicial proceedings are but one of the means available to States in pursuit of their right to exercise diplomatic protection"*, sottolineando la configurabilità dei procedimenti internazionali quali modalità di esercizio della protezione diplomatica.[81]

La possibilità di applicare questa considerazione della Corte Internazionale di Giustizia anche con riferimento ai procedimenti instaurati secondo il meccanismo predisposto dall'OMC, pertanto, non apparirebbe escludibile a priori. Tuttavia, ragioni di ordine sistematico possono indurre alla conclusione opposta. In primo luogo, a queste ultime è sicuramente riconducibile la stessa struttura ed efficacia delle norme degli Accordi OMC: diretti destinatari di questi ultimi sono, infatti, i Membri dell'Organizzazione medesima, pertanto primariamente gli Stati e non gli individui. In secondo luogo, è stata più volte sottolineata la mancanza di effetto diretto del diritto OMC, con la conseguenza che i privati operatori del commercio non possono lamentarne una sua diretta violazione, facendo in tal modo venir meno uno dei presupposti primari per l'esercizio della protezione diplomatica.[82]

---

[79] Sostine questa tesi CÔTÉ, "La participation des Personnes Privées au Règlement des Différéends Internationaus Économique: l'Élagissement du Droit de Porte Plainte à l'OMC", p. 173;

[80] Della stessa visione: SHANY, "The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals", p. 34-35;

[81] *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 178 richiamata nella pronuncia *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, I.C.J. Reports 1970, Judgment of 5 February 1970, para. 81;

[82] La questione della mancanza di riconoscimento di effetto diretto al diritto OMC è affrontata, tra gli altri, in TRACHTMAN Joel P., "Bananas, Direct Effect and Compliance", The European Journal of International Law, vol. 10, 1999, p. 655; RUIZ FABRI Hélène, "Is There a Case – Legally and Politically - for Direct Effect of WTO Obligations?", The European Journal of International Law, vol. 25, 2014, p. 151;

1.4.2 – La protezione diplomatica nella Convenzione ICSID.

Il funzionamento e la disciplina del procedimento regolato dalla Convenzione ICSID è totalmente impermeabile all'istituto della protezione diplomatica, il cui esercizio in concomitanza con l'azione posta in essere direttamente dall'investitore privato è espressamente escluso dallo stesso meccanismo di risoluzione delle controversie.

Una caratteristica del sistema ICSID è data dalla sua flessibilità: alle parti è consentito derogare ad alcune norme previste dalla Convenzione per adattare il procedimento alle loro esigenze. Questa possibilità è bilanciata dalla sufficiente specificità delle disposizioni, tale da evitare la frustrazione del sistema. Invero, il procedimento arbitrale davanti ad un Tribunale ICSID è disciplinato interamente dalla Convenzione, essa ne chiarisce anche il rapporto con altri strumenti a disposizione delle parti per la risoluzione della controversia.

Due sono le norme che vengono in considerazione nella disciplina del rapporto tra la risoluzione della controversia secondo il sistema ICSID e l'istituto della protezione diplomatica: l'Articolo 26 in via indiretta e l'Articolo 27 in modo diretto. Entrambe le disposizioni costituiscono espressione del carattere di esclusività del procedimento arbitrale ICSID.

L'Articolo 26 stabilisce che una volta prestato il consenso all'arbitrato secondo la Convenzione, si considera che le parti abbiano escluso qualsiasi altro rimedio, salvo diversa indicazione. Pertanto, prestato il proprio consenso all'arbitrato ICSID, le parti perdono il loro diritto a veder risolta in un altro foro la controversia, ma con la possibilità di stabilire diversamente tramite un accordo. Tale Articolo, inoltre, sancisce il principio di non interferenza con il procedimento arbitrale una volta che è stato istituito.[83]

L'analisi dell'Articolo 26 della Convenzione ICSID si inserisce, pertanto, in due ordini di questioni: da un lato produce conseguenze sul piano della disciplina e del rapporto con l'istituto della protezione diplomatica, dall'altro detta una regolamentazione della litispendenza.

Ulteriormente, l'articolo menzionato stabilisce un'inversione della norma di diritto internazionale consuetudinario che prescrive il previo esaurimento dei rimedi interni previsti dall'ordinamento statale parte della controversia,[84] espressione della primazia del diritto interno

---

[83] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 351;

[84] DUGAN Christopher F., WALLACE Don Jr., RUBINS Noah D., SABAHI Borzu, "Investor-State Arbitration", Oxford University Press, New York, 2008, p. 347;

dello Stato ospitante nel disciplinare i rimedi previsti per l'investitore straniero.[85] La permanenza in vigore della regola di diritto consuetudinario viene ad essere subordinata all'espressione della volontà di mantenerla ad opera delle parti; tuttavia, l'opinione contraria ritiene che la norma consuetudinaria resti in vigore indipendentemente dalla manifestazione di una volontà diversa delle parti in conformità a quanto previsto dall'Articolo 26.[86]

Nella pratica molti accordi non contengono la condizione dell'esaurimento dei rimedi interni prima dell'instaurazione del procedimento davanti a Tribunali ICSID, per la limitata utilità di una tale previsione. Inoltre, nei casi in cui è prevista, viene subordinata a limiti di tempo determinati che possono comunque essere evitati dalle parti facendo ricorso alla clausola della nazione più favorita contenuta nei trattati conclusi dagli Stati.[87] L'inserimento di questa clausola, come analizzato nel capitolo dedicato ad essa, consente alla parte di avvalersi della condizione migliore concessa dallo Stato ospitante l'investimento, negli accordi conclusi con altre parti. Viene così a delinearsi la possibilità per un investitore di godere delle migliori condizioni possibili che uno Stato prevede nei suoi rapporti con altri Stati o investitori privati, comportando una progressiva uniformità nel trattamento di tutte le controparti. Tuttavia, l'applicabilità di questa clausola anche alle norme di natura procedurale non è uniformemente condivisa, essendo la stessa sorta e sviluppata nell'ambito di previsioni di natura sostanziale.

La seconda specificazione che viene fatta affronta specificamente la questione dell'esercizio dell'azione in protezione diplomatica da parte dello Stato di nazionalità dell'investitore. Ai sensi dell'Articolo 27, si prevede l'impossibilità di agire in protezione diplomatica o procedere ad instaurare una controversia internazionale (*international claim*) ad opera di uno Stato in relazione ad una controversia di cui è parte un investitore di sua nazionalità, se le parti hanno consentito o l'hanno già sottoposta ad arbitrato ICSID, salvo inottemperanza dello Stato parte alla decisione resa. Ecco che la possibilità per lo Stato di agire in rappresentanza del suo cittadino viene, non esclusa, ma semplicemente sospesa durante la pendenza del procedimento arbitrale e riemerge in seguito, ma subordinata alla inottemperanza dei doveri che derivano allo Stato in quanto parte della controversia.

---

[85] SORNARAJAH Muthucumaraswamy, "The International Law on Foreign Investment", Seconda Edizione, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 149;

[86] SORNARAJAH, "The International Law on Foreign Investment", p. 150;

[87] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 413;

Confermando l'intento di depoliticizzazione, questa disposizione vieta l'aggiudicazione tra Stati di controversie che le parti hanno consentito a sottoporre a Tribunali ICSID e considera il diritto di azione degli individui come esaustivo. Tuttavia, tale disposizione non esclude la possibilità per uno Stato coinvolto in una controversia relativa agli investimenti, sia nei confronti di un altro Stato, sia nei confronti di un privato investitore, di concludere un ulteriore accordo affinché la stessa sia sottoposta a meccanismi di risoluzione diversi dall'ICSID, senza tuttavia far venir meno il diritto del privato di agire di fronte all'Centro stesso.[88]

Con questa disposizione, inoltre, viene delineata un'ulteriore possibilità in sede di esecuzione per l'investitore privato che ha ottenuto un lodo favorevole da parte di un Tribunale ICSID: se a questo non viene data attuazione spontaneamente, l'investitore può agire in ciascuno Stato Contraente, nel quale siano presenti beni dello Stato inottemperante suscettibili di essere sottoposti a procedimento esecutivo, facendo valere la vincolatività del lodo e l'obbligo di tutti gli Stati di riconoscerlo *"as if it were a final judgement of a court on that State"*[89] e di portarlo ad esecuzione secondo le leggi nazionali dello Stato nel cui territorio è richiesta l'esecuzione, oppure viene riconosciuta allo Stato di nazionalità dell'investitore privato la possibilità di agire in protezione diplomatica.

Oltre che nella fase successiva all'emanazione del lodo, approfondita nel capitolo dedicato, nel sistema ICSID la protezione diplomatica può continuare ad essere utilizzata anche come meccanismo diretto ad evitare l'instaurazione di un procedimento arbitrale, ma le valutazioni rilevabili con riferimento all'azione successiva all'emanazione del lodo, valgono a maggior ragione anche per un'azione preventiva. Probabilmente, tuttavia, in questa situazione il margine di manovra consentito ai due Stati, per giungere ad una soluzione della questione è maggiormente ampio rispetto all'esercizio della protezione diplomatica successivo, diretto ad ottenere l'esecuzione di un lodo già pronunciato, in quanto non è presente una statuizione favorevole all'investitore privato.

Certo è che, dietro la possibilità dello Stato di agire facendosi rappresentante degli interessi del proprio cittadino, vi sono, anche in questo sistema come nel meccanismo previsto dall'OMC, valutazioni di opportunità che possono dipendere sia dall'influenza esercitata dall'investitore privato coinvolto nella controversia, all'interno dello Stato di nazionalità, che da riflessioni di

---

[88] SHANY, "The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals", p. 194-195;

[89] Convenzione ICSID, Art. 53;

carattere strettamente politico relativamente ai rapporti esistenti tra i due Stati coinvolti.[90] Le valutazioni di opportunità e i bilanciamenti di interessi retrostanti, portano a concludere che la protezione diplomatica non possa essere considerata uno strumento valido e sicuro che consenta, da un lato, la positiva risoluzione della controversia insorta con il soggetto privato e, dall'altro, l'ottenimento dell'adempimento da parte di uno Stato di un lodo arbitrale favorevole all'investitore privato.

Già nel 1970, quando il sistema ICSID non era ancora diffuso, con il caso *Barcelona Traction* la Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto l'esistenza di meccanismi che accordano maggiore tutela agli investitori privati rispetto all'azione in protezione diplomatica da parte dello Stato di nazionalità dell'investitore stesso, ponendo i due istituti come tra loro alternativi o in rapporto di successione dell'uno rispetto all'altro.[91]

1.4.3 – Considerazioni.

Sebbene sia possibile affermare come, nel sistema elaborato in seno all'OMC, effettivamente lo Stato che agisce possa essere portatore dell'interesse delle proprie industrie o di alcune di esse, particolarmente influenti economicamente o politicamente sul piano interno, agendo sul piano internazionale direttamente contro lo Stato presunto violatore degli accordi dell'Organizzazione stessa, la possibilità di configurare tale azione come esercizio della protezione diplomatica non appare conforme alla struttura del sistema multilaterale del commercio.

Diversamente, nel sistema ICSID, lo Stato aderendo alla Convenzione attribuisce accesso diretto all'arbitrato, secondo quanto dalla stessa previsto, in modo da assicurare all'investitore privato la possibilità di ricorrere ad un rimedio internazionale effettivo, facendo in tal modo venir meno una delle ragioni che giustifica l'esigenza di avvalersi della protezione diplomatica. Questo secondo sistema consente allo Stato di nazionalità dell'investitore, da un lato, di restare estraneo alla controversia in modo da poter tutelare i propri interessi economici e commerciali nei rapporti con lo Stato in cui l'investimento è stato effettuato dell'individuo che lamenta la violazione e,

---

[90] BERNARDINI Piero, "La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington", Diritto del Commercio Internazionale, vol. 26, 2012, p. 3 ss., a p. 6;

[91] *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgio c. Spagna)*, ICJ, 5 February 1970;

dall'altro, di garantire comunque al proprio nazionale la possibilità di ottenere la tutela dei propri diritti.

La mancanza di effetto diretto delle norme OMC, infatti, si contrappone ad un sistema ove il soggetto privato può far valere direttamente i diritti previsti dal trattato o dal contratto stipulato con lo Stato ospitante l'investimento. Ne consegue che, mentre nel primo caso l'operatore del commercio non può lamentare una violazione dei propri diritti, nel settore degli investimenti è direttamente l'investitore privato a subire l'illecito in ragione della violazione commessa dallo Stato. La protezione diplomatica, pertanto, oltre a non essere disciplinata all'interno del DSU, non sembra nemmeno trovare espressione nel meccanismo di risoluzione delle controversie predisposto da quest'ultima, salva la possibilità di rilevare un'eventuale apertura in tal senso negli interstizi del procedimento ove è lasciata la possibilità agli Stati di giungere ad un accordo. Al contrario, la Convenzione ICSID, predisponendo un procedimento che consente direttamente all'investitore di tutelare il proprio diritto, si preoccupa di regolamentarne il rapporto con l'istituto della protezione diplomatica in ragione della loro possibile interferenza al fine di evitare che una tale eventualità si realizzi.

1.5 CONCLUSIONI

I meccanismi di risoluzione delle controversie elaborati e offerti rispettivamente dall'Organizzazione Mondiale del Commercio e dalla Convenzione ICSID, alla luce di quanto analizzato, non appare possano essere considerati come antitetici o alternativi tra loro.

La competenza attribuita a ciascun organismo giurisdizionale presente al suo interno porta a constatare il possibile sovrapporsi delle aree nelle quali ciascuno di essi è chiamato a pronunciarsi. Tale sovrapposizione, che si manifesta nel momento iniziale di instaurazione della controversia, conduce ad affermare l'esistenza di una innegabile interazione, che tuttavia non porta necessariamente a ritenere i sistemi incompatibili. L'azionabilità di ciascun meccanismo di risoluzione delle controversie ad opera di parti che sono ineluttabilmente diverse in ciascun sistema, appare confermare questa lettura. Se solo Stati possono rivolgersi al Dispute Settlement Body, l'ICSID non predispone la disciplina di controversie esclusivamente tra soggetti di natura statuale, bensì crea un sistema che mira ad offrire la possibilità per un investitore privato di agire direttamente nei confronti del Paese in cui l'investimento è stato effettuato.

L’interazione che viene a crearsi tra i due meccanismi, conseguentemente, non appare trovare fondamento tanto nell’attribuzione di competenze per certi aspetti assimilabili tra loro, quanto piuttosto nell’azionabilità di ciascun meccanismo ad opera di soggetti che permangono necessariamente diversi, pur potendo presentare un legame reciproco costituito dalla riconducibilità dell’investitore privato che agisce di fronte al Tribunale ICSID allo Stato parte della controversia OMC in quanto avente la sua nazionalità.

Allo stato attuale non è presente e disciplinata alcuna norma o regola di coordinamento tra i due sistemi che si stanno analizzando. Le situazioni in cui si sono verificate interferenze tra i due meccanismi di risoluzione delle controversie in tempi più risalenti erano piuttosto rare, tuttavia nel corso degli ultimi anni sono aumentate ed appare plausibile l’incremento di questa tendenza. Se fino ad ora i Panels e l’Appellate Body, da un lato, e i Tribunali ICSID, dall’altro, appare non abbiano dato particolare rilevanza alla questione, l’esigenza di un coordinamento sembra essere indispensabile in relazione anche alle analogie degli obiettivi di sviluppo economico di cui ciascun sistema si è fatto portatore.

CAPITOLO II

GLI ORGANI E IL DIRITTO APPLICABILE

2.1 GLI ORGANI E LA LORO FORMAZIONE.

La composizione degli organi che sono investiti della funzione di risoluzione delle controversie assume rilevanza sotto vari profili. In primo luogo, gioca un ruolo considerevole nell'efficacia ed efficienza del sistema: la percezione che di essa hanno i soggetti che possono adirla influisce sia sul ruolo interno che l'organo giudicante è in grado di svolgere in relazione alle controversie sottoposte al suo giudizio, sia sulla volontà delle parti di adempiere e dare esecuzione alla decisione emessa. Inoltre, la procedura mediante la quale viene attribuita la funzione giudicante a determinati soggetti produce riflessi sull'indipendenza di ciascun organismo e sulla complessiva capacità di giudicare in modo imparziale, astraendo da possibili interferenze di carattere politico o di altro genere. Infine, l'analisi della disciplina di tale procedura permette di comprendere anche il carattere e l'autorevolezza attribuiti e riconosciuti a livello internazionale all'organo giudicante.

Questi profili succintamente elencati, possono essere analizzati in termini comparativi nei sistemi di risoluzione delle controversie disciplinati rispettivamente in seno all'OMC e dalla Convenzione ICSID. Sebbene, il procedimento di composizione dei Panels e dei Tribunali arbitrali sia regolato in ciascun sistema, è bene precisare, in modo particolare per quanto attiene al sistema OMC, che le modalità concrete con cui determinati soggetti vengo scelti per svolgere la funzione giudicante non risultano essere oggetto di molti scritti. La ragione potrebbe essere individuata non tanto nella mancanza di interesse nella questione, quanto piuttosto nella ristrettezza delle informazioni rilasciate a tale proposito e nella difficoltà di accedere al meccanismo di selezione posto in essere all'interno del sistema.

2.1.1 – Gli organi del sistema di risoluzione delle controversie OMC.

I principali organi regolati dall'Intesa (DSU) disciplinata in seno all'OMC investiti di funzioni attinenti alla risoluzione delle controversie possono essere raggruppati in due categorie: organo politico è il Dispute Settlement Body, mentre istituzioni quasi-giurisdizionali sono i Panels e l'Appellate Body.

Il Dispute Settlement Body (DSB) viene creato con la funzione principale di amministrare il sistema di risoluzione delle controversie OMC. È un organismo politico la cui istituzione è prevista dall'Accordo che crea l'OMC, all'Articolo IV. Il DSB è il Consiglio Generale in una diversa veste. Pertanto, è composto dai rappresentanti di tutti i Membri dell'OMC e nomina al suo interno il proprio Presidente mediante *consensus*. Principalmente svolge funzioni di carattere procedurale, ma gli sono attribuite anche specifiche responsabilità con riferimento a determinate situazioni.

La sua partecipazione al sistema di risoluzione delle controversie ha rilievo nel corso dell'interno procedimento, a partire dal momento di instaurazione, sino all'adozione delle decisioni e alla loro esecuzione, nonché con riguardo all'autorizzazione di contromisure. Tutte le decisioni assunte al suo interno vengono adottate mediante la procedura del *"positive consensus"*.[92]

Il DSB amministra le norme e le procedure previste dal Dispute Settlement Understanding e, conseguentemente, gli sono attribuiti specifici poteri. Tra questi ha il compito di istituire i singoli Panels, adottare le loro decisioni e quelle dell'AB, sorvegliare l'attuazione delle norme e delle raccomandazioni e autorizzare la sospensione di concessioni e altre obbligazioni. Mentre nel vigore del GATT 1947 il procedimento per l'assunzione di qualsiasi decisione rimaneva il menzionato *positive consensus*, con la creazione dell'OMC l'istituzione dei Panels, l'adozione delle decisioni degli organi giudicanti e l'autorizzazione a porre in essere contromisure avviene mediante il *negative consensus*. Secondo questo meccanismo, la decisione è adottata a meno che non via sia l'opposizione di tutti i Membri presenti al momento in cui viene proposta.

---

[92] Il *positive consensus* è disciplinato dall'Accordo istitutivo dell'OMC, Art. IX, footnote 1, come la procedura in base alla quale *"The body concerned shall be deemed to have decided by consensus on a matter submitted for its consideration, if no Member, present at the meeting when the decision is taken, formally objects to the proposed decision."*; la medesima definizione è sancita anche nel DSU, Art. 2, footnote 1;

Sebbene tale modifica procedurale abbia ridotto il potere esercitabile dagli Stati rendendo l'adozione delle singole decisioni pressoché automatica, resta evidente la connotazione politica dell'intero sistema di risoluzione delle controversie OMC.

La partecipazione del DSB al sistema di risoluzione delle controversie è finalizzata non solo a mantenere informati i membri dell'OMC e ad assicurare il rispetto delle proprie raccomandazioni e norme, esercitando pressione sulla parte inadempiente affinché rispetti i propri obblighi, ma in particolare anche alla creazione di un forum più propriamente politico nel quale i membri dell'OMC possano discutere le questioni sorte dal ricorso al sistema di risoluzione delle controversie.[93] Ne deriva che, determinate controversie che rivestono particolare interesse tra i componenti del DSB, possono essere soggette ad una duplice procedura risolutiva, attivando, da un lato, il vero e proprio procedimento prescritto dal DSU, dall'altro, generando un dibattito politico che potrebbe condurre a diverse conseguenze. Tra queste potrebbero esservi la rinegoziazione dell'Accordo dal quale la controversia è sorta o di un nuovo Accordo, oppure pressioni nei confronti degli Stati coinvolti, nonché potenziali influenze politiche sul procedimento di risoluzione della controversia deferito al Panel.

Contribuisce alla politicizzazione del sistema anche l'attribuzione al Direttore Generale del compito di nominare i componenti dei singoli Panels in caso di disaccordo tra le parti della controversia,[94] nonché nel processo di selezione dei membri dell'Organo di Appello.[95] Pur essendo questi organi di tipo quasi-giurisdizionale, innegabilmente i poteri attribuiti al DSU in ordine alla loro formazione comportano la configurabilità di influenze di carattere politico, delle quali verrà dato atto nel corso della trattazione.

I Panels sono l'organo quasi-giurisdizionale di prima istanza. Vengono istituiti in seguito alla richiesta avanzata da uno Stato Membro in relazione alla risoluzione della controversia sorta nei confronti di un altro Stato Membro. Mentre la loro istituzione ad opera del DSB ha funzione di conferire autorità legale, la scelta dei tre componenti è attribuita direttamente alle parti della controversia, le stesse inoltre possono accordarsi affinché il Panel sia composto da cinque giudici.

---

[93] DSU, Art. 2;

[94] DSU, Art. 8;

[95] DSU, Art. 17;

Qualora tra le parti non vi sia un accordo entro 20 giorni dal momento in cui il Panel è stato istituito, la scelta dei membri viene attribuita al Direttore Generale in consultazione con il Presidente del DSB.[96]

La scelta dei panelists viene supportata mediante la creazione di una lista gestita dal Segretariato dell'OMC, contenente l'indicazione di soggetti dotati dei requisiti richiesti e il curriculum di ciascuno di essi, tuttavia queste informazioni non sono direttamente accessibili alle parti se non previa richiesta al Segretariato da parte dello Stato Membro interessato. Ciascuno Stato Membro OMC, inoltre, può periodicamente proporre dei candidati da includere nella lista in ragione delle specifiche competenze possedute, che devono essere espressamente indicate.[97] I componenti di ciascun Panel vengono scelti dalle parti della controversia tra nominativi indicati nella lista, sebbene non siano infrequenti i casi in cui siano scelti panelists non presenti in essa.

Il Segretariato svolge un ruolo rilevante non solo nella gestione della lista menzionata, ma anche nel processo di selezione e composizione dei singoli Panels. Esso, infatti, propone i nominativi di possibili giudici alle parti, le quali possono rigettare la proposta solo per validi motivi (*"compelling reasons"*).[98] Tuttavia, nella pratica il rigetto della proposta del Segretariato avviene senza particolari giustificazioni ulteriori rispetto alla considerazione che i candidati consigliati abbiano visioni non in linea con le argomentazioni che le parti intendono portare avanti.

È, inoltre, prevista la possibilità di una composizione particolare del Panel in ragione della tipologia delle parti della controversia: se si contrappongono uno Stato in via di sviluppo e uno Stato sviluppato, a richiesta del primo, il Panel deve includere un componente proveniente da uno Stato in via di sviluppo.[99]

Nel corso dell'intero procedimento, i componenti dei Panels sono soggetti a norme di condotta adottate dal DSB dirette a garantire l'integrità e l'imparzialità dell'organo giudicante.[100] Questi ultimi

---

[96] DSU, Art. 8;

[97] DSU, Art. 8.4;

[98] DSU, Art. 8.6;

[99] DSU, Art. 8.10;

[100] *Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Rules of Conduct)*, WT/DSB/RC/1, 11 December 1996, Governing Principle;

sono requisiti indispensabili, previsti dalla stessa Intesa, e la cui presenza viene garantita anche attraverso l'obbligo di *"disclosure"* posto in capo ai *panelists* dalle Regole di condotta. Tale obbligo consiste in una dichiarazione scritta ad opera del singolo componente, con l'indicazione di informazioni che ragionevolmente possano essere dal medesimo conosciute al momento della composizione del singolo Panel e che possano incidere o far dubitare sulla presenza dei requisiti prescritti.[101] Al fine di facilitare tale operazione, è stata predisposta una lista illustrativa contenente esempi di situazioni soggette all'obbligo di *disclosure*, quali interessi economici o professionali o di altro tipo relativamente alla controversia, pubblicazioni o altre espressioni pubbliche di opinioni personali attinenti a questioni relative al suo oggetto, coinvolgimento di interessi familiari. Tale obbligo permane nel corso dell'intero procedimento, in modo che anche situazioni sopravvenute del tipo di quelle indicate debbano essere rese note da parte del *panelists* interessato.

Alle stesse parti della controversia è, corrispondentemente, attribuito il potere di richiedere la squalifica di un componente del Panel sulla base della violazione materiale dell'obbligo di indipendenza, imparzialità, segretezza, nonché di evitare conflitti di interessi.[102] Su questa richiesta si pronuncia il Presidente del DSB con applicazione del procedimento indicato nelle *Rules of Conduct*. Tuttavia, tale procedimento è stato raramente attivato, come appare comprensibile se si considera la procedura che viene adottata per la composizione del singolo Panel.[103]

I componenti di ciascun Panel esercitano il proprio ruolo a titolo personale e non quali rappresentanti dello Stato di propria nazionalità, né possono ricevere indicazioni di alcun genere nello svolgimento delle funzioni giudicanti.[104] L'Articolo 8 del DSU prescrive, inoltre, che gli stessi siano soggetti qualificati, non solo selezionati al fine di assicurarne l'indipendenza, ma anche dotati di una formazione diversificata e di un ampio spettro di esperienze. Tuttavia, non possono essere chiamati a comporre uno specifico Panel soggetti che, sebbene in possesso dei requisiti prescritti, siano cittadini

[101] *Rules of Conduct*, Rule VI;

[102] *Rules of Conduct*, Rule VIII;

[103] È presente un unico caso in cui è stata avanzata una proposta di squalifica per violazione dell'obbligo di *disclosure*, tuttavia la proposta non è stata portata avanti date le pressoché immediate dimissioni del giudice coinvolto;

[104] DSU, Art. 8.10;

i cui governi siano parte delle controversia sulla quale sono chiamati a pronunciarsi o sue parti terze, a meno che le parti stesse si accordino diversamente.[105]

Il sistema di risoluzione delle controversie OMC prevede la possibilità di sottoporre la decisione emessa dal Panel a revisione da parte di un organo di appello. L'Appellate Body, creato sulla base della previsione dell'Articolo 17 DSU, è un'istituzione permanente nell'OMC, composta da sette giudici la cui carica dura quattro anni ed è rinnovabile una volta. Per ricoprire tale incarico vengono scelte persone di riconosciuta autorità, competenti negli ambiti del diritto internazionale del commercio e degli specifici settori disciplinati dagli accordi negoziati in seno all'OMC, non affiliati ad alcun governo.[106] L'assunzione di questo incarico richiede una competenza specifica piuttosto elevata poiché diretta alla risoluzione di questioni di diritto nonché interpretazioni di leggi sviluppate dai Panels nelle loro pronunce.

Ogni anno i membri dell'AB eleggono tra loro un Presidente, responsabile della direzione generale dei lavori dell'organismo. Tale Presidente supervisiona l'intero funzionamento dell'AB ed, inoltre, può essere investito dello svolgimento di ulteriori funzioni attribuitegli dai componenti.

La composizione dell'Appellate Body deve essere rappresentativa degli Stati membri dell'OMC con riferimento alle diverse aree geografiche, ai livelli di sviluppo e ai differenti ordinamenti giuridici.[107] La nomina dei singoli componenti è attribuita al DSB mediante la procedura del *consensus* positivo, su raccomandazione di un apposito comitato che seleziona i candidati proposti dai Membri dell'OMC.[108]

Come i panelists, anche i componenti dell'AB sono tenuti ad esercitare la loro funzione senza subire alcuna influenza da parte dei governi degli Stati Membri o di altre organizzazioni governative o non governative internazionali o da soggetti privati. Sono soggetti anch'essi al rispetto delle regole di condotta elaborate dall'DSB, nonché all'obbligo di *disclosure*, con conseguente potere delle parti della controversia di chiedere la loro ricusazione in caso di violazione materiale delle loro

---

[105] DSU, Art. 8.2 e 3;

[106] DSU, Art. 17;

[107] DSU, Art. 17.3; la previsione trova specificazione nel documento Establishment of the Appellate Body – Recommendations by the Preparatory Committee for the WTO Approved by the Dispute Settlement Body on 10 February 1995, WT/DSB/1, 19 June 1995, para. 6;

[108] Establishment of the Appellate Body, para. 13;

obbligazioni, tuttavia è posta in capo allo stesso AB la funzione di giudicare se una tale inadempienza è occorsa e prendere i provvedimenti conseguenti necessari.[109]

Ebbene, l'indipendenza da qualsiasi influenza politica non appare essere assicurata nella sua totalità. Il procedimento di nomina richiamato, infatti, consente ai singoli Stati Membri, con particolare riferimento a quelli più potenti ed influenti sul piano delle relazioni commerciali internazionali, nonché a coalizioni di essi, di incidere in modo anche rilevante nell'attribuzione della funzione a determinati soggetti.

I Membri dell'OMC, invero, possono proporre candidati al Comitato di selezione, il quale consulta poi gli altri Membri in ordine al loro punto di vista. Vi sono, tuttavia, degli Stati che godono di uno status privilegiato in tale fase, che consente loro di obiettare ai nominativi proposti.[110] Tali membri dell'OMC, specificamente Stati Uniti e Unione Europea, beneficiano in via informale di un vero e proprio potere di veto in ordine alle selezione dei componenti dell'Organo di Appello. Questo potere può essere esercitato in modo da assicurare che i candidati selezionati per costituire l'AB non siano portatori di ideologie o condotte eccessivamente contrastanti con gli interessi e le concezioni delle due maggiori potenze in seno all'OMC.

Il ruolo che riveste l'AB contribuisce all'obiettivo di realizzare un sistema unitario, completo ed integrato istituito con la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, mediante la formazione di un apparato coerente nell'applicazione delle norme previste da ciascun accordo. Sebbene nel sistema di risoluzione delle controversie OMC non sussista in capo alle istituzioni giurisdizionali l'obbligo dello *stare decisis*, la stessa esistenza e le modalità di funzionamento dell'Organo di Appello, consentono lo sviluppo di una giurisprudenza che regola il sistema delle relazioni commerciali tra gli Stati.

Contribuisce a questo sviluppo la cooperazione prevista nel procedimento decisorio in seno all'AB. Tale organo, infatti, opera in formazioni di tre componenti selezionati su base di rotazioni casuali interne tra i sette membri, indipendentemente dalla nazionalità di ciascuno di essi e in modo da

---

[109] *Rules of Conduct*, Art. VIII;

[110] STEINBERG Richard H., "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints", The American Journal of International Law, vol. 28, 2004, p. 247, a p. 264;

assicurare uguali opportunità di partecipazione a tutti i componenti.[111] Le decisioni vengono assunte il più possibile sulla base del *consensus*, adottando il voto a maggioranza solo qualora non sia possibile il primo.[112] Sebbene la decisione sulla richiesta di appello venga presa solo dai tre componenti selezionati in relazione alla specifica controversia, la coerenza del sistema e la qualità delle pronunce è assicurata grazie alla possibilità di scambi di opinioni tra tutti i membri dell'AB prima che la decisione definitiva sia assunta, pur rimanendo l'opinione fornita priva di alcun valore vincolante.[113]

Ai sensi dell'Articolo 17 del DSU, l'AB ha la funzione di revisione delle pronunce dei Panels su richiesta di una delle parti della controversia. La sua pronuncia può essere di conferma della decisone dell'organo di prima istanza, qualora concordi con il ragionamento e con le conclusioni raggiunte, oppure di modifica, se l'AB non concorda con il ragionamento effettuato pur condividendo le conclusioni, o, infine, di ribaltamento della decisione, qualora sia in disaccordo con l'esito a cui è giunto il Panel relativamente alla conformità della misura oggetto della controversia con gli Accordi OMC.[114]

Talvolta, l'AB ha completato l'analisi giuridica svolta dal Panel, in particolare questo è avvenuto quando quest'ultimo non si sia pronunciato su una questione sottoposta alla sua attenzione, facendo ricorso al precetto dell'economia giuridica. Con riferimento a questa pratica, l'AB non ha il potere di rimettere la questione all'organo di prima istanza qualora ritenga non conforme al sistema la sua pronuncia, con la conseguenza che o la questione viene lasciata irrisolta oppure l'organo di appello prosegue il proprio compito, completando l'analisi e pronunciandosi sulla stessa. Tuttavia, questa seconda possibilità può essere effettuata solo qualora vi sia una sufficiente analisi dei fatti operata dal Panel che per primo si è pronunciato. Infatti, il potere dell'AB è limitato, come meglio si vedrà in seguito, solo alla revisione di questioni di diritto e all'interpretazione degli accordi sviluppati in prima

[111] DSU, Art. 17.1;

[112] Working Procedure for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010, para. 3, documento che sostituisce le precedenti versioni;

[113] Working Procedure for Appellate Review, para. 4;

[114] DSU, Art. 17.12 e 13;

istanza, non potendo essere rimesse a tale organo questioni attinenti a rilievi di fatto svolti dal Panel.[115]

Un breve accenno deve essere effettuato, infine, ai collegi arbitrali previsti dal DSU con l'attribuzione di due diverse funzioni. Anche nel sistema OMC l'arbitrato è previsto come metodo per la risoluzione della controversia, alternativo al procedimento di fronte al Panel. In questo caso la risoluzione della controversia può essere deferita ad un solo arbitro oppure ad un collegio arbitrale affinché venga risolta con una decisione non appellabile, la cui esecuzione può avvenire secondo il meccanismo previsto dal DSU.[116] Ecco, pertanto, che l'utilizzo di tale strumento se dal punto di vista procedurale non differisce dal tipico arbitrato internazionale, la peculiarità che assume è determinata dalla particolare procedura di esecuzione della decisione, di cui si tratterà in modo approfondito successivamente.

La creazione di un tribunale arbitrale, inoltre, è prevista dal DSU anche al fine di risolvere questioni più strettamente procedurali che possono insorgere nel corso del procedimento ordinario, specificamente con riferimento alla fase successiva all'adozione della decisione. Una prima possibilità è attribuita alla parte la cui misura è stata giudicata in contrasto con gli Accordi OMC: alla stessa è concesso un periodo di tempo ragionevole al fine di rispristinare la propria condotta in modo da renderla conforme agli obblighi assunti.[117] Qualora le parti della controversia non riescano a trovare un accordo sull'ampiezza temporale concessa alla parte soccombente, la questione viene deferita ad arbitri i quali determinano il periodo di tempo, con una decisione vincolante. La valutazione discrezionale attribuita al collegio arbitrale è delimitata dalla previsione dell'Articolo 21.3(c) del DSU, che tuttavia non costituisce un limite particolarmente stringente, essendo prevista la possibilità di superare il periodo di 15 mesi indicato in base ad una valutazione delle circostanze specifiche del caso concreto.

La seconda possibilità è prevista con riferimento all'adozione di ritorsioni ad opera della parte che ha subito la violazione, qualora lo Stato soccombente non si conformi alla decisione adottata.[118] Ai sensi

---

[115] DSU, Art. 17.6;

[116] DSU, Art. 25;

[117] DSU, Art. 21;

[118] DSU, Art. 22;

dell'Articolo 22.6, quest'ultimo qualora intenda obiettare al livello o al mancato rispetto dei principi e delle procedure previste per l'adozione di ritorsioni, può chiedere che sia instaurato un arbitrato per la risoluzione della questione. Tale procedimento arbitrale, tuttavia, è deferito allo stesso Panel che ha originariamente deciso la controversia o, se non risulta possibile, il Direttore Generale procede alla nomina di un nuovo collegio arbitrale. Anche in tal caso la decisione assunta in esito all'arbitrato è vincolante per le parti e non può essere soggetta ad appello.

2.1.2 – Gli organi previsti della Convenzione ICSID.

Il sistema dalla Convenzione ICSID ascrive la funzione di risoluzione delle controversie a due organi: i Tribunali arbitrali e i Comitati *ad hoc*. Il Consiglio Amministrativo e il Segretariato sono, inoltre, previsti quali organi con funzioni amministrative.

Il Consiglio Amministrativo è l'organo rappresentativo degli Stati Contraenti, esso è composto da un rappresentante per ogni Stato e presieduto dal Presidente della Banca Mondiale, il quale, tuttavia, è privo del diritto di voto.[119] Con voto a maggioranza di due terzi, al Consiglio Amministrativo è attribuita, in particolare, la funzione di adottare le regole di procedura per l'istituzione e lo svolgimento dei procedimenti arbitrali e di conciliazione.[120]

Il Segretariato è composto, oltre che dal personale interno, dal Segretario Generale e da uno o più vice-segretari, entrambi eletti dal Consiglio Amministrativo a maggioranza di due terzi dei suoi membri su nomina del Presidente, per un termine non superiore a sei anni e rinnovabile.[121] Il Segretario Generale è il rappresentate legale e il principale responsabile del Centro, anche con riferimento alla sua amministrazione. A confermare la volontà di creare un sistema di risoluzione delle controversie il più possibile depoliticizzato, la Convenzione prescrive specificamente non solo l'incompatibilità tra il ruolo di Segretario Generale o vice-Segretario e qualsiasi funzione politica, ma

[119] Convenzione ICSID, Artt. 4 e 5;

[120] Convenzione ICSID, Art. 6;

[121] Convenzione ICSID, Artt. 9 e 10;

anche l'impossibilità per gli stessi di svolgere alcun altro impiego o occupazione se non previa approvazione del Consiglio di Amministrazione.[122]

Il Segretario Generale, tra gli altri, ha il compito di svolgere un rigoroso monitoraggio con riferimento alla composizione degli organi giurisdizionali, Tribunali arbitrali e Comitati *ad hoc*, la cui disciplina è oggetto di prescrizione dettagliata nella Convenzione stessa.

La costituzione dei Tribunali ICSID è regolata da due principi: il primo è la libertà di scelta delle parti, che costituisce espressione di una delle caratteristiche tipiche dell'arbitrato quale strumento per la risoluzione delle controversie, diretto a ripristinare l'equilibrio tra le parti mediante l'operato di giudici dotati di specifiche competenze in relazione alle questioni da risolvere e che godono della fiducia dei contendenti. Il secondo principio, che si pone quale bilanciamento di quello appena menzionato, nonché garanzia dell'efficace funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie, è costituito dalla non-frustrazione. La Convenzione, infatti, predispone un circoscritto numero di regole inderogabili dirette a garantire l'efficienza del sistema.[123]

La costituzione del Tribunale è deferita alle parti, alle quali è attribuita la possibilità di decidere il numero di arbitri chiamati a comporre il collegio arbitrale, nonché il metodo per la loro nomina. Tale accordo può essere contenuto sia all'interno dello strumento mediante il quale le parti hanno prestato il proprio consenso all'arbitrato, sia in un apposito compromesso. La Convenzione prescrive un termine di 90 giorni, a partire dalla registrazione della richiesta presso il Centro, per la costituzione del Tribunale, tuttavia, alle parti è consentito allungare tale periodo mediante accordo, pratica che viene attuata nella maggior parte dei casi.[124] Tale procedimento di costituzione si considera concluso con l'accettazione della nomina da parte degli arbitri scelti.

L'Articolo 37.2(a) prescrive inderogabilmente la necessità che il Tribunale sia composto da un numero dispari di arbitri. Tale previsione, se da un lato costituisce un limite alla libertà delle parti, dall'altro è volta ad evitare la possibilità che si crei una situazione di stallo nel procedimento decisorio. Nella pratica maggioritaria, i Tribunali ICSID sono composti da tre arbitri, due dei quali

---

[122] Convenzione ICSID, Art. 11;

[123] Per quanto attiene all'individuazione dei due principi citati: SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 476;

[124] Convenzione ICSID, Art. 38;

nominati rispettivamente dalle parti della controversia, mentre per la designazione del terzo vengono utilizzate diverse modalità. Una possibilità è costituita dall'individuazione mediante accordo delle parti, oppure degli arbitri indicati da ciascuna di esse, o devoluzione dell'incarico ad una terza parte, quale potrebbe essere un funzionario neutrale, specificamente il Presidente del Consiglio di Amministrazione, il Segretario Generale oppure un soggetto estraneo al sistema ICSID quale il Presidente della Corte Internazionale di Giustizia o il presidente di una corte suprema nazionale. Se, tuttavia, le parti non si accordano sul numero e sulle modalità di nomina, la disposizione dell'Articolo 37.2(b) determina i criteri che devono essere utilizzati: il Tribunale sarà composto da tre arbitri, due dei quali nominati unilateralmente da ciascuna parte e il terzo, Presidente del Tribunale, scelto mediante accordo delle parti.

Se nel termine prescritto dalla Convenzione o dall'accordo delle parti, il Tribunale non è costituito, l'Articolo 38 attribuisce al Presidente del Consiglio Amministrativo il compito di nominare gli arbitri mancanti, subordinando l'attivazione di questo meccanismo alla richiesta di una delle parti della controversia. Tala richiesta, sebbene rivolta al Presidente, deve essere effettuata mediante il Segretario Generale che detiene il controllo sull'intero procedimento di composizione del Tribunale. Questa disposizione costituisce, infatti, espressione del principio di non-frustrazione del procedimento, la cui operatività non è necessariamente correlata alla negligenza o mancanza di cooperazione di una delle parti, ma può dipendere anche semplicemente da una concreta difficoltà verificatasi.[125] Nel procedere all'identificazione di ciascun arbitro, il Presidente del Consiglio di Amministrazione è tenuto a consultare entrambe le parti ed agisce su raccomandazione del Segretario Generale. Una limitazione del potere del Presidente è costituita dal divieto di nominare un arbitro di nazionalità o co-nazionale delle parti della controversia.[126]

La nomina di un arbitro è sottoposta ad accettazione da parte della persona indicata, il cui consenso non costituisce un atto dovuto, ma può dipendere da un preventivo accordo relativamente al compenso spettante. Se nel termine di 15 giorni la persona nominata non comunica alcuna risposta, si ritiene che abbia declinato la nomina. La nomina e l'accettazione degli arbitri devono essere notificate al Segretario-Generale. Una volta che la costituzione del Tribunale è completata, la sua composizione

[125] SCHREUES, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 490;

[126] Convenzione ICSID, Art. 38;

non può più essere modificata, se non attraverso i procedimenti di sostituzione e squalifica previsti dagli Articoli 56, 57 e 58.

In capo a ciascun arbitro componente il collegio giudicante, come nei Panel costituiti in seno all'OMC, è posto un dovere di *"disclosure"* riguardante attività professionali presenti e future, eventuali relazioni intercorse con le parti o qualsiasi altra circostanza che possa incidere sull'affidamento riposto su di esso quale giudice indipendente. Tale obbligo perdura anche successivamente alla sua nomina e all'inizio del procedimento arbitrale con riferimento ad ulteriori circostanze che possono sopravvenire nello svolgimento della funzione.[127]

Come nel sistema disciplinato in seno all'Organizzazione Mondale del Commercio, anche la Convenzione ICSID prevede la predisposizione di un Panel di arbitri, inteso come lista di persone con i requisiti richiesti per poter essere chiamati a comporre uno specifico Tribunale ICSID. Specificamente, ad ogni Stato contraente è attribuita la possibilità di designare quattro persone da inserire in tale lista, inoltre, altri dieci arbitri possono essere nominati dal Presidente del Consiglio di Amministrazione.[128]

Mentre le parti possono nominare come arbitri anche persone non indicate nella lista, a condizione che siano in possesso dei requisiti previsti per lo svolgimento di tale funzione, la scelta operata dal Presidente del Consiglio di Amministrazione ai sensi dell'Articolo 38 non può cadere su soggetti non presenti in tale lista.[129] Tuttavia, tale limitazione risulta essere apparente se si considera il potere attribuito al Presidente stesso di nominare arbitri al fine del loro inserimento nel Panel apposito. Infatti, se non ha esaurito le dieci nomine a lui concesse, può procedere a inserire un ulteriore nominativo nel Panel al momento in cui risulta incaricato della designazione di un determinato arbitro a comporre il Tribunale arbitrale in relazione alla specifica controversia sottoposta al Centro. Non sussistono, invero, limitazioni temporali per l'indicazione dei soggetti designati a comporre il Panel previsto dall'Articolo 3 della Convenzione. Il Presidente, tuttavia, deve assicurarsi non solo di

[127] ICSID Arbitration Rules, Rule 6 come modificata nel 2006;

[128] Convenzione ICSID, Art. 13;

[129] Convenzione ICSID, Art. 40;

scegliere persone aventi nazionalità tra loro diverse,[130] ma anche che mediante esse siano rappresentati i principali ordinamenti mondiali e le maggiori forme di attività economica.[131]

La predisposizione di tale lista è diretta non solo a facilitare le parti nella scelta dei componenti del Tribunale, ma anche a contribuire alla creazione di un certo grado di continuità. Le persone inserite nella lista vi restano per sei anni, tuttavia, se al momento della scadenza sono nominati a formare un Tribunale, continueranno a svolgere il loro incarico. Diversamente, una volta decorso il termine di sei anni, continuano a permanere nella lista fino alla nomina di un successore; pertanto, l'autorità designante può procedere a sostituire le proprie nomine in qualsiasi momento, successivamente alla loro scadenza. Questa possibilità si traduce nella permanenza all'interno del Panel di soggetti in relazione ai quali i termini prescritti sono già decorsi, ma i diretti interessati non hanno esercitato la possibilità di procedere alla loro sostituzione, con la conseguenza che la durata prevista dalla Convenzione non ha di fatto alcun valore vincolante.

Diversamente da quanto accade in seno all'OMC, la lista contenente i nominativi degli arbitri, detenuta dal Segretario Generale del Centro, è trasmessa periodicamente agli Stati Contraenti e a qualsiasi Stato o persona che ne faccia richiesta. In tale lista devono essere indicati non solo i dati anagrafici, ma anche l'autorità designante e le qualifiche di ciascun singolo individuo ivi presente.[132]

Un ulteriore limitazione alla libertà delle parti nella nomina degli arbitri è dettata dall'Articolo 39: la maggioranza degli arbitri non deve essere di nazionalità o co-nazionale delle parti della controversia. Tale norma inderogabile è diretta non solo ad evitare la possibilità che sorga solo il sospetto di una mancanza di obbiettività da parte del collegio giudicante, ma anche che il terzo arbitro nominato si trovi nella concreta situazione di giudicare quale arbitro unico, dovendo cercare di mantenere l'equilibrio tra due arbitri nominati rispettivamente da ciascuna parte, inclini ad agire come sostenitori delle stesse.[133]

---

[130] Convenzione ICSID, Art. 13.2;

[131] Convenzione ICSID, Art. 14.2;

[132] ICSID Administrative and Financial Regulations, regulation 21.4;

[133] Tale aspetto veniva sottolineato da Broches A. nel corso dei lavori preparatori, ripreso in SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 499;

La presenza di arbitri di nazionalità delle parti, sebbene sia da evitare in via di principio, non è esclusa espressamente dalla Convenzione ICSID, ma è concessa con la limitazione che essi costituiscano solo una parte minoritaria del collegio.[134] Questo implica che, se un Tribunale è composto da tre arbitri, solo uno di questi potrà avere la nazionalità o essere co-nazionale di una delle parti, previo consenso dell'altra parte, che il tal modo diviene consapevole di rinunciare alla possibilità di nominare a sua volta un proprio nazionale o co-nazionale.[135] Tale limitazione, tuttavia, non opera nel caso in cui il Tribunale sia composto da un solo arbitro o la nomina di ciascun arbitro venga effettuata mediante accordo delle parti. Diversamente, il limite prescritto dall'Articolo 39 diventa maggiormente stringente se la nomina degli arbitri avviene mediante il procedimento previsto dall'Articolo 37.2(b).[136]

Il problema che si pone a tale proposito attiene alla identificazione della nazionalità dell'investitore, in particolare con riferimento al caso in cui le parti si siano accordate ai sensi dell'Articolo 25.2(b), di cui si è trattato nel capitolo precedente.

La Convenzione ICSID prevede un ulteriore categoria di organi aventi funzioni giurisdizionali: i Comitati *ad hoc*. Tale previsione, tuttavia, non comporta la creazione di un doppio grado di giudizio, contrariamente a quanto previsto negli ordinamenti interni degli Stati e nel procedimento previsto in seno all'OMC. In conformità ai meccanismi predisposti per la risoluzione di controversie internazionali, che nella maggior parte dei casi non prevedono un doppio grado di giurisdizione, la Convenzione ICSID non attribuisce ai Comitati *ad hoc* il compito di rivedere nel merito la decisione dei Tribunali arbitrali al pari di una corte d'appello. Come verrà analizzato approfonditamente in seguito, a differenza del sistema disciplinato dall'OMC che a tale proposito costituisce un'eccezione tra le corti internazionali, la Convenzione ICSID prevede la vincolatività tra le parti del lodo una volta che è stato emesso dal Tribunale arbitrale senza possibilità di sottoporlo ad appello o ad altro rimedio. Infatti, i Comitati *ad hoc* a differenza dell'Appellate Body, non svolgono il ruolo di giudice di seconda istanza, bensì hanno il compito di assicurare il rispetto della legittimità del procedimento arbitrale.

---

[134] Convenzione ICSID, Art. 39;

[135] Arbitration Rules, rule 1.3;

[136] Arbitration Rules, rule 3.1;

I Comitati *ad hoc* sono composti da tre arbitri nominati dal Presidente del Consiglio di Amministrazione dalla lista indicata dall'Articolo 13. Considerata la funzione loro attribuita, i componenti di tali Comitati non solo non possono essere stati anche membri del Tribunale che ha emesso la pronuncia la cui legittimità è sottoposta al loro controllo, ma non possono nemmeno avere la stessa nazionalità né di tali arbitri, né delle parti della controversia, né possono essere stati inseriti nella lista indicata da alcuno degli Stati coinvolti nella controversia.[137]

Gli Stati Contraenti, diversamente rispetto all'AB nel sistema dell'OMC, esercitano un'influenza indiretta e piuttosto limitata nella composizione dei Comitati, dipendente soltanto dalle nomine effettuate dai primi nella composizione del Panel previsto dall'Articolo 3. In secondo luogo, la notevole importanza nel procedimento ICSID dell'annullamento previsto dall'Articolo 52 della Convenzione, nonché un'esigenza di coerenza delle decisioni dei annullamento ha condotto a garantire una certa continuità nella composizione dei Comitati *ad hoc* che si sono succeduti nell'espletamento delle proprie funzioni. Ne consegue che, nella concreta nomina dei membri, il Presidente non è totalmente libero nella scelta, ma cerca di fare in modo che almeno uno di essi sia stato membro di uno dei Comitati cronologicamente precedenti.[138] Tuttavia, tale possibilità risulta limitata dalle esclusioni prescritte dall'Articolo 52.3. Alle parti della controversia, pertanto, non è concesso alcun intervento nel procedimento di costituzione dei Comitati *ad hoc*, che resta totalmente in capo al Presidente del Consiglio di Amministrazione, diversamente rispetto alla composizione dei Tribunali. Non è specificamente disciplinata, invece, la modalità con cui viene nominato il presidente del singolo Comitato, tuttavia nella pratica quest'ultimo viene eletto dagli stessi tre arbitri investiti del procedimento di annullamento.

Le qualità di cui devono essere in possesso gli arbitri, sia ai fini del loro inserimento nell'apposita lista, sia qualora siano nominati dalle parti al di fuori della stessa, sono dirette a garantire la loro indipendenza e imparzialità. L'Articolo 14 della Convenzione ICSID prescrive espressamente tre requisiti: l'alta moralità, la competenza e l'indipendenza. Benché non indicato espressamente, si ritiene generalmente necessario anche il requisito dell'imparzialità.

---

[137] Convenzione ICSID, Art. 52.3;

[138] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1029-1033;

Sebbene anche la Convenzione ICSID preveda la necessità che gli arbitri siano in possesso di una riconosciuta competenza nei diversi ambiti del diritto, del commercio, dell'industria o della finanza, tale requisito è prescritto genericamente, diversamente da quanto è previsto nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC. Infatti, in quest'ultimo sistema i soggetti vengono chiamati a comporre i singoli Panel o l'AB in ragione delle competenze specifiche di cui sono in possesso con riferimento all'ambito della controversia in relazione alla quale sono chiamati a pronunciarsi e allo specifico accordo che viene in questione. Al contrario, il requisito di competenza previsto dalla Convenzione ICSID è meno stringente, probabilmente in ragione delle diverse modalità previste per la composizione di ciascun organo giudicante, nonché del diverso ruolo assunto dalle parti della controversia in tale fase. Infatti, se nel sistema OMC la scelta dei giudici appare maggiormente vincolata sia con riferimento ai soggetti sia in ragione del ruolo di primario rilievo svolto dal Segretariato nell'attribuzione concreta della funzione giudicante, nel sistema ICSID la scelta degli arbitri compete primariamente alle parti, le quali, nei limiti illustrati, sono libere di incaricare, direttamente o in via indiretta, soggetti sui quali riporre la propria fiducia ai fini della risoluzione della specifica controversia.

La distinzione che viene comunemente effettuata tra indipendenza ed imparzialità è determinata dal carattere maggiormente oggettivo del primo termine e soggettivo del secondo. Infatti, con la parola indipendenza si intende l'assenza di qualsiasi relazione tra l'arbitro e una delle parti che possa influenzare l'obiettività del primo. Diversamente, con imparzialità si fa riferimento ad un concetto maggiormente soggettivo, implicante l'assenza di ciò che con terminologia anglosassone viene definito *"bias"*, ovvero quella forma di propensione o predilezione, attuale o apparente, di un arbitro nei confronti di una delle parti o di particolari aspetti di merito della controversia, dipendente da opinioni personali capaci di influenzare il suo giudizio.[139]

Sebbene l'indipendenza sia prevista quale requisito generico, è evidente che questioni attinenti alla sua mancanza così come a quella dell'imparzialità non possono sorgere che con riferimento ad una specifica parte o ad una determinata controversia.[140] Infatti, una persona capace di esercitare un

[139] DE BRABANDERE Eric, "Investment Treaty Arbitration as Public International Law", Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 80-81;

[140] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 49;

giudizio indipendente in generale può comunque non avere i requisiti per essere membro di uno specifico tribunale se presenta un conflitto di interessi. Quest'ultima, infatti, è la causa più comune indicativa di una mancanza di indipendenza in capo all'arbitro e può concretizzarsi, ad esempio, nell'esistenza di rapporti di tipo professionale tra quest'ultimo e la parte o uno dei suoi legali o lo studio legale di cui quest'ultimo fa parte, antecedenti al sorgere della controversia,[141] nella ripetuta nomina dello stesso arbitro, oppure sulla base del ruolo svolto in precedenti casi.[142]

La possibilità di avere contezza dell'orientamento di ciascun arbitro è determinata non solo dalla pubblicazione dei lodi alla cui pronuncia questi ultimi hanno partecipato, ma anche dalla possibilità concessa dalla stessa Convenzione ICSID agli arbitri dei singoli Tribunali di emettere opinioni dissenzienti o concordanti con la decisione finale.[143] Inoltre, anche l'attività svolta dal singolo individuo, quale la redazione di articoli od altre pubblicazioni, nonché l'essere parte di uno studio legale, possono incidere sulla scelta operata dalle parti in favore di un determinato arbitro. Tuttavia, tale inferenza non determina *ipso facto* il sorgere di una questione di carenza di indipendenza o imparzialità.

La ripetuta nomina dello stesso arbitro in diverse controversie ad opera della medesima parte coinvolta, secondo alcuni autori, è in grado di incidere sulla percezione di indipendenza del primo in quanto può potenzialmente creare una sorta di dipendenza economica dell'arbitro nei confronti della parte coinvolta. Tuttavia, tale evenienza non comporta di per se il venir meno dei requisiti di indipendenza ed imparzialità potendo, al contrario, essere considerata quale sintomo della loro sussistenza in capo all'individuo specificamente scelto.[144] Ne deriva l'impossibilità di determinare a priori dei criteri che giustificano l'assenza dei requisiti necessari per poter essere chiamati a comporre un tribunale arbitrale. Al contrario, si tratta di effettuare un giudizio casistico ogniqualvolta emerga una contestazione a tale proposito.

---

[141] *Compañía de Agua del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi v. Argentina)*, ICSID case n. ARB/97/3, Decision on the challenge to the President of the Committee, 3 October 2001, para. 14-15;

[142] *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. The Hashemite Kingdom of Jordan (Salini v. Jordan)*, ICSID Case n. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, para. 9;

[143] Convenzione ICSID, art. 48.4;.

[144] *Tidewater Inc., Tidewater Investment S.r.l., Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C., Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. v. The Bolivarian Republic of Venezuela (Tidewater v. Venezuela)*, ICSID case n. ARB/10/5, Decision on the Proposal of Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 23 December 2010, para. 64;

Nondimeno, l'elaborazione di linee giuda che individuano le situazioni in cui appaiono essere presenti conflitti di interessi che possono minare l'indipendenza e l'imparzialità del singolo arbitro, assieme al dovere di *"disclosure"* gravante sugli arbitri per l'intera durata del procedimento, sono certamente di supporto nel giudizio riguardante la manifesta assenza delle qualità prescritte dall'Articolo 14 della Convenzione. Il riferimento, con riguardo al primo elemento richiamato, è all'opera svolta dall'*International Bar Association* (IBA) con l'elaborazione di linee giuda sui conflitti di interessi nell'arbitrato internazionale, prese in considerazione degli stessi Tribunali ICSID, nella consapevolezza del loro valore meramente indicativo e non vincolante.[145]

La manifesta mancanza dei requisiti indicati dalla previsione dell'Articolo 14, nonché di quelli previsti ai fini della nomina a comporre uno specifico Tribunale relativi alla nazionalità degli arbitri ai sensi degli Articoli 38 e 39, costituiscono il presupposto indispensabile per la richiesta di squalifica dal collegio giudicante proponibile da una delle parti al Tribunale stesso, ai sensi dell'Articolo 57. Pertanto, non è tanto la semplice designazione di persone ai fini del loro inserimento nel Panel previsto dall'Articolo 3 assoggettabile a scrutinio, bensì, ciò che può essere oggetto di contestazione è la nomina di un arbitro a formare uno specifico Tribunale ICSID.

La decisione in merito alla richiesta avanzata è posta direttamente in capo agli altri componenti del medesimo Tribunale del quale fa parte l'arbitro destinatario della contestazione.[146] È prevista anche la possibilità dell'intervento del Presidente del Consiglio di Amministrazione qualora non sia possibile addivenire ad una decisone a causa della divergenza in merito alla questione da parte degli altri due o più componenti del Tribunale che non consenta la formazione di una maggioranza, oppure in ragione della composizione monocratica del Tribunale stesso.

Tuttavia, il procedimento da ultimo menzionato richiede un onere della prova piuttosto considerevole, consistente specificamente nell'elevato grado di probabilità, non già nella mera possibilità, che porta a ritenere l'arbitro quale persona sulla cui indipendenza ed imparzialità non sia possibile fare

---

[145] IBA *Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*, la cui prima adozione risale al 2004, ma sono state oggetto di revisione ed aggiornamento anche alle esigenze più specifiche dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti nell'anno 2014;

[146] Convenzione ICSID, Art. 58;

affidamento sulla base dei fatti invocati dalla parte richiedente.[147] Il requisito della manifestatezza, pertanto, comporta un giudizio di carattere obiettivo fondato sulla ovvietà o evidenza della mancanza di imparzialità ed indipendenza determinata dall'accertamento dei fatti invocati dalla parte che ha avanzato la richiesta di squalifica, non invece su mere supposizioni.

Sebbene apparentemente i requisiti indicati appaiano chiari ed indiscutibili, non altrettanto può affermarsi in merito alla loro applicazione concreta da parte degli stessi Tribunali ICSID. Nonostante questa considerazione e i diversi approcci individuabili nelle pronunce degli organi giudicanti, appare nondimeno innegabile una certa ritrosia dimostrata nell'accoglimento delle richieste di squalifica fino ad ora avanzate, numericamente piuttosto esigue.

2.1.3 – Considerazioni.

Alla luce dell'analisi dei due sistemi, la prima differenze che emerge attiene all'incidenza che svolgono organi propriamente politici nella costituzione dei collegi giudicanti. Nel sistema OMC, tale influenza è chiara fin dal principio e determinata dall'intervento del Segretario Generale nella scelta dei componenti dei singoli Panels, successiva alla loro istituzione ad opera del DSB, alla quale le parti possono opporsi solo per validi motivi. Diversamente, nel sistema ICSID, l'intero procedimento di formazione dei Tribunali è governato dal principio di libertà delle parti, con la conseguenza che l'intervento di organismi terzi rispetto alle stesse, quale tra tutti il Presidente del Consiglio Amministrativo, non solo è residuale, ma in ogni caso subordinato ad espressa richiesta ad opera di una delle parti.

In secondo luogo, se si considera chi è chiamato a rivestire rispettivamente l'incarico di Segretariato nell'OMC e il Presidente del Consiglio Amministrativo nell'ICSID, si trova un'ulteriore conferma della diversa connotazione che assume la risoluzione delle controversie nei due sistemi oggetto di analisi. Il Segretariato dell'OMC è composto da un Direttore Generale, il quale a sua volta sceglie dei vice-Direttori. Il primo è nominato dalla Conferenza Ministeriale, composta da rappresentanti di tutti

---

[147] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic and Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Aguas S.A. v. Argentine Republic (Vivendi v. Argentina II)*, ICSID case n. ARB/03/17 e ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 12 May 2008, para. 29;

gli Stati Membri, mediante il meccanismo del *consensus*, oppure qualora ciò non sia possibile attraverso una votazione sulla base del sistema un membro-un voto, a tale fine l'Unione Europea non è considerata un membro unitario, bensì ciascuno Stato è titolare di un voto.[148]

A sua volta, il ruolo di Presidente del Consiglio Amministrativo dell'ICSID è rivestito dal Presidente della Banca Mondiale, la cui nomina avviene ad opera del Consiglio Esecutivo della stessa. Quest'ultimo, sebbene composto da 24 Direttori Esecutivi nominati o eletti dai Paesi Membri, non adotta decisioni sulla base del meccanismo una persona-un voto, bensì il sistema di voto è ponderato sulla quote di capitale versate dai Membri stessi. Ne consegue che la nomina del Presidente è attribuita sostanzialmente al governo degli Stati Uniti, principale azionista della Banca Mondiale. Questa considerazione potrebbe indurre a ritenere politicamente sbilanciato anche il sistema creato dalla Convenzione ICSID, tuttavia l'assenza del potere di voto in capo al Presidente del Consiglio Amministrativo, nonché il ruolo residuale che lo stesso assume nella composizione dei Tribunali e subordinato alla richiesta delle parti, consentirebbe di mantenere l'intero procedimento depoliticizzato, anche se non appare possibile escludere la possibilità per il maggiore azionista della Banca Mondiale di esercitare influenze all'interno del sistema.

La differenza appena menzionata si riflette necessariamente anche con riferimento alla composizione dell'Appellate Body e dei Comitati *ad hoc*. Appare emergere in entrambi i sistemi la possibilità di esercitare un'influenza nella scelta dei componenti di entrambi gli organi da parte dell'Unione Europea e degli Stati Uniti in seno all'OMC, mentre soltanto dei secondi per quanto attiene al sistema ICSID.

Un esame concreto sia delle liste detenute in seno ad entrambi i sistemi indicanti le persone in possesso dei requisiti per essere nominate a comporre i rispettivi organi giudicanti, sia dei *panelists* e degli arbitri indicati nelle decisioni pubblicate fa emergere come non sia infrequente la corrispondenza tra gli individui chiamati a pronunciarsi nelle controversie portate avanti ciascun sistema.[149]

---

[148] WTO Agreement, Artt. IV e IX;

[149] A titolo di esempio e limitandoci ai componenti dell'AB che hanno svolto funzione di arbitri anche in seno all'ICSID: Ricardo Ramírez-Hernández, attuale componente dell'Appellate Body, è stato anche arbitro componente di Tribunali ICSID; Giorgio Sacerdoti, componente dell'AB per il periodo dal 2001 al 2009,è stato chiamato varie volte a comporre Tribunali ICSID; Georges Michel Abi-Saab, componente dell'AB dal 2000 al 2008, è stato anche arbitro in controversie

A tale proposito, infatti, i requisiti richiesti dal DSU e dall'Articolo 14 della Convenzione ICSID di cui devono essere in possesso i soggetti chiamati a comporre gli organi giudicanti sono assimilabili. Assieme all'indipendenza anche l'imparzialità, sebbene non espressamente menzionata dalla Convenzione ICSID, si ritiene sia un requisito imprescindibile. Per quanto attiene poi alle abilità richieste, l'assenza di indicazione degli specifici ambiti di competenza dal sistema ICSID non influisce concretamente sulla necessaria preparazione degli arbitri nominati. La specifica menzione dei singoli ambiti da parte del sistema OMC appare ricollegabile alla maggiore settorialità delle controversie in ragione del loro sorgere dall'applicazione di uno dei più accordi negoziati in seno all'Organizzazione stessa.

Infine, entrambi i sistemi attribuiscono alle parti la possibilità di chiedere la squalifica di uno dei componenti del collegio giudicante per la mancanza delle qualifiche necessarie, in particolare connessa alla presenza di un conflitto di interessi che incide sull'imparzialità e indipendenza. La decisione sulla squalifica, mentre nel DSU è attribuita direttamente al Presidente del DSB, nel sistema ICSID è di competenza degli altri componenti del Tribunale oppure, in via residuale, del Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Da quanto analizzato appare che, se nel sistema di risoluzione delle controversie OMC il ruolo svolto dal Presidente del DSB e, soprattutto, dal Segretariato nella formazione degli organi giudicanti sia di notevole rilievo, non altrettanto emerge con riferimento al Presidente del Consiglio Amministrativo dell'ICSID, il cui intervento è residuale e connesso alla necessità di non frustrare il funzionamento del meccanismo. Il principio di libertà delle parti che caratterizza il sistema ICSID, infatti, non appare trovare un corrispettivo altrettanto salvaguardato nel procedimento disciplinato dal DSU.

2.2 IL DIRITTO APPLICABILE.

Il diritto applicabile costituisce un elemento di rielevo nella comparazione dei due sistemi di risoluzione delle controversie oggetto della presente analisi. La possibilità di applicare fonti normative diverse determina conseguenze rilevanti nella definizione della controversia. L'interazione

---

ICSID; Luis Olavo Baptista, membro dell'AB dal 2001 al 2009, è presente anche nella lista nonché arbitro in Tribunali ICISD; Florentino Feliciano, componente dell'AB dal 1995 al 2001, membro anche di Tribunali ICSID; Merit E. Janow, membro dell'AB dal 2003 al 2007, nonché componente di un Tribunale ICSID;

tra il sistema di risoluzione delle controversie OMC e quello disciplinato dalla Convenzione ICSID può, infatti, essere analizzata anche con riferimento alle fonti a cui ciascun sistema consente di fare ricorso. L'eventuale corrispondenza di alcune di esse può consentire l'identificazione di un punto di connessione che costituisce un ulteriore elemento della convergenza dei due sistemi.

Occorre primariamente specificare che con diritto applicabile il riferimento è al merito della controversia, non alla legge procedurale o a quella applicabile al contratto nel caso degli investimenti. Infatti, il procedimento per la risoluzione delle controversie in seno all'OMC trova la propria disciplina all'interno del DSU, e talvolta di singoli Accordi OMC, mentre non viene effettuato alcun riferimento a normative esterne rispetto al sistema stesso. Parimenti, nell'ambito ICSID è la Convenzione medesima a disciplinare in modo esaustivo il procedimento arbitrale, anche attraverso le norme adottate tramite l'accordo delle parti sulla base di quanto previsto dalla prima. Nell'assenza di una guida all'interno del sistema in relazione a specifiche esigenze, il Tribunale decide la questione procedurale in modo indipendente, non essendo tenuto a fare ricorso a regole esterne.[150]

2.2.1 – Il diritto applicabile secondo il sistema di risoluzione delle controversie OMC.

Il DSU non contiene una norma che prescriva una disciplina chiara e compiuta della legge applicabile al merito della controversia. Diversamente, vari sono gli articoli contenenti indicazioni indirette dalle quali è possibile ricavare la normativa applicabile. Tale constatazione appare essere la causa della diversità di tesi che si sono sviluppate con riferimento alla tematica in analisi. La mancanza di una univoca indicazione ha comportato lo svilupparsi di opinioni riconducibili principalmente a due teorie, che si diversificano in ragione del ruolo attribuito al diritto internazionale nella risoluzione delle controversie.

Prima di analizzare tali teorie è opportuno considerare i riferimenti normativi contenuti nel DSU. La comprensione della tematica rende necessaria una considerazione complessiva e trasversale specificamente di alcuni articoli, la cui analisi individuale non consente né la definizione della questione, né l'apprezzamento delle diverse teorie.

---

[150] Convenzione ICSID, Art. 44;

Innanzitutto, la disciplina del diritto applicabile al merito della controversia appare deducibile dalle previsioni contenute negli Articoli 1, 3, 7, 11, 19 e 23 del DSU.

L'Articolo 1 del DSU, come già esaminato, disciplina l'ambito di applicazione dell'Intesa stessa. Sebbene, ad una prima lettura, non appaia diretto a regolare la legge applicabile alle controversie OMC, contiene una limitazione stabilita con riferimento all'ambito di giurisdizione, ma che produce i propri effetti anche relativamente alla tematica in analisi. L'ambito di applicazione del DSU è determinato in relazione all'Accordo istitutivo dell'OMC, agli accordi elencati nell'Allegato 1 di quest'ultimo e al DSU stesso. Non emerge alcun riferimento ad altre norme.

Benché permanga chiara ed incontroversa la distinzione tra la giurisdizione del sistema di risoluzione delle controversie OMC e la legge applicabile allo stesso, la disciplina contenuta nella citata disposizione del DSU porta a ritenere sussistente un condizionamento della seconda generato dalla delimitazione della prima. La disposizione contenuta nell'Articolo 3.2 del DSU, infatti, conferma questa considerazione: il sistema di risoluzione delle controversie OMC è diretto a preservare i diritti e le obbligazioni dei Membri pervisti dai "*covered agreements*", nonché a chiarire le previsioni contenute negli stessi conformemente alle norme consuetudinarie di interpretazione del diritto internazionale pubblico. Tuttavia, tale attività deve essere portata a termine dal DSB senza determinare un incremento o una diminuzione dei diritti e degli obblighi stessi così come previsti dagli Accordi.[151]

È evidente, pertanto, come sia l'ambito di giurisdizione, sia il diritto applicabile alla risoluzione delle controversie siano strettamente ancorati agli Accordi indicati nell'Articolo 1 del DSU. La funzione del meccanismo di risoluzione delle controversie, infatti, è quella di assicurare l'attuazione degli accordi stipulati in seno all'OMC al fine di garantire la sicurezza e la prevedibilità del sistema multilaterale degli scambi commerciali. Alla luce di questa considerazione, nonché della delimitazione della giurisdizione, il diritto applicabile alla risoluzione delle controversie non può che essere quello previsto dai medesimi accordi indicati, poiché solo in tal modo si consentirebbe di garantire la realizzazione dell'obiettivo stabilito.

[151] DSU, Art. 3.2;

La centralità di tale obiettivo è sottolineata anche da due ulteriori specificazioni contenute successivamente nel paragrafo 2 dell'Articolo 3. In base alla prima, il sistema è diretto a preservare i diritti e le obbligazioni dei Membri così come sanciti dagli accordi, i quali, considerando la seconda, non possono essere modificati attraverso raccomandazioni o decisioni del DSB.

Sembrerebbe confermare la delimitazione appena indicata, la previsione contenuta nell'Articolo 7 del DSU che, nel disciplinare i termini di riferimento, prescrive il dovere delle parti di indicare l'accordo alla luce delle cui norme deve essere esaminata la questione sottoposta al DSB.[152] Ne consegue che il Panel investito della quesitone esamina la conformità del particolare comportamento alla luce delle norme indicate dalla parte della controversia.

Inoltre, l'Articolo 11 DSU stabilisce che la funzione del Panel è quella di assistere il DSB nell'effettuare le raccomandazioni o nel pronunciare le decisioni stabilite dagli Accordi indicati.[153] Il Al Panel investito della controversia è richiesto di effettuare una valutazione oggettiva in relazione a quanto specificato dalle parti nei termini di riferimento. Tale investitura comporta l'obbligo per il Panel di fornire una spiegazione adeguata delle risultanze alle quali è giunto. Tuttavia, anche questa disposizione non sancisce né esplicitamente né implicitamente alcun obbligo per il Panel con riferimento al diritto applicabile alla risoluzione della controversia, ma si occupa piuttosto della ripartizione dell'onere della prova, nonché della modalità con cui il Panel è tenuto a sviluppare la propria decisione, risultando nel complesso maggiormente connessa al principio del giusto processo.[154]

Anche l'Articolo 19 DSU, nell'indicare le raccomandazioni che possono essere pronunciate dai Panels o dall'AB, fa riferimento all'accertamento dell'inconsistenza della misura oggetto della controversia con gli Accordi OMC.[155] Ne deriverebbe che sono questi ultimi a costituire il diritto applicabile al merito.

---

[152] DSU, Art. 7.1 e 2;

[153] DSU, Art. 11;

[154] Si veda a tale proposito *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)(EC-Hormones)*, WT/DS26/AB/R, Report of the Appellate Body, 16 January 1998, para. 133;

[155] DSU, Art. 19.1;

L'Articolo 23 DSU, infine, richiama gli Accordi OMC attribuendo in capo ai Membri che vogliono ottenere la riparazione di una violazione di obblighi o annullamenti o compromissione di benefici, il dovere di ricorrere al sistema di risoluzione delle controversia ivi disciplinato, allo scopo di garantire la sicurezza e la prevedibilità delle relazioni commerciali, escludendo la possibilità di adottare unilateralmente misure economiche di alcun tipo e sancendo l'esclusività del meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dal DSU.[156] Appare, tuttavia, che l'esclusività dell'applicazione delle norme prescritte dal DSU al fine di risolvere la controversia insorta sia riferibile solo all'aspetto procedurale, non essendovi, al contrario, alcuna indicazione relativa alla normativa applicabile al merito, se non limitatamente e indirettamente con riferimento agli Accordi OMC. L'obbligo di ricorrere al meccanismo prescritto dal DSU se mira a garantire l'uniformità nell'applicazione delle obbligazioni sostanziali dell'OMC, conseguentemente implicherebbe che la legge applicabile alla risoluzione delle controversie dovrebbe essere costituita esclusivamente dagli Accordi OMC, nonché dall'Accordo istitutivo dell'Organizzazione e dal DSU.[157] Tuttavia, dall'altro lato, sarebbe difficile il raggiungimento dello scopo di garantire sicurezza e prevedibilità se si ritenesse il sistema OMC come esistente in uno spazio astratto e totalmente isolato.[158]

Alla luce di quanto appena affermato sembrerebbe doversi concludere che le uniche fonti del diritto applicabile alla risoluzione delle controversie siano l'Accordo OMC, gli accordi indicati nell'Allegato 1 di quest'ultimo, nonché il DSU stesso. Tuttavia, in nessuna disposizione del DSU è prescritto espressamente un divieto di ricorrere per la risoluzione delle controversie ad altre norme, diverse da quelle indicate. Infatti, è proprio con riferimento alla possibilità di considerare altre fonti che si sono sviluppate opinioni anche divergenti, sebbene a fondamento di ciascuna di esse siano state poste le medesime norme

Non essendo oggetto di discussione che il diritto primariamente applicabile nella risoluzione delle controversie sia costituito dagli Accordi OMC, l'Articolo 3.2 DSU indica la possibilità di ricorrere alle norme di interpretazione del diritto internazionale consuetudinario al fine di chiarire il significato

---

[156] DSU, Art. 23;

[157] REECE Rupert, MASSOT Alexis, BARTOLI Marie-Hélène "Searching for the Applicable Law in WTO Litigation, Investment and Commercial Arbitration" in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration", p. 199, a p. 213;

[158] BARTEL Lorand, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", Journal of World Trade, vol. 35, 2001, p. 499, a p. 519;

delle previsioni contenute negli stessi. Tale riferimento è stato giustificato dall'AB in una delle sue prime pronunce come comportante la necessità di non leggere le norme del sistema OMC *"in clinical isolation from public international law"*.[159] Questa affermazione comporta due ordini di considerazioni: la prima si riferisce all'applicazione delle sole norme interpretative di diritto internazionale consuetudinario al fine di chiarire il significato delle previsioni contenute nell'accordo rilevante, la seconda riguarda l'applicazione alla risoluzione delle controversie delle altre norme di diritto internazionale.

Quanto alla prima considerazione, l'Articolo 3.2 DSU è stato interpretato facendo riferimento agli articoli attinenti all'interpretazione contenuti nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. L'Articolo 31 di quest'ultima costituisce, infatti, la norma generale consuetudinaria per l'interpretazione dei trattati, applicata nel sistema di risoluzione delle controversie OMC sin dall'inizio della sua operatività. In numerose pronunce è stato sottolineato che nell'interpretazione delle norme contenute negli Accordi deve essere effettuato primario riferimento al dato testuale.[160] Anche il contesto dell'Accordo è stato considerato quale elemento utile al fine della sua interpretazione, mediante il riferimento ad altri accordi o altri strumenti sviluppati da tutte o da alcune delle parti contraenti in connessione con la conclusione del trattato, nonché alla sua applicazione pratica.

A tale proposito viene in rilievo la seconda considerazione effettuata, ossia il ricorso ad altre norme di diritto internazionale mediante il riferimento al secondo comma dell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna. Si rende opportuno distinguere tra le norme di altri trattati internazionali incorporate all'interno degli accordi OMC e altre norme che non rientrano neanche indirettamente nel sistema. Mentre nel primo caso può ritenersi consolidata l'applicabilità degli accordi negoziati all'esterno del sistema ai quali specifici Accordi OMC fanno espresso riferimento,[161] non altrettanto chiara è la possibilità di ricorrere ad altre norme di diritto internazionale.

---

[159] *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US-Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, Report of the Appellate Body, 29 April 1996, para. III.B;

[160] Tra le altre: *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US-Shrimp)*, WT/DS58/AB/R, Report of Appellate Body, 12 October 1998, para 114; *EC-Hormones*, Appellate Body Report, para 181;

[161] Con riferimento alla Convenzione di Lomè: *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC-Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, Report of the Appellate Body, 9 September 1997, para. 167; viene richiamata espressamente la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 1971 in

Il ricorso a queste ultime allo scopo di interpretare uno degli Accordi OMC, anche se non previsto, nel sistema dell'Organizzazione è stato preso in considerazione in alcune pronunce.[162] Tuttavia, è proprio su questa questione che si sono sviluppate opinioni contrastanti.

Un primo filone ritiene non applicabile alla risoluzione di controversie OMC norme di diritto internazionale diverse da quelle espressamente menzionate negli Accordi. Secondo una tesi, poiché le norme del DSU fanno esclusivo riferimento agli Accordi elencati nell'Allegato 1 all'Accordo istitutivo dell'OMC, considerate nel loro complesso costituiscono una chiara istruzione per il Panel di pronunciarsi sulla questione basandosi esclusivamente sulle norme citate dalle parti e astenendosi dal fare riferimento ad ulteriori previsioni sostanziali non contenute negli Accordi.[163] Secondo questo approccio, conseguirebbe che l'unica possibilità per estendere la portata della legge applicabile sarebbe costituita dalla modifica dell'Allegato 1, mediante la procedura prevista a tal fine in seno all'OMC. Questo approccio, tuttavia, non solo appare confondere la giurisdizione del sistema di risoluzione delle controversie con il diritto applicabile, ma interpreta in un modo eccessivamente stringente le previsioni del DSU, in modo tale da ricavare un divieto ove non previsto, oltre a non considerare la natura di trattato internazionale sia dell'Accordo istitutivo dell'OMC che degli altri conclusi nel suo ambito.

Conforme a questo primo orientamento, anche se con qualche riserva, appare la tesi in base alla quale il mandato dei Panels, dell'AB e del DSB nella risoluzione delle controversie è costituito dall'applicazione delle sole norme OMC.[164] Tale affermazione deriva dalla considerazione del solo dato letterale in base al quale le previsioni del DSU, in particolare gli Articoli 3.2, 7 e 11, fanno riferimento specificamente ai soli Accordi OMC elencati nell'Allegato 1 dell'Accordo istitutivo quale legge applicabile alla risoluzione delle controversie. Sarebbe contrastante con tale dato ritenere che i Membri intendessero quale legge applicabile anche il diritto non-OMC. Tuttavia, tale opinione riconosce che sia i Panels che l'AB sarebbero autorizzati a ricorrere a norme non-OMC in due casi:

Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products (Canada – Pharmaceutical Patents), WT/DS114/R, Report of the Panel, 17 March 2000, para. 7.14;

[162] *US-Shrimp*, Appellate Body Report, para. 132 con riferimento alla Convenzione relativa al Commercio internazionale di flora e fauna selvatica in via di estinzione;

163 REECE, MASSOT, BARTOLI, "Searching for the Applicable Law in WTO Litigation, Investment and Commercial Arbitration", p. 214-215;

[164] TRACHTMAN Joel P., "The Domain of WTO Dispute Resolution", Harvard International Law Journal, vol. 40, 1999, p. 333, a p. 342-343;

in base all'Articolo 3.2 DSU possono fare riferimento a norme di diritto internazionale consuetudinario di interpretazione che, ad ogni buon conto, non sarebbero direttamente applicabili, bensì, potrebbero solo essere prese in considerazione ed interpretate al fine di evitare possibili conflitti; in secondo luogo, sarebbe possibile l'utilizzo di norme di diritto internazionale sostanziale non-OMC solo se incorporate all'interno della normativa OMC mediante il loro richiamo.

Un secondo orientamento, invece, considera applicabili tali norme in ragione della considerazione che il sistema dell'OMC è stato creato mediante trattati originati all'interno del più ampio corpus del diritto internazionale e, pertanto, non può essere considerato in modo totalmente isolato rispetto a quest'ultimo.[165] Questo conduce a ritenere parte del diritto applicabile nel sistema di risoluzione delle controversie OMC tutte le norme di diritto internazionale rilevanti in relazione alla questione oggetto della controversia. Questa tesi, infatti, identifica due livelli in cui operano gli Accordi OMC: il primo è costituito dal corpo del diritto internazionale in generale, mentre nel secondo sono collocate le corti internazionali aventi giurisdizione limitata in relazione a specifiche norme. Sulla base di questa considerazione, ne consegue che costituiscono parte della legge applicabile dai Panels e dall'AB, oltre agli Accordi OMC, non solo tutte le norme di diritto internazionale generale rilevanti, ma anche alcune norme specifiche, in relazione alla controversia, applicabili indipendentemente dal tribunale investito della questione. Poiché ciò che il DSU limita è la giurisdizione e non il diritto applicabile, questa tesi individua quattro fattori che delimitano quest'ultimo: l'ambito di giurisdizione circoscritto alle sole azioni fondate sugli Accordi OMC, l'obbligo dell'organo decidente di non pronunciarsi *ultra petita*, l'ambito di applicazione delle norme che rilevano e l'eventualità che sorga un conflitto tra le norme applicabili. La definizione della legge applicabile con riferimento ai soli Accordi OMC, secondo questa tesi, determina l'impossibilità per gli organi decidenti di esercitare in modo appropriato la propria funzione.

Un'altra tesi, riconducibile al secondo filone, ancora l'applicabilità di ulteriori fonti di diritto al rispetto della disposizione sancita dall'Articolo 3.2 e sottolineata dall'Articolo 19.2 in base alla quale il DSB, i Panels e l'AB non possono incrementare o diminuire i diritti e gli obblighi stabiliti negli

[165] PAUWELYN Joost, "Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to others Rules of International Law", Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 462 e ss.;

Accordi OMC.[166] La previsione menzionata costituisce, secondo questa tesi, una norma di conflitto che garantisce il prevalere di questi ultimi su altre norme nel caso in cui si verifichi una incongruenza. Tale tesi conferma l'applicabilità, in particolare, del diritto internazionale consuetudinario, in quanto gli Accordi OMC non sono stipulati all'esterno del contesto del diritto internazionale.

Conferma quest'ultima interpretazione anche un'ulteriore tesi, in base alla quale gli Articoli 3.2 e 7 del DSU non costituirebbero altro che la conferma dell'applicabilità di altre fonti di legge, ulteriori agli Accordi OMC.[167] Il richiamo all'Articolo 31 della Convenzione di Vienna contenuto nel DSU legittima il Panel investito della questione a tenere in considerazione nell'applicazione degli Accordi OMC gli altri accordi internazionali conclusi tra le parti tra le quali la controversia è insorta.

La questione che si pone con riferimento a questi accordi, attiene all'identificazione dell'organo deputato alla loro interpretazione. Infatti, qualora nell'ambito della controversia OMC sorga una questione che richiede l'interpretazione di un trattato estraneo al sistema, la cui definizione, tuttavia, appare indispensabile per la risoluzione della controversia principale, non esiste un meccanismo di rinvio all'organo adibito all'interpretazione del primo e, ulteriormente, potrebbe non esistere nemmeno un tale organo. Ne consegue che il Panel o l'AB sarebbe tenuto a pronunciarsi sull'interpretazione del trattato esterno, con la conseguenza che diventerebbe anch'esso fonte del diritto applicabile alla controversia, seppur in via incidentale. Con riferimento a tale eventualità, tuttavia, non appare essere presente alcuna norma all'interno del DSU né del sistema OMC che escluda o impedisca un'operazione di questo tipo, al contrario sussiste un divieto di *non liquet* che vieta all'organo giudicante di astenersi dal pronunciarsi nel merito della controversia.

Alla luce della disposizione contenuta nell'Articolo 7 del DSU, per il Panel investito della questione sembra, infatti, non essere presente alcun vincolo relativo al riferimento esclusivo alle previsioni degli accordi indicate dalla parte. Ne conseguirebbe la possibilità per l'organo decidente di consultare altre fonti di diritto diverse.[168] Secondo questa ricostruzione, pertanto, in capo alla parte che effettua la

---

[166] BARTELS, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", p. 499; conforme a questa tesi è anche l'opinione di MARCEAU Garbielle, "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties", Journal of World Trade, vol. 35, 2001, p. 1081, a p. 1103;

[167] PALMETER David, MAVROIDIS Petros, "The WTO Legal System: Sources of Law", American Journal of International Law, vol. 92, 1998, p. 398, a p. 399 e ss.;

[168] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 355;

richiesta al DSB vi è l'obbligo di indicare le norme di riferimento limitate agli Accordi OMC, mentre il Panel non sarebbe vincolato da tale indicazione. Ne consegue, la possibilità di ricondurre il riferimento agli Accordi OMC quale requisito maggiormente relativo alla giurisdizione, piuttosto che alla legge applicabile, poiché è proprio ai fini dell'esistenza della prima che è richiesta la sussistenza di un collegamento della controversia con gli Accordi OMC, determinato dalla considerazione che la misura contestata produce un risultato contrastante con quanto previsto dagli stessi, secondo la tripartizione esaminata nel primo capitolo.

Nondimeno, il secondo comma della medesima disposizione sancisce l'obbligo per i Panels di considerare le previsioni rilevanti contenute negli accordi indicati dalle parti della controversia. Tale previsione, interpretata come aspetto del giusto processo e corretto esercizio della funzione giurisdizionale, comporterebbe l'obbligo dei Panels di affrontare le questioni avanzate dalle parti della controversia.[169] Anche con riferimento a quest'ultima precisazione, tuttavia, non appare emergere alcun vincolo per il Panel relativamente alle fonti di diritto alle quali può ricorrere nell'affrontare le questioni sottoposte alla sua attenzione.

La possibilità di fare riferimento a standard internazionali è stata avanzata in connessione alla previsione dell'Articolo 11, in particolare per quanto attiene alla ripartizione dell'onere della prova. Tuttavia, se da un lato il ricorso a tali standard non appare riferibile strettamente al diritto applicabile al merito della controversia, ma piuttosto alla legge procedurale, dall'altro la legittimità di molti di essi è dubbia. Essi sono comunque applicabili qualora richiamati dagli Accordi OMC che vengono in questione nella specifica controversia, in quanto in essi incorporati. [170] Esempi in cui vengono richiamati standard internazionali sono presenti nell'Accordo relativo alle barriere tecniche al commercio (*TBT Agreement*)[171] e in quello riguardante l'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (*SPS Agreement*)[172] che richiedono il loro utilizzo da parte dei Membri OMC in relazione a particolari transazioni.

---

[169] *Mexico-Corn Syrup* (art. 21.5 – US), WT/DS132/AB/R, Appellate Body Report, 22 October 2001, para. 36;

[170] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 403;

[171] TBT Agreement, Art. 2.4;

[172] SPS Agreement, Art. 3.1;

Quanto al riferimento alla pratica applicativa degli Accordi, l'Appellate Body ha chiarito fin dalle sue prime pronunce che solo una concordante, comune e coerente (*"concordant, common and consistent"*) sequenza di pronunce, sufficienti a stabilire uno schema distinguibile che lascia intendere l'accordo delle parti in relazione alla sua interpretazione, può costituire elemento interpretativo rilevante ai sensi dell'Articolo 31.3 della Convenzione di Vienna.[173]

Indipendentemente da questa considerazione, è da ritenersi uniformemente condivisa l'inesistenza dell'obbligo di *stare decisis* nel sistema di risoluzione delle controversie OMC. Tuttavia, secondo una tesi, costituirebbero fonti sussidiarie della legge applicabile anche precedenti decisioni dei Panels e, soprattutto, dell'AB, sia pronunciate nel vigore del GATT 1947, sia successivamente alla creazione dell'OMC, poiché creano un legittimo affidamento.[174] Tali decisioni, infatti, sono dotate di una forte carica persuasiva, il cui ruolo di precedente non vincolante sarebbe comparabile a quello della giurisprudenza dei paesi di *civil law*. Secondo questa concezione, la parte della controversia che chiede una diversa interpretazione sarebbe tenuta a dare prova al Panel investito della questione delle ragioni per cui dovrebbe allontanarsi dal ragionamento e dalle conclusioni del suo predecessore e gli stessi Panels dovrebbero giustificare la diversità del trattamento accordato alla relativa controversia. Tuttavia, sebbene possa essere condiviso il ruolo svolto dal precedente quale indicativo di una certa pratica nell'applicazione degli Accordi, in ragione della inesistenza dell'obbligo dello *stare decisis* appare eccessivo l'onere della prova che tale concezione finisce per imporre alle parti, mentre, è conforme allo scopo di garantire la sicurezza e la prevedibilità del sistema multilaterale del commercio, la necessità che l'organo decidente motivi la propria decisione, con particolare riferimento al caso di divergenza con una precedente.

Il riferimento al GATT 1947, appare confermato anche dall'Accordo istitutivo dell'OMC che, all'Articolo XVI, prescrive *"the WTO shall be guided by decisions, procedures and customary practices followed by the CONTRACTING PARTIES to GATT 1947 …"*. Tuttavia, tale norma ha portata generale e non strettamente connessa al sistema di risoluzione delle controversie disciplinato dal DSU, pertanto non è direttamente riferibile alla individuazione della legge applicabile

---

[173] *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan-Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 October 1996, p. 12-13;

[174] PALMETER, MAVROIDIS, "The WTO Legal System: Sources of Law", p. 400;

nell'espletamento della funzione del DSB, dei Panels e dell'AB, ma può essere intesa come indicativa di un determinato approccio.

L'Articolo 32 della Convenzione di Vienna, inoltre, ha acquisito in seno all'OMC lo stesso status dell'Articolo 31. Altri mezzi supplementari di interpretazione a cui viene fatto riferimento sono il contesto storico nel quale è stata sviluppata una particolare norma contenuta nell'Accordo oggetto della controversia,[175] al quale vengono ricondotti anche trattati bilaterali conclusi tra gli Stati membri OMC, negoziati all'esterno dell'Organizzazione ma correlati a norme interne alla stessa.[176]

I Panels e l'AB, inoltre, hanno talvolta fatto ricorso a principi generali di diritto. Il principio *in dubio mitius* è stato utilizzato dall'Appellate Body come principio interpretativo ampiamente riconosciuto nel diritto internazionale.[177] Diversamente, invece, avviene per quanto attiene al principio di buona fede, che costituisce primario elemento di riferimento per l'interpretazione dei trattati ai sensi dell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna, ad esso viene ricondotta anche la nozione di abuso di diritto.[178]

Un'ulteriore questione che merita di essere menzionata brevemente attiene all'interrelazione tra diversi Accordi OMC che possono presentare previsioni tra loro non consonanti. Innanzitutto sono stati individuati due criteri per risolvere la questione: in primo luogo, una presunzione contro l'esistenza di contrasti nel diritto internazionale e, secondariamente, il riferimento al principio della *lex specialis*. Quanto alla prima, gli Accordi OMC poiché negoziati e conclusi come un impegno unitario, comportano l'obbligo per i Membri di conformarsi a quanto prescritto negli stessi

---

[175] *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (EC-Computer Equipment)*, WT/DS/62, 67, 68/AB/R, Report of the Appellate Body, 5 June 1998, para. 86 e 92; *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Diary Products (Canada – Dairy)*, WT/DS103, 113/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 October 1999, para. 138-139;

[176] *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products (EC-Poultry)*, WT/DS69/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 July 1998, para. 83;

[177] *EC – Hormones*, Appellate Body Report, para. 165, footnote 154;

[178] *US-Shrimp*, Appellate Body Report, para. 158;

contestualmente, a meno che vi sia un formale conflitto tra loro.[179] Tuttavia, alcuni ritengono che tale conflitto possa presentarsi solo in circostanze piuttosto ristrette.[180]

Inoltre, il diritto internazionale conterrebbe una presunzione contraria alla sussistenza di conflitti, considerata un elemento del più generale principio di interpretazione effettiva dei trattati.[181] Lo stesso Articolo 31 della Convenzione di Vienna, infatti, può essere letto in questi termini, quale implicante un invito alla coerenza del diritto internazionale, a conferma della tesi in base alla quale altre fonti del diritto internazionale possono costituire parametro per l'interpretazione degli Accordi OMC in modo tale da consentire un'applicazione di questi ultimi non confliggente con previsioni di altri trattati.[182]

Se tale presunzione non risulta applicabile, allora entrerebbe in gioco il principio della *lex specialis derogat legi generali*. In ogni caso, tale principio sarebbe applicabile esclusivamente qualora il conflitto sia interno alle norme OMC, al contrario, non viene nemmeno presa in considerazione dal DSU la possibilità che il conflitto si verifichi con norme contenute in accordi estranei al sistema OMC.

In alcuni casi i Panels, nel pronunciarsi sulla controversia loro sottoposta, hanno richiamato pronunce significative della Corte Internazionale di Giustizia attinenti alla questione affrontata.[183] Tuttavia, tale riferimento non appare interpretabile come considerante le sentenze di altre corti internazionali quali diritto applicabile nel sistema di risoluzione delle controversie OMC.

Alla luce delle norme analizzate e degli approcci degli organi decidenti, nonché delle opinioni elaborate in dottrina non appare esservi uniformità nell'identificazione del diritto applicabile alla controversia. Mentre non sussistono dubbi in relazione all'applicazione degli Accordi indicati nell'allegato 1 all'Accordo istitutivo dell'OMC ai fini della risoluzione delle controversie, diversi

---

[179] *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products (Turkey – Textiles)*, WT/DS34/R, Report of the Panel, 31 May 1999, para. 9.92-9.95;

[180] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 297;

[181] *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry (Indonesia – Autos)*, WT/DS54, 55, 59, 64/R, Report of the Panel, 2 July 1998, para. 14.28-29;

[182] MARCEAU, "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions", p. 1089;

[183] *Turkey-Textiles*, Panel Report, para. 9.8 e 9.9 ove il Panel si riferisce alle pronunce dei casi riguardanti *Attività Militari e Paramilitari in e contro il Nicaragua* (Nicaragua c. USA), ICJ, decisione del 10.05.1984 e *Nauru*, ICJ, decisione del 26.06.1992;

sono gli approcci per quanto attiene al ruolo svolto da altre fonti, con particolare riferimento al diritto internazionale sia consuetudinario che pattizio. Quanto al primo, il dato testuale dell'Articolo 3.2 DSU induce a propendere per una soluzione positiva alla sua considerazione quale legge applicabile. Non altrettanto appare potersi affermare con riferimento al diritto internazionale pattizio, sebbene, appaiano maggiormente persuasive le tesi inclini alla sua applicabilità, sia in considerazione del ricorso ad esso effettuato ad opera dei Panels e dell'AB nelle rispettive pronunce, sia alla luce del carattere dell'OMC e degli accordi negoziati al suo interno, in quanto non estranei e isolati, ma parte integrante del diritto internazionale.

2.2.2 – Il diritto applicabile secondo la Convenzione ICSID.

L'analisi del diritto applicabile nel sistema arbitrale elaborato dalla Convezione ICSID, sebbene apparentemente facilitata dalla previsione dell'Articolo 42 che espressamente ne detta una disciplina, comporta il sorgere di alcune difficoltà sia a livello interpretativo che in conseguenza della sua concreta applicazione ad opera dei Tribunali arbitrali. Dall'apparente chiarezza letterale dell'Articolo 42, infatti, non consegue una sempre uniforme e incontestata individuazione del diritto applicabile. In particolare, come nel sistema OMC, anche nell'ambito dell'ICSID controverso è il ruolo svolto dal diritto internazionale.

Prima di procedere nell'analisi della questione, si rende opportuna una preliminare definizione attinente alla base giuridica sulla quale si fonda la controversia. Si distingue, a tale proposito, tra le controversie basate sul contratto di investimento (*"contract based claims"*) e quelle che trovano il proprio fondamento sul trattato di investimento (*"treaty based claims"*). Mentre le seconde, come è facile dedurre, sorgono sulla base della allegata violazione di diritti o obblighi attinenti alla protezione e promozione degli investimenti stranieri contenuti nel trattato stipulato tra lo Stato ospitante l'investimento e lo Stato di nazionalità dell'investitore, le prime trovano il proprio fondamento nella violazione di quanto previsto nel contratto concluso direttamente tra l'investitore e lo Stato in cui l'investimento è effettuato. È bene precisare che nella maggior parte, se non nella totalità, delle controversie portate all'attenzione dell'ICSID è l'investitore ad agire contro lo Stato ospitante l'investimento, raramente si verifica la situazione opposta.

La distinzione appena menzionata produce delle notevoli conseguenze sull'individuazione del diritto applicabile alla risoluzione di ciascuna controversia.

L'Articolo 42 della Convenzione ICSID, in conformità alle caratteristiche dell'arbitrato, sancisce il principio di libertà delle parti nella scelta del diritto applicabile alla controversia, con il conseguente obbligo del Tribunale ICSID investito della sua risoluzione di decidere rispettando la volontà espressa. In via suppletiva, in mancanza di una scelta operata dalle parti, la norma prescrive l'applicazione ad opera del Tribunale della legge dello Stato Contraente parte delle controversia, comprese le rispettive norme di conflitto, e delle norme di diritto internazionale applicabili.[184]

L'Articolo 42, in conformità alla libertà nella scelta del diritto applicabile, prevede la possibilità per il Tribunale ICSID di decidere *ex aequo et bono* qualora le parti abbiano espresso concordemente una volontà in tale senso.[185] In questo caso il Tribunale non è tenuto ad applicare alcuna norma di legge specificamente indicata dalle parti, ma deve decidere secondo giustizia ed equità, ne deriva il conferimento di un grado maggiore di discrezionalità nella pronuncia. In ogni caso, permane in capo al Tribunale l'obbligo di fornire la motivazione della propria decisione, anche se, proprio per la maggiore discrezionalità conferitagli, risulta meno rigoroso rispetto alla risoluzione delle controversie che richiedono l'applicazione della legge.

La disciplina dettata dalla norma oggetto di analisi dovrebbe consentire all'organo decidente la risoluzione di tutte le questioni sollevate nella controversia. La stessa norma, infatti, espressamente sancisce il divieto in capo al Tribunale di astenersi dal pronunciarsi, in quanto non sarebbe configurabile la presenza di una lacuna o l'oscurità del diritto applicabile tali da rendere impossibile una decisione, indipendentemente dalla fonte individuata.[186]

È bene precisare, come risulta chiaro dalla prima lettura nonché dalla struttura della Convenzione, che la disposizione in analisi non disciplina questioni attinenti alla giurisdizione, la cui regolamentazione è interamente contenuta nell'Articolo 25. Ne consegue che, nemmeno il diritto applicabile alla merito della controversia influisce in alcun modo sulla definizione di aspetti attinenti

[184] Convenzione ICSID, Art. 42.1;

[185] Convenzione ICSID, Art. 42.3;

[186] Convenzione ICSID, Art. 42.2;

alla giurisdizione dei Tribunali ICSID, compresa l'individuazione della nazionalità dell'investitore, la cui disciplina rientra nella previsione dell'Articolo 25 e del BIT applicabile.[187]

L'importanza rivestita dalla disposizione dell'Articolo 42 è bene apprezzabile in considerazione della conseguenza determinata dalla sua violazione. Infatti, ai sensi dell'Articolo 52, la mancata applicazione della legge scelta dalle parti o della diversa legge applicabile ai sensi della seconda parte dell'Articolo 42.1 costituisce una della cinque cause di annullamento del lodo arbitrale emesso dai Tribunali ICSID. Alla luce delle due norme considerate e della giurisprudenza sviluppata sulla questione, ciò che legittima l'annullamento, come sarà meglio esposto in seguito, è l'applicazione di una legge diversa da quella scelta dalle parti ex Articolo 42, la sua non applicazione, nonché la pronuncia *ex aequo et bono* in mancanza di un espresso accordo delle parti o l'applicazione di norme di legge qualora le parti abbiano richiesto una pronuncia secondo equità. Non rientra, invece, nell'ambito della causa di annullamento l'errore nell'applicazione della legge corretta. Invero, il mancato rispetto della prima comporta una deroga ai termini di riferimento con cui il Tribunale è stato autorizzato a funzionare, ammontando, se manifesta, a causa di annullamento.[188]

La scelta delle parti sul diritto applicabile può essere esercitata attraverso diverse modalità. Una prima possibilità è costituita da un accordo tra le parti, contenuto nel contratto di investimento oppure nel successivo compromesso stipulato tra lo Stato ospitante l'investimento e l'investitore, potendo la stessa costituire un elemento dell'accordo arbitrale. Tuttavia, il primo contatto tra le parti può avvenire nel momento in cui viene presentata la richiesta di arbitrato, il riferimento è al caso in cui l'investitore si avvalga del consenso all'arbitrato ICSID prestato dallo Stato ospitante nel BIT stipulato con lo Stato di nazionalità dell'investitore. Qualora quest'ultimo contenga un'indicazione relativa alla legge applicabile, il consenso alla giurisdizione ICSID determina l'accettazione anche di tale legge con la conseguente integrazione della scelta prescritta dall'Articolo 42 e con obbligo del Tribunale di rispettare quanto predisposto nel BIT. Diversamente, il Trattato Bilaterale potrebbe non contenere alcuna espressa indicazione della legge applicabile, ne consegue l'obbligo per il Tribunale

[187] Questo aspetto è stato chiarito in varie pronunce dei Tribunali ICSID ed, in particolare, è espresso nella decisione sulla richiesta di annullamento del caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 68;

[188] *Maritime International Nominees Establishment v. Government of Guinea (MINE v. Guinea)*, ICSID Case n. ARB/84/7, Decision on Annulment, 6 January 1988, para. 5.03;

di ricorrere alla regola residuale prescritta dall'Articolo 42 riferendosi alla legge dello Stato Contraente parte della controversia.

La scelta del diritto applicabile, tuttavia, potrebbe anche essere effettuata in un momento successivo alla richiesta di arbitrato ICSID, infatti, nulla impedisce la possibilità per le parti di accordarsi sul punto in seguito all'instaurazione del procedimento.[189]

Assume particolare rilievo la configurabilità di una scelta implicita ed indiretta della legge applicabile. L'Articolo 42, invero, non prescrive alcun requisito di forma, tuttavia, appare poco plausibile l'ammissibilità di una scelta non espressa, anche in ragione dell'esistenza della regola residuale presente nella disposizione che, diversamente, rimarrebbe alquanto svuotata di significato. Resta escluso da questa considerazione il caso in cui la giurisdizione ICSID si basi sul consenso implicito dell'investitore mediante presentazione della richiesta di arbitrato, avvalendosi dell'offerta manifestata dallo Stato ospitante l'investimento contenuta nel BIT. In tal caso, infatti, se la legge applicabile è prevista all'interno del BIT non può ritenersi che sia effettuata in modo implicito, mentre se non è presente alcuna indicazione in merito all'interno del Trattato, non può considerarsi sussistente alcuna scelta.

Quest'ultimo aspetto, tuttavia, è stato oggetto di differenti interpretazioni. Infatti, qualora la giurisdizione ICSID si fondi su un BIT in cui non è prevista alcuna clausola contenente l'indicazione della legge, è stata avanzata la possibilità di considerare presente un'implicita scelta del diritto internazionale come normativa applicabile.[190] In ogni caso, in mancanza della scelta, è generalmente accettato che previsioni di carattere sostanziale presenti nei trattati costituiscano il diritto applicabile alla controversia fondata sul BIT stesso, mentre, non altrettanto incontroversa è l'applicabilità del diritto internazionale in tali circostanze.[191] Tuttavia, l'ammissibilità del ricorso a quest'ultimo,

---

[189] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 568.

[190] PARRA Antonio R., "Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated under Investment Treaties", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 16, 2001, p. 20, a p. 21; SACERDOTI Giorgio, "Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law and Review of Awards", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol 19, 2004, p. 24;

[191] Favorevole all'applicazione del diritto internazionale è stato il Tribunale ICSID che si è pronunciato nel caso *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt (Middle East Cement v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, para. 86-87; della stessa opinione è anche il Tribunale ICSID nel caso *MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (MTD v. Chile)*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 87; di diversa opinione è il Tribunale ICSID nel caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International,*

piuttosto che determinata dall'accertamento dell'esistenza di un riferimento implicito a tali fonti, sembra maggiormente ancorata al ricorso ad opera dei Tribunali ICSID alla seconda previsione dell'Articolo 42.1 della Convenzione oppure, in particolare, alla considerazione che i BIT costituiscono trattati internazionali e che, pertanto, non possono essere considerati in modo astratto rispetto al diritto internazionale.[192] Quest'ultima considerazione appare assimilabile all'opinione che, nel meccanismo di risoluzione delle controversie OMC, ritiene applicabile il diritto internazionale ad opera delle pronunce dei Panels e dell'AB in quanto il sistema OMC non può essere considerato in modo isolato da tali fonti.

Il principio della libertà delle parti comporta l'ampiezza delle possibili scelte che possono essere effettuate con riferimento al diritto applicabile. La possibilità di scegliere, infatti, consente alle parti di assoggettare la regolamentazione del proprio rapporto al diritto maggiormente connesso all'operazione realizzata. La mancanza di tale scelta determina la conseguente applicazione della legge indicata dalla seconda parte dell'Articolo 42.1, individuata autonomamente dal Tribunale ICSID, anche con riferimento alle norme di conflitto in essa contenute, che potrebbero richiamare disposizioni di altri ordinamenti.

Raramente viene fatto riferimento esclusivo alla legge interna dello Stato parte della controversia, a causa dei possibili mutamenti a cui è soggetta, indipendenti dalla possibilità di intervento da parte dell'investitore straniero. A tale proposito, infatti, qualora sia scelta come legge applicabile, viene assoggettata a clausole di stabilizzazione o intangibilità che consentono di proteggere il contratto da successive modifiche.[193] Similmente infrequenti, anche se non totalmente assenti, sono i riferimenti alla sola legge dello Stato di nazionalità dell'investitore o di uno Stato terzo. La ragione espressa nel caso precedente è valida anche con riferimento a questa alternativa, inoltre, difficilmente lo Stato ospitante l'investimento accetta l'applicazione di una legge straniera per la disciplina di attività condotte all'interno del proprio territorio e strettamente connesse al suo ordinamento.

Più frequente è il riferimento al diritto internazionale o ai principi generali di diritto affiancati alla scelta della legge dello Stato ospitante l'investimento. In tal modo la scelta operata dalle parti diviene

---

Inc. v. Argentine Republic (LG&E v. Argentina), ICSID Case n. ARB/01/2, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 85;

[192] SACERDOTI, "Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules", p. 24 e ss.;

[193] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 559;

in parte assimilabile alla disposizione residuale della seconda parte dell'Articolo 42.1. Infatti, il riferimento al diritto internazionale, in questo caso, consente di salvaguardare l'investitore, permettendo di riequilibrare il rapporto che altrimenti potrebbe risultare sbilanciato a favore dello Stato ospitante la cui legge nazionale si applica.

Un'ulteriore possibilità per le parti è di fare riferimento esclusivamente al diritto internazionale, ai principi generali del diritto e agli usi che governano le operazioni realizzate. È a quest'ultimo caso che viene ricondotta la possibilità di considerare quale legge applicabile la *lex mercatoria*. La cui nozione, tuttavia, è oggetto di un ampio dibattito sia dal punto di vista contenutistico sia da quello relativo alla sua esistenza e al suo inquadramento.[194]

Nel sistema ICSID, inoltre, le parti sono libere di scegliere specifiche norme applicabili o di escluderne altre. Infatti, la disposizione dell'Articolo 42 non obbliga le parti a fare riferimento ad uno specifico ordinamento nel suo complesso, ma è possibile l'individuazione e la combinazione di norme di diversa origine, anche mediante l'utilizzo della tecnica del *dèpeçage*.[195]

Diversamente dalla disciplina del sistema OMC, l'Articolo 42.1 prevede espressamente l'applicabilità del diritto internazionale alla risoluzione delle controversie da parte dei Tribunali ICSID. Senza alcun dubbio quest'ultimo può costituire il diritto applicabile alla controversia qualora corrisponda alla scelta della parti ai sensi della prima parte dell'Articolo 42.1. Specificatamente, può essere scelto in via esclusiva o combinatamente con il diritto interno di uno Stato, in particolare dello Stato ospitante l'investimento, producendo in tale secondo caso un risultato simile alla previsione della seconda parte dell'Articolo 42.1. In secondo luogo, in mancanza di scelta ad opera delle parti, la previsione in analisi ne prescrive l'applicabilità a fianco della legge dello Stato ospitante l'investimento, senza tuttavia specificare il rapporto sussistente tra le due fonti.

L'Articolo 42.1 fa generico riferimento alle norme di diritto internazionale, tuttavia, il significato della terminologia utilizzata è stato inequivocabilmente riferito all'Articolo 38 dello Statuto della

---

[194] Tratta della questione MARRELLA Fabrizio, "La nuova *lex mercatoria* – Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale", CEDAM, Padova, 2003;

[195] Sul punto si veda, tra gli altri, SHIHATA Ibrahim F.I., PARRA Antonio R., "Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", in VAN DEN BERG Albert J. (ed), "Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration", ICCA, Congress Series n. 7, Kluwer Law International, 1994, p. 294-319, a p. 306;

Corte Internazionale di Giustizia e alle diverse fonti nello stesso indicate.[196] Nella sostanza, pertanto, con diritto internazionale si intende il corpo di norme sostanziali che può essere applicato ad una questione sottoposta ad un Tribunale ICSID.[197] Questa interpretazione, nondimeno, lascia aperta l'identificazione delle norme concretamente applicabili in relazione alla specifica controversia.

Pochi dubbi sussistono sull'applicabilità alle controversie ICSID del diritto internazionale pattizio, in primo luogo con riferimento al BIT tra lo Stato ospitante l'investimento e lo Stato di nazionalità dell'investitore o ai trattati multilaterali di cui gli stessi Stati sono parti contraenti, contenenti una disciplina degli investimenti stranieri.[198] Anche la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati è considerata diritto applicabile dai Tribunali ICSID, comprese ovviamente le norme attinenti all'interpretazione dei trattati, con particolare riferimento all'Articolo 31. Il diritto internazionale consuetudinario rientra anch'esso nella definizione in analisi. Inoltre, numerosi sono i principi a cui i Tribunali ICSID hanno fatto riferimento nella risoluzione delle controversie a loro sottoposte: il principio di buona fede in primo luogo, secondariamente le norme attinenti al trattamento degli stranieri, i principi sulla responsabilità dello Stato.[199]

La possibilità di intendere il richiamo delle norme di diritto internazionale quale riferimento ai principi generali di diritto trova anch'essa conferma in alcune pronunce degli arbitri ICSID, specificamente ad essi viene fatto ricorso per colmare le lacune delle altre fonti.[200]

Ulteriori fonti della legge applicabile con riferimento al diritto internazionale sono ritenute le decisioni di altre Corti Internazionali, come previsto dall'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. A differenza del sistema OMC, tali decisioni sono utilizzate dai Tribunali ICSID qualora debbano affrontare questioni attinenti al diritto internazionale. Sebbene al pari del sistema OMC, nemmeno nel sistema ICSID sussista il principio dello *stare decisis*, frequentemente

---

[196] Report of the Executive Directors, para. 40;

[197] GAILLARD Emmanuel, YAS Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 18, 2003, p. 375, a p. 397;

[198] *Asian Agricultural Product Ltd v. Republic of Sri Lanka (AAPL v. Sri Lanka)*, ICSID Case n. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, para. 20;

[199] Ne costituiscono esempi: *Souther Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (SPP v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, para. 85; *CMS v. Argentina*, , Decision on Annulment, para. 124;

[200] *Klökner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Klökner v. Cameroon)*, ICSID Case n. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, para. 69;

vengono richiamate precedenti decisioni su questioni analoghe ad opera dei Tribunali ICSID, nella consapevolezza della loro non vincolatività se non limitatamente alle parti tra le quali il lodo è stato emesso.[201] Tale prassi, infatti, è stata identificata dagli stessi Tribunali ICSID con riferimento alla nozione di *jurisprudence constante*.[202]

L'utilizzo del precedente quale guida per il Tribunale nell'interpretazione delle norme da applicare al caso concreto è stato considerato anche un utile strumento non solo per garantire una maggiore uniformità del diritto applicabile, ma anche per consentire lo sviluppo delle norme, con particolare attenzione al diritto internazionale.[203] Se, infatti, il ricorso al precedente non viene concepito con esclusivo riferimento alle pronunce emesse dalla medesima corte investita della controversia, ma al più ampio contesto degli organi giurisdizionali internazionali, esso consentirebbe l'incremento della convergenza nell'applicazione delle norme, fungendo anche da strumento utile per ridurre la frammentazione del diritto internazionale. Tuttavia, l'ampio ricorso a precedenti pronunce di Tribunali ICSID o Comitati *ad hoc* ad opera degli stessi, non trova nella pratica un corrispondente altrettanto diffuso con riferimento a decisioni di altri organismi internazionali.[204]

Sia che sia scelto dalle parti combinatamente alla legge di uno Stato sia nel caso in cui trovi applicazione la previsione residuale, non è chiaro il ruolo che viene attribuito al diritto internazionale. Similmente a quanto accade nell'ambito degli Accordi OMC, il diritto internazionale può essere incorporato nel diritto interno, sulla base delle norme di adattamento contenute in ciascun ordinamento, con la conseguenza che costituirebbe legge applicabile in quanto parte del diritto interno.[205] E' questa la considerazione che induce a ritenere esistente uno spazio di applicabilità del diritto internazionale anche qualora vi sia una specifica scelta operata dalla parti che non comprenda

---

[201] *Amco v. Republic of Indonesia (Amco v. Indonesia)*, ICSID Case n. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986, para. 44;

[202] *AES Corporation v. The Argentine Republic (AES v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, para. 33;

[203] SCHREUER Christoph, WEINIGER Matthew, "A Doctrine of Precedent?", in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph, "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, 2008, p. 1188-1206;

[204] Un esempio in cui un Tribunale ICSID ha ammesso la possibilità di considerare la posizione assunta da altri tribunali, nel caso in cui debba affrontare questioni aventi un elevato grado di similarità o identiche, è la pronuncia del caso *AES v. Argentina*, Decision on jurisdiction, para. 70;

[205] *Wena Hotels v. Egypt*, ICSID Case n. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002, para. 42; *CMS v. Argentina*, Award, para. 119-120;

il riferimento a tale fonte. L'opinione contraria, invece, ritiene che, in presenza dell'indicazione di una legislazione nazionale, la mancata scelta del diritto internazionale costituisca espressione della volontà delle parti di escludere la sua applicabilità, con la conseguenza che il ricorso ad esso da parte del Tribunale investito della controversia costituirebbe violazione della volontà delle parti.[206] Tuttavia, la pratica dei Tribunali ICSID e le opinioni dominanti sembrano essere conformi alla prima interpretazione.

Secondo una prima tesi, il rispetto del diritto internazionale e la sua applicabilità nell'ambito delle controversie ICSID sono ritenuti imprescindibili, indipendentemente dalla sua incorporazione nel diritto interno,[207] anche in considerazione della disciplina relativa al riconoscimento e all'esecuzione del lodo arbitrale disciplinata dalla Convenzione stessa.[208] Alcuni Tribunali ICSID, infatti, collegano la necessità del rispetto delle norme di diritto internazionale al meccanismo di riconoscimento ed esecuzione dei lodi emessi, previsto dalla Convenzione stessa. Le prime devono trovare applicazione in quanto il lodo ICISD deve essere riconosciuto e le obbligazioni pecuniarie devono essere eseguite in ogni Stato Contraente, senza alcuna possibilità di revisione ad opera degli organi interni.[209]

Non è univoca, invece, la qualificazione del rapporto sussistente tra il diritto internazionale e il diritto interno applicabili al merito delle controversie, con specifico riferimento alla seconda parte dell'Articolo 42(1). La diversità delle tesi elaborate con riferimento all'interpretazione di questa disposizione comporta notevoli conseguenze relativamente alla modalità con cui potrebbe operare il diritto internazionale quale fonte della legge applicabile alla risoluzione delle controversie.

Una prima tesi, ritiene che la seconda parte dell'Articolo 42(1) attribuisca un ruolo secondario e suppletivo al diritto internazionale. Specificamente, nell'assenza di una scelta effettuata dalle parti, il ruolo di quest'ultimo è limitato ad integrare la legge dello Stato ospitante l'investimento qualora contenga lacune o a correggerla se divergente con il diritto internazionale.[210]

---

[206] Tra gli altri NASSAR Nagla, "Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel", Journal of International Arbitration, vol. 14, 1997, p. 185, a p. 196;

[207] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 616;

[208] Convenzione ICSID, artt. 53 e 54, analizzati nei capitoli successivi;

[209] *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1985, para. 21;

[210] NASSAR, "Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel", p. 202;

Questa tesi trova il proprio fondamento nelle prime pronunce dei Tribunali ICSID e dei Comitati *ad hoc*, dalle quali emerge l'utilizzo del diritto internazionale in funzione integrativa e correttiva non solo nel caso di mancanza di tale scelta con conseguente applicazione della seconda parte dell'Articolo 42(1), ma anche qualora le parti abbiano scelto la legge applicabile.[211] Pertanto, il Tribunale arbitrale è tenuto ad applicare il diritto internazionale per colmare le lacune del diritto interno dello Stato Contraente che governa la controversia, assicurandone, inoltre, la precedenza nel caso in cui le norme interne siano con esso contrastanti.

Questa conclusione, a parere degli stessi organi giudicanti, risulterebbe maggiormente conforme al sistema creato dalla Convenzione ICSID: in via di principio la legge applicabile, in mancanza di scelta operata dalle parti, è quella dello Stato che ospita l'investimento, ma in virtù anche delle disposizioni della Convenzione che disciplinano il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale all'interno di ogni Stato Contraente, si rende necessario il rispetto delle norme di diritto internazionale applicabili.[212] Infatti, la mancata applicazione del diritto internazionale può condurre all'annullamento delle decisioni dei Tribunali ad opera dei Comitati *ad hoc*, al pari della mancata applicazione della legge dello Stato Contraente.

Il Comitato *ad hoc* nel caso *Vivendi II* si è pronunciato sulla questione con riferimento alle controversie basate su un BIT, ritenendo che in tale caso vengano essenzialmente in considerazione violazioni del diritto internazionale poiché è lamentata la trasgressione di standard di trattamento dell'investitore straniero previsti dal BIT in questione.[213] Inizia, pertanto, a farsi strada la possibilità di distinguere il ruolo svolto dal diritto internazionale a seconda che la controversia sia basata su di un contratto o su di un trattato bilaterale, con la conseguenza che nel secondo caso, anche in sede di annullamento per manifesto eccesso di potere, sarà inferiore la rilevanza del diritto interno rispetto a quella del diritto internazionale, la cui violazione deve essere accertata dal Comitato *ad hoc* investito della questione.

---

[211] *Klökner v. Cameroon*, Decision on Annulment, 3 May 1985, para. 69; *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1985, para. 19-20;

[212] *Amco v. Indoneasia*, Decision on Annulment, 16 May 1985, para. 20-21;

[213] *Compañìa de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Annulment, 10 August 2010, para. 261-262;

La prima tesi, a differenza di quanto emerge dalla pronuncia del Comitato *ad hoc* nel caso *Vivendi II*, attribuendo un ruolo suppletivo e integrativo al diritto internazionale, postula la possibilità che il diritto nazionale presenti delle lacune. Appare condivisibile la conseguente critica che è stata sollevata: un ordinamento giuridico può non affrontare direttamente una particolare questione, ma questo non implica che lo stesso non fornisca alcuna risposta o un quadro giuridico ove ricercare la stessa.[214] Ne consegue che il Tribunale ICSID non deve interrogarsi sull'esistenza nella legge dello Stato ospitante l'investimento di una risposta preconfezionata alla specifica questione, piuttosto, lo stesso sarebbe tenuto a ricercare all'interno di tale fonte normativa la soluzione alla controversia.[215] Inoltre, la possibilità di colmare la lacuna mediante l'applicazione dei principi generali di diritto, come previsto da molti ordinamenti nazionali, determina lo sfumare dell'attribuzione del ruolo appena menzionato al diritto internazionale.[216] Infatti, ai sensi dell'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, i principi generali di diritto costituiscono anche fonti del diritto internazionale, con la conseguenza che la differenza tra la loro applicazione in quanto riconducibili a quest'ultimo o al diritto interno è piuttosto lieve.

Una seconda tesi si discosta parzialmente da quella appena esposta in quanto, nel ritenere il diritto internazionale legge applicabile dai Tribunali ICSID, lo subordina al filtro del diritto nazionale.[217] Specificamente, considera il diritto internazionale un corpo di norme autonomo la cui applicazione si rende necessaria in funzione di controllo del diritto interno con rifermento all'applicazione di norme di diritto cogente. L'applicabilità del primo è limitata ai casi di violazione ad opera del diritto interno delle norme inderogabili del diritto internazionale. Viene, pertanto, sottolineato e limitato il ruolo correttivo di quest'ultimo, assicurando l'effettività del diritto interno. Tuttavia, questa ricostruzione appare attribuire scarsa rilevanza alla previsione della seconda parte dell'Articolo 42.1, in quanto il rispetto del diritto internazionale cogente deve essere assicurato indipendentemente da una espressa previsione, data la sua natura non derogabile.

---

[214] GAILLARD, YAS, "The Meaning of "and" in Article 42(1) Second Sentence, of the Washington Convention", p. 394;

[215] REISMAN Michael W., "The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 15, 2000, p. 362, a p. 371;

[216] SHIHATA, PARRA, "Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", p. 294-319;

[217] REISMAN, "The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold", p. 375-377;

Un'ulteriore opinione, individua un diverso rapporto tra le due fonti di legge, attribuendo a ciascuna un ruolo autonomo. Il diritto internazionale viene considerato come un corpo di norme sostanziali, che può costituire la legge appropriata per la questione sottoposta al Tribunale ICSID, la cui applicazione può avvenire in luogo della legge nazionale.[218] Questa tesi trova il proprio fondamento in più recenti pronunce degli organi ICSID, in particolare nella decisione sulla richiesta di annullamento pronunciata dal Comitato *ad hoc* nel caso *Wena v. Egitto,*[219] successivamente ripresa da altri Tribunali ICSID.[220] In questa pronuncia la seconda parte dell'Articolo 42.1 viene interpretata nel senso di attribuire un ruolo autonomo a ciascuna fonte, in quanto la Convenzione non delinea una netta linea di confine nell'identificazione dell'ambito di applicazione del diritto internazionale e di quello interno. L'applicazione del primo non è subordinata a quella del secondo, bensì ciascuno di essi può essere applicato in modo indipendente, in considerazione dell'appropriatezza delle norme con riferimento alla questione che deve essere risolta dal Tribunale. Questa pronuncia, attribuisce all'organo giudicante il compito di decidere di applicare il diritto internazionale, in base alle specifiche e concrete circostanze del caso, indipendentemente dalla identificazione di una lacuna o di una incongruenza del diritto interno.[221]

Secondo l'opinione elaborata dall'analisi di questa pronuncia, l'Articolo 42.1 attribuisce al diritto internazionale il pieno status di corpo di norme sostanziali la cui applicazione è a disposizione dei tribunali arbitrali ICSID.[222] In base alla specifica controversia, il Tribunale ICSID ha discrezionalità nel decidere se le norme di diritto internazionale siano direttamente applicabili, senza alcun preliminare scrutinio all'interno della legge dello Stato ospitante.

Questa tesi appare portare con se un'affermazione piuttosto audace: il sistema di risoluzione delle controversie disciplinato dalla Convenzione ICSID attribuisce la facoltà al privato investitore di agire direttamente nei confronti dello Stato ospitante l'investimento; la possibilità attribuita al Tribunale di fare ricorso diretto al diritto internazionale conduce all'affermazione della diretta applicabilità quanto

---

[218] GAILLARD, YAS, "The Meaning of "and" in Article 42(1) Second Sentence, of the Washington Convention", p. 403 e ss.;

[219] *Wena Hotels v. Egypt*, Decision on Annulment, 5 February 2002, para. 38-40;

[220] *Sempra Energy International v. Argentine Republic (Sempra v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 235-236;

[221] *Wena v. Egypt*, Decision on Annulment, 5 February 2002, para. 40;

[222] GAILLARD, YAS, "The Meaning of "and" in Article 42(1) Second Sentence, of the Washington Convention", p. 409;

meno di alcune sue norme, nelle sue diverse fonti come previste dall'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, in capo a privati individui, sia persone fisiche che giuridiche. Appare allora corretta l'affermazione in base alla quale la disposizione dell'Articolo 42.1 riconosce che in termini sostanziali il diritto internazionale può essere direttamente applicabile nei rapporti tra gli Stati e gli stranieri.[223] L'ipotesi che sembra essere alla base della formulazione, secondo Lauterpacht, è che il diritto internazionale è già efficace per governare direttamente la relazione tra Stati e investitori stranieri, con la conseguenza che la Convenzione rappresenterebbe un passo notevole nel riconoscimento della soggettività degli individui nel diritto internazionale.

Se questa è la corretta interpretazione della norma dell'Articolo 42.1 della Convenzione ICSID, allora il successivo compito di cui risulterebbero investiti i Tribunali ICSID non è tanto individuare nel diritto internazionale la legge applicabile per la risoluzione della controversia, quanto piuttosto farne concreta applicazione direttamente nel rapporto tra lo Stato e il privato.

Ulteriormente, i Tribunali ICSID, alla luce della norma dell'Articolo 42.1 della Convenzione ICSID, possono essere tenuti a pronunciarsi o ad applicare anche il diritto dell'Unione Europea. Ne conseguirebbe in tal caso una violazione del diritto UE. Infatti, gli accordi tra Stati membri che prevedono come modalità di risoluzione delle controversie l'arbitrato tra Stato e investitore, nei limiti in cui coinvolgono questioni che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto UE, violano l'autonomia di tale diritto poiché confliggono con la giurisdizione esclusiva della Corte di Giustizia nell'assicurare il rispetto del diritto UE nell'applicazione e interpretazione dei trattati. Tali accordi, pertanto, assieme alla disposizione dell'Articolo 42 della Convenzione ICSID, se da un lato attribuiscono al Tribunale arbitrale la possibilità di applicare il diritto UE nel disciplinare una controversia tra lo Stato e l'investitore privato, dall'altro possono incrinare l'uniformità nell'applicazione del diritto comunitario e violare la giurisdizione esclusiva della Corte di Giustizia.

Vi è infine un'ulteriore considerazione da fare, i BIT conclusi tra gli Stati prevedono spesso la clausola della nazione più favorita (*MFN clause*). Questa clausola può incidere sull'ambito di giurisdizione dei Tribunali ICSID in quanto, essendo la definizione di investimento lasciata alla libertà degli Stati, nella negoziazione di trattati bilaterali possono essere inserite definizioni che

---

[223] LAUTERPACHT Elihu, "The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes", in "Recueil d'ètudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim", Tribune De Genève, Gèneve, 1968, p. 643, a p. 644;

influiscono sulla sua delimitazione. La clausola della nazione maggiormente favorita, come illustrato nell'apposito capitolo, comporta l'estensione dei trattamenti accordati da uno Stato agli investimenti effettuati nel proprio territorio da investitori di Stati terzi, anche agli investitori dello Stato con cui il primo ha concluso il BIT, contenente la clausola MFN, qualora siano maggiormente favorevoli rispetto a quelli disciplinati da tale accordo. Mentre è indiscusso che questa clausola si applichi alle disposizioni di natura sostanziale e ad aspetti materiali del trattamento garantito agli investitori, è controverso se sia possibile estenderla a comprendere anche questioni di tipo procedurale o giurisdizionale.[224]

Questa seconda possibilità è ammessa dalla pronuncia del Tribunale ICSID nel caso *Maffezini*. In tale decisione il Tribunale ritiene che attualmente gli accordi relativi alla risoluzione delle controversie siano inestricabilmente collegati alla protezione dei diritti degli operatori del commercio previsti dai trattati e agli aspetti materiali del trattamento loro accordato. Ne consegue che se un contratto concluso con uno Stato terzo contiene previsioni sulla risoluzione delle controversie più favorevoli alla protezione dei diritti e degli interessi dell'investitore, queste possono essere estese al beneficiario della clausola MFN, a condizione che il trattato in cui essa è prevista e quello che attribuisce il trattamento più favorevole, siano relativi allo stesso oggetto.[225] Tuttavia, il Tribunale stesso ha ridimensionato la portata di tale clausola, preoccupandosi di specificare i confini della sua estensione ed evitando un eccessivo allargamento della sua sfera di operatività. Percorrendo la strada intrapresa con questa decisione, si giungerebbe a prevedere una disciplina uniforme in tema di protezione degli investimenti da parte di tutti gli Stati nelle proprie relazioni reciproche. Tuttavia, non è uniformemente condivisa l'estendibilità tramite la clausola della nazione maggiormente favorita delle regole procedurali contenute nei trattati e nelle convenzioni internazionali, contrariamente a quanto si afferma in relazione alle norme di natura sostanziale.

---

[224] LIBERTI Lahra, "Arbitrato ICSID, clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione", Rivista dell'Arbitrato, vol. 3/2004, 2004, p. 561, a p. 578-580;

[225] *Emilio Augustìn Maffezini v. Kingdom of Spain (Maffezioni v. Spain)*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 13 November 2000, para. 54-56;

2.2.3 – Considerazioni.

Dall'analisi della disciplina relativamente al diritto applicabile alla risoluzione delle controversie emerge in primo luogo il diverso approccio adottato dal sistema OMC e dalla Convenzione ICISD. Mentre quest'ultima si occupa espressamente della questione, dettandone una disciplina dettagliata, il diritto applicabile al merito della controversia non trova alcuna disposizione specifica nel DSU. Questa differenza può essere individuata come la causa delle divergenze interpretative in merito all'identificazione della fonte della legge applicabile. Divergenze che, tuttavia, emergono anche dall'interpretazione e applicazione dell'Articolo 42 della Convenzione ICSID.

Sebbene la disciplina dettata da ciascun sistema, ad una prima lettura delle norme di riferimento, non lascia intendere alcuna corrispondenza, una più attenta analisi comporta l'emergere di questioni analoghe in entrambi i meccanismi, in particolare con riferimento al ruolo rivestito dal diritto internazionale.

La prima distinzione che emerge è determinata dalla fonte del diritto primariamente applicabile in ciascun sistema. Ai fini della risoluzione delle controversie OMC, un ruolo fondamentale è ricoperto dagli Accordi OMC stessi, pertanto norme che trovano la propria origine nel diritto internazionale pubblico, alle quali si affiancano norme di diritto internazionale consuetudinario attinenti all'interpretazione.

Diversamente, nel sistema ICSID viene in primo luogo in considerazione il diritto interno di uno Stato, scelto dalle parti o in applicazione della regola residuale prescritta dall'Articolo 42(1). Tuttavia, sulla base del principio della libertà delle parti che governa l'arbitrato, la legge applicabile alla risoluzione della controversia potrebbe essere individuata direttamente nel diritto internazionale.

Con riferimento proprio a questo principio, si denota una profonda distinzione, quanto meno dal punto di vista formale, tra il sistema di risoluzione delle controversie OMC e quello disciplinato dalla Convenzione ICSID. Infatti, nel primo nessuno spazio viene lasciato agli Stati Membri parti della controversia con riferimento alla possibilità di individuare quale sia la fonte del diritto applicabile.

Tuttavia, questa distinzione non ha impedito l'emergere di parallelismi tra i due sistemi, infatti, sia nel meccanismo previsto dal DSU che nell'applicazione della Convenzione ICSID, contestato è il ruolo svolto dal diritto internazionale. La previsione espressa nel sistema ICSID non ha impedito il sorgere di interrogativi sia con riferimento all'*an* che alle modalità della sua applicabilità, per certi

versi assimilabili a quelli emersi nell'OMC. Infatti, in quest'ultimo l'applicabilità del diritto internazionale, diverso dalle norme degli Accordi OMC, non è uniformemente condivisa, né prevista dalle norme del DSU, nonostante le parti della controversia siano entrambe entità statuali. Diversamente, nel sistema ICSID, benché la controversia ivi disciplinata veda quali parti contrapposte uno Stato ed un soggetto privato, il diritto internazionale, nelle sue diverse fonti, è considerato legge applicabile, sebbene relativamente al ruolo primario o suppletivo che lo stesso sia chiamato a svolgere non è presente un approccio uniforme, in modo specifico con riferimento al caso in cui non sia presente una scelta delle parti sulla legge applicabile.

Questa considerazione induce a riflettere anche sul significato e sul valore da attribuire alle norme di diritto internazionale la cui applicabilità può venire in rilievo nella risoluzione delle controversie rispettivamente nei dei due sistemi. Il fondamento di questa riflessione, in particolare, è costituito dalla diversità dei soggetti parti delle controversie: entità statuali nel sistema OMC e un investitore privato avverso uno Stato ospitante l'investimento nell'ICSID. Sebbene questo elemento potrebbe costituire un ostacolo all'applicabilità del diritto internazionale nei confronti dei privati investitori in quanto non diretti destinatari delle sue norme, nondimeno i Tribunali ICSID, nonché le opinioni dottrinali, non hanno mai negato la possibilità di ricorrervi ai fini della risoluzione nel merito della controversia, laddove i maggiori dubbi sussistono invece sul ruolo primario o correttivo o autonomo che lo stesso è chiamato a rivestire. Diversamente, nel sistema OMC, ove le parti della controversia sono indiscutibilmente soggetti di diritto internazionale, l'applicabilità di quest'ultimo, con riferimento alle norme diverse dagli Accordi espressamente menzionati, non è uniformemente condivisa, sebbene sia possibile ritenere di propendere per l'opinione favorevole alla sua applicazione.

Il confronto tra i due sistemi comporta, a questo punto, una particolare considerazione. Le norme che possono essere applicate per risolvere le controversie tra Stati nel sistema OMC potrebbero essere considerate la legge applicabile anche in base all'Articolo 42.1 della Convenzione ICSID, quali norme pattizie di diritto internazionale, con la conseguenza che i Tribunali arbitrali, sulla base della valutazione delle circostanze del caso concreto, potrebbero ritenere appropriata alla risoluzione della specifica questione insorta una norma riconducibile al sistema OMC. In tal caso, la stessa norma finirebbe per essere considerata direttamente applicabile in capo ad un investitore ad opera dei Tribunali ICSID, quale norma appropriata con riferimento alla regolamentazione del rapporto sussistente con lo Stato ospitante l'investimento. Dall'altro lato, il rispetto della medesima norma, dei

diritti e degli obblighi che da essa possono derivare in capo agli Stati, può essere fatto valere nel sistema OMC in una controversia che coinvolge esclusivamente entità statali. Ne consegue la possibilità che le fonti menzionate siano considerate, ad opera dei Tribunali ICSID, ai fini della loro applicabilità a soggetti che diversamente, nel sistema OMC, non potrebbero direttamente avvalersene. Inoltre, se da un lato la possibilità di applicare norme OMC ad opera di Tribunali ICSID potrebbe essere percepita come ostacolo alla prevedibilità e alla stabilità del sistema delle relazioni commerciali, che costituisce elemento centrale del meccanismo di risoluzione delle controversie OMC,[226] dall'altro lato la medesima possibilità analizzata in un'ottica che considera positivamente e in modo costruttivo l'intersezione dei due sistemi, potrebbe condurre all'opposta conclusione. Questa considerazione induce a confermare la possibilità esposta nel capitolo precedente di considerare i due sistemi come complementari.

Inoltre, in entrambi i sistemi, nella pratica dei Tribunali ICSID ed espressamente nel DSU, è ammessa la possibilità di ricorrere alle norme internazionali consuetudinarie di interpretazione, con particolare riferimento agli Articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969.

Il ricorso al precedente inteso con riferimento a pronunce di organismi internazionali diversi è ammesso nel sistema ICSID, mentre è difficilmente concepito ed accettato nel sistema dell'OMC, sebbene non vietato da alcuna espressa previsione del DSU. L'utilizzo reciproco di questo strumento da parte degli organi decidenti di entrambi i sistemi, consentirebbe una convergenza delle decisioni con la conseguenza di incrementare l'uniformità e lo sviluppo coerente delle norme applicate nella risoluzione delle controversie. In questo modo, la complementarietà dei due sistemi, che già si manifesta in diversi aspetti dei procedimenti, non solo sarebbe ampliata, ma troverebbe anche un proprio fondamento utile sia nell'ottica di ridurre la frammentazione del diritto applicabile, sia in quella di garantire la coerenza nella decisione delle controversie portate all'attenzione dei differenti sistemi, in particolare con riferimento a quelle aventi origine dalla medesima situazione fattuale.

Infine, in entrambi i sistemi è esclusa la possibilità per l'organo investito della controversia di non pronunciarsi in virtù della mancanza della norma di legge applicabile. Mentre la Convenzione ICSID espressamente prescrive questo divieto all'Articolo 42.2, nel sistema di risoluzione delle controversie OMC non è presente alcun norma espressa, come assente è anche alcun riferimento esplicito alla

[226] DSU, Art. 3.2;

legge applicabile, tuttavia appare indubbia la configurabilità dell'esistenza della proibizione relativa al *non liquet* anche in quest'ultimo contesto.

CAPITOLO III

LA FASE DECISORIA

3.1 LA FORMA E GLI EFFETTI DELLA DECISIONE.

Il procedimento di risoluzione delle controversie disciplinato dal sistema OMC e quello predisposto dalla Convenzione ICSID si concludono con due tipologie di pronunce che differiscono sia con riferimento alla procedura per la loro adozione, sia relativamente alla forma e agli effetti che le stesse producono. La raccomandazione e il lodo, rispettivamente pronunciate dagli organi giudicanti regolati dal DSB e dai Tribunali ICSID, trovano espressa disciplina all'Articolo 19 DSU e all'Articolo 53 della Convenzione ICSID. Tuttavia, le norme appena richiamate non dettano una regolamentazione completa degli esiti dei procedimenti ed è proprio l'assenza di indicazioni relative ad alcune caratteristiche delle decisioni che ha determinato il sorgere di opinioni interpretative diverse.

Le raccomandazioni e i lodi arbitrali costituiscono il fulcro dei procedimenti di risoluzione delle controversie e gli effetti che sono in grado di produrre giocano un ruolo fondamentale nell'efficienza e nel buon funzionamento dell'intero sistema.

L'analisi dei diversi esiti prodotti dal ricorso a ciascuno dei due sistemi permette di valutare in ottica comparativa quali sono le caratteristiche delle decisioni che non solo consentono l'efficace accertamento della violazione compiuta o della contrarietà della condotta tenuta rispetto agli obblighi internazionali, ma anche contribuiscono a svolgere una funzione deterrente avverso comportamenti che nuocciono al positivo svolgimento dei rapporti tra i soggetti coinvolti, garantendo l'adempimento degli impegni reciprocamente assunti.

3.1.1 – Le decisioni del sistema di risoluzione delle controversie OMC.

L'esito del procedimento condotto in seno al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio è costituito da un *report* pronunciato dal Panel investito della questione, o dall'Appellate Body, come meglio si vedrà in seguito. Oltre a definire l'accertamento dei fatti oggetto della contestazione, le statuizioni di carattere decisorio in esso contenute dipendono dalla tipologia di controversia. La distinzione tra *"violation complaint"*, *"non-violation complaint"* e *"situation complaint"*, infatti, necessariamente determina una diversa pronuncia dell'organo giudicante in merito ai provvedimenti adottabili dagli Stati coinvolti per risolvere la questione tra di loro insorta. Tuttavia, a questa diversità contenutistica non corrisponde una differente forza giuridica della decisione stessa.

L'Articolo 19 DSU disciplina il contenuto delle decisioni degli organi giudicanti qualora gli stessi ritengano che la misura oggetto del procedimento sia contrastante con uno degli accordi coperti. In ragione della statuizione che l'organo investito della questione è chiamato a pronunciare, si riconduce la previsione in analisi specificamente alla disciplina dei *violation complaint*.[227] Infatti, la nota n. 10 della disposizione rinvia all'Articolo 26 per quanto riguarda le raccomandazioni nei casi che non attengono a violazioni del GATT 1994 o degli altri accordi OMC, riferendosi pertanto alle altre due ulteriori tipologie di reclami esperibili.

La disposizione prescrive il compito dell'organo giudicante di raccomandare allo Stato membro interessato la riconduzione della misura in conformità all'accordo in questione. La stessa previsione, inoltre, attribuisce la possibilità per il medesimo organo di suggerire le modalità con cui lo Stato interessato potrebbe dare attuazione alla raccomandazione stessa.[228]

Nel caso di *violation complaint*, pertanto, accertata la presenza di un'inconsistenza della misura oggetto del procedimento con l'accordo invocato, la decisione emessa potrà avere un duplice contenuto: una raccomandazione ed un suggerimento. Mentre la pronuncia della prima costituisce una dovere dell'organo giudicante, la seconda è espressione dell'esercizio di un potere discrezionale.

---

[227] WOLFRUM R., STOLL P.T., KAISER K., "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 483 e ss.; MAVORIDIS Petros C., "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place", European Journal of International Law, vol. 11, p. 763, a p. 777 e ss.;

[228] DSU, Art. 19.1;

Il suggerimento, tuttavia, se da un lato costituisce un chiarimento in relazione alle azioni da intraprendere al fine di dare attuazione alla decisione, dall'altro può essere percepito come un'eccessiva intrusione nella sfera di sovranità dello Stato nei cui confronti viene pronunciato. È proprio quest'ultima considerazione che è ritenuta da taluni una delle ragioni dello scarso esercizio di tale potere discrezionale ad opera degli organi giudicanti: una raccomandazione costituisce di per se un'intrusione nella sovranità dello Stato membro poiché interferisce con l'esercizio dei poteri di governo, statuendone delle limitazioni in ragione degli impegni internazionali assunti dallo Stato.[229] Il suggerimento sulle modalità di attuazione, ancorché non vincolante, potrebbe essere percepito come eccessivo, in particolare dai maggiori attori sul piano del commercio internazionale, poiché finisce per andare a disciplinare le modalità concrete con cui lo Stato interessato deve esercitare i poteri sovrani con riferimento a determinate azioni poste in essere.

Lo stesso Articolo 19 DSU, infatti, non prevede alcun obbligo di pronunciare un suggerimento in capo all'organo giudicante, neanche se espressamente richiesto da una delle parti della controversia. Sebbene, in capo agli organi giudicanti sussista il dovere di affrontare tutte le questioni sollevate dalle parti della controversia, la pronuncia sulla espressa richiesta di un suggerimento può essere evitata mediante il ricorso al principio dell'economia giudiziaria.[230] Il vincolo di *non ultra petita* per i Panels e l'AB investiti della controversia concreta, infatti, appare trovare applicazione rigorosa nel senso negativo: essi, si intende, non possono affrontare questioni che non sono state sollevate dalle parti; diversamente, il dovere positivo di pronunciarsi su tutto quanto richiesto può essere temperato da ragioni di economia giudiziaria che consentono all'organo giudicante di astenersi dal definire determinate questioni invocando la sussistenza di appositi presupposti.[231] Nella maggior parte dei casi, il suggerimento viene pronunciato quando il Panel investito della questione ritiene che non siano configurabili modalità alternative rispetto a quella indicata, per dare attuazione alla raccomandazione.

---

[229] MAVROIDIS, "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place", p. 780;

[230] WOLFRUM R., STOLL P.T., KAISER K., "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 490;

[231] Sull'esercizio dell'economia giudiziaria da parte dei Panels si vedano le controversie: *United States – Measures Affectiong Importa of Woven Wool Shirts and Blouses form India (US-Wool Shirts and Blouses)*, WT/DS33/AB/R, Report of the Appellate Body, 25 April 1997, p. 17-20; *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Canada-Autos)*, WT/DS139, 142/AB/R, Report of the Appellate Body, 31 May 2000, para. 114-116; *United States – Imposition of Coutervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom (US-Lead and Bismuth)*, WT/DS138/AB/R, Appellate Body report, 10 May 2000, para. 71;

Nella tipologia di reclami in analisi, una volta accertata la violazione, l'organo giudicante raccomanda il ritiro della misura oggetto di contestazione. L'avvento del DSU ha fatto venir meno la contestata possibilità per l'organo giudicante di raccomandare il rimborso di quanto pagato dallo Stato attore nel vigore della misura contrastante con l'accordo OMC, in particolare con riferimento ai dazi anti-dumping e compensativi. La questione era sorta, nel vigore del GATT 1947, con riferimento ad alcune pronunce dei Panels nelle quali, veniva raccomandata non solo la revoca della misura contrastante con gli accordi OMC, ma anche il rimborso delle misure anti-dumping già versate.[232] La formulazione dell'Articolo 19 DSU non appare confermare questa possibilità, al contrario sembra limitare il potere raccomandatorio degli organi giudicanti con riferimento soltanto al ritiro della misura contrastante con gli Accordi.[233]

È proprio in relazione a tale formulazione che emerge la questione attinente alla configurabilità del rimedio pronunciato dall'organo decisorio quale avente effetti *ex nunc* oppure *ex tunc*. La conseguenza dell'affermazione del primo piuttosto che del secondo influisce sulla percezione dell'efficienza del sistema e, in modo particolare, sulla configurabilità della violazione quale scelta consapevole e volontariamente posta in essere da parte dello Stato.

La formulazione dell'Articolo 19 DSU, limitandosi ad affermare il dovere dell'organo giudicante di raccomandare allo Stato membro violatore di ricondurre la misura in conformità agli accordi, induce a qualificare il rimedio pronunciato dagli organi decidenti quale produttivo di effetti solo per il futuro, non andando ad interferire sulla situazione realizzatasi sino al momento della pronuncia. Appare confermare questa ricostruzione anche la considerazione elaborata dall'Appellate Body e ripresa dai Panels in base alla quale l'organo giudicante non potrebbe pronunciare una raccomandazione se la misura oggetto del procedimento ha cessato di esistere.[234] Appare condivisibile, nella logica del sistema di risoluzione delle controversie, la considerazione della scarsa utilità della doverosità della pronuncia di una raccomandazione con riferimento ad una violazione che ha cessato di esistere: la diversa interpretazione sarebbe contrastante con la formulazione degli Articoli 11 e 19 DSU, oltre a

---

[232] *United States – Anti-dumping duties on Grey Portland Cement and Cement Clinker from Mexico*, ADP/82, 7 September 1992, para. 6.2;

[233] MAVROIDIS, "Remedies in the WTO Legal System", p. 779;

[234] *United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities (US – Certain EC Products)*, WT/DS165/AB/R, Report of the Appellate Body, 11 December 2000, para. 81; *India Measures Affecting the Automotive Sector (India – Autos)*, WT/DS175/R, Report of the Panel, 21 December 2001, para 8.15, 8.25-8.26;

presentare il rischio per la decisione adottata di avere un valore piuttosto incerto, la stessa finirebbe per minare la coerenza interna del sistema in quanto raccomanderebbe di condurre in conformità misure che si suppone abbiano cessato di produrre effetti e, pertanto, siano già state ricondotte al rispetto degli obblighi internazionali. La previsione dell'Articolo 19(1) si riferisce ad una situazione in cui la violazione è ancora in essere, poiché solo in tal caso, dopo aver constatato la divergenza della misura con l'accordo invocato, è coerente la pronuncia della raccomandazione di ricondurre la stessa in conformità agli impegni assunti.[235]

La conseguenza dell'accertamento ad opera dell'organo giudicante della contrarietà della misura oggetto del procedimento rispetto agli accordi OMC è costituita dalla raccomandazione di ritirare tale misura. L'organo giudicante non pronuncia alcun provvedimento con riferimento al periodo nel corso del quale la misura contraria è rimasta in vigore ed ha prodotto i propri effetti. Infatti, il sistema elaborato in seno all'OMC con riferimento all'accertamento e ai rimedi relativi alle violazioni poste in essere dagli Stati, differisce parzialmente da quello predisposto ad opera della Commissione di Diritto Internazionale con il Progetto di Articoli sulla responsabilità dello Stato per illeciti internazionali. Quest'ultimo, infatti, prevede l'obbligo per lo Stato violatore di completa riparazione del danno causato, sia con riferimento alla cessazione della condotta illecita per il futuro, sia relativamente all'obbligo riparatorio nei confronti delle parti danneggiate per il passato, ripristinando per quanto possibile la situazione che sarebbe esistita se l'atto illecito non fosse stato commesso.[236]

Il DSU, quale legge speciale che deroga al sistema generale del Progetto, con l'Articolo 19 appare prescrivere solo un'obbligazione *pro futuro* dello Stato che ha commesso l'illecito, non pronunciandosi, invece, sugli effetti prodottisi antecedentemente all'accertamento della violazione. Non vi è, invero, alcuna obiezione sulla configurabilità quale illecito internazionale della condotta tenuta dallo Stato in violazione degli Accordi OMC limitatamente ai *violation complaints*, tuttavia il

---

[235] *United States – Import Measures on Certain Products form the European Communities (US – Certain EC Products)*, WT/DS165/AB/R, Report of the Appellate Body, 11 December 2000, para. 81; *India – Autos*, Appellate Body Report, 21 December 2001, para. 8.14-8.15;

[236] Progetto di Articoli sulla Responsabilità dello Stato della Commissione di Diritto Internazionale, 2001, Articoli 34-39;

rimedio elaborato dal sistema di risoluzione delle controversie non appare interessarsi del danno causato sino al momento dell'accertamento dell'illecito stesso.[237]

La limitatezza della raccomandazione al solo ritiro della misura contraria potrebbe essere ricollegabile alla buona fede dello Stato membro che l'ha posta in essere derivante dalla non sempre chiara formulazione degli Accordi. Stando a questa ricostruzione, la violazione commessa dallo Stato membro potrebbe essere involontaria in quanto dovuta all'interpretazione data alla norma da parte dello Stato coinvolto, qualora la sua applicazione non sia chiara e lasci emergere dubbi.[238] In tal caso, l'accertamento della violazione ad opera degli organi giudicanti determina il chiarimento delle modalità applicative dell'accordo oggetto del procedimento, con la conseguenza che le obbligazioni derivanti dalla pronuncia nei confronti dello Stato che ha commesso la violazione devono essere limitate al futuro, consistendo appunto nella revoca della misura, e non riferite agli effetti prodotti prima dell'accertamento.

Tuttavia tale opinione non appare condivisibile in ragione, sia dell'eccessiva ingenuità con cui viene caratterizzata la violazione compiuta dagli Stati, sia in quanto non appare corrispondente all'effettiva pratica risultante dalla casistica portata all'attenzione degli organi giudicanti.

La produzione di soli effetti *ex nunc* da parte delle decisioni degli organi giudicanti trova conferma nella pratica sviluppatasi a partire dall'entrata in vigore del nuovo sistema. Non sono rilevabili, invero, decisioni relative a *violation complaints* in cui i Panels o l'AB pronunciano raccomandazioni ulteriori rispetto alla riconduzione della misura in conformità agli accordi OMC, tali da prescrivere obblighi in capo allo Stato violatore con riferimento al periodo in cui la misura ha prodotto i propri effetti. In sostanza le violazioni degli Accordi OMC passate e consumate, poste in essere dagli Stati, se non sono ancora presenti al momento della pronuncia, restano impunite e prive di compensazione,

---

[237] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 11; MAVROIDIS, "Remedies in WTO legal System", p. 765; MATSUSHITA Mitsuo, SCHOENBAUM Thomas J, MAVROIDIS Petros C., HAHN Michael, "The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy", Third Edition, Oxford University Press, Oxford, p. 115;

[238] Questa possibile interpretazione è avanzata in SCHWARTZ Warren F., SYKES Alan O., "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", The Journal of Legal Studies, vol. 31, 2002, p. S179, a p. S201;

così come lo restano anche gli effetti prodotti nel vigore di una misura giudicata contrastante con gli Accordi OMC.[239]

Ecco, pertanto, che appare giustificata l'opinione in base alla quale rimedi esclusivamente prospettici difficilmente possano costituire un efficace deterrente nei confronti di potenziali violatori.[240]

Sembrerebbe quasi potersi affermare che il vero e proprio illecito si configura solo a partire dal momento in cui, accertata la violazione da parte degli organi giudicanti, lo Stato responsabile omette di conformarsi alla decisione adottata. Infatti, solo in tal caso, trascorso il periodo di tempo ragionevole concesso allo Stato violatore sulla base dell'Articolo 21, il DSU ammette la possibilità per lo Stato che ha subito la violazione di negoziare compensazioni oppure di essere autorizzato ad adottare misure ritorsive, come meglio si vedrà in seguito.

La possibilità di pronunciare rimedi con effetti retroattivi viene considerata, in particolare, con riferimento all'esigenza di contrastare pratiche qualificate *"hit and run"*. Queste ultime sono misure contrastanti con gli accordi OMC, ma aventi breve termine, ossia vengono rimosse dallo Stato violatore immediatamente dopo l'adozione della decisione ad opera del DSB o, comunque, prima della decorrenza del periodo ragionevole di tempo, pertanto prima che possano essere adottati rimedi ulteriori da parte dello Stato che subisce la violazione. Il danno causato da queste misure, infatti, non ottiene riparazione alcuna, poiché, sulla base dell'applicazione delle norme del DSU e della logica che sorregge il sistema di risoluzione delle controversie, la violazione degli accordi OMC è rimossa con la riconduzione in conformità agli stessi della misura contestata.[241] Con riferimento a questa pratica si parla, infatti, di *"remedy gap"* per sottolineare la mancanza di un rimedio che ripari il danno causato dall'adozione di queste misure,[242] a conferma da un lato dell'esclusiva efficacia *pro futuro* delle raccomandazioni adottate, nonché degli ulteriori rimedi previsti dal DSU, e dall'altro

---

[239] SEBASTIAN, SINCLAIR, "Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons", a p. 278;

[240] MAVROIDIS, "Remedies in the WTO Legal System", p. 790;

[241] SHEPERD Jordan, SOKOLONOVA Maria V., WAKJIRA Wagari Negassa, "Effective Compliance in the DSU: The Mechanism of Monetary Compensation as a Form of Reparation", Trade and Investment Law Clinic Papers, Center for Trade and Economic Integration, Geneva, 2012;

[242] Per quanto attiene al concetto di *"remedy gap"*: BREWSTER Rachel, "The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation and Trade Law Enforcement", The George Washington Law Review, vol. 80, 2001, p. 102;

dell'assenza di deterrenti che evitino l'adozione di pratiche commerciali contrastanti con gli accordi OMC che producano effetti limitati nel tempo, ma pur sempre dannosi per gli Stati che le subiscono.

Sono le stesse pronunce degli organi decisori in seno al sistema di risoluzione delle controversie OMC che espressamene escludono la presenza di rimedi con effetti retroattivi. L'obbligazione posta in capo agli Stati membri nel DSU è di fornire un rimedio *ex nunc* nella forma della riconduzione in conformità con gli accordi OMC della misura incompatibile, che può consistere nel suo ritiro, entro la fine del periodo ragionevole di tempo concesso allo Stato violatore; le attuali norme del DSU non prevedono alcun rimedio per gli effetti prodotti in passato dalla misura contraria agli accordi.[243]

Tuttavia, non sembra possibile affermare l'esistenza di un divieto in capo ai Panels di adottare rimedi in grado di produrre effetti retroattivi, come appare essere confermato anche dalla pronuncia del Panel nel caso *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exproters of Automotive Leather*.[244] Invero, non vi è alcuna norma all'interno del DSU che limiti l'adozione di soli rimedi con effetti *ex nunc*.

Quanto alla natura vincolante o meno della decisione emessa dagli organi giudicanti, non appare esservi uniformità di opinioni. Questa diversità è giustificata dall'assenza di norme OMC che chiariscano espressamente lo status giuridico delle decisioni adottate dal DSB.

Secondo una prima tesi, in capo allo Stato Membro la cui misura è stata accertata contraria agli Accordi OMC non vi sarebbe alcun obbligo giuridico di dare esecuzione alla raccomandazione contenuta nella decisione. Al contrario, tale Stato sarebbe libero di scegliere quale condotta tenere in conseguenza a tale accertamento: adempiere a quanto prescritto nella decisione ritirando la misura contrastante con gli Accordi OMC; mantenere in essere la stessa misura e contestualmente accordare dei benefici compensativi che consentano di riequilibrare le concessioni negoziate; non fare alcun mutamento né accordare compensazioni e, al contrario, subire le rappresaglie autorizzate e dirette a ristabilire il menzionato equilibrio.[245] La scelta di adempiere volontariamente a quanto raccomandato sarebbe, pertanto, determinata da ragioni di convenienza sia economica che politica.

---

[243] *US-Section 129(C)(1) of the Uruguay Agreement Act (US – Section 129)*, WT/DS221/R, Report of the Panel, 15 July 2002, para. 3.93; *US-Certain EC Products*, Panel Report, 17 July 2000, para. 6.106;

[244] *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather (Australia – Automotive Leather)*, WT/DS126/RW, Report of the Panel art. 21(5) DSU, 21 January 2000, para. 6.31-6.38;

[245] BELLO Judith H., "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More", The American Journal of International Law, vol. 90, 1996, p. 416, a p. 417;

Secondo questa opinione, l'unica obbligazione OMC veramente vincolante sarebbe costituita dal mantenimento dell'equilibrio delle concessioni negoziate tra gli Stati Membri. La priorità riconosciuta a tale dovere è determinata dalla necessità di preservare l'incentivo a restare membri dell'OMC, cooperare e adempiere volontariamente alle norme negoziate.

Questa opinione sottolinea, pertanto, non solo la natura non esclusivamente economica dell'adesione e della permanenza degli Stati all'interno dell'OMC, ma anche la precarietà dell'equilibrio realizzato al suo interno. L'incentivo a restare vincolati ed adempiere quanto negoziato è sicuramente collegato anche ai vantaggi che ciascuno Stato ricava dall'essere parte dell'Organizzazione stessa, tuttavia, il potere economico e politico che il medesimo Stato è in grado di esercitare nei rapporti con gli altri membri gioca senza dubbio un ruolo di primario rilievo.

La ricostruzione operata da questa opinione, che conduce ad affermare la non vincolatività delle decisioni adottate in esito al procedimento previsto dal DSU, non appare tanto riconducibile alle caratteristiche tipiche del sistema creato dall'OMC, quanto piuttosto è riferibile alla peculiarità delle obbligazioni derivanti in via generale dal diritto internazionale.[246] Infatti, nel contesto di quest'ultimo, come è noto, non è presente un organismo che goda della stessa tipologia di monopolio della forza di cui sono dotati gli ordinamenti di molti degli Stati sovrani, di talché l'adempimento alle sue norme è connesso all'equilibrio dei poteri e delle forze che i singoli Stati sono potenzialmente in grado di esercitare sul piano internazionale, nei loro rapporti reciproci.

Diversamente, sarebbe proprio il diritto internazionale a costituire la ragione che porta ad affermare, secondo un'altra tesi, il carattere vincolante delle decisioni adottate in seno al DSB.[247] Secondo questa opinione, le clausole contenute negli accordi OMC, alla luce della prassi sviluppatasi nel vigore del GATT, inducono ad affermare che l'effetto giuridico di una decisione adottata è costituito da un vero e proprio obbligo di diritto internazionale di adempiere alla raccomandazione o dare attuazione alla decisione stessa posto in capo allo Stato che ha adottato la misura oggetto del procedimento. Tale affermazione si fonderebbe, tra le altre previsioni, sullo scopo stesso del meccanismo di risoluzione delle controversie OMC, ossia di fornire sicurezza e prevedibilità al sistema multilaterale degli

---

[246] JACKSON John H., "The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", The American Journal of International Law, vol. 91, 1997, p. 60, a p. 61;

[247] JACKSON John H., "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?", The America Journal of International Law, Vol. 98, 2004, p. 109, a p. 112 e ss.;

scambi commerciali, nonché di chiarire le previsioni contenute negli Accordi e di preservare i diritti e gli obblighi in essi sanciti. La conclusione a cui giunge questa tesi sarebbe conforme sia all'esigenza, sancita nel DSU di adempiere prontamente alle raccomandazioni, sia alla prescritta temporaneità delle misure compensative e ritorsive che possono essere adottate dalla parte che ha subito la violazione, mai preferite alla piena attuazione della decisione. Inoltre, con un argomento *a contrario*, l'obbligatorietà del ritiro della misura contrastante con gli Accordi OMC viene ricavata dalla previsione dell'Articolo 26(1) che sancisce espressamente l'inesistenza dell'obbligo di revocare la misura nei *non-violation complaints*. Si tratta, pertanto, di argomentazioni strettamente legate al dato testuale, nonché alla prassi sviluppatasi nell'applicazione del GATT 1947 e dei successivi Accordi OMC.

È dall'affermazione del valore prettamente prospettico attribuito alla pronuncia dell'organo giudicante e dalla percezione della vincolatività della stessa non tanto quale suo carattere intrinseco, quanto piuttosto in ragione di valutazioni politiche ed economiche, che è stata elaborata la teoria del "*efficient breach*". In base ad essa, la decisione adottata dal DSB non tanto sarebbe dotata del carattere della vincolatività in virtù dell'applicazione delle norme contenute negli Accordi OMC, quanto piuttosto il suo adempimento da parte degli Stati membri troverebbe la propria ragione nell'ottica della massimizzazione del benessere politico comune.[248]

Secondo la teoria elaborata da Sykes, uno Stato potrebbe scegliere volontariamente e consapevolmente di adottare una misura contrastante con gli Accordi OMC nella misura in cui ne ricava un profitto superiore al danno causato allo Stato nei cui confronti la violazione è attuata. Mediante il riferimento alla teoria economica, Sykes sostiene che l'obiettivo centrale di un sistema di esecuzione, quale il sistema OMC, è quello di indurre le parti ad adempiere alle proprie obbligazioni: tale obiettivo trova attuazione quando l'adempimento garantisce al promissario benefici maggiori rispetto ai costi sopportati dal promittente, assicurando a quest'ultimo la possibilità di deviare dai propri obblighi qualora i costi per il loro adempimento eccedano i benefici a favore del promissario. La conseguenza di questo approccio è data dal fatto che il promittente, indipendentemente dalla

[248] SCHWARTZ F., SYKES, "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", p. S179-S204;

vincolatività giuridica, non è indotto a violare l'impegno assunto a meno che ricavi dalla violazione un vantaggio superiore alla perdita che l'inadempimento causa alla controparte.

L'applicazione di questa teoria porta a giustificare l'adozione di una misura contrastante con gli accordi OMC ad opera di uno Stato membro nella misura in cui il guadagno che ne ricava è superiore al costo che deve sopportare per porre rimedio alla violazione stessa. I costi a cui la teoria fa riferimento non sono prettamente ed esclusivamente di natura monetaria, bensì vengono ricondotti a tre categorie: costi domestici della violazione, intesi con riferimento sia alle influenze sugli equilibri politici e ai loro mutamenti che alle pressioni che possono essere esercitate da gruppi interessati interni allo Stato; costi inerenti alla reputazione dello Stato, relativi specificamente ai rapporti internazionali con gli altri Stati; sanzioni unilaterali a cui sarà sottoposto lo Stato violatore, sia interne ad opera degli operatori del commercio, che esterne in quanto adottate dagli altri Stati con cui intrattiene le relazioni commerciali.[249]

Ne consegue che la percezione della vincolatività della decisione adottata dal DSB, nonché a maggior ragione il rispetto degli impegni sanciti negli Accordi OMC, sono connessi non tanto alla presenza di una sanzione efficace o di un espressa norma che la prescriva, quanto piuttosto dipendono da una valutazione economica e politica in termini di costi-benefici operata dallo Stato membro. Secondo questa teoria, il sistema previsto in seno all'OMC è costruito in modo tale da consentire, in una certa misura, la commissione di *"efficient breach"* da parte degli Stati membri. In particolare, la considerazione che il DSU conceda un periodo di tempo ragionevole allo Stato violatore per conformarsi agli accordi OMC prima che siano adottate delle sanzioni, conferma l'affermazione in base alla quale la deviazione dagli accordi per un periodo di tempo è potenzialmente contemplata dal sistema. Questa teoria, pertanto, conduce ad affermare che la vincolatività non sia qualificabile come carattere intrinseco delle decisioni del DSB, nel senso giuridico del termine, bensì dipenda dalla percezione delle stesse ad opera dello Stato destinatario e dalle valutazioni compiute relativamente ai propri interessi politici ed economici.

Dal punto di vista sostanziale, sulla base di quanto previsto dall'Articolo 19 del DSU, con riferimento all'attuazione, la fondamentale obbligazione posta in capo ai membri dell'OMC è un'obbligazione di

---

[249] SCHWARTZ, SYKES, "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", p. S194 e ss.;

risultato, consistente nell'adempimento degli obblighi nascenti dagli Accordi OMC. La funzione delle raccomandazioni, pertanto, non può che essere riconducibile a tale obbligazione.

Si differenzia dalla questione appena analizzata, quella attinente al carattere vincolante o meno dei suggerimenti eventualmente presenti nella decisione dell'organo giudicante. Anche con riferimento ad essi, non vi sono specifiche indicazioni all'interno del DSU, tuttavia, appare esservi uniformità nel ritenere i suggerimenti non vincolanti in relazione alle modalità che possono essere scelte dallo Stato al fine di dare attuazione alla propria obbligazione.[250] Il sistema di risoluzione delle controversie OMC dimostra in tale contesto ancora una volta la preferenza per la realizzazione del risultato, consistente nell'assicurare la conformità delle misure adottate da ciascuno Stato Membro con gli Accordi OMC, rispetto alla condotta che gli stessi possono tenere per il raggiungimento di tale risultato.[251]

Sembrerebbe potersi ricondurre il suggerimento ad un'obbligazione di condotta, nel senso che la sua pronuncia potrebbe pregiudicare i mezzi per l'ottenimento del risultato statuito nella decisione.[252] Tuttavia, qualora siano presenti altre modalità per il raggiungimento del risultato prescritto, il suggerimento previsto dalla decisione adottata non può essere considerato preclusivo con riferimento ad una diversa condotta. Le stesse pronunce di alcuni Panels hanno confermato la non vincolatività dei suggerimenti, affermando specificamente che la scelta dei mezzi per dare attuazione alla raccomandazione spetta, in prima battuta, allo Stato interessato.[253]

La vincolatività o meno dei suggerimenti, tuttavia, deve essere distinta dalla questione attinente agli effetti giuridici che gli stessi producono. Con riferimento a quest'ultima, vi è uniformità nel ritenere che il rispetto del suggerimento ad opera della parte soccombente determina la presunzione di legalità dell'azione compiuta, diretta a dare attuazione alla decisione adottata.[254] Ne consegue che, lo Stato

---

[250] WOLFRUM R., STOLL P.T., KAISER K., "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 487; MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World trade Organization", p. 116;

[251] MAVROIDIS, "Remedies in the WTO Legal System", a p. 785;

[252] MAVORIDIS, "Remedies in the WTO Legal System", p. 785;

[253] *Guatemala-Antidumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico (Guatemala – Cement)*, WT/DS60/R, Report of the Panel, 19 June 1998, para. 8.2-8.3; *United States-Antidumping Act of 1916 (US – Anti-dumping Act)*, WT/DS/162/R, Report of the Panel, 29 May 2000, para. 6.292;

[254] Tra gli altri WOLFRUM R., STOLL P.T., KAISER K., "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 490; MATSUSHITA, SCHENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization", p. 116;

membro OMC che non adempie al suggerimento prescritto nella pronuncia, non è considerato inadempiente, ma sopporta l'onere di provare che l'azione dallo stesso scelta soddisfa l'obbligo di dare attuazione alla decisione adottata, riconducendo la misura oggetto del procedimento in conformità alle obbligazioni OMC.

Con riferimento ai *violation complaints*, sia che si propenda per la tesi che si appella ai riferimenti testuali, sia che si favorisca l'approccio economico con riferimento alla teoria del *"efficient breach"*, appare possibile affermare l'esistenza di uno spazio in cui la decisione adottata dal DSB possa essere ritenuta vincolante in capo allo Stato membro che ha adottato la misura contrastante con gli Accordi OMC. Tuttavia, l'ampiezza di questo spazio varia a seconda della tesi adottata: nel primo caso la vincolatività è assoluta, nel secondo caso la decisione è vincolante sino a quando i costi della violazione in capo allo Stato che la realizza superano i benefici che ne ricava, quando invece la deviazione dagli obblighi genera maggiori benefici, lo Stato sarà più propenso a mantenere la misura contrastante in vigore, senza dare attuazione alla pronuncia ad esso sfavorevole, ritenendo che la vincolatività della decisione possa cedere nel bilanciamento con interessi di altra natura. Tuttavia, una precisazione si rende necessaria: i concetti di vincolatività espressi nelle due teorie appaiono riconducibili a due ambiti che possono rimanere distinti, specificamente, la prima opinione si riferisce alla nozione giuridica del termine, mentre la seconda identifica la qualifica dal punto di vista prettamente economico.

Indipendentemente dalla tesi adottata, il sistema di risoluzione delle controversie OMC propende sicuramente per la vincolatività della raccomandazione nei confronti delle parti della controversia: l'utilizzo della terminologia non deve essere concepito come configurante uno spazio di discrezionalità in capo alle parti nell'attenersi a quanto prescritto.[255] Poiché le previsioni contenute negli Accordi OMC costituiscono obblighi giuridicamente vincolanti a cui tutti gli Stati membri devono adempiere, a maggior ragione deve essere considerata vincolante per le parti della controversia la decisione adottata dal DSB, in quanto si limita a riflettere e dichiarare la situazione giuridica esistente sulla base dei menzionati Accordi, ne consegue che essa non può che costituire un obbligo per la parte soccombente di porre fine alla violazione.

---

[255] WTO, "Decision-Making in the DSB – Legal Effects of Panels and Appellate Body Reports", il documento si trova online al sito www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e;

Sebbene nessuna previsione del DSU prescriva espressamente l'efficacia temporale della raccomandazione pronunciata dall'organo decidente, indipendentemente dalla vincolatività, la decisione del DSB produce effetti *ex nunc*.

Restano da analizzare le altre due tipologie di azioni proponibili in base al sistema di risoluzione delle controversie OMC: *non-violation complaints* e *situation complaints*. Le decisioni ad essi relative sono entrambe disciplinate dall'Articolo 26 del DSU, tuttavia non sono emerse questioni attinenti alle decisioni che possono essere pronunciate in esito a *situation complaints*, in ragione sia dell'assenza di casi concreti rientranti in questa categoria, sia della scarsa chiarezza relativamente al loro oggetto.

Per quanto attiene ai *non-violations complaints*, l'Articolo 26.1 DSU, sancendo l'inesistenza dell'obbligo di ritirare la misura, prescrive il compito dell'organo giudicante di raccomandare allo Stato membro interessato di trovare un accordo reciprocamente soddisfacente con l'altro Stato membro coinvolto. Affinché possa dirsi sussistente una controversia di quelle in analisi devono essere rispettate tre condizioni, la dimostrazione della cui esistenza spetta alla parte attrice: l'applicazione di una misura ad opera di uno Stato membro, l'esistenza di un beneficio diretto o indiretto a favore di un altro Stato membro, l'annullamento o la compromissione del secondo come risultato dell'applicazione della prima.[256]

In tal caso infatti, oggetto del procedimento non è un illecito internazionale, bensì un atto lecito che, tuttavia, causa un'attuale annullamento o danneggiamento di benefici attribuiti a Membri OMC: il ritiro della misura costituirebbe un atto sproporzionato in quanto la condotta tenuta dallo Stato è compatibile con i suoi obblighi internazionali. Il DSU, con riferimento a questa tipologia di controversie, favorisce una soluzione in cui sono mitigati gli effetti dell'atto senza, tuttavia, porre in discussione lo stesso.[257]

La regolazione reciprocamente soddisfacente viene concepita dal DSU come la migliore modalità per il raggiungimento di questo scopo. Pertanto, in questa tipologia di controversie, una volta che l'organo decidente ha accertato che la misura adottata dallo Stato, sebbene lecita, genera un annullamento o il danneggiamento di un beneficio derivante dagli accordi OMC allo Stato attore, si limiterà a

---

[256] WOLFRUM, STOLL, KAISER, op. cit., p. 380; un esempio di *non-violation complaints* è costituito dalla controversia *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC-Asbestos)*, WT/DS135;

[257] MAVROIDIS, "Remedies in the WTO Legal System", p. 792.

demandare agli Stati coinvolti la concreta e definitiva risoluzione della questione. Anche in tal caso, tuttavia, l'organo giudicante potrà pronunciare dei suggerimenti, non vincolanti, in merito alle modalità per il raggiungimento dell'accordo sulla questione controversa.

È evidente come, il ruolo svolto dal Panel ed, eventualmente, dall'AB nella risoluzione di queste controversie sia piuttosto ridotto e limitato al solo accertamento dell'annullamento e del danneggiamento del beneficio, restando poi in capo agli Stati coinvolti la ricerca e la negoziazione della concreta soluzione applicabile, pur essendo anche la raccomandazione pronunciata in tale contesto vincolante per gli stessi, al pari di quella emessa nei *violation complaints*.

3.1.2 – I lodi arbitrali ICSID.

Le caratteristiche delle decisioni emesse in esito al procedimento condotto secondo la Convenzione ICSID sono espressamente disciplinate dalla stessa, che dedica delle apposite sezioni per la regolamentazione dei vari aspetti che la concernono. In particolare, ai fini che qui rilevano, vengono in considerazione l'Articolo 48 in relazione alla forma e al contenuto e, inoltre, gli Articoli 53 e 54.1 che stabiliscono la natura e gli effetti prodotti dalla decisione.

Una precisazione merita di essere effettuata sin dall'inizio, le norme appena richiamate e che verranno analizzate nel presente paragrafo non sono applicabili ai lodi arbitrali pronunciati dai Tribunali ICSID sulla base delle *Additional Facility Rules*.[258] In tal caso, infatti, il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali sono disciplinati dalle norme nazionali e dai trattati internazionali specificamente applicabili, quale ad esempio la Convenzione di New York del 1958, ma non dalle disposizioni della Convenzione ICSID.

È necessaria, inoltre, una breve premessa sulla definizione di decisione nel sistema arbitrale ICSID. L'esito del procedimento dinnanzi ai Tribunali ICSID è costituito dal lodo arbitrale, tuttavia la Convenzione non fornisce una definizione del termine "lodo". Quest'ultimo può essere descritto come la decisione finale pronunciata da un tribunale arbitrale con la quale dispone delle domande

[258] Additional Facility Rules, rule 3: "Convention not applicable. Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Center, *none of the provisions of the Convention shall be applicable* to them or to recommendations, awards, or reports which may be render therein." (sottolineatura aggiunta);

allo stesso sottoposte.[259] L'Arbitration Rule n. 47 disciplina nel dettaglio i requisiti di forma e di sostanza sanciti nell'Articolo 48.2 e 3 ai quali il lodo ICSID si deve conformare.

Alla luce di quanto prescritto, sono considerati lodi arbitrali non solo le decisioni che si pronunciano nel merito della causa, ma anche le statuizioni con le quali i Tribunali ICSID accertano la mancanza di giurisdizione, nonché le pronunce di integrazione, rettifica, interpretazione o revisione ai sensi degli Articoli 49.2, 50 e 51. Con riferimento a queste ultime disposizioni, gli obblighi sanciti dagli Articoli 53 e 54 si riferiscono alla versione del lodo come modificata in esito ai procedimenti menzionati. Il termine "lodo", al contrario, non comprende decisioni preliminari dei Tribunali ICSID che accertano la sussistenza della giurisdizione, attinenti a misure provvisorie o ordini procedurali.

Due importanti requisiti che il lodo deve rispettare sono costituiti dalla esaustività e dalla motivazione.[260] La mancanza di ciascuno di essi trova il proprio corrispettivo nella previsione di due cause di annullamento, come meglio si vedrà in seguito, rispettivamente costituite dall'eccesso di potere e dall'assenza delle motivazioni su cui si basa la decisione, determinata non tanto dalla loro totale mancanza, quanto piuttosto connessa alla qualità, coerenza e persuasività delle stesse.

Dal punto di vista contenutistico, emerge una differenza notevole dei lodi ICSID rispetto alle decisioni emesse in esito al procedimento previsto in seno all'OMC. Ad una pronuncia nel sistema OMC che prescrive rimedi aventi effetti solo *pro futuro*, attinenti esclusivamente all'eliminazione dell'accertata violazione, si contrappone una decisione avente contenuto compensativo. Infatti, l'arbitrato in generale, e il sistema ICSID specificamente, accertata la violazione, mira a porre intero rimedio al danno commesso. La compensazione, invero, è concepita come diretta non solo ad indennizzare la vittima per il danno sofferto, ma anche ad assicurare che l'autore della violazione non tragga profitto dalla stessa arricchendosi ingiustamente ed, inoltre, incoraggia al rispetto delle norme applicabili.[261] Pertanto, la compensazione da un lato costituisce la sanzione per la violazione della norma, dall'altro rimuove gli incentivi a commettere nuovamente illeciti.

---

[259] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 811.

[260] Convenzione ICSID, Art. 48.3;

[261] WÄLDE Thomas W., SABAHI Borzu, "Compensation, Damages and Valuation" in MUCHLINSKY Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christopher (Eds), "Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, 2008, p. 1049, a p. 1053;

La compensazione costituisce anche il rimedio meno intrusivo con riferimento alla sovranità dello Stato: i Tribunali ICSID, come in generale i tribunali arbitrali e a differenza delle pronunce OMC, nella maggior parte dei casi, non ordinano allo Stato l'adozione di uno specifico comportamento, bensì, si limitano a richiedere il pagamento di una somma di denaro per il danno cagionato. Se da un lato, pertanto, tale rimedio preserva lo Stato da possibili influenze esterne, dall'altro lato, costituisce per gli individui e le società, controparte degli Stati nei procedimenti ICSID, la migliore e più fungibile espressione dei loro interessi.[262]

La riparazione viene concepita come in grado di eliminare tutte le conseguenze dell'illecito e ristabilire la situazione che sarebbe esistita se la violazione non fosse stata commessa.[263] L'obbligo di riparazione nel diritto internazionale costituisce espressione di due principi: secondo il primo, la violazione di un impegno comporta l'obbligo di riparare in forma adeguata; sulla base del secondo, la riparazione deve essere tale da ristabilire la situazione come era prima della violazione.[264] La questione che emerge con riferimento alle controversie relative agli investimenti, attiene all'identificazione della forma più adeguata che debba assumere la riparazione. Essa può essere costituita, infatti, non solo dal pagamento di una somma di denaro, ma anche da obbligazioni di natura non pecuniaria. La compensazione, intesa come riparazione monetaria del danno causato, viene concepita dal Progetto di Articoli della Commissione di Diritto Internazionale e dalla giurisprudenza come sussidiaria all'obbligo di restituzione,[265] tuttavia, in considerazione della frequente inappropriatezza o impossibilità di quest'ultima, la prima è la forma di riparazione maggiormente utilizzata nelle controversie relative agli investimenti. Quanto alla terza forma di riparazione, costituita dalla soddisfazione, la sua rilevanza è limitata al caso in cui il danno causato non possa essere riparato con alcuno dei due rimedi menzionati. Nelle controversie attinenti agli investimenti, difficilmente quest'ultima forma di riparazione risulta essere adeguata.

---

[262] WÄLDE, SABAHI, "Compensation, Damages and Valuation", p. 1062;

[263] La pratica relativa alla determinazione del contenuto della riparazione, mediante la quale devono essere eliminate tutte le conseguenze dell'atto illecito e ristabilita la situazione che sarebbe esistita se lo stesso non fosse stato commesso, è ricondotta alla pronuncia della Corte Permanente Internazionale di Giustizia nel caso *Charzow Factory*, 1928; i principi elaborati a partire da questa pronuncia sono statuiti anche nell'articolo 31 del Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati elaborato dalla Commissione di Diritto Internazionale;

[264] DE BRABANDERE, "Investment Treaty Arbitration as Public International Law", p. 177;

[265] *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 401;

La Convenzione ICSID, invero, non prescrive espressamente il contenuto sostanziale del lodo arbitrale, con la conseguenza che non è sancito alcun obbligo di statuire obbligazioni pecuniarie né alcun divieto di pronunciare obblighi di natura non monetaria. L'unico obbligo prescritto dall'Articolo 54 della Convenzione con riferimento al contenuto sostanziale della decisione, attiene alla fase esecutiva. Il Tribunale ICSID che si è pronunciato nel caso *Enron c. Argentina* ha espressamente affrontato la questione attinente alla possibilità di pronunciare obbligazioni aventi contenuto non pecuniario, risolvendo positivamente il quesito.[266] La stessa analisi della storia che ha condotto alla redazione della Convenzione conferma il potere dei Tribunali ICSID di assegnare danni di natura monetaria, ma anche di ordinare alla parte di tenere una determinata condotta.

Tuttavia, la possibilità per i Tribunali di pronunciare obbligazioni diverse da quelle pecuniarie dipende, nel concreto, dalla domanda formulata dalle parti del procedimento, poiché sono le stesse a stabilire l'estensione dei poteri degli arbitri con riferimento al contenuto della pronuncia, mediante la formulazione delle specifiche istanze.[267] Il fatto che i Tribunali ICSID nella maggior parte dei casi, se non nella loro totalità, abbiano pronunciato condanne aventi come contenuto obbligazioni pecuniarie è connesso alla formulazione, da parte degli investitori o degli Stati, delle proprie azioni in termini di danni monetari. La possibilità di chiedere la condanna ad obbligazioni aventi contenuto diverso dipende dalla volontà delle parti di continuare la relazione instaurata. Infatti, qualora il rapporto dal quale è insorta la controversia non cessi con la risoluzione della medesima, bensì vi sia la volontà di proseguirlo e permanga la fiducia reciproca tra l'investitore e lo Stato, le stesse parti possono essere interessate ad ottenere la condanna della controparte ad obblighi di condotta e non soltanto alla compensazione monetaria del danno sofferto a causa della violazione commessa. Senza dubbio, tuttavia, qualora soccombenti, gli Stati preferiscono essere obbligati al pagamento di una somma di denaro, piuttosto che dover tenere determinate condotte ordinate dal Tribunale arbitrale e richieste dall'investitore. Anche in tal caso, infatti, emergono le considerazioni attinenti alla possibile percezione di una eccessiva intrusione nella sfera di sovranità dello Stato ad opera di corti esterne

---

[266] *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (Enron v. Argentina)*, ICSID case n. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004; sulla possibilità di pronunciare rimedi di natura non pecuniaria si è pronunciato positivamente anche il Tribunale ICSID nel caso *Ioan Micula and others v. Romania (Micula v. Romania)*, ICSID case n. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, para. 166;

[267] SCHREUER Christopher, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", Arbitration International, vol. 20, 2004, p. 325, a p. 329;

all'ordinamento nazionale, analizzate con riferimento alle pronunce esito dei procedimenti in seno all'OMC.

Pertanto, il contenuto delle decisioni dei Tribunali ICSID può essere costituito non solo dalla condanna al pagamento di una somma di denaro a favore della parte che ha subito la violazione, ma anche da obblighi di tenere determinate condotte, gravanti sia sullo Stato che sull'investitore soccombente, nonché obbligazioni di cessazione del comportamento illecito o, più in generale, prestazioni specifiche, richieste dalla parte che ha subito la violazione accertata.[268]

Esempi di decisioni nelle quali i Tribunali ICSID hanno formulato obbligazioni restitutorie come rimedio primario sono costituiti dalle pronunce dei casi *ATA Construction c. Giordania* e *Franck Charles Arif c. Moldavia*. Con la prima decisione il Tribunale ICSID investito della questione ha ordinato la restituzione in capo all'investitore attore del diritto all'arbitrato che era stato eliminato in forza dell'applicazione di una legge giordana, costituendo una violazione degli obblighi assunti dallo Stato sulla base del BIT tra la Giordania e la Turchia.[269] Con la seconda pronuncia, il Tribunale ICSID investito della controversia ha concesso allo Stato convenuto la possibilità di restituire l'investimento all'investitore entro un periodo di tempo determinato, terminato inutilmente il quale o in alternativa pone in capo allo stesso il pagamento di una compensazione pecuniaria.[270] Nel formulare quest'ultima decisione, il Tribunale arbitrale, analizzando la possibilità di pronunciare un rimedio restitutorio in alternativa alla compensazione, afferma la maggiore conformità della restituzione con gli obiettivi dei trattati bilaterali di investimento, poiché, qualora sia possibile e soddisfacente, consente di preservare sia l'investimento che la relazione tra l'investitore e lo Stato ospitante, subordinando pertanto la pronuncia di rimedi compensativi all'impossibilità della prima.

L'Articolo 53 della Convenzione disciplina espressamente gli effetti che il lodo produce nei confronti delle parti, mentre il seguente Articolo 54 parallelamente, statuisce il valore dello stesso verso tutti gli altri Stati contraenti, non parti del procedimento arbitrale.

---

[268] SCHREUER, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", p. 332;

[269] *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan (ATA Construction v. Jordan)*, ICSID case n. ARB/08/2, Award, 18 May 2010;

[270] *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova (Arif v. Moldova)*, ICSID case n. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, in particolare ai para. 569-572;

Ai sensi dell'Articolo 53, le caratteristiche di cui è dotato il lodo arbitrale ICSID sono tre: definitività, divieto di sottoporre il lodo a revisione esterna e vincolatività del lodo nei confronti delle parti. L'espressa statuizione di queste qualità evita il sorgere di questioni come quelle emerse con riferimento alle decisioni esito dei procedimenti in seno all'OMC.

La definitività del lodo arbitrale, che costituisce carattere tipico dell'arbitrato in generale, comporta il divieto per le parti, una volta che i Tribunali ICSID si siano pronunciati, di sottoporre nuovamente la medesima questione ad altro foro.[271] La definitività si collega pertanto alla seconda caratteristica menzionata, presentando anche ulteriori sfaccettature: non solo il lodo arbitrale non può essere sottoposto a rimedi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Convenzione stessa, ma inoltre quest'ultima prevede un sistema di rimedi nei confronti della decisione limitati alla interpretazione, revisione e annullamento secondo quanto previsto dagli Articoli 50, 51 e 52. Come meglio si vedrà, infatti, non è ammesso alcun appello avverso la pronuncia del Tribunale ICSID.

Una definizione della caratteristica in analisi è stata data nella pronuncia del Comitato *ad hoc* nel caso *MINE v. Guinea*, ove il suo significato viene ancorato a due elementi: *"... the Convention excludes any attack on the award in national courts. The award is final in that sense. It is also final in the sense that even within the framework of the Convention it is not subject to review on the merits. It is not final, on the other hand, in the sense that it is open to being completed or corrected, interpreted, "revised" or annulled."*[272]

La non rivedibilità della decisione nel merito, elemento che si ritrova anche negli arbitrati commerciali internazionali, viene affiancata all'impossibilità di attaccare il lodo davanti alle corti interne, espressione del carattere autonomo del procedimento arbitrale ICSID. Si crea in tal modo un sistema in cui la possibilità di rimettere in discussione la decisione arbitrale una volta che è stata emessa è decisamente ristretta ed accentrata, mediante un meccanismo che contribuisce ad assicurare l'attuazione del lodo. L'istituto dell'annullamento si pone a bilanciare due esigenze contrapposte: da un lato la necessaria definitività del lodo, che è finalizzata ad assicurare l'efficienza del sistema in termini di speditezza ed economicità, e dall'altro la correttezza della decisione, che nell'arbitrato

---

[271] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1105;

[272] *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea (MINE v. Guinea))*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989, para 4.02;

internazionale viene tendenzialmente concepita come subordinata al desiderio di vedere risolte rapidamente le controversie.[273]

L'esclusione di altri rimedi comporta, per la parte insoddisfatta dal lodo reso da un Tribunale ICSID, l'impossibilità di rivolgersi altrove al fine di ottenere l'accoglimento delle proprie pretese. La decisione arbitrale, una volta emessa ed esauriti i rimedi messi a disposizione dalla Convenzione o decorsi i termini per farvi ricorso, acquista il carattere di *res judicata*,[274] permanendo tuttavia i limiti che tale concetto presenta nelle controversie internazionali, come analizzati nel primo capitolo.

L'esclusione di altri rimedi esterni a cui possa essere sottoposto il lodo, sottolinea i caratteri dell'indipendenza e della delocalizzazione degli arbitrati ICSID. Infatti, ai fini della validità e dell'adempimento del lodo, è irrilevante il luogo in cui il procedimento ICSID viene condotto, di tal che esso è totalmente indipendente da qualsiasi ordinamento nazionale.

L'Articolo 53 statuisce espressamente anche la vincolatività del lodo ICSID nei confronti delle parti del procedimento. Poiché il lodo costituisce l'esito di un procedimento arbitrale fondato su un accordo tra le parti della controversia che comprende la promessa di rispettarne l'esito, la vincolatività del lodo viene ricondotta alla massima *pacta sunt servanda*:[275] la forza vincolante del lodo sancita dalla Convenzione ICSID altro non è che la conseguenza della vincolatività sul piano internazionale dell'accordo arbitrale. Tuttavia, poiché le parti della controversia ICSID sono uno Stato ed un entità privata, il fondamento legale della vincolatività non sarebbe simmetrico: l'obbligo del primo è duplice, sancito sia nello strumento mediante il quale ha prestato il proprio consenso all'arbitrato, sia determinato dalla sua adesione alla Convenzione ICSID, con la conseguenza che la sua violazione determina il sorgere della responsabilità internazionale dello Stato; non così, invece, per l'entità privata, ovviamente non esposta alle conseguenze di quest'ultima.

A confermare la vincolatività del lodo per le parti della controversia, l'Articolo 53 della Convenzione ICSID sancisce l'obbligo per le stesse di attenersi e rispettare quanto prescritto nel medesimo.

---

[273] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 903;

[274] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1105;

[275] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1099; BROCHES Aron, "Awards Render Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement and Execution", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 2, 1987, p. 287, a p. 289;

L'obbligazione sancita è indipendente da alcun procedimento di esecuzione. Infatti, la Convenzione ICSID mantiene distinto l'obbligo di rispettare il lodo dal procedimento esecutivo diretto alla sua attuazione, disciplinato dal successivo Articolo 54, e dal quale possono sorgere difficoltà dipendenti dall'applicazione della legge dello Stato in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti.

Per assicurare l'adempimento del lodo arbitrale è possibile ricorrere al procedimento di riconoscimento ed esecuzione sancito dall'Articolo 54. Infatti, la Convenzione ICSID prescrive l'obbligo di riconoscere il lodo come vincolante anche in capo a tutti gli Stati Contraenti, dunque non solo a quello parte del procedimento e a quello di nazionalità dell'investitore privato.[276] Ne consegue che, se lo Stato è parte della controversia è titolare di un duplice obbligo: quello stabilito dall'Articolo 53, di attenersi a quanto previsto dal lodo, e quello di riconoscerlo e darvi esecuzione, ai sensi dell'Articolo 54. Logicamente, la necessità del ricorso all'Articolo 54 nei confronti dello Stato coinvolto, emerge solo nel caso in cui non abbia adempiuto alle previsioni della decisione arbitrale, violando l'Articolo 53. Il mancato adempimento a quanto prescritto dall'Articolo 54, come menzionato, determina il sorgere delle conseguenze relative alla responsabilità dello Stato per violazione dei propri obblighi internazionali.

L'Articolo 54.1 costituisce espressione di un concetto fondamentale per il sistema di risoluzione delle controversie disciplinato dalla Convenzione ICSID: ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione nei territori degli Stati Contraenti, il lodo reso sulla base delle norme della Convenzione è equiparato alla decisione definitiva degli organi giudiziali interni allo Stato.[277]

Il riconoscimento del lodo come vincolante, oltre a produrre l'effetto di attribuirgli lo status di *res judicata*, costituisce anche il presupposto per la sua esecuzione. Generalmente, infatti, il riconoscimento viene richiesto per procedere rapidamente all'esecuzione, ma è in grado anche di costituire un incentivo nei confronti della parte soccombente per indurla ad adempiere a quanto previsto dal lodo, al fine di evitare le conseguenze negative che un procedimento esecutivo genera in capo al soggetto, con particolare riferimento alla sua reputazione nelle relazioni commerciali. Il

[276] Convenzione ICSID, Art. 54.1;

[277] BROCHES, "Awards Render Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement and Execution", p. 316;

riconoscimento, infatti, è assoggettato esclusivamente ai requisiti prescritti dalla Convenzione ICSID, mentre la successiva esecuzione è sottoposta alle legislazioni nazionali.[278]

Questa distinzione tra riconoscimento ed esecuzione, tuttavia, non è sempre stata chiara nell'applicazione della Convenzione ed, anzi, ha generato pronunce delle corti nazionali non in linea con le sue prescrizioni.[279] In esito a tali pronunce, nondimeno, è stato chiarito che la Convezione ICSID, specificamente agli Articoli 53 e 54, prevede un meccanismo autonomo e semplificato per il riconoscimento e l'esecuzione che esclude quello disciplinato dalla legislazione interna e i rimedi che sono ivi stabiliti. Inoltre, si precisa che il riconoscimento e l'esecuzione costituiscono fasi distinte e separate; solo con riferimento alla seconda possono sorgere problematiche collegate all'attuazione concreta del procedimento esecutivo all'interno dello Stato, prima tra tutte la questione dell'immunità di quest'ultimo.

L'idea che sta alla base del sistema è costituita dall'automatico riconoscimento dei lodi ICSID. Nella fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale non si manifesta l'autonomia del sistema creato dalla Convenzione ICSID: l'Articolo 54, infatti, richiede l'intervento delle corti nazionali. Con riconoscimento si intende la formale conferma dell'autenticità del lodo e della produzione delle conseguenze stabilite dalla legge.[280] Con riferimento a questo procedimento, il compito delle corti interne è limitato a verificare l'autenticità del lodo ICSID con la conseguenza che, se l'esito è positivo, esso diventa un valido titolo in grado di costituire la base per la sua esecuzione. Le corti nazionali, infatti, devono astenersi dall'indagare ulteriormente nel merito del lodo, né possono accertare nuovamente la sussistenza della giurisdizione ICSID o la validità e la correttezza del procedimento che ha condotto alla pronuncia della decisione. Il carattere di definitività del lodo ICSID si esprime, infatti, attraverso l'affermazione, una volta accertata la sua autenticità, dell'inesistenza di alcun potere

[278] Convenzione ICSID, Art. 54;

[279] Particolarmente famose a tale proposito sono quelle delle corti francesi nei casi *Benvenuti & Bonfant v. Congo* (Tribunal de Grande Istance, 13 gennaio 1981, 1 ICSID Reports, p. 369 e Cour d'Appel, Parigi, 26 Giugno 1981, 1 ICSID Reports, p. 369) e *SOABI v. Senegal* (Cour d'Appel, Parigi, 5 Dicembre 1989, 2 ICSID Reports, p. 337 e Cour de Cassation, 11 Giugno 1991, 2 ICSID Reports, p. 341);

[280] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1128;

discrezionale in capo a tali corti anche con riferimento alla sua revisione relativamente al rispetto dell'ordine pubblico o del diritto internazionale.[281]

La vincolatività del lodo arbitrale ICSID, pertanto, assume due connotazioni: la prima, ai sensi dell'Articolo 53, esplica i suoi effetti nei confronti delle parti della controversia, lo Stato e l'investitore privato, obbligandoli ad adempiere e rispettare quanto deciso dal Tribunale, in ottemperanza all'impegno assunto con l'accordo di sottoporre la controversia ad arbitrato, oltre che, limitatamente allo Stato, con l'adesione alla Convenzione ICSID. La seconda connotazione riguarda tutti gli Stati Contraenti: ai sensi dell'Articolo 54, con l'adesione alla Convenzione assumono l'obbligo di riconoscere come vincolanti anche nei loro confronti i lodi arbitrali emessi dai Tribunali ICSID.

Tutti gli Stati Contraenti, inoltre, assumono un'ulteriore obbligazione: ai sensi della seconda parte dell'Articolo 54.1, devono dare attuazione alle obbligazioni pecuniarie imposte dal lodo all'interno del proprio territorio *"as if it were a final judgment of a court in that State"*. Secondo quanto stabilito dal primo comma dell'articolo in analisi, il procedimento di riconoscimento e quello di esecuzione non si applicano allo stesso oggetto: mentre il primo ha una portata ampia, estesa a tutti i lodi emessi in conformità a quanto previsto dalla Convenzione, la seconda fa riferimento esclusivamente alle obbligazioni pecuniarie.[282] Questa distinzione è giustificabile considerando le difficoltà che possono sorgere qualora la decisione arbitrale preveda modalità diverse di soddisfazione della pretesa della parte vittoriosa, sconosciute dalla legge dello Stato di esecuzione, in base alle quali, come si vedrà, si deve procedere ai sensi del terzo comma dello stesso articolo. Tali difficoltà, al contrario, non dovrebbero sorgere in relazione all'esecuzione di obbligazioni pecuniarie, in quanto si presumono presenti in tutti gli ordinamenti nazionali.[283]

Dunque, un'obbligazione non pecuniaria è soggetta allo stesso obbligo di riconoscimento delle obbligazioni pecuniarie, ma non è equiparata a quest'ultima con riferimento alla sua esecuzione. Ne consegue che l'obbligo di riconoscimento come vincolante si estende al lodo nella sua totalità, comprese obbligazioni aventi carattere non monetario, mentre l'obbligo di dare esecuzione come se

---

[281] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1139;

[282] BENARDINI, "La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington", p. 8;

[283] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1137.

fosse un giudizio definitivo interno si estende esclusivamente alle obbligazioni pecuniarie e non a quelle aventi natura restitutoria, di esecuzione in forma specifica o altro contenuto, le quali non godono pertanto del meccanismo semplificato e automatico di attuazione prescritto dall'Articolo 54.[284]

La prescrizione in analisi, oltre a costituire espressione del carattere autonomo del sistema ICSID, determina la conseguenza dell'impossibilità di sottoporre il lodo pronunciato a procedimenti di revisione diversi da quelli disciplinati dalla Convenzione come sancito dall'Articolo 53, nonché, conferma l'impossibilità per le corti nazionali di procedere a qualsiasi revisione del lodo, sia con riferimento alla forma che al contenuto, che alla sua compatibilità con l'ordinamento ricevente.[285]

Il riferimento dell'Articolo 54 al *"final judgment"* è diretto a porre il lodo arbitrale sullo stesso piano di un giudizio definitivo delle corti nazionali, la conseguenza è che il primo è eseguibile sulla base della legislazione nazionale allo stesso modo in cui lo è una sentenza definitiva interna. Pertanto, come si vedrà in seguito, non viene richiesto agli Stati di andare oltre a quanto ivi stabilito, procedendo in via esecutiva nei confronti di lodi, nei casi di sentenze definitive interne che non possono essere eseguite.[286] Con decisione definitiva interna si intende quella avverso la quale non è esperibile alcun rimedio ordinario, non essendo tale la sentenza che può essere oggetto di impugnazione in grado di appello o di altre forme di revisione.[287]

L'equiparazione della decisione arbitrale ICSID, con riferimento alle obbligazioni pecuniarie comminate, alla sentenza definitiva nazionale, comporta l'emergere della possibilità di resistere alla sua esecuzione negli Stati le cui legislazioni interne disciplinano motivi che consentono di respingere

---

[284] SCHREUER, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", p. 332; nonostante la pratica dei Tribunali ICSID consista per lo più nell'imposizione di obbligazioni pecuniarie, la possibilità di pronunciare obbligazioni aventi contenuto diverso è stata presa in considerazione nel caso *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 Jenuary 2004, para. 79 e 81; anche nel caso *Antoine Goetz et Consorts v. Republique du Burundi (Goetz v. Burundi)*, ICSID case n. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, para. 135 l'attore ha chiesto la condanna pagamento dei danni solo in via subordinata alla richiesta di reintegrazione in forma specifica, tuttavia il Tribunale ICSID non ha pronunciato obbligazioni non pecuniarie, rimettendo tale aspetto ad un accordo delle parti, poi incorporato nella decisione finale;

[285] BERGAMINI Laura, "La controllabilità interna ed esterna dei lodi ICSID", Rivista dell'Arbitrato, vol. 1/2002, 2002, p. 139, a p. 172;

[286] Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, para. 43;

[287] SHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1142; BROCHES, "Awards Render Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement and Execution", p. 318;

l'esecuzione di sentenze definitive.[288] Sebbene nel corso dell'elaborazione della Convenzione la consapevolezza di questa possibilità era presente, nella pratica una situazione di questo tipo non si è ancora mai verificata.

3.1.3 – Considerazioni.

I sistemi di risoluzione delle controversie oggetto della presente analisi si concludono con l'adozione di due diverse tipologie di decisioni, tuttavia la terminologia utilizzata per la loro identificazione, rispettivamente raccomandazione e lodo arbitrale, non comporta necessariamente l'attribuzione di una diversa forza nei confronti delle parti del procedimento. Infatti, anche la raccomandazione pronunciata dagli organi decisori del sistema OMC, al pari del lodo ICSID, è percepita come vincolante per le parti del procedimento, sebbene tale carattere non sia espressamente sancito in alcuna previsione del DSU. Tale mancanza costituisce l'origine dei dibattiti e delle diverse opinioni formulate dagli studiosi della materia con riferimento allo status legale delle decisioni adottate dal DSB. Non altrettanto accade nel sistema della Convenzione ICSID, nel quale la presenza di espresse norme che disciplinano le caratteristiche dei lodi arbitrali ha evitato il sorgere di opinioni divergenti.

La vincolatività dei lodi ICSID è sancita non solo nei confronti delle parti del procedimento, ma deve essere riconosciuta da tutti gli Stati Contraenti la Convenzione, nei confronti dei quali è prescritto anche l'obbligo di dare attuazione alle obbligazioni ivi sancite. Tali obblighi, oltre a non essere previsti nel sistema di risoluzione delle controversie OMC, non sono neanche configurabili nei confronti degli Stati che, sebbene membri dell'Organizzazione stessa, non siano parti della controversia decisa. Questa distinzione appare riconducibile al diverso contenuto delle decisioni emesse in ciascun sistema: mentre il DSU si preoccupa di riportare la condotta dello Stato violatore in conformità agli impegni assunti sul piano internazionale nei confronti esclusivamente dello Stato che ha subito il torto; il sistema ICSID è diretto a riparare nella maggiore misura possibile l'illecito commesso, con la conseguenza che la statuizione decisoria pronunciata è vincolante non solo per le parti della controversia, ma anche per tutti gli altri Stati aderenti alla Convenzione.

---

[288] BALDWIN Edward, KANTOR Mark, NOLAN Michael, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", Journal of International Arbitration, vol. 23, 2006, p. 1, a p. 9;

Probabilmente la distinzione sussistente tra il sistema OMC e il sistema della Convenzione ICSID in termini di contenuto della decisione deve essere letta anche nell'ottica delle intenzioni originarie che hanno mosso all'elaborazione rispettivamente di ciascuna di esse. Sebbene l'obiettivo comune sia quello di promuovere lo sviluppo economico degli Stati, come già menzionato, il fondamento da cui ciascun sistema si sviluppa è diverso: la volontà di liberalizzare il commercio favorendo il rafforzamento del sistema multilaterale per l'OMC, mentre l'esigenza di creare un meccanismo depoliticizzato che garantisca la protezione degli investimenti, e quindi anche degli investitori, al fine di facilitare la circolazione di capitale, per quanto concerne la Convenzione ICSID. La possibilità di commettere atti contrastanti con gli impegni assunti sul piano internazionale la cui permanenza per un periodo di tempo limitato resta impunita, può essere fatta rientrare nel sistema di liberalizzazione del commercio diretto a mantenere vincolati gli Stati senza creare, tuttavia, delle costrizioni che possano essere percepite dai membri come eccessivamente invadenti la sfera della propria sovranità e l'esercizio dei propri poteri. Nell'ottica del bilanciamento degli interessi, il sistema OMC, infatti, sarebbe disposto a chiudere un occhio di fronte ad un violazione delle sue norme, piuttosto che far venir meno l'adesione di singoli Stati all'intero sistema, a maggior ragione se si tratta di Stati particolarmente influenti nel piano delle relazioni commerciali. Questa possibilità rientrerebbe nell'esigenza di garantire il funzionamento del sistema multilaterale degli scambi commerciali, così come tutelato dal DSU.

Diversamente, l'adesione alla Convenzione ICSID costituisce espressione della volontà degli Stati di tutelare gli investimenti secondo il rispetto di determinati parametri. La necessità del consenso dello Stato alla giurisdizione dei Tribunali arbitrali ICSID costituisce a sua volta accettazione della pronuncia formulata dagli stessi con riferimento alla specifica controversia insorta. La necessità di mantenere il proprio territorio attrattivo per gli investimenti stranieri porta con se l'obbligo per lo Stato di tenere indenne l'investitore che ha subito una lesione dei propri diritti. Una decisione che statuisca limitatamente all'eliminazione dei persistenti effetti prodotti nel campo degli investimenti è spesso inadeguata sia perché nella maggior parte dei casi gli effetti della violazione sono istantanei e non perduranti nel tempo, sia in quanto la violazione rimarrebbe sostanzialmente impunita con il conseguente arricchimento dello Stato violatore a danno dell'investitore straniero.

È negli ultimi anni che i Tribunali ICSID hanno considerato la possibilità di pronunciare obbligazioni restitutorie in sostituzione o in alternativa alle obbligazioni pecuniarie, ritenendo la restituzione maggiormente conforme ai BIT nell'ottica del proseguimento delle relazioni tra le parti coinvolte

nella controversia. L'efficacia di questo tipo di pronunce, tuttavia, dipende non solo dalla volontà delle parti, ma anche dal permanere del rapporto fiduciario tra le stesse instaurato, che non deve venir meno con l'insorgere della controversia. In questo secondo caso emerge la possibilità che la decisione emessa dai Tribunali ICSID non sia diretta esclusivamente a regolare la riparazione della violazione commessa con riferimento ad rapporto ormai concluso, ma costituisca anche la base per la disciplina della futura relazione tra l'investitore e lo Stato ospitante, avvicinandosi per quanto attiene al suo contenuto alle pronunce adottate in seno all'OMC. Resta in ogni caso indubbia la qualificazione quale rimedio riparatorio delle obbligazioni pronunciate dai Tribunali ICSID, mentre non sono qualificabili allo stesso modo le decisioni adottate dal DSB. Sulla base di questa lettura sembra possibile confermare la complementarietà dei due sistemi oggetto di analisi con riferimento ai rimedi che ciascuno è in grado di offrire ai soggetti che subiscono una violazione qualificabile come tale in entrambi i sistemi.

3.2 L'APPELLO NEL SISTEMA OMC E L'ANNULLAMENTO NELLA CONVENZIONE ICSID.

Entrambi i sistemi oggetto della presente analisi prevedono la possibilità di impugnazione della decisione dell'organo per primo investito della controversia, tuttavia i mezzi scelti a tale fine sono diversi. L'Articolo 17 del DSU prevede e disciplina l'Organo di Appello del sistema di risoluzione delle controversie OMC. L'Articolo 52 della Convenzione ICSID regola, invece, l'annullamento dei lodi emessi dai Tribunali. Si tratta di due istituti diversi: da un lato, un vero e proprio appello nel primo sistema, con la creazione di un organo permanente che giudica questioni di diritto avverso l'impugnazione delle decisioni dei Panels; dall'altro, un mezzo di revisione del lodo più limitato che consente la verifica del rispetto di determinati parametri ad opera di un organo composto appositamente per giudicare la singola questione. Ciò che si vuole mettere in luce in questo paragrafo non è la possibilità e l'opportunità di mutuare in un sistema le risultanze raggiunte nell'altro, creando un meccanismo di appello per il procedimento previsto dalla Convenzione ICSID, già oggetto di numerosi scritti. L'oggetto del presente paragrafo consiste nell'analizzare i due mezzi di impugnazione allo scopo di verificare la presenza di punti di contatto in tale fase, nonché gli effetti

di ciascun mezzo di impugnazione sull'efficacia complessiva del sistema ai fini della positiva risoluzione della controversia.

I due istituti disciplinati rispettivamente dal DSU e dalla Convenzione ICSID si distinguono sia sulla base della diversità di poteri attribuiti rispettivamente agli organi di appello e di annullamento e sia con riferimento agli esiti delle due procedure. Mentre mediante l'annullamento è possibile demolire una *res judicata* ma non crearne una nuova, un organo di appello esercita un controllo che non è limitato solamente alla legittimità della procedura, ma riguarda anche la correttezza sostanziale della decisione. Infatti, l'esito del procedimento di annullamento è l'invalidazione della decisione originaria perché viene accertata la presenza di una delle cause che la giustificano, con la possibilità di ripresentare la medesima controversia al tribunale per ottenere una nuova pronuncia. Diversamente, l'organo di appello può direttamente sostituire la propria decisione nel merito a quella che ha trovato inadeguata.

3.2.1 – L'appello avverso le pronunce dei Panels OMC.

La previsione di un meccanismo di appello avverso le decisioni dei Panels costituisce una novità negoziata ed inserita nel sistema di risoluzione delle controversie nel corso dell'Uruguay Round. L'Appellate Body, diversamente da quanto si potrebbe ritenere, non nacque con lo scopo di assicurare la coerenza del sistema, bensì venne ritenuto il mezzo necessario per bilanciare l'obbligatorietà e vincolatività del nuovo sistema di risoluzione delle controversie OMC, concependolo come una sorta di protezione avverso decisioni scorrette (*"rogue decisions"*).[289] La creazione del nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie OMC era stata concepita e sviluppata con l'intento di portare nel sistema del commercio internazionale quel complesso di regole e principi che nel mondo anglosassone viene ricondotto al concetto di *"rule of law"*.[290] La scelta di ricorrere alla regola del *"negative consensus"* e, conseguentemente, rendere quasi automatica l'adozione della decisione pronunciata dal Panel, eliminando la possibilità per lo Stato interessato di esercitare un potere

[289] MCRAE Donald, "The WTO Appellate Body: a Model for an ICSID Appeals Facility", Journal of International Dispute Settlement, vol. 1, 2010, p. 371, a p. 372;

[290] MATSUSHITA Mitsuo, "The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems", in NARLIKAR Amrita, DAUNTON Martin, STERN Robert M. (Eds.), "The Oxford Handbook on the World Trade Organization", p. 507, a p. 508;

sostanzialmente di veto, aveva fatto emergere l'esigenza di creare un meccanismo che contribuisse ad assicurare il controllo e la correttezza della pronuncia. La predisposizione dell'Articolo 17 del DSU, infatti, costituisce il corollario della volontà di depoliticizzazione e "*giurisdizionalizzazione*" del procedimento di risoluzione delle controversie: l'Appellate Body venne concepito come una sorta di valvola di sicurezza nei confronti della procedura di fronte al Panel e un passo avanti nella legalizzazione delle controversie in materia di commercio.[291] Tuttavia, nella pratica assunse un ruolo ben diverso da quello originariamente disegnato: il suo frequente utilizzo lo ha reso capace di consentire lo sviluppo di un sistema coerente nell'applicazione del diritto OMC.

Dopo aver regolato le modalità di composizione dell'Organo di Appello, l'Articolo 17 DSU disciplina la legittimazione ad impugnare le decisioni pronunciate in primo grado. La possibilità di appellare i reports dei Panels è attribuita solo alle parti della controversie, escludendo pertanto l'utilizzo di tale mezzo di impugnazione ad anche opera delle parti terze. La partecipazione di queste ultime alla fase di appello è comunque garantita mediante l'attribuzione alle stesse della possibilità di presentare scritti e richiedere di essere ascoltate dall'AB, sul presupposto che nel corso del procedimento dinanzi al Panel abbiano notificato la presenza di un interesse sostanziale nella questione ai sensi del secondo comma dell'Articolo 10.[292] Tale possibilità, tuttavia, non è configurabile come un diritto di appello, poiché quest'ultimo è attribuito alle sole parti della controversia originaria, riferendosi dunque non esclusivamente alla parte soccombente. Uno Stato membro che non ha partecipato al primo grado del procedimento in qualità di parte terza, non può subentrare in fase di appello, l'unica possibilità di partecipazione che gli è concessa, in tal caso, è costituita dalla possibilità di sottoporre all'attenzione dell'Appellate Body atti scritti in qualità di *"amicus curiae"*. Il mezzo da ultimo richiamato, come esaminato nel primo capitolo, è oggetto di discussione relativamente sia alla possibilità di ricorrervi, non disciplinata espressamente dall'Intesa, sia al valore che debba essere attribuito agli stessi atti formulati, tuttavia, si ritiene che l'AB sia autorizzato ad accettare questo tipo di scritti, ma non abbia alcun obbligo di vagliarli.

Poiché il diritto di proporre appello è attribuito genericamente alle parti, possono essere formulati più appelli in relazione al medesimo report pronunciato dal Panel, tanti quanti sono le parti della

---

[291] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO-Institution and Dispute Settlement", p. 447;

[292] DSU, Art. 17.4;

controversia originaria, le quali possono essere interessate ad impugnare l'interezza della pronuncia o singole conclusioni formulate al suo interno. Oggetto di impugnazione, infatti, sono anche isolate risultanze alle quali è giunto il Panel, sebbene parti di un ragionamento che si conclude in modo conforme alla posizione della parte che lo impugna.[293] Questa eventualità è riconducibile all'esistenza di un interesse sistemico, che prescinde la controversia concreta, riferito all'interpretazione o applicazione di una determinata disposizione dell'accordo invocato.

Può accadere, pertanto, che le parti esercitino entrambe il proprio diritto di proporre appello, ai sensi dell'Articolo 16.4, oppure in seguito alla notifica dell'atto di impugnazione di una delle parti della controversia originaria, le altre o la singola rimanente, a conoscenza dell'appello e delle ragioni su cui viene fondato, si unisca con un proprio atto all'impugnazione stessa ("*other appeal*" o "*cross appeal*").[294] Qualora si verificasse una molteplicità di appelli con riferimento alla medesima pronuncia, tutti vengono sottoposti alla medesima divisione dell'AB.

La notifica dell'atto di appello assume una duplice funzione: da un lato, blocca il procedimento di adozione da parte del DSB del report formulato dal Panel, dall'altro, dà inizio al procedimento di fronte all'AB. Inoltre, è a partire da tale notifica che decorre il tempo di sessanta giorni, prescritto dal quinto comma dell'Articolo 17, entro il quale l'Appellate Body deve pronunciarsi sulla questione sottoposta. Tale limite temporale può essere superato, ma in ogni caso non può eccedere i novanta giorni.[295] A tale proposito le disposizioni relative alla conduzione del procedimento ("*Working Procedure*") consentono la modifica dei limiti temporali se la loro rigorosa osservanza determina una manifesta ingiustizia.[296] Nella pratica, l'estensione oltre i novanta giorni è possibile e viene effettuata in accordo con le parti, alla presenza di determinate circostanze.

Se nel primo periodo di operatività dell'Organo di Appello il limite di tempo prescritto dalla norma veniva rispettato facilmente, negli ultimi anni l'aumento del numero di impugnazioni e la complessità

---

[293] Esempio di questa tipologia di impugnazione è costituito dall'appello promosso dagli Stati Uniti avverso la pronuncia del Panel nel caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, WT/DS10/AB/R e WT/DS11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 October 1996;

[294] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 280; WOLFRUM R., STOLL P.T., KAISER K., "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 462;

[295] DSU, Art. 17.5;

[296] Working Procedure for Appellate Review, WT/AB/WP/6, 16 August 2010, rule 16(2), disponibile online al sito https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm;

delle questioni da risolvere hanno determinato una dilatazione temporale nella durata dei procedimenti. La conseguenza di questo fenomeno ha comportato una distorsione nel ricorso al mezzo di impugnazione: la parte soccombente nel procedimento di fronte al Panel è indotta ad impugnare la decisione, benché non sussistano i profili necessari per una pronuncia favorevole da parte dell'AB, semplicemente per ritardare la sua adozione e, conseguentemente, per non conformarsi ad essa immediatamente o nel periodo di tempo ragionevole che altrimenti le sarebbe concesso.[297] Infatti, poiché la notifica dell'appello deve essere effettuata prima che il DSB si pronunci sull'adozione del report oggetto dell'impugnazione, la stessa determina di fatto la sospensione del sorgere dell'obbligo di conformarsi a quanto raccomandato in capo allo Stato la cui misura è stata giudicata contrastante con gli Accordi OMC.

L'impugnazione della decisione di primo grado costituisce una scelta razionale della parte soccombente anche con riferimento all'ordinamento interno dello Stato membro: mediante il ricorso all'AB, lo Stato non solo ritarda il momento in cui dovrà conformare la propria legislazione o, in generale, la propria politica nazionale, ma dà anche dimostrazione agli elettori di aver esaurito tutti i mezzi disponibili per evitare cambiamenti che possono essere economicamente dolorosi o politicamente sensibili. La scelta di appellare la decisione pronunciata dal Panel può essere, d'altro canto, frutto di pressioni politiche interne, quanto meno dirette a ritardare l'attuazione delle risultanze negative cui è giunto il Panel.[298]

Il mandato dell'Appellate Body, così come previsto dal sesto comma dell'Articolo 17 DSU, è quello di conoscere i ricorsi avverso le decisioni dei Panels, limitatamente alle questioni di diritto affrontate e alle interpretazioni sviluppate.[299] La delimitazione dell'ambito dell'appello è definita dalla notifica operata dalla parte, ne consegue che la stessa è rimessa alla discrezionalità dell'appellante, ma deve rispettare quanto prescritto dalla previsione citata: specificamente, deve riferirsi a questioni di diritto che sono state affrontate dal Panel. L'atto di appello, infatti, deve contenere, oltre alle informazioni attinenti alle parti e al report che ne è l'oggetto, anche la dichiarazione relativa alla natura

---

[297] VAN DEN BOSSCHE Peter, "From Afterthought to Centerpiece: the WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System", in SACERDOTI Giorgio, YANOVICH Alan, BOHANES Jan (Eds.), "The WTO at Ten: the Contribution of the Dispute Settlement System", Cambridge University Press, Cambridge, 2006, a p. 312;

[298] PETERSMANN Ernst-Ulrich, "The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948", Common Market Law Review, vol. 31, 1994, p. 1157, a p. 1218;

[299] DSU, Art. 17.6;

dell'appello.[300] A tal fine non è sufficiente la semplice indicazione del numero dei paragrafi che la parte intende impugnare, bensì è necessaria la specifica identificazione dei presunti errori su questioni di diritto affrontate dal Panel con l'individuazione delle norme degli accordi in relazione ai quali è lamentata l'errata applicazione o interpretazione.[301] Specificamente, le allegazioni contenute nell'atto di appello devono riferirsi a quanto l'appellante desidera sia oggetto di revisione da parte dell'AB. La funzione dell'atto di appello, infatti, è anche quella di consentire agli appellati di avere contezza delle parti della decisione oggetto di appello e di poter preparare la propria difesa. Il procedimento di fronte all'AB, tuttavia, permane nelle mani delle parti, le quali possono ritirare in qualsiasi momento l'appello,[302] nonché correggere l'atto introduttivo notificato, previa autorizzazione della divisione investita dell'impugnazione.

La distinzione tra questioni di fatto, non passibili di sottoposizione all'AB, e questioni di diritto non è sempre di agevole identificazione, ma presenta delle zone grigie nelle quali le due categorie sfumano. Mentre non vi è dubbio che la determinazione relativa alla verificazione di un determinato evento nel tempo e nello spazio sia riconducibile alla prima categoria e la conformità o meno di un certo fatto ad un norma pattizia costituisca questione di diritto, la violazione dell'obbligazione posta in capo al Panel di valutare oggettivamente i fatti potrebbe costituire valida ragione di appello poiché violazione dell'Articolo 11 DSU,[303] diversamente, l'errore manifesto sul fatto non può essere oggetto di impugnazione.

Tuttavia, molte delle questioni che sorgono nelle controversie non sono univocamente riconducibili all'una piuttosto che all'altra categoria, bensì sono miste, ossia è possibile affrontare le stesse solo sulla base di valutazioni sia di fatto che giuridiche. Ne deriva che l'individuazione della questione che può essere oggetto di appello richiede un'analisi attenta e dettagliata. A tale proposito l'AB ha elaborato una giurisprudenza sulla base della quale la conformità di un determinato fatto con i requisiti della previsione contenuta in un accordo costituisce una questione di diritto,[304] mentre

---

[300] Working Procedures, rule 20(2);

[301] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO-Institution and Dispute Settlement", p. 453;

[302] Working Procedures, rule 30(1);

[303] *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (EC – Hormones)*, WT/DS26, 48/AB/R, Report of the Appellate Body, 16 January 1998, para. 133; *Australia – Measures Affecting the Importation of Salmons (Australia-Salmon)*, WT/DS18/AB/R, Report of the Appellate Body, 20 October 1998, para. 264;

[304] *EC-Hormones*, Appellate Body Report, para. 132;

l'esame e la valutazione delle prove presentate e l'individuazione dei fatti rilevanti rientrano nella categoria delle questioni di fatto, non passibili di appello.[305] Se, nondimeno, il Panel eccede la propria discrezionalità nell'apprezzamento delle prove sottoposte, in violazione dell'Articolo 11 DSU, la questione può essere oggetto di impugnazione davanti all'AB.[306] Tuttavia, i limiti di tale discrezionalità sono tutt'altro che chiari e definiti. Inoltre, ulteriori questioni che possono formare oggetto di appello sono l'errore manifesto (*"egregious"*) in grado di mettere in discussione la buona fede del Panel, nonché la distorsione, la falsificazione o la mancata considerazione di prove incompatibili con il dovere dell'organo di primo grado di effettuare una valutazione obiettiva.[307] Un errore passibile di appello può anche essere attinente semplicemente alla conformità delle risultanze del Panel in relazione ad una previsione sostanziale degli accordi rilevanti, senza rendere necessario il riferimento all'Articolo 11 DSU.[308]

Nonostante la disciplina dettata dall'Articolo 17 DSU ed, in particolare, la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto, non vengono specificati all'interno dell'Intesa i motivi che permettono l'impugnazione della decisione del Panel dinnanzi all'Appellate Body.

Mentre ai Panels è richiesto di effettuare una valutazione oggettiva dei fatti rilevanti e determinare se la misura contestata è conforme agli Accordi OMC invocati, lo scopo primario dell'Organo di Appello OMC è quello di interpretare ed applicare le previsioni rilevanti dell'Accordo OMC in questione con riferimento al caso specifico, mediante la spiegazione e il chiarimento delle singole disposizioni, assicurando la coerenza del sistema. Nel portare avanti questo compito, l'Appellate Body ha sviluppato un'interpretazione sistematica e coerente degli Accordi OMC che ha incrementato la prevedibilità, affidabilità e stabilità come strumento di amministrazione del sistema multilaterale del commercio,[309] contribuendo, inoltre, allo sviluppo del diritto OMC. In particolare,

---

[305] *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (Korea – Alcoholic Beverages)*, WT/DS75, 84/AB/R, Report of the Appellate Body, 17 February 1999, para. 161-162;

[306] *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities (US-Wheat Gluten)*, WT/DS166/AB/R, Report of the Appellate Body Report, 19 January 2001, para. 151;

[307] *EC-Hormones*, Appellate Body Report, para. 133;

[308] EHLERMANN Claus-Dieter, "Some Personal Experience as a Member of the Appellate Body of the WTO", Policy Paper RSC n. 02/9, The Robert Schuman Center for Advanced Studies, European University Institute, 2002, para. 69;

[309] SACERDOTI Giorgio, RECANATI Matilde, "From Annulment to Appeal in Investor-State Arbitration: is the WTO Appeal Mechanism a Model?" in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", p. 327, a p. 333;

l'AB nello svolgimento del proprio compito consente la coerenza di una molteplicità di decisioni relative a singoli casi concreti.[310]

Appare condivisibile a tale proposito il riferimento allo sviluppo di una vera e propria giurisprudenza relativa al diritto OMC. Nonostante la più volte menzionata inesistenza dell'obbligo dello *stare decisis*, il carattere permanente dell'Organo di Appello, nonché la durata della carica e il meccanismo di sostituzione dei suoi membri che permette di assicurare continuità nello svolgimento dell'incarico, giustificano la considerazione effettuata. Contribuisce a favorire la creazione di una giurisprudenza anche la collegialità e il sistema decisionale: i membri della singola divisione investita della controversia sono tenuti a scambiare i propri punti di vista con quelli degli altri membri dell'AB prima di giungere ad una soluzione definitiva della questione.[311] Il meccanismo dello scambio di visioni contribuisce notevolmente ad assicurare la qualità ed autorità delle decisioni dell'AB.[312] L'opportunità che la decisione sia adottata mediante *consesus* come regola principale e solo in via subordinata tramite il voto a maggioranza dei membri della divisione, costituisce ulteriore elemento che contribuisce alla coerenza e alla stabilità del sistema.

Nonostante la decisione sia vincolante solo per le parti della controversia, l'Appellate Body svolge la funzione di garantire la corretta applicazione ed interpretazione della legge nell'interesse di tutti i membri dell'OMC. Invero, la determinazione compiuta dall'Organo di Appello nei confronti delle parti, diventa un atto dell'intera Organizzazione. Appare, pertanto, condivisibile l'opinione secondo la quale anche questo elemento del sistema di risoluzione delle controversie conferisce un carattere politico alla decisione giudiziaria,[313] oltre ad elevare il meccanismo da bilaterale, ad operante nell'interesse generale del sistema multilaterale del commercio.

Invero, una giuda per l'Appellate Body nell'esercizio del proprio mandato è costituita anche dall'Articolo 3.2 DSU: la centralità del meccanismo di risoluzione delle controversie nel garantire sicurezza e prevedibilità al sistema multilaterale del commercio non solo trova la propria massima

---

[310] HOWSE Robert, ESSERMAN Susan, "The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System, and the Politics of Multilateralism", in SACERDOTI Giorgio, YANOVICH Alan, BOHANES Jan (Eds.), "The WTO at Ten", p. 64;

[311] Working Procedures, rule 4(3);

[312] VAN DEN BOSSCHE, "From Afterthought to Centerpiece: the WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System", p. 304;

[313] SACERDOTI, RECANATI, "From Annulment to Appeal in Investor-State Arbitration", p. 336;

espressione nell'operato dell'Organo di Appello, ma costituisce anche la giuda nello svolgimento della funzione di quest'ultimo. Tale funzione, consistente nel preservare i diritti e gli obblighi dei membri sanciti negli Accordi, nonché chiarire le previsioni negli stessi contenute, sebbene riferita al sistema di risoluzione delle controversie nel suo complesso, si esplica nella sua completezza grazie all'azione compiuta dall'Organo di Appello. Mediante tale riferimento, pertanto, l'AB è stato definito come una corte che crea giurisprudenza all'interno del sistema internazionale, rientrando nella categoria di fonti sussidiarie del diritto internazionale ai sensi dell'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.[314]

Il meccanismo del *consensus* trova la propria applicazione anche nella fase decisoria in seno alla divisione dell'AB investita della questione. Se non è possibile che la decisione venga assunta mediante tale principio, si ricorre alla regola della maggioranza, con la possibilità per il membro di redigere un'opinione separata convergente o dissenziente, purché la stessa resti anonima.[315] Contrariamente a quanto accade nel procedimento di primo grado, in fase di appello non è prevista la revisione intermedia della decisione dell'AB prima della sua circolazione tra i Membri del DSB.

Nella propria decisione l'Organo di Appello deve affrontare tutte le questioni sollevate correttamente, con riferimento alle limitazioni relative alle questioni di diritto e alle interpretazioni giuridiche sviluppate dal Panel.[316] Tuttavia, l'AB ha dato un'interpretazione pragmatica e flessibile a tale obbligo.[317]

L'Articolo 17.13 disciplina il contenuto delle decisioni dell'AB: possono confermare, modificare o ribaltare le risultanze e le conclusioni giuridiche a cui era giunto il Panel. La decisione sarà di conferma se la divisione investita della controversia concorda con il ragionamento e con le conclusioni a cui è giunto il Panel; diversamente, sarà di modifica se le conclusioni sono condivise, ma non il ragionamento che ha condotto ad esse; mentre, se l'AB giunge a conclusioni contrastanti

---

[314] SACERDOTI, "The Dispute Settlement System of the WTO in Action", p. 46;

[315] Working Procedure, Rule 3(2) e DSU, Art. 17(11); opinioni separate sono state formulate ad esempio nei casi *EC-Asbestos*, Appellate Body Report, para. 149-154; *United States – Subsidies on Upland Cotton (US – Upland Cotton)*, WT/DS267/AB/R, Report of the Appellate Body, 3 March 2005, para. 631-641;

[316] DSU, Art. 17.12;

[317] VAN DEN BOSSCHE, "From Afterthought to Centerpiece: the WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System", p. 317;

rispetto a quelle del Panel in relazione alla conformità della misura con gli Accordi OMC, ribalterà la decisione.[318] Non sempre la conferma della decisione e la sua modifica costituiscono pronunce nettamente distinguibili.

Come emerge chiaramente dalla norma, non è configurabile un potere di rinvio della questione al Panel. L'assenza di questo potere, nonché la limitazione del contenuto delle pronunce dell'AB determina il configurarsi di una lacuna: se il Panel decide la controversia basandosi su motivi limitati, non pronunciandosi su argomentazioni ritenute non decisive o su questioni che le parti avevano espresso in via subordinata, qualora l'AB ribalti la decisione emerge il problema di come affrontare le questioni lasciate aperte dal primo organo che si è pronunciato. Non appare configurabile una linea unitaria adottata dall'Appellate Body in relazione alla problematica. In alcune istanze ha optato per decidere le questioni altrimenti rimaste aperte completando l'analisi giuridica svolta dal Panel.[319] Questo approccio è stato possibile solo ove nella pronuncia di primo grado vi erano sufficienti risultanze fattuali o fatti indiscussi tali da rendere l'AB nella condizione di affrontare e decidere la questione rimasta sospesa.[320] In altre istanze, l'AB ha declinato di pronunciarsi su questioni nuove, ossia attinenti ad aspetti che non sono mai stati affrontati nella casistica OMC e non esaminati sufficientemente nel dettaglio nel procedimento di primo grado: la revisione è stata negata sulla base dell'assenza di questioni di diritto o interpretazioni giuridiche in relazione a tali questioni che possano essere invocate dalle parti quali motivi di appello.[321]

La problematica può essere aggirata, come sostenuto dallo stesso AB, mediante il ricorso al principio dell'economia giudiziaria in modo maggiormente conforme allo scopo del sistema di risoluzione delle controversie, ossia assicurare la positiva risoluzione della questione.[322] Non è conforme a questo

---

[318] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 243;

[319] *United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, Report of the Appellate Body, 29 April 1996, p. 18; *EC – Hormones*, Appellate Body Report, para. 222; *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals (Canada – Periodicals)*, WT/DS31/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 June 1997, p. 24-25; *United States – Section 211 Omnibus Appropriation Act of 1998 (US – Section 211 Appropriation Act)*, WT/DS176/AB/R, Report of the Appellate Body, 1 February 200, para. 345;

[320] *Australia-Salmon*, Appellate Body Report, para. 118, ove l'AB ha poi affermato di non trovarsi nella posizione tale da poter affrontare una delle questioni sottoposte, para. 209-212;

[321] *EC-Asbestos*, Appellate Body Report, para. 82; *US – Section 211 Appropriation Act*, Appellate Body Report, para. 343;

[322] *Australia-Salmon*, Appellate Body Report, para. 223;

scopo la parziale soluzione, poiché in tal caso ciò che viene esercitata è una falsa economia giudiziaria. Indirettamente, pertanto, viene indicato il compito che i Panels sono tenuti a svolgere: devono affrontare le questioni in ordine alle quali è necessaria una soluzione al fine di permettere al DSB di pronunciare raccomandazioni e decisioni sufficientemente precise, in modo da consentire un pronto adeguamento dello Stato membro a cui sono dirette.

Sebbene alcune delle azioni intraprese dall'Organo di Appello non siano propriamente riconducibili alla lettera dell'articolo 17.13 DSU con riferimento alla conferma, modifica o ribaltamento della decisione del Panel, è stato comunque ritenuto che le stesse e le relative pronunce possano essere considerate intrinseche alle competenze esplicitate nella previsione menzionata.[323]

Tuttavia, qualora il Panel non affronti alcune questioni, la cui soluzione in seguito si riveli necessaria, all'AB non restano che due opzioni: pronunciarsi sulla stessa, facendo venir meno in tal modo il diritto di appello delle parti della controversia con riferimento alle medesime; rifiutarsi di decidere la singola questione, con la conseguenza di negare la risoluzione della controversia.[324]

La decisione pronunciata in esito al procedimento di appello viene adottata dal DSB mediate il medesimo procedimento stabilito per le pronunce dei Panels, entro il limite ristretto di 30 giorni dalla sua circolazione. Nella pratica, infatti, le due decisioni, quella impugnata e quella dell'AB, vengono adottate contestualmente, ai sensi della previsione contenuta nel quarto comma dell'articolo 16 DSU. Nel caso di appello, la decisione del Panel diventa vincolante, una volta adottata dal DSB, nei limiti in cui non sia stata modificata o ribaltata dall'Appellate Body. Tuttavia, la previsione dell'articolo 17.14 prevede un'ulteriore prescrizione richiedente che il report dell'AB sia accettato incondizionatamente dalle parti della controversia. Il DSB con l'adozione della decisione, non decide di propria iniziativa, ma si limita ad approvare quanto contenuto nel report,[325] con le conseguenze discusse nel paragrafo precedente in relazione agli obblighi scaturenti in capo alle parti in seguito all'adozione della decisione.

---

[323] VAN DEN BOSSCHE, "From Afterthought to Centerpiece: the WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System", p. 317;

[324] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 244; tra gli altri, la questione è affrontata anche in WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 467-468;

[325] SACERDOTI, "The Dispute Settlement System of the WTO in Action", p. 42;

A differenza del sistema di risoluzione delle controversie ICSID, la possibilità di accantonare una decisione pronunciata dagli organi OMC dipende non solo dalla volontà delle parti, né dal giudizio di un organo terzo, bensì richiede il *consesus* di tutti i membri dell'Organizzazione stessa, espresso al momento in cui la decisione è sottoposta al procedimento di adozione di fronte al DSB.[326] Tale aspetto sottolinea ulteriormente il carattere politico e non solamente giudiziario delle decisioni adottate e del sistema di risoluzione delle controversie OMC nel suo complesso: il potere giuridico delle decisioni di quella che può essere considerata a tutti gli effetti una corte internazionale è assoggettato alla formale, sebbene quasi-automatica, approvazione di un organo politico. Una tale approvazione costituisce un *unicum* nel diritto internazionale.[327]

Questo carattere politico emerge anche con riferimento ad un'altra previsione attinente all'interpretazione degli accordi, contenuta nel secondo comma dell'articolo IX dell'Accordo OMC: viene attribuito al Consiglio Generale il potere di adottare "interpretazioni autoritative" di qualsiasi Accordo OMC, non mediante *consesus*, bensì a maggioranza di tre quarti dei suoi membri, ossia degli Stati partecipanti all'Organizzazione stessa. Poiché la funzione di interpretazione degli Accordi OMC è attribuita anche agli organi di risoluzione delle controversie, ne deriva che il Consiglio Generale, mediante l'esercizio di questo potere, da un lato potrebbe invalidare quanto affermato dall'AB nelle decisioni pronunciare precedentemente,[328] dall'altro lato potrebbe comportare una modifica all'applicazione di una disposizione esistente.[329] Sebbene tale potere non sia mai stato esercitato, nondimeno con questa diposizione appare riemergere la possibilità di un'influenza politica che si era cercato di contenere nella predisposizione del nuovo sistema di risoluzione delle controversie disciplinato nell'Intesa.

La natura maggiormente politica che costituisce lo sfondo della negoziazione e sviluppo degli Accordi OMC, permane anche nel nuovo sistema di risoluzione delle controversie. Sebbene sia notevolmente ridotta e contenuta, dall'analisi del funzionamento dell'Organo di Appello appaiono emergere degli elementi che lasciano intuire una certa diffidenza degli Stati membri nel lasciare

---

[326] SACERDOTI, "The Dispute Settlement System of the WTO in Action", p. 50;

[327] VAN DEN BOSSCHE, "From Afterthought to Centerpiece: the WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System", p. 298;

[328] MATSUSHITA, "The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: the Appellate Body", p. 511;

[329] SACERDOTI, "The Dispute Settlement System of the WTO in Action", p. 41-42;

totalmente al di fuori delle proprie influenze politiche la risoluzione delle controversie. Tuttavia, indubbiamente la creazione dell'Appellate Body ha incrementato la depoliticizzazione e la girisdizionalizzazione del meccanismo di risoluzione delle controversie, favorendo la creazione di una giurisprudenza e la stabilità, la prevedibilità e l'affidabilità del sistema multilaterale del commercio.

3.2.2 – L'annullamento dei lodi ICSID.

L'articolo 52 della Convenzione di Washington chiude la sezione che disciplina i rimedi ai quali può essere sottoposto un lodo ICSID ai sensi dell'articolo 53, il quale, nella prima parte, oltre a ribadire il carattere vincolante della decisione, ne stabilisce anche la sua definitività.

Il solo rimedio che permette di rimettere in discussione quanto stabilito dal Tribunale arbitrale in applicazione della Convezione ICSID, senza considerare la revisione e l'interpretazione della decisione non classificabili quali mezzi di impugnazione, è il procedimento di annullamento, disciplinato dall'articolo 52. L'istituto dell'annullamento si pone a bilanciare due esigenze contrapposte: da un lato la necessaria definitività del lodo, che è finalizzata ad assicurare l'efficienza del sistema in termini di speditezza ed economicità, e dall'altro la correttezza della decisione, che nell'arbitrato internazionale viene tendenzialmente percepita come subordinata al desiderio di vedere risolte rapidamente le controversie.[330]

Indubbia e incontestata, almeno dal punto di vista formale, è la non rivedibilità della decisione nel merito in sede di annullamento. Quest'ultimo istituto, infatti, attiene esclusivamente alla legittimità del procedimento decisorio, non alla sua correttezza sostanziale, come conferma anche l'esaustività della lista delle cause di annullamento contenuta nell'articolo 52 della Convenzione di Washington. Nondimeno, i Comitati *ad hoc* si sono frequentemente preoccupati di chiarire espressamente il loro ruolo, sottolineando la diversità della loro natura rispetto a quella delle corti di appello[331] e, in particolare, ribadendo anch'essi che l'errore di fatto o di diritto eventualmente commesso dal

[330] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 903;

[331] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Klöckner I)*, ICSID Case n. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, para 3;

Tribunale non costituisce una causa di annullamento.[332] Esemplare è quanto affermato dal Comitato *ad hoc* nel caso *MINE v. Guinea*: *"Article 52(1) makes it clear that annulment is a limited remedy. This is further confirmed by the exclusion of review of the merits of awards by Article 53. Annulment is not a remedy against an incorrect decision. Accordingly, an ad hoc Committee may not in fact reverse an award on the merits under the guise of applying Article 52."*[333]

La portata dall'articolo 52 è quindi limitata e connessa alla previsione dell'articolo 53 che, escludendo la possibilità di un appello contro il lodo ICSID, disciplina l'annullamento come rimedio straordinario. Questo carattere porta i Comitati *ad hoc* ad interrogarsi sull'interpretazione delle singole cause di annullamento previste giungendo a formulare considerazioni diverse, nella concreta applicazione di ciascuna di esse. Sebbene sia chiara la non vigenza nel sistema ICSID del principio dello *stare decisis*,[334] in mancanza di altri riferimenti che consentano l'individuazione dei confini applicativi delle singole cause, spesso emerge il tentativo dei Comitati *ad hoc* di creare una giurisprudenza, richiamando le statuizioni pronunciate nelle precedenti decisioni, in modo da rendere le stesse se non conformi al precedente, quantomeno prevedibili. L'approccio adottato ha lasciato talvolta affiorare il dubbio sul tentativo dei Comitati di attribuirsi il carattere di giudice superiore, dotato di maggiore autorità nell'interpretazione della Convenzione rispetto ai Tribunali che decidono le controversie nel merito, atteggiandosi come una sorta di Corte Suprema all'interno del sistema creato dalla Convenzione di Washington.

Non sempre, tuttavia, la volontà di creare uniformità nell'applicazione delle singole cause di annullamento ha avuto successo. Infatti, la costituzione *ad hoc*, con riferimento alla decisione relativa ad un singolo procedimento, e la conseguente mancanza di continuità e stabilità nella composizione dei Comitati che si pronunciano sulle richieste di annullamento, ha determinato oscillazioni nell'interpretazione e applicazione delle singole cause previste dall'articolo 52.1. La censura mossa da alcuni Stati, concretizzatasi anche nella richiesta di adozione di linee guida che assicurino un

---

[332] Tra le altre: *Amco Asia Corporation and others v. Indonesia (Amco I)*, ICSID Case n. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986, para. 23; *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (Soufraki)*, ICSID Case n. ARB/02/7, Decision on Annulment, 5 June 2007, para. 98;

[333] *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea (MINE)*, ICSID Case n. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989, para 4.04;

[334] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1048; nelle pronunce dei Comitati *ad hoc*, ad esempio: *Amco I*, para. 44;

procedimento di annullamento più giusto ed efficace,[335] dà atto dell'incertezza che è talvolta conseguita al ricorso a tale istituto.[336]

Nei procedimenti di annullamento ciò che viene in rilievo, riprendendo quanto affermato dal Comitato nel caso *Klöckner II*, è esclusivamente la validità del lodo. Emerge allora la necessità di ancorare il procedimento alle previsioni della Convenzione che i Comitati sono vincolati ad applicare *"while still having regard to the jurisprudence of the ad hoc Committees that have preceded it"*.[337] Il richiamo alla giurisprudenza viene effettuato anche come strumento finalizzato ad escludere la possibilità che il meccanismo così creato generi un moltiplicarsi delle decisioni di annullamento, minando la fiducia delle parti nei procedimenti arbitrali ICSID. L'ulteriore ruolo che viene attribuito da questa pronuncia all'istituto è quello di garantire il rispetto degli obblighi che incombono sui Tribunali ICSID di osservare le condizioni e le norme imposte dalla Convenzione e dalle *Arbitral Rules,* con la finalità di garantire i diritti delle parti.

La metodologia utilizzata nei procedimenti di annullamento varia in relazione alle pronunce dei singoli Comitati *ad hoc* ed ai casi che vengono posti alla loro attenzione. I cambiamenti di posizione e le considerazioni che vengono elaborate possono essere analizzati anche seguendo una linea cronologica. Nelle prime due decisioni, rese rispettivamente nei casi *Klöckner I* e *Amco I*, i Comitati oltrepassano la linea di confine tra accertamento dell'esistenza di una causa di annullamento e riesame nel merito della questione, sicuramente condizionati dalla posizione in cui si trovavano. L'affermazione contenuta nella decisione di annullamento del caso *Klöckner I* è testimonianza di quanto appena affermato. Attribuendosi una sorta di ruolo nomofilattico e dopo aver accertato la presenza di un eccesso di potere da parte del Tribunale che giustifica l'annullamento, il Comitato ritiene di dover analizzare la sentenza arbitrale anche alla luce delle altre cause allegate dalle parti *"in view of this case's importance, the fact that this is the first Application for Annulment ever lodge against an ICSID award and, finally, because it may be of interest to the parties and to the new*

---

[335] Nel 2011, in particolare, la Repubblica delle Filippine ha presentato una richiesta in tal senso al Consiglio Amministrativo dell'ICSID;

[336] SACERDOTI, RECANATI, "From Annulment to Appeal in Investor-State Arbitration: Is the WTO Appeal Mechanism a Model?", p. 346;

[337] *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Klöckner II)*, ICSID Case n. ARB/81/2, Decision on Annulment, 17 May 1990, para. 5.08;

Tribunal that may be constituted under Article 52(6) of the Washington Convention to have additional indications….".[338]

Diversamente, il Comitato del caso *MINE* afferma "*Article 52(1) should be interpreted in accordance with its object and purpose, which excludes on the one hand, as already stated, extending its application to the review of an award on the merits and, on the other, an unwarranted refusal to give full effect to it within the limited but important area for which it was intended".*[339] Si dimostra maggiormente consapevole dei confini dei propri poteri e chiarisce anche la necessità di interpretare l'articolo 52.1 in conformità all'oggetto e allo scopo della Convenzione, in applicazione dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Continuando secondo la linea di tendenza instaurata dalla pronuncia del caso *MINE*, l'oggetto e lo scopo dei procedimenti di annullamento vengono identificati nella necessità di un controllo della sua integrità in tutte le sfaccettature, *"integrity of the tribunal…integrity of the procedure…integrity of the award"*.[340] Si cerca di creare una struttura di base solida per la tutela degli investimenti stranieri che dia legittimità al procedimento che conduce all'annullamento di una decisione non conforme ai criteri stabiliti, alla stregua di un vero e proprio ordinamento costruito attorno a dei valori considerati superiori e fondamentali, la cui violazione giustifica l'eliminazione dell'atto difforme. Questo approccio emerge anche dall'esame delle singole cause di annullamento.

Alla questione appena analizzata, si collega la possibilità di configurare come discrezionale il potere attribuito ai Comitati *ad hoc* in sede di annullamento secondo la Convenzione ICSID. Infatti, l'ultima frase del terzo paragrafo dell'articolo 52 della Convenzione afferma che *"the Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1)"*. Dalla formulazione letterale di questo articolo non sembra che vi sia un obbligo di annullare il lodo impugnato qualora il Comitato *ad hoc* verifichi l'esistenza di una causa che giustifica l'annullamento, ma è possibile affermare che mantenga un certo margine di discrezionalità proprio in relazione all'autorità che gli viene conferita.[341] Nelle prime pronunce di annullamento emerge un

---

[338] *Klöckner I*, Decision on Annulment, para. 82;

[339] *MINE*, Decision on Annulment, para 4.05;

[340] *Soufraki*, Decision on Annulment, para. 23;

[341] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1035; BISHOP Doak R., MARCHILI Silvia M., "Annulment under the ICSID Convention", Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 43;

approccio formalistico alla questione: inizialmente viene negata l'esistenza di un margine di discrezionalità,[342] mentre in un secondo momento è rifiutato l'annullamento qualora il Tribunale sia giunto al risultato corretto anche se è presente una causa che lo giustifica.[343] Con la pronuncia di annullamento nel caso *MINE*, il Comitato oltre a riconoscere l'esistenza di un margine di discrezionalità, elabora un test per effettuare una valutazione sull'opportunità di annullare. È necessario procedere in due gradi successivi: prima accertare l'esistenza di una causa di annullamento e, in secondo luogo, verificare se tale causa produca conseguenze pratiche per le parti, qualora la risposta ad entrambe le domande sia affermativa si deve annullare il lodo.[344]

Da questa pronuncia in poi i Comitati, prima di annullare, verificano sempre le conseguenze che la causa ha prodotto sulla decisione, procedendo all'invalidazione solo se è appropriata in relazione alle circostanze. La pronuncia di annullamento del caso *Vivendi I* è emblematica nel riassumere questa posizione: *"it appears to be established that an ad hoc Committee has a certain measure of discretion as to whether to annul an award, even if annullable errors found. ... Among other things, it is necessary for an ad hoc Committee to consider the significance of the error relative to the legal rights of the parties."*[345]

Queste considerazioni vengono sempre elaborate a partire da un'analisi della formulazione della previsione in questione. Ovviamente non vi è alcun riferimento a leggi nazionali, né tanto meno a criteri di interpretazione particolari, l'unico richiamo a giustificare la conclusione a cui il Comitato giunge è quello a precedenti pronunce di altri Comitati. L'autorità di queste pronunce, per quanto forte sia il tentativo di creare una giurisprudenza, è piuttosto limitata data sia l'assenza nel sistema previsto dalla Convenzione ICSID del vincolo dello *stare decisis,* sia la facilità con cui possono essere superate da una pronuncia successiva, espressione di un diverso orientamento.

La pratica applicativa dei Comitati *ad hoc*, pertanto, è oscillata tra un'attitudine piuttosto estensiva, in cui è stata ritenuta sufficiente la mera prova della presenza di una causa ai fini dell'annullamento dei lodi, a tendenze maggiormente restrittive in base alle quali la cattiva condotta del Tribunale

---

[342] *Klöckner I*, Decision on Annulment, para. 179;

[343] *Amco I*, Decision on Annulment, para. 57-60;

[344] *MINE*, Decision on Annulment, para. 4.09-4.10;

[345] *Compañìa de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (Vivendi I)*, ICSID Case n. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para.66;

doveva avere un impatto materiale sul risultato della decisione pronunciata. Infatti, in alcuni casi l'atteggiamento dei Comitati *ad hoc* è assimilabile a quello di corti d'appello che giudicano sia l'errata applicazione delle norme di legge sia errori di fatto, in una sorta di attivismo giudiziario, contrapposto ad un maggiore autocontrollo che riconduce il rimedio ai soli errori procedurali.[346] L'assunzione dell'uno piuttosto che dell'altro atteggiamento in un arco temporale determina un corrispondente maggiore o minore numero di pronunce di annullamento dei lodi dei Tribunali.

Il ricorso al meccanismo di annullamento, disciplinato dalla Convenzione ICSID, ad opera delle parti di una controversia risolta dal Tribunale non è stato molto frequente, in particolare fino a qualche anno fa. Rari sono stati i lodi impugnati nei primi anni di operatività del Centro, in corrispondenza anche dello scarso utilizzo della Convenzione. Negli ultimi venti anni, tuttavia, al moltiplicarsi dei casi portati all'attenzione dei Tribunali ICSID è corrisposto anche un aumento del ricorso al meccanismo di annullamento. Tale aumento trova la propria giustificazione anche in ragione dell'incertezza nell'applicazione delle singole cause di annullamento e della mancanza di conformità e uniformità che ne è conseguita, rendendo le parti soccombenti delle controversie maggiormente inclini ad avanzare sistematicamente impugnazioni dei lodi. Il rimedio previsto come eccezionale, in tal modo, rischia di diventare un ordinario mezzo per deferire l'esecuzione della decisione, incidendo sull'efficacia dell'arbitrato ICSID quale mezzo per la risoluzione delle controversie. Nonostante questo, restano poche le pronunce con le quali i Comitati *ad hoc* hanno annullato le sentenze arbitrali dei Tribunali ICSID sulla base dell'articolo 52.

Le cause che possono condurre all'annullamento come elencate dalla Convenzione sono l'impropria costituzione del Tribunale, il manifesto eccesso di potere, la corruzione di un arbitro, la violazione di una norma di procedura fondamentale e la mancanza delle motivazioni sulla base delle quali il lodo è reso. Mentre l'impropria costituzione del Tribunale e la corruzione di un suo membro raramente vengono invocate nelle impugnazioni proposte, il ricorso alle altre tre cause è decisamente più frequente anche nel contesto del medesimo ricorso.

---

[346] SACERDOTI, RECANATI, "From Annulment to Appeal in Investor-State Arbitration", p. 343;

La causa prevista dall'articolo 52.1(a) attiene all'integrità del Tribunale ed è stata invocata in cinque casi,[347] ma solo in quattro di essi i Comitati *ad hoc* si sono specificamente pronunciati sulla sua applicabilità rigettandola, ma adottando interpretazioni differenti, anche dovute all'assenza nella Convenzione di disposizioni che disciplinano quando un Tribunale è propriamente costituito. In particolare, nella prima decisione il Comitato ha ritenuto di doversi limitare a considerare se le previsioni riguardanti la costituzione del Tribunale erano state rispettate, con riferimento specificamente agli articoli 57, 58 e 14, analizzando il rapporto tra gli stessi intercorrente.[348] Diversamente, nella pronuncia *Vivendi II*, il Comitato verifica nel caso concreto la sussistenza di un conflitto di interessi nei confronti di un membro del Tribunale, attraverso l'analisi sostanziale della situazione concreta.[349] In ogni caso, questa causa di annullamento viene interpretata in modo piuttosto restrittivo, escludendo l'utilizzo di tale strumento con lo scopo di rivedere la decisione del Tribunale sulla richiesta di squalifica di un suo membro ai sensi dell'articolo 58 della Convenzione.

Il manifesto eccesso di potere è una delle cause più invocate, spesso affiancata nella medesima richiesta da quelle disciplinate dalla lettera d), *"serious departure from a fundamental rule of procedure"*, e dalla lettera e), *"failure to state reasons"*. La formulazione ampia e poco specifica, permette di ricondurre a ciascuna di esse una pluralità di vizi, la cui delineazione viene elaborata ad opera dei Comitati a partire dal singolo fatto invocato dalle parti. Tale ampiezza provoca talvolta delle sovrapposizioni e delle interconnessioni tra gli ambiti di applicazione delle singole cause che, se da un lato comporta lo sforzo dei Comitati diretto a procedere ad un'analisi separata ed indipendente di ciascuna di esse, dall'altro non intacca la possibilità di configurare un medesimo fatto come integrante contemporaneamente diverse cause di annullamento.[350]

---

[347] *Azurix Corp v. Argentine Republic (Azurix)*, ICSID Case n. ARB/01/12, Decision on Annulment, 1 September 2009; *Compañìa de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case n. ARB/97/3, Decision on Annulment, 10 August 2010; *Sempra Energy International v. Argentine Republic (Sempra)*, ICSID Case n. ARB/02/16, Decision on Annulment, 29 June 2010: in questa pronuncia il Comitato *ad hoc* non si è pronunciato sull'impropria costituzione del Tribunale in quanto ha ritenuto di annullare interamente il lodo sulla base di un'altra causa; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Partecipationes Argenitas S.A. v. Argentine Republic (EDF)*, ICSID case n. ARB/03/23, Decision on Annulment, 5 February 2016, para. 45, 126-129; *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic (Transgabonais)*, ICSID case n. ARB/04/5, Decision on Annulment, 11 May 2010 (non interamente pubblicata);

[348] *Azurix*, Decision on Annulment, para. 272-284;

[349] *Vivendi II*, Decision on Annulment, para. 219-235;

[350] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 933;

I vizi relativi all'eccesso di potere possono essere ricondotti a due categorie: l'eccesso di potere riguardante aspetti giurisdizionali e quello relativo alla mancata applicazione della legge corretta. Quanto al primo, i Comitati *ad hoc* si soffermano a verificare l'esistenza dei presupposti per la sussistenza della giurisdizione del Centro, sulla base dell'articolo 25 della Convenzione.[351] Inoltre, la mancata applicazione della legge corretta e la mancata pronuncia su una questione rimessa al Tribunale vengono ricondotte a questa causa di annullamento mediante la definizione del concetto di "potere" del Tribunale. Quest'ultimo non viene riferito esclusivamente alla giurisdizione, ma anche al mandato che le parti hanno conferito all'organo giudicante e alle modalità con cui hanno concordato debba essere svolto.[352] Non rientra invece tra i vizi che determinano l'eccesso di potere, l'errore nell'applicazione della legge alla sostanza della controversia, costituendo, altrimenti, il rimedio uno strumento di revisione nel merito, assimilabile all'appello. Più volte, infatti, i Comitati *ad hoc* si sono pronunciati sottolineando la distinzione tra mancata applicazione della legge corretta ed errore nella sua applicazione, sebbene la linea di confine non sia sempre così chiara e debba, piuttosto, essere determinata in relazione al caso concreto.[353]

Indipendentemente dal vizio che viene invocato, la Convenzione ICSID prescrive che l'eccesso di potere debba configurarsi come manifesto, espressione della volontà emersa nel corso dei lavori preparatori di limitare la rilevabilità della causa per timore di compromettere la tendenziale definitività della pronuncia del Tribunale.[354]

Il requisito della "manifestatezza" non è interpretato in modo uniforme, ma ha dato luogo a diverse concezioni nelle pronunce dei Comitati *ad hoc*, riconducibili a due visioni: una si riferisce al processo cognitivo con cui si determina la presenza dell'eccesso di potere, l'altra invece al suo aspetto

---

[351] Esempi in cui i Comitati ad hoc si sono pronunciati su questo aspetto dell'eccesso di potere sono: *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Klöckner I)*, ICSID Case n. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, para. 4 e 52; *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (Mitchell)*, ICSID Case n.. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, para. 17; *Vivendi I*, Decision on Annulment, para. 74, *Soufraki*, Decision on Annulment, para. 37-45;

[352] *Helnan International Hotels A/S v. Egypt (Helnan)*, ICSID Case n. ARB/05/19, Decision on Annulment, 14 June 2010, para. 40-41; *MINE*, para. 5.03; *Vivendi II*, Decision on Annulment, para. 261-262; l'eccesso di potere viene ricondotto anche alla decisione *ex aequo et bono* qualora non richiesta dalle parti: *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Chile (MTD)*, ICSID Case n. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 44;

[353] Ne costituiscono esempi le pronunce dei Comitati *ad hoc* nei casi: *Amco I*, Decision on Annulment, para 23; *MTD*, Decision on Annulment, para. 47; *Amco II*, Decision on Annulment, para. 7.19; *Soufraki*, Decision on Annulment, para. 86; *Sempra,* Decision on Annulment, para. 208;

[354] BERGAMINI, "La controllabilità interna ed esterna dei lodi ICSID", p. 146;

qualitativo. Nel primo caso a tale qualifica viene attribuito il significato di chiaro e *"self-evident"*,[355] nel secondo, invece, è considerato tale l'eccesso di potere solo se è in grado di incidere sul risultato finale,[356] nel mezzo si situano pronunce che cercano di ricondurre ad unità questa duplice concezione.[357]

La corruzione di un arbitro, disciplinata dalla lettera c) dell'articolo 52.1 della Convenzione ICSID è una causa diretta alla tutela dell'integrità del Tribunale e del procedimento arbitrale nel suo complesso, mai invocata in un procedimento di annullamento. La ragione dell'assenza di ricorsi che si avvalgono di questa causa appare riconducibile alla disciplina dettata dalla Convenzione ICSID per la nomina degli arbitri, le qualità morali e professionali di cui devono essere dotati, la loro sostituzione o squalifica e la costituzione del Tribunale, che offre un elevato grado di garanzia contro la possibilità che si verifichi la corruzione. Inoltre, a completare queste previsioni è posta anche l'*Arbitration Rule* 6 che prevede l'obbligo per i membri del Tribunale di rilasciare una dichiarazione prima di cominciare a svolgere il loro incarico, mediante la quale, tra le altre cose, si impegnano a non accettare da qualsiasi fonte, istruzioni o compensi che non siano previsti dalla Convenzione.

La violazione di una norma di procedura fondamentale è una causa di annullamento diretta a preservare l'integrità e la legittimità del procedimento arbitrale. La possibilità di chiedere l'annullamento in ragione di questa causa è subordinato alla presenza di due requisiti: la norma di procedura violata deve essere fondamentale e la deviazione deve essere seria.

Da un'analisi delle pronunce sulle richieste di annullamento, si comprende come le norme di procedura che i Comitati considerano di volta in volta come fondamentali siano espressione degli standard del giusto processo.[358] Tuttavia, non vi è conformità in relazione all'individuazione del parametro a cui di volta in volta i Comitati *ad hoc* fanno riferimento ai fini dell'individuazione dei principi o standard che costituiscono norme di procedura fondamentale. Mentre alcuni fanno ricorso a norme tratte da altri sistemi nel tentativo di rendere esplicito quanto ritenuto implicito all'interno della Convenzione stessa, ai fini dell'attribuzione del carattere di norma di procedura

---

[355] Un esempio di questo approccio è costituito dal caso *Wena Hotels Limited v. Republic of Egypt (Wena)*, ICSID case n. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002, para. 25;

[356] Approccio adottato dal Comitato *ad hoc* del caso *Vivendi I*, Decision on Annulment, para. 86;

[357] Si veda a tale proposito la pronuncia di annullamento del caso *Soufraki*, Decision on Annulment, para. 38-40;

[358] BISHOP, MARCHILI, "Annulment under the ICSID Convention", p. 150;

fondamentale,[359] altri si riferiscono a parametri maggiormente soggettivi,[360] altri ancora richiamano norme di diritto internazionale per individuare standard minimi di procedura[361] oppure norme di giustizia naturale.[362]

Dal punto di vista sostanziale, i principi che i Comitati nelle diverse pronunce hanno ritenuto integrare norme di procedura fondamentale sono il principio di imparzialità ed equità di trattamento, il diritto ad essere ascoltato, concepito come diritto al contraddittorio, e il diritto alla prova sia diretta che contraria dei fatti. L'ampiezza e il contenuto di ciascuno di questi principi è determinato dal Comitato stesso nel momento in cui procede ad accertare la sua violazione.

Infine, l'ultima causa di annullamento prevista dalla Convenzione ICSID è costituita dalla mancanza delle motivazioni sulla base delle quali il lodo è stato reso. La motivazione di una sentenza viene considerata come un elemento rilevante del procedimento arbitrale in quanto contribuisce a rendere manifesta la giustizia che viene fatta con la decisione, assicurando l'osservanza delle garanzie minime di giustizia naturale nella conduzione del procedimento arbitrale.[363]

L'interpretazione di questa causa di annullamento ha fatto sorgere, in particolare, tre problematiche sulle quali i Comitati *ad hoc* si sono pronunciati: la prima attiene al contenuto della motivazione e ai requisiti che devono essere rispettati affinché sia soddisfatto questo obbligo, la seconda riguarda la possibilità che una motivazione contraddittoria integri questa causa di annullamento, la terza valuta la riconducibilità della mancata considerazione di questioni sottoposte al Tribunale alla mancanza di motivazione o ad un'altra causa di annullamento. Nell'analisi di queste questioni emerge chiaramente il rischio che, con l'accertamento della mancanza di motivazione, il Comitato finisca per andare a riesaminare il merito della decisione resa dal Tribunale.

---

[359] *MINE*, Decision on Annulment, para. 5.05-5.06;

[360] Si veda la pronuncia del Comitato *ad hoc* nel caso *Klöckner I*, Decision on Annulment, para. 111, in cui si fa riferimento al sentimento di giustizia e di equità delle parti della controversia;

[361] Nella pronuncia di annullamento del caso *Wena*, Decision on Annulment, para. 56-57, il Comitato fa riferimento ad "*a set of minimal standard of procedure to be respected as a matter of international law;*

[362] *CDC Group plc v. Seychelles (CDC)*, ICSID Case n. ARB/02/14, Decision on Annulment, 29 June 2005, para. 49; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Repubblic of the Philippines (Fraport)*, ICSID Case n. ARB/03/25, Decision on Annulment, 23 December 2010, para. 186;

[363] BISHOP, MARCHILI, "Annulment under the ICSID Convention", p. 154;

Particolarmente significativa per la corretta interpretazione della causa di annullamento prevista dall'articolo 52.1(e) è la pronuncia del Comitato *ad hoc* nel caso *MINE*. La mancanza di motivazione viene ancorata alla seconda parte della norma prevista dall'articolo 48.3 della Convenzione, che prescrive l'obbligo di indicare nel lodo le ragioni sulle quali si fonda. Tale requisito implica che il lodo consenta al lettore di seguire il ragionamento del Tribunale in punti di fatto e di diritto, non essendo soddisfatto dalla presenza di motivazioni contraddittorie o superficiali. L'elemento dell'adeguatezza, elaborato dalle pronunce precedenti, non costituisce uno standard di revisione appropriato poiché inevitabilmente conduce il Comitato *ad hoc* a riesaminare il merito della decisione del Tribunale, in violazione dell'articolo 53, che esclude l'appello dai rimedi esperibili contro il lodo.[364] Le conclusioni alle quali è giunto il Comitato *ad hoc* con questa pronuncia costituiscono il parametro mediante il quale viene accertata la presenza della causa in esame nelle richieste di annullamento successive.[365] L'annullamento per mancanza di motivazione viene configurato, pertanto, come l'*estrema ratio* alla quale è possibile fare ricorso solo qualora le motivazioni non possano essere ricavate neanche implicitamente dalle considerazioni e dalle conclusioni statuite nel lodo.

La Convenzione ICSID detta, inoltre, dei limiti di tempo entro i quali la richiesta di annullamento deve essere presentata. Ai sensi del secondo comma dell'articolo 52, la richiesta deve essere presentata entro 120 giorni dalla data in cui il lodo viene reso, ad eccezione del caso in cui l'annullamento si fondi sulla corruzione di un membro del Tribunale. In quest'ultimo caso, infatti, i 120 giorni decorrono dal momento in cui la corruzione viene scoperta e, in ogni caso, è esclusa l'invocazione di tale causa se sono decorsi tre anni dal momento in cui il lodo è stato reso.

---

[364] *MINE*, Decision on Annulment, para. 5.08, particolarmente significativa è l'affermazione con cui il Comitato *ad hoc* sintetizza la corretta interpretazione del requisito in analisi, al para. 5.09: *"the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the Tribunal proceeded from Point A to Point B and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law. This minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons.";*

[365] Ne costituiscono esempi, le pronunce dei Comitati *ad hoc* dei casi *Wena*, Decision on Annulment, para. 75-83; *Vivendi II*, Decision on Annulment, para. 248; *Vivendi I*, Decision on Annulment, para. 64-65, nel quale viene aggiunto un ulteriore elemento culturale rilevante nell'analisi della causa di annullamento in questione: la diversità delle culture degli Stati che aderiscono alla Convenzione ICSID produce effetti sulle modalità di procedere alla redazione delle motivazioni, con la conseguenza che ai Tribunali deve essere riconosciuta una certa discrezionalità in relazione a questo aspetto;

La previsione di un periodo di tempo più ampio si collega alla natura celata dei fatti che generano la corruzione.[366] In tal caso, pur permanendo l'esigenza di definitività e rapidità nella risoluzione della controversia, la gravità e le modalità con cui si configura questa situazione sono tali da giustificare una dilatazione dei tempi ulteriore al fine di tutelare la fiducia riposta dalle parti nell'arbitrato.

L'indicazione dei tempi entro i quali deve essere presentata la richiesta, nonché la loro ristrettezza costituisce il frutto del bilanciamento dell'esigenza di garantire la correttezza del lodo con la sua necessaria definitività, al fine di assicurare la rapida esecuzione e la riparazione della violazione subita.

La pronuncia del Comitato *ad hoc* in sede di annullamento può essere di diverso tipo: il rigetto di tutte le cause invocate determina la conseguente permanenza del lodo emesso dal Tribunale ICSID; l'accertamento della presenza di una o più cause con riferimento ad una parte del lodo conduce al suo parziale annullamento; se, invece, le cause accertate colpiscono l'intero lodo, questo sarà annullato nella sua totalità; infine, nonostante l'esistenza di una causa di annullamento, il Comitato può decidere di esercitare la propria discrezionalità e non annullare la decisione del Tribunale impugnata.

La conseguenza dell'annullamento totale o parziale del lodo è la possibilità di rimettere la questione rimasta controversa ad un nuovo Tribunale. La costituzione di quest'ultimo, in conformità a quanto previsto dalla Convenzione, non è una conseguenza automatica dell'avvenuto annullamento, bensì è subordinata alla richiesta di una delle parti della controversia.[367] Tuttavia, non è detto che il nuovo Tribunale giunga ad una conclusione diversa rispetto a quanto affermato nel lodo annullato.[368] Le cause previste dall'articolo 52, infatti, mirano a rimediare ad errori procedurali commessi dagli arbitri che si sono pronunciati e, come varie volte sottolineato, non comportano una censura nel merito della decisione.

---

[366] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 979;

[367] Convenzione ICSID, Art. 52.6;

[368] SACERDOTI, RECANATI, "From Annulment to Appeal in Investor-State Arbitration", p. 339;

3.2.3 – Considerazioni.

Entrambi i mezzi di impugnazione vengono concepiti nei rispettivi sistemi di risoluzione delle controversie al fine di bilanciare esigenze contrapposte: nell'OMC l'Organo di Appello nasce come risposta alla quasi automatica adozione delle decisioni pronunciate dai Panel e alla conseguente esigenza di assicurare la loro correttezza. Similmente nel sistema della Convenzione ICSID, la predisposizione di un meccanismo di annullamento costituisce il frutto del bilanciamento dell'esigenza della rapida risoluzione della controversia con la necessità di garantire la correttezza delle decisione con riferimento ad alcuni elementi ritenuti indispensabili, che trovano espressione nelle cause disciplinate dall'articolo 52.

La differenza che emerge a prima vista, oltre alla diversità di pronunce che costituiscono l'esito dei rispettivi procedimenti, è data dalla limitatezza dei motivi che consentono l'annullamento, rispetto alla formulazione piuttosto ampia e generica delle ragioni che possono essere alla base dell'appello. Tale distinzione, alla luce degli sviluppi e delle interpretazioni date rispettivamente dai Comitati *ad hoc* e dall'Appellate Body, potrebbe apparire meramente formale, tuttavia, anche un'applicazione estensiva delle cause di annullamento disciplinate dalla Convenzione ICSID deve comunque garantire il rispetto dei requisiti prescritti, non potendo estendersi a tal punto da finire per consentire il ricorso in annullamento per qualsiasi motivo vantato dalla parte. Anche l'Appellate Body si è preoccupato di dare un'interpretazione ai motivi di diritto che consentono l'impugnazione delle decisioni dei Panel, tuttavia, sebbene restino esclusi i ricorsi per questioni di fatto, permangono molto ampi i margini per la formulazione dei motivi di impugnazione.

Le cause che giustificano l'annullamento sulla base della Convenzione ICSID, infatti, sono riconducibili alla legittimità del procedimento decisorio, mentre l'appello delle decisioni dei Panels, basato su questioni di diritto attinenti all'applicazione degli Accordi OMC e all'interpretazione delle singole previsioni nella controversia concreta, è diretto a garantire la correttezza sostanziale della pronuncia. A tale proposito, mentre i Comitati *ad hoc* hanno espressamente chiarito che l'errore di fatto o di diritto non costituiscono causa di annullamento, è proprio quest'ultimo che giustifica l'appello della decisione pronunciata dal Panel nel sistema OMC, escludendo anche in tal caso l'impugnazione per questioni di fatto, sebbene la distinzione tra le due categorie non sia sempre così chiara.

Inoltre, più volte i Comitati *ad hoc* che si sono pronunciati sull'annullamento di lodi emessi dai Tribunali ICSID si sono preoccupati di tracciare la distinzione tra il ruolo da loro svolto, rispetto a quello di una corte d'appello. Tale differenza emerge molto chiaramente nell'analisi dei due sistemi ICSID e OMC: nel primo caso il compito dei Comitati *ad hoc* è limitato alla verifica della sussistenza di una delle cause dell'articolo 52, con la conseguenza che, in caso di esito positivo, il lodo sarà annullato e la controversia potrà essere nuovamente sottoposta ad altro tribunale, senza alcuna possibilità per il Comitato di pronunciarsi sul merito della questione; nel secondo caso, la fondatezza dell'impugnazione comporta la possibilità per l'Appellate Body di pronunciarsi sulla questione, modificando o correggendo l'errata decisione del Panel.

Un'ulteriore differenza è costituita dagli effetti che produce l'impugnazione sulla decisione pronunciata dal primo organo investito della controversia: mentre nel sistema disciplinato dal DSU, l'atto di appello produce la sospensione del procedimento di adozione della decisione del Panel da parte del DSB, con la conseguenza che la stessa non produce alcun obbligo in capo alle parti della controversia, la richiesta di annullamento non determina automaticamente la sospensione del vincolo che sorge in capo alle parti sulla base del lodo pronunciato dal Tribunale ICSID. In quest'ultimo caso, infatti, la sospensione dell'obbligo di dare attuazione al lodo ICSID costituisce frutto di una decisione del Comitato *ad hoc* investito della richiesta di annullamento ai sensi del quinto comma dell'articolo 52. Ecco, pertanto, che con tale meccanismo viene ridotta la possibilità per la parte soccombente di proporre l'impugnazione del lodo ICSID al solo fine di dilatare il sorgere dell'obbligo di conformarsi alla decisione, con le conseguenze che da essa derivano con riferimento all'ordinamento interno. Il diverso meccanismo di adozione delle pronunce previsto nel sistema OMC, al contrario, ha provocato questa distorsione nel ricorso al mezzo di impugnazione previsto.

La permanenza dell'Organo di Appello nel sistema OMC, inoltre, ha favorito la creazione di una giurisprudenza e lo sviluppo del diritto OMC. Diversamente, nonostante il tentativo di creare una certa uniformità nell'interpretazione delle cause di annullamento, il carattere *ad hoc* dei Comitati che si pronunciano in relazione alle stesse ha determinato esiti non sempre conformi con riferimento all'applicazione concreta dell'articolo 52.1 della Convenzione ICSID, pur non sussistendo in alcuno dei due sistemi l'obbligo dello *stare decisis*.

Infine, la presenza di elementi che lasciano permanere la configurabilità del carattere politico del sistema OMC è totalmente assente nella procedimento disciplinato dalla Convenzione ICSID, ove la

volontà di depoliticizzare la risoluzione delle controversie è stata la ragione fondante la sua creazione e non l'esito di considerazioni successive, come è avvenuto nella negoziazione nel corso dell'Uruguay Round dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie sorta dallo sviluppo dell'applicazione provvisoria del GATT 1947.

Proprio queste distinzioni, sia con riferimento alle cause che consentono il ricorso all'uno e all'altro mezzo di impugnazione, sia con riguardo all'esito dei rispettivi procedimenti, sia relativamente alla sussistenza in un sistema e alla totale assenza nell'altro di elementi propriamente politici, costituiscono aspetti che inducono a configurare non come antitetici, bensì quali complementari il sistema di risoluzione delle controversie OMC e quello disciplinato dalla Convenzione ICSID.

CAPITOLO IV

LA FASE ESECUTIVA

4.1 IL PROCEDIMENTO DI ESECUZIONE DELLA DECISIONE.

La fase di esecuzione delle decisioni pronunciate dagli organi deputati alla risoluzione delle controversie rispettivamente nel sistema OMC e nella Convenzione ICSID è di particolare rilevanza poiché costituisce il momento culminante dell'intero procedimento. Questa fase permette, infatti, di comprendere l'efficacia dei sistemi di risoluzione delle controversie in ragione della effettiva esecuzione delle decisioni, mediante la concreta attuazione della tutela della parte che ha subito la violazione o la compromissione dei propri diritti così come accertata dall'organo investito della questione.

La fase di attuazione delle decisioni del DSB è espressamente disciplinata dalle norme del DSU, in particolare le disposizioni che vengono in rilievo sono contenute negli Articoli 21 e 22. Allo stesso modo, l'esecuzione dei lodi arbitrali ICSID trova la propria regolamentazione negli Articoli 53, 54 e 55 della Convenzione di Washington. Nonostante la diversità contenutistica delle decisioni e dei rispettivi procedimenti di attuazione ed esecuzione, l'analisi comparata dei due sistemi lascia emergere, oltre ad evidenti differenze, delle similitudini particolarmente rilevanti che appaiono fondate su medesimi principi.

4.1.1 – L'attuazione delle decisioni nel sistema dell'OMC.

Il procedimento di attuazione delle decisioni adottate nel sistema di risoluzione delle controversie OMC trova la propria disciplina all'interno dell'Intesa. Come analizzato nel capitolo precedente, le decisioni adottate dal DSB, rese sia dei Panels che dell'Appellate Body, sono vincolanti e devono essere incondizionatamente accettate dalle parti della controversia. Ne deriva l'obbligo per la parte

soccombente di ricondurre la misura oggetto del procedimento in conformità alle obbligazioni prescritte dagli Accordi OMC.

L'importanza di questa fase e, soprattutto, dell'attuazione della decisione nel sistema di risoluzione delle controversie OMC emerge chiaramente dall'analisi della disciplina dettata dal DSU. Sebbene tale fase coinvolga primariamente lo Stato membro la cui misura è stata giudicata contrastante con gli Accordi OMC, emerge in modo chiaro il coinvolgimento degli organi addetti alla risoluzione delle controversie e anche, attraverso il DSB, di tutti gli Stati membri. La continua sorveglianza posta verso tale fase e la sua disciplina sottolineano il carattere fondamentale che assume l'adattamento alle decisioni per il funzionamento dell'intero sistema multilaterale del commercio.

L'attuazione della decisione è, infatti, ritenuta essenziale per l'effettiva risoluzione della controversia, a beneficio di tutti gli Stati membri dell'Organizzazione. Non solo, perché sia soddisfatta tale funzione, l'adattamento ad opera dello Stato soccombente deve essere il più possibile immediato.[369]

Invero, il primo comma dell'Articolo 21 DSU sancisce il principio dell'immediata attuazione (*"promt compliance"*) in relazione alle decisioni e raccomandazioni del DSB. Tale disposizione sottolinea, innanzitutto, l'obbligo e la necessità di intera attuazione da parte dello Stato: poiché la misura che è giudicata contrastante con gli accordi OMC è un atto interno all'ordinamento nazionale, che produce i propri effetti nelle relazioni commerciali con gli altri Stati, l'attuazione della decisione comporta, nella maggior parte dei casi il ritiro o la modifica del medesimo mediante l'adozione di misure legislative o amministrative anch'esse interne.[370]

Le misure che possono essere adottate dallo Stato per dare attuazione alla decisione del DSB non sono predeterminate, ma lasciate alla sua libera individuazione, nel rispetto della sovranità interna di ciascun ordinamento. Tuttavia, è emersa nella giurisprudenza una tendenza a ritenere che la discrezionalità nella selezione dei mezzi attuativi non comporti in capo allo Stato Membro *"an unfettered right to choose any method of implementation"*,[371] bensì l'attuazione costituisce

---

[369] DSU, Art. 21.1;

[370] MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization", p. 127;

[371] *European Communities – Export Subsidies on Sugar (EC – Export Subsidies on Sugar)*, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14, Arbitration under art. 21(3), 28 October 2005, para. 69; la statuizione è stata ripresa anche da *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres (Brazil – Retreaded Tyres)*, WT/DS332/16, Arbitration under

un'obbligazione di risultato. Ne consegue che il mezzo scelto dalla parte deve essere, non solo conforme agli Accordi OMC, ma anche appropriato nella forma, nella natura e nel contenuto ai fini dell'attuazione della decisione.[372]

La misura che è stata giudicata contrastante con gli Accordi OMC è frutto spesso di valutazioni non solo economiche, ma anche politiche dello Stato che l'ha posta in essere. La sua eliminazione e l'adozione di misure di attuazione, pertanto, possono essere opposte e contestate da gruppi interessati che perderebbero la protezione loro garantita, da un lato, ed inoltre potrebbero ingenerare un dibattito pubblico con conseguenti riflessi sia sugli equilibri politici interni che sulla reputazione internazionale dello Stato coinvolto, dall'altro.[373]

Non appare singolare, dunque, che proprio queste considerazioni siano state poste a fondamento della teoria dell'*efficent breach"* sviluppata da Sykes con riferimento alla natura degli obblighi posti in capo agli Stati Membri dell'OMC.[374] Proprio con riferimento a questa fase di attuazione della decisione, appare rilevante per la completa risoluzione della controversia,[375] la forte riemersione delle influenze politiche che gli Stati, nella negoziazione del DSU, hanno cercato di mantenere estranee mediante la *"giurisdizionalizzazione"* del sistema.

L'esigenza di attuare un procedimento nazionale si correla necessariamente con il requisito dell'immediatezza nell'adempimento della decisione del DSB. L'utilizzo di quest'ultimo termine acquisisce un duplice significato: da un lato, si riferisce alle tempistiche con le quali deve avvenire l'attuazione della decisione, dall'altro lato, richiede che la stessa sia effettuata nell'interezza, comprensiva di tutto quanto si rende necessario. Tuttavia, emerge chiaramente la difficoltà che un tale requisito pone con riferimento alla precedente considerazione: la necessità di attuare un

---

art. 21(3), 29 August 2008, para. 48; *Colombia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry (Colombia – Ports of Entry)*, WT/DS366/16, Arbitration under art. 21(3), 2 October 2009, para. 64;

[372] *Colombia – Ports of Entry*, Arbitration under art. 21(3), para. 64;

[373] Questi aspetti sono stati espressamente presi in considerazione nel caso *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (Chile – Price Band System)*, WT/DS207/13, Arbitration under art. 21(3), 17 March 2003, para. 48;

[374] SYKES Alan O., "The Dispute Settlement Mechanism: Ensuring Compliance?", in NARLIKAR Amrita, DAUNTON Martin, STERN Robert M. (Eds.), "The Oxford Handbook on the World Trade Organization", Oxford University Press, New York, 2012, p. 560;

[375] MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization – Law, Practice and Policy", p. 132;

procedimento legislativo o modificare una determinata pratica amministrativa, male si concilia con l'esigenza dell'immediatezza nell'adempimento della decisione. I procedimenti interni agli Stati del tipo menzionato nella maggior parte dei casi, se non nella loro totalità, non sono immediati, ma richiedono tempistiche la cui durata è variabile in relazione al singolo Stato considerato. Modifiche legislative comportano il rispetto delle formalità prescritte dalla legge nazionale. Ne consegue che l'attuazione immediata, piuttosto che essere la regola che guida il procedimento in analisi, costituisce l'eccezione, mentre spesso si ricorre a quanto disposto dal terzo comma dell'Articolo 21 DSU.[376]

La previsione da ultimo menzionata soccorre, infatti, all'impraticabilità concreta dell'immediata attuazione della decisione. Alla riunione del DSB tenuta entro 30 giorni dall'adozione del report del Panel o dell'AB, lo Stato soccombente deve informare il DSB stesso delle sue intenzioni in relazione all'attuazione delle decisioni e raccomandazioni in essa contenute. Se ritiene inattuabile immediatamente la decisione, allo Stato è concesso un periodo ragionevole di tempo a tale fine.[377] Tale disposizione costituisce il frutto di un delicato bilanciamento tra la necessità di speditezza nell'adempimento e il rispetto della sovranità degli Stati.[378] Emerge chiaramente, in questo passaggio, l'interferenza che si crea nel settore del commercio, ma che è rilevabile necessariamente anche in quello degli investimenti, tra gli obblighi internazionali assunti da uno Stato e la necessità di rispettare l'ordinamento nazionale quale espressione della sovranità interna dello stesso.

La possibilità concessa allo Stato soccombente di chiedere ed ottenere un periodo di tempo per l'attuazione della decisione risulta essere fondamentale per assicurare non solo l'effettiva risoluzione della controversia, ma anche il buon funzionamento dell'intero sistema degli scambi commerciali.

In conformità all'esigenza a cui risponde, il periodo ragionevole di tempo previsto dall'Articolo 21.3 non è prestabilito, ma la sua determinazione è disciplinata mediante la predisposizione di tre procedimenti alternativi e subordinati l'uno al mancato funzionamento del precedente.[379] In primo luogo il periodo può essere proposto dallo Stato direttamente interessato e approvato dal DSB. Qualora non vi sia tale approvazione, la determinazione è affidata all'accordo delle parti della

---

[376] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 500;

[377] DSU, Art. 21.3;

[378] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 498;

[379] DSU, Art. 21.3 lett. a, b e c;

controversia entro 45 giorni dalla data dell'adozione della decisione. Se non viene raggiunto tale accordo, il periodo ragionevole di tempo diviene l'oggetto di un arbitrato, che lo stabilisce entro 90 giorni, decorrenti sempre dalla data dell'adozione della decisione.

La determinazione del periodo ragionevole di tempo si svolge, pertanto, mediante una rigida scansione delle tempistiche, ad evitare un'eccessiva dilatazione della fase in analisi che vada a danno della pronta attuazione della decisione.

Al fine di guidare gli arbitri nell'individuare l'ampiezza del periodo ragionevole di tempo, il terzo paragrafo dell'Articolo 21.3, indica un limite massimo entro il quale la decisione deve essere attuata, stabilito in 15 mesi. Tuttavia, tale limite non è perentorio, poiché agli arbitri investiti della questione è concessa non solo la sua contrazione, ma anche il suo ampliamento in ragione delle particolari circostanze del caso concreto.[380]

Con riferimento all'indicazione del periodo massimo di tempo, merita menzione l'interpretazione data dagli arbitri che si sono pronunciati ai sensi dell'Articolo 21.3 con riferimento alla controversia *EC – Hormones*, secondo i quali *"read in context, it is clear that the reasonable period of time, as determine under Article 21.3(c), should be the shortest possible within the legal system of the Member to implement the recommendations and rulings of the DSB. In the usual case, this should not be greater than 15 months, but could also be less."*[381] Emerge chiaramente da questa affermazione l'esigenza fondamentale, anche nella determinazione del periodo ragionevole di tempo, di garantire il rispetto dell'ordinamento nazionale dello Stato nella fase di attuazione delle decisioni.

La possibilità concessa agli arbitri di contrarre o ampliare il periodo di tempo è fatta dipendere dalle circostanze. Con tale termine il riferimento è, in particolare, alle informazioni relative al procedimento interno necessario per l'attuazione: maggiori sono i dettagli conosciuti dagli arbitri, migliore è la guida che essi hanno per l'individuazione del tempo necessario allo Stato. È chiaro che non rientra tra i compiti degli arbitri l'indicazione di suggerimenti sulle modalità di attuazione della decisione,[382] bensì la conoscenza e l'esame dei requisiti legali rilevanti che permetta loro

---

[380] DSU, Art. 21.3 lett. c;

[381] *EC-Hormones*, Arbitration under art. 21(3)(c), 29 May 1998, para. 26;

[382] *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US – Offset Act (Byrd Amendament))*, WT/DS217/14 e WT/DS234/22, Arbitration under art. 21(3)(c), 13 June 2003, para. 53 e 66;

l'adempimento alla funzione affidatagli in modo adeguato alle esigenze per le quali è stato predisposto tale meccanismo.[383] A tal fine, risulta opportuna la conoscenza da parte degli arbitri dei mezzi interni che lo Stato ha a disposizione per l'attuazione della decisione.[384]

La volontà di delimitare e scandire il tempo entro il quale la controversia deve trovare risoluzione emerge anche dal quarto comma dell'Articolo 21, ove si stabilisce che l'intervallo dal momento della creazione del Panel ad opera del DSB alla determinazione del periodo ragionevole di tempo non deve superare i 15 mesi.[385] La possibilità che sia ampliato è fatta dipendere da due condizioni, la prima relativa al caso in cui siano gli stessi organi decidenti, il Panel o l'AB, ad estendere il limite di tempo a loro concesso ai sensi degli Articoli 12.9 o 17.5; la seconda derivante da un accordo delle parti in ragione di circostanze eccezionali. In ogni caso, l'intero procedimento di risoluzione della controversia non può eccedere i 18 mesi. A tale periodo, ai fini della effettiva conclusione della controversia, si aggiungono i mesi necessari per la concreta attuazione della decisione adottata.

Come si accennava, l'importanza di quest'ultima fase emerge anche in considerazione della disciplina prescritta ai fini della sorveglianza ad opera del DSB a cui è interamente assoggettata. La ragione di questa disciplina deve esser ricercata nella volontà dei redattori del DSU di mitigare le controversie relative al commercio assoggettando tutte le fasi fondamentali a procedure multilaterali, sottraendole alla totale ed assoluta disponibilità delle sole parti della controversia.[386]

Tra i mezzi disciplinati a tal fine rientra il meccanismo di controllo dell'attuazione affidato, ove possibile, al Panel originario mediante il procedimento stabilito per la risoluzione delle controversie. Invero, il quinto comma dell'Articolo 21 disciplina l'eventuale insorgere di contestazioni in relazione alla conformità con gli Accordi OMC delle misure adottate dallo Stato soccombente per dare attuazione alla decisione.[387] Nella sostanza, la situazione che si verifica in tal caso è il sorgere di una

---

[383] *Chile – Price Bond System*, Arbitration under art. 21(3)(c), para. 37;

[384] *Colombia – Ports of Entry*, Arbitration under art. 21(3)(c), para. 64;

[385] DSU, Art. 21.4;

[386] MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization – Law, Practice and Policy", p. 128.

[387] DSU, Art. 21.5;

nuova controversia avente ad oggetto, non più l'originaria misura contestata, bensì le nuove misure di attuazione adottate dallo Stato.

La procedura disciplinata per far fronte a questa eventualità comporta una rapida revisione della misura adottata dallo Stato soccombente ad opera del Panel originario, il quale deve far circolare il suo report entro 90 giorni dalla data in cui la questione gli è stata riferita. L'instaurazione di questo procedimento è determinata dal disaccordo delle parti, con la conseguenza che hanno diritto a chiederla solo le parti della controversia originaria, ad esclusione, parrebbe, delle parti terze o di altri Stati membri dell'OMC.

Non sempre l'individuazione delle misure che possono essere oggetto di quest'ultimo procedimento è ben definita, a tale proposito risulta fondamentale identificare la correlazione sussistente tra la misura stessa e l'attuazione della decisione. In particolare, tale correlazione deve emergere chiaramente sia con riferimento al tempo dell'adozione, sia rispetto all'oggetto, in modo tale che le misure possano essere considerate come adottate per adempiere da un osservatore imparziale.[388] Specificamente, un nuovo regime di attuazione della decisione può essere ritenuto esistente, ad esempio, quando sono stabiliti tutti i requisiti e i criteri sulla base dei quali un prodotto può entrare nel mercato interno dello Stato.[389]

Da quanto affermato appare chiaro che l'oggetto e lo scopo del procedimento di revisione non sono limitati all'atto originariamente contestato, ma sono più ampi e prendono in considerazione la totalità delle misure adottate dallo Stato soccombente per dare attuazione alla decisione. Tuttavia, deve permanere la relazione con la controversia originaria, poiché il procedimento di controllo ai sensi dell'Articolo 21.5 non può avere un oggetto totalmente nuovo.[390]

Le risultanze a cui giunge il Panel nel procedimento di controllo, possono essere a loro volta sottoposte ad appello avanti l'AB.[391] Tale controllo costituisce la base per l'immediata sospensione

---

[388] *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (Australia – Salmon)*, WT/DS18/RW, Recourse to art. 21(5), Panel Report, 18 February 2000, para. 7.10 sub. 22;

[389] *Australia – Salmon*, Recourse to art. 21(5), Panel Report, para. 7.28;

[390] *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India (EC – Bed Linen)*, WT/DS141/RW, Recourse to art. 21(5), Panel Report, 29 November 2002, para. 6.40;

[391] Per un'analisi statistica delle decisioni che sono state oggetto di arbitrato ai sensi dell'Articolo 21.5 si veda LEITNER Kara, LESTER Simon, "WTO Dispute Settlement 1995-2014 – A Statistical Analysis", Journal of International Economic Law, vol. n. 18, 2015, p. 203, a p. 212;

di concessioni ai sensi dell'Articolo 22, qualora le misure adottate dallo Stato soccombente siano considerate nuovamente in contrasto con gli accordi OMC, in quanto annullano o compromettono benefici derivanti ad altri Stati membri dell'Organizzazione.

Indipendentemente dall'instaurazione di questo procedimento innanzi al Panel originario, il controllo sull'attuazione della decisione ad opera dello Stato soccombente permane all'ordine del giorno del DSB fino alla completa risoluzione della questione ed a partire dal decorso di sei mesi successivi alla data di determinazione del periodo di tempo ragionevole.[392] Lo Stato interessato è tenuto ad effettuare un resoconto sulla situazione dell'attuazione della decisione ogni qualvolta la questione sia sollevata nelle riunioni del DSB da uno qualsiasi degli altri Stati membri. È proprio con riferimento a questa facoltà attribuita agli Stati che viene ad ampliarsi il controllo svolto. In tal modo, infatti, si realizza il coinvolgimento delle parti terze o interessate anche nella fase di attuazione concreta della decisione.[393]

La fase di attuazione ad opera della parte soccombente è necessariamente correlata alle conseguenze che derivano dal mancato adempimento a tale obbligo. Ai fini dell'esecuzione della decisione, queste conseguenze si sviluppano secondo due rimedi: la compensazione e la sospensione di concessioni o altre obbligazioni.

Entrambi trovano disciplina nell'Articolo 22 del DSU, come rimedi temporanei la cui funzione non è individuata univocamente. In particolare, una prima tesi ritiene che la loro funzione sia riconducibile alla vincolatività della decisione in capo alle parti della controversia.[394] Ne consegue che la compensazione e, successivamente, la sospensione delle concessioni, sarebbero strumenti diretti ad indurre la parte soccombente ad adempiere all'obbligo di dare attuazione alla sentenza. Un'altra tesi, invece, ritiene che lo scopo della compensazione e della sospensione delle concessioni sia costituito dalla necessità di un ribilanciamento dei reciproci benefici.[395] Infine, una terza opinione riconduce la

---

[392] DSU, art. 21.6;

[393] WOLFRUM, STOLL, KAISER, "WTO Institutions and Dispute Settlement", p. 520;

[394] JACKSON , "The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation", p. 60-64; la stessa opinione appare emergere anche in PAUWELYN Joost, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a more Collective Approach", The American Journal of International Law, vol. 94, 2000, p. 335, a p. 343-344, sebbene secondo quest'ultimo vi sia una discrepanza tra lo scopo apparentemente dichiarato e l'effetto concreto prodotto dalle misure;

[395] BELLO, "The WTO Dispute Settlement Understanding – Less is More", p. 416;

presenza dei rimedi della compensazione e sospensione delle concessioni all'attribuzione alle parti della controversia, e in generale ai Membri dell'OMC, della possibilità di scegliere tra l'adempimento agli obblighi derivanti dagli Accordi, compreso quello di dare attuazione alle decisioni del DSB, da un lato, e, dall'altro, la violazione di tali obblighi con conseguente attribuzione di una compensazione o assoggettamento ad una ritorsione.[396]

Le ragioni che vengono poste a fondamento dell'una e dell'altra tesi, analizzate nel capitolo precedente, conducono a conseguenze diverse relativamente alla natura della decisione adottata dal DSB e degli obblighi nascenti da essa e dagli Accordi OMC. Tuttavia, dal punto di vista dell'attuazione pratica delle decisioni e dell'adozione dei rimedi, la propensione per l'una piuttosto che per l'altra tesi non modifica il procedimento che deve essere seguito, come disciplinato dal DSU. Diversamente, influisce senza alcun dubbio sulle scelte degli Stati direttamente coinvolti in relazione alla condotta da adottare con riferimento agli obblighi a cui sono vincolati sul piano internazionale.

La compensazione è un rimedio conforme allo scopo di garantire la liberalizzazione del commercio, diretto a porre soluzione alla inabilità dello Stato soccombente di adempiere al proprio obbligo di dare attuazione alla decisione ad esso sfavorevole, entro il termine ragionevole di tempo stabilito. La compensazione prevista nel sistema di risoluzione delle controversie OMC è parzialmente diversa dal tradizionale concetto del diritto internazionale relativo alla responsabilità degli Stati, ove è volta ad annullare le conseguenze economiche di un atto illecito internazionale.[397] Nel sistema multilaterale del commercio, la compensazione consiste in un beneficio, offerto dalla parte che ha commesso la violazione alla parte che ha subito la stessa, dell'importo pari all'annullamento o alla compromissione del beneficio.[398] Le caratteristiche della temporaneità, volontarietà e reciproca accettazione connotano questo rimedio nel sistema OMC.

La compensazione è disciplinata quale strumento diretto ad alleviare l'effetto negativo di una violazione, fino alla sua completa eliminazione. Alle parti della controversia è attribuita la possibilità, entro la scadenza del termine indicato, di negoziare una compensazione reciprocamente accettabile.[399]

---

[396] SYKES, "The Dispute Settlement Mechanism: Ensuring Compliance?", p. 560;

[397] Progetto di Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati elaborato dalla ILC, 2001, Art. 36;

[398] SHADIKHODJAEV Sherzod, "Retaliation in the WTO Dispute Settlement", Wolters Kluwer Law & Business, The Netherland, 2009, p. 20;

[399] DSU, Art. 22.1;

Tuttavia, dal punto di vista della parte vittoriosa, la compensazione non comporta alcun adempimento ad opera dello Stato soccombente, il quale si limita, ad esempio, ad abbassare le barriere in un'altra area del commercio. Tuttavia, tale Stato difficilmente accetta volontariamente di sacrificare un altro settore dell'economia interna, aumentando la concorrenza, al fine di proteggere il settore che trae benefici dalla violazione commessa.[400] Nondimeno, tale conclusione non è scontata, poiché la scelta di accettare una compensazione del tipo menzionato può costituire espressione di una politica commerciale adottata dallo Stato che commette la violazione. Ne consegue che lo stesso potrebbe preferire il sacrificio di un settore del commercio in cui ha poco da perdere, a vantaggio della protezione di un'altra parte del mercato interno.[401]

La conformità della compensazione con gli Accordi OMC implica il rispetto anche degli obblighi nascenti dalla clausola della Nazione Maggiormente Favorita (MFN), con la conseguenza che anche gli altri Stati membri dell'OMC traggono benefici da una compensazione consistente nella riduzione delle tariffe o dei dazi doganali.[402] Questa conseguenza contribuisce a rendere il rimedio in analisi poco attrattivo sia per la parte che subisce la violazione, la quale non ottiene una tutela a suo esclusivo beneficio, sia per la parte che la commette, che deve garantire lo stesso trattamento a tutti gli altri Stati membri. Tuttavia, se le parti riescono ad individuare un limitato settore di particolare interesse solo per lo Stato che subisce la violazione, l'ostacolo menzionato può essere in qualche modo superato.[403]

Qualora gli Stati coinvolti non si accordino sulla compensazione, la parte che si è rivolta al sistema di risoluzione delle controversie OMC può chiedere al DSB l'autorizzazione alla sospensione dell'applicazione di concessioni o altre obbligazioni sancite dagli Accordi nei confronti dello Stato violatore.[404] Tale rimedio costituisce una forma di ritorsione che trova una dettagliata disciplina nel DSU. Anch'essa deve essere equivalente al livello di annullamento o compromissione dei benefici

---

[400] PALMETER David, MAVROIDIS Petros C., "Dispute Settlement in the World Trade Organization", Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 265;

[401] SYKES, "The Dispute Settlement Mechanism", p. 565-566;

[402] PAUWELYN, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a more Collective Approach", p. 337;

[403] WTO, "Dispute Settlement System Training Module – Chapter 6, The Process", para. 6.9 "Compensation", documento disponibile on line al sito https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s9p1_e.htm;

[404] DSU, Art. 22.2;

OMC sofferto in ragione della misura adottata dallo Stato violatore.[405] La sospensione di concessioni o altri obblighi consiste in una speciale contromisura che, in quanto autorizzata dal DSB, non costituisce a sua volta violazione degli Accordi OMC. Tale sospensione viene effettuata su base discriminatoria, solamente nei confronti dello Stato inadempiente, quale conseguenza ultima e più grave della violazione subita, prevista dal sistema di risoluzione delle controversie OMC. Indipendentemente dalla tesi adottata, non vi è alcun dubbio che il rimedio in analisi da un lato produca l'effetto di incidere sulla condotta dello Stato inadempiente, inducendolo ad attuare la decisione che lo vede soccombente, e dall'altro riequilibri i reciproci benefici commerciali. La sospensione è anch'essa temporanea e deve essere ritirata nel momento in cui lo Stato inadempiente dia intera attuazione alla decisione del DSB.[406]

Emerge in modo chiaro come il rimedio in analisi, a differenza della compensazione, non sia conforme all'obiettivo di liberalizzazione del commercio, ma costituisca una restrizione dello stesso poiché si concretizza nell'innalzamento di una barriera nelle relazioni tra i due Stati coinvolti nella controversia, con un conseguente danno economico non solo per lo Stato che lo subisce, ma anche per quello che ne dà attuazione.[407]

È lo Stato che chiede l'autorizzazione al DSB ad indicare quale concessione o obbligo si propone di sospendere, nel rispetto delle regole disposte dall'Articolo 22.3. Innanzitutto, il principio generale è che la sospensione debba attenere allo stesso settore nel quale è stata commessa la violazione oggetto della controversia.[408] Qualora il principio generale appena indicato sia considerato dalla parte impraticabile o non efficace, la sospensione può riguardare un altro settore, purché dello stesso accordo. Infine, se anche questa seconda possibilità non è praticabile o efficace e le circostanze siano abbastanza serie, è possibile attuare la c.d. *"cross retaliation"*, consistente nella sospensione di concessioni o altri obblighi previsti da un accordo diverso da quello violato.[409] Il riferimento

---

[405] DSU, Art. 22.4;

[406] DSU, Art. 22.8;

[407] WTO, "Dispute Settlement System Training Module – Chapter 6, The Process", para. 6.10, "Countermeasures by the prevailing Member";

[408] DSU, Art. 22.3;

[409] Un esempio in cui gli arbitri investiti ai sensi dell'Articolo 22.6 si sono soffermati ad analizzare il rispetto delle previsioni prescritte per l'adozione delle misure ritorsive è costituito dal caso *European Communities – Regime for the*

all'efficacia della sospensione permette la considerazione della capacità della parte che ne fa richiesta di fare un utile impiego dell'autorizzazione accordata, intesa con riferimento alla funzione che le misure ritorsive mirano a realizzare, mai sostitutive del completo adempimento da parte dello Stato soccombente. Tale autorizzazione, infatti, è anche volta ad evitare che lo Stato che adotta la ritorsione, mediante la stessa subisca un danno ulteriore rispetto a quello sofferto in ragione della mancata ottemperanza alla decisione del DSB e maggiore a confronto di quello causato alla controparte.[410] Quest'ultimo elemento viene anche in rilievo grazie al riferimento sancito dall'Articolo 22.3(d), mediante le espressioni *"brader economic elements"* e *"broader economic consequences"*, che consentono la valutazione degli equilibri tra Stati in termini di volume degli scambi e potere economico, nella determinazione della misura ritorsiva.[411] La sospensione non può, tuttavia, essere autorizzata se è specificamente proibita dall'accordo che viene in questione.[412]

L'autorizzazione del DSB, concessa quasi automaticamente secondo il meccanismo del *"negative consesus"*, deve essere deliberata entro 30 giorni dallo spirare del periodo di tempo ragionevole, se lo Stato soccombente non contesta la richiesta.[413] In caso contrario, la questione relativa alla ritorsione deve essere rimessa ad un arbitrato, se possibile condotto dal Panel che ha originariamente deciso la controversia. La contestazione, specificamente, può riguardare il livello della sospensione oppure il rispetto dei criteri sanciti dal terzo comma dell'Articolo 22 con riferimento all'individuazione della concessione o dell'obbligo da sospendere. Durante la pendenza del procedimento arbitrale, che deve concludersi entro 60 giorni dalla scadenza del periodo di tempo ragionevole, la sospensione non può essere attuata, mentre una volta che la decisione degli arbitri, da considerarsi definitiva, è stata resa, lo Stato può chiedere l'autorizzazione alla sospensione al DSB.

La ritorsione deve essere, poi, ritirata qualora lo Stato inadempiente rimuova la misura contrastante con gli Accordi OMC oppure fornisca una soluzione all'annullamento o compromissione dei benefici

---

Importation, Sale and Distribution od Bananas (EC– Bananas III (Ecuador)), WT/DS27/ARB/ECU, Recourse to Arbitration by the European Communities under art. 22(6), 24 March 2000;

[410] *Unites States – Subsidies on Upland Cotton (US – Upland Cotton)*, WT/DS267/ARB/I, Arbitration under art. 22(6), 31 August 2009, para. 5.70-5.80;

[411] *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/ARB, Arbitration under art. 22(6), 21 December 2007, para 4.35, il quale richiama, confermandola, la decisione degli arbitri nel caso *EC – Banans III (Ecuador)*, Arbitration under art. 22(6), para. 85-86;

[412] DSU, Art. 22.5;

[413] DSU, Art. 22.6;

oppure, infine, le parti si accordino per una soluzione della questione reciprocamente soddisfacente.[414]

Anche durante l'adozione della misura ritorsiva, il DSB continua a svolgere la sua attività di controllo sull'attuazione della decisione, fino a quando non è stata completata nella sua interezza.

Dall'analisi casistica emerge come difficilmente si arrivi all'adozione di misure ritorsive al fine di ottenere l'adempimento della decisione adottata dal DSB. Infatti, il livello di adempimento spontaneo da parte degli Stati soccombenti è piuttosto elevato e molte controversie vengono risolte nella loro totalità prima di giungere alla fase disciplinata dall'Articolo 22.[415]

Un'ultima questione relativa alla fase oggetto di analisi, attiene al coordinamento tra la procedura arbitrale che può essere instaurata ai sensi dell'Articolo 21.5 con riferimento alle misure che sono state adottate dallo Stato soccombente ai fini di dare attuazione alla decisione e l'arbitrato ai sensi dell'Articolo 22.6 avente ad oggetto le misure ritorsive. La mancanza nelle due norme menzionate di alcun riferimento l'una all'altra, che consenta di individuare l'ordine cronologico con cui i due procedimenti possono essere attivati dalle parti della controversia, ha determinato l'insorgere del c.d. *"sequencing problem"*.[416]

Nella pratica, quando uno Stato soccombente non adempie all'obbligo di dare attuazione alla decisione del DSB, nel procedimento di adozione delle misure ritorsive può essere instaurato un arbitrato ai sensi dell'Articolo 22.6, il quale deve pronunciarsi sulle stesse entro 60 giorni dallo spirare del periodo ragionevole di tempo. Dall'altro lato, come visto, le misure adottate dallo Stato soccombente ai fini dell'adempimento possono costituire l'oggetto di un arbitrato ai sensi dell'Articolo 21.5, con il compito di verificare la conformità delle misure all'obbligo dello Stato entro 90 giorni dallo scadere del medesimo arco temporale. Ne consegue che i due procedimenti arbitrali potrebbero essere contestualmente pendenti con evidenti contrasti logici: da un lato è richiesta la

---

[414] DSU, Art. 22.8;

[415] POLÁŠEK Petr, TONOVA Sylvia T., "Enforcement against State: Investment Arbitration and WTO Litigation", in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", Kluwer Law International BV, The Netherland, 2013, p. 357, a p. 366-367;

[416] MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization", p. 95;VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 290; WOLFRUM, STOLL, KAISER, "ATO – Institutions and Dispute Settlement", p. 521, 533;

verifica della conformità delle misure adottate ai fini dell'attuazione della decisione, dall'altro si discute sulle misure ritorsive che possono essere adottate, senza tuttavia che il primo procedimento sia concluso e, conseguentemente, sia stato accertato l'inadempimento dello Stato soccombente.[417]

Sebbene la questione si sia concretamente verificata nella pratica, la disciplina contenuta nel DSU non consente di individuare una soluzione univoca, con la conseguenza che ogni qualvolta si presenta è rimessa alla valutazione delle parti della controversia e degli arbitri investiti dei rispettivi procedimenti.[418] Una coordinazione minima, tuttavia, è indirettamente determinata dalla considerazione che entrambi i procedimenti sono di competenza dello stesso Panel, il quale, ove possibile, è quello investito originariamente della controversia.

4.1.2 – La fase di esecuzione dei lodi arbitrali ICSID.

La procedura di esecuzione dei lodi arbitrali ICSID trova una regolamentazione all'interno della Convenzione stessa. Come già accennato nel precedente capitolo, l'Articolo 54, considerato una delle più importanti disposizioni del sistema in analisi,[419] disciplina non solo il riconoscimento ma anche l'esecuzione dei lodi ICSID da parte delle corti degli Stati contraenti, provvedendo a offrire alcune indicazioni di carattere procedurale a tal fine. La diposizione menzionata, nonché le previsioni in essa contenuta con riferimento alle corti nazionali, costituiscono uno dei pochissimi esempi in cui uno strumento per la risoluzione internazionale di controversie si preoccupa di disciplinare anche la fase

[417] Per una dettagliata analisi della questione si veda MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization", p. 148-152;

[418] Esempi di casi in cui si è verificata questa situazione sono costituiti dal caso *EC – Bananas III (Ecuador)*, Arbitration under art. 21(5), 12 April 1999, e Arbitration under art. 22(6), 9 April 1999: gli arbitri in questo caso si sono pronunciati prima sulla richiesta di ritorsione e poi sulla verifica delle misure adottate ai fini dell'attuazione della decisione, il coordinamento tra le due pronunce è stato determinato dal fatto che i due procedimenti sono stati decisi dal medesimo Panel; un altro esempio è il caso *Australia – Salmon*, Arbitration under art. 21(5), 18 February 2000: in questa controversia i due Stati coinvolti, Canada e Australia, si sono accordati nel disciplinare la coordinazione tra i due procedimenti arbitrali: la possibilità di chiedere un arbitrato ai sensi dell'art. 22.6 sarebbe rimasta sospesa fino alla circolazione della decisione dell'arbitrato ai sensi dell'art. 21.5, qualora le misure adottate dall'Australia fossero ritenute non conformi alla decisione da attuare, entrambi gli Stati avrebbero potuto chiedere la riassunzione dell'arbitrato ai sensi dell'art. 22.6;

[419] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1117;

successiva all'emissione della decisione. Nella generalità dei casi, infatti, tale aspetto procedurale è lasciato alla disciplina delle legislazioni nazionali o dei trattati applicabili.[420]

La disciplina dettata dalla Convenzione comporta l'indipendenza del procedimento di esecuzione e riconoscimento dei lodi arbitrali da qualsiasi altra norma nazionale o trattato internazionale, nei limiti di quanto stabilito dagli Articoli 54 e 55. Questo aspetto se da un lato facilita l'esecuzione dei lodi ICSID rispetto ad altre decisioni arbitrali, dall'altro può comportare la duplicazione dei procedimenti interni in ragione degli Stati in cui si agisce per portare ad esecuzione lo stesso lodo arbitrale.

Un ulteriore aspetto peculiare che emerge dall'Articolo 54 della Convenzione ICSID è costituito dalla mancanza di una distinzione del procedimento esecutivo a seconda che sia rivolto contro lo Stato parte della controversia o contro l'investitore. Invero, il motivo originario per l'inclusione della disposizione era costituito dall'esigenza di assicurare l'esecuzione contro l'investitore inadempiente, poiché si riteneva improbabile che uno Stato contraente non eseguisse le proprie obbligazioni.[421] Tuttavia, la disciplina è stata redatta senza alcuna distinzione, con la conseguenza che il ricorso ad essa è indipendente dalla parte del procedimento contro la quale si procede.

Nella fase di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali, viene meno la caratteristica di autonomia del sistema creato dalla Convenzione ICSID rispetto agli ordinamenti nazionali. È questa la fase che ricongiunge agli ordinamenti statali il procedimento di risoluzione della controversia condotto interamente al di fuori di essi. Ed è anche in questa fase che riemerge la possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica in ragione della previsione contenuta nell'Articolo 27, menzionata nel primo capitolo. Il ricorso all'uno dei due procedimenti, quello previsto dall'Articolo 54 o quello da ultimo menzionato, non esclude il contestuale utilizzo dell'altro, non essendo gli stessi in rapporto di mutua esclusione.

Come analizzato nel capitolo precedente, il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali ICSID possono essere avanzati in qualsiasi Stato contraente. Immediata conseguenza di questa constatazione è, in modo particolare, la possibilità per la parte che vuole ottenere l'esecuzione del lodo, di scegliere

---

[420] Un esempio di Trattato che regola il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni è costituito dalla Convenzione di New York del 1958, la cui disciplina è limitata esclusivamente alla fase successiva all'emissione di lodi arbitrali commerciali stranieri ad opera degli Stati contraenti;

[421] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1119;

il foro maggiormente favorevole a tale fine, tra quelli degli Stati contraenti la Convenzione. Tale scelta viene condotta prendendo in considerazione in primo luogo la presenza di proprietà del debitore suscettibili di essere aggredite. Qualora si tratti di agire contro uno Stato, la problematica che viene primariamente in rilievo attiene alle immunità dall'esecuzione di cui godono alcune categorie di beni appartenenti a quest'ultimo. Questa evenienza è presa in considerazione e disciplinata espressamente dalla Convenzione ICSID, all'Articolo 55.

Il mancato adempimento alla prescrizione sancita dall'Articolo 54, in particolare, costituisce violazione degli obblighi gravanti sullo Stato con il sorgere della sua responsabilità sul piano internazionale, indipendentemente dal fatto che tale Stato sia o meno parte della controversia per l'esecuzione del cui lodo si agisce.

Venendo ora all'analisi del procedimento più propriamente di esecuzione del lodo ICSID, primario rilievo assume la formulazione dell'Articolo 54. Nei vari commi in cui è articolata la disposizione in analisi, vengono utilizzati termini diversi: nel primo e nel secondo comma il riferimento è ad *"enforcement"*, mentre nel terzo l'espressione utilizzata è *"execution"*. L'utilizzo di questi due termini è stato fonte di discussioni nonché di confusione nell'interpretazione della Convezione ICSID. Il punto di partenza è dato dai diversi significati che talvolta vengono attribuiti a ciascuno di essi: con *execution* si intende il procedimento diretto all'esecuzione forzata della decisione arbitrale sui beni del soccombente, mentre con il termine *enforcement* il riferimento è al procedimento diretto ad attribuire un titolo esecutivo al lodo.[422] La distinzione che è presente nella versione inglese dell'Articolo 54 della Convenzione ICSID, tuttavia, non si trova nella versione francese e in quella spagnola, le quali utilizzano sempre il termine esecuzione. Data l'impossibilità di interpretare in modo differente le diverse versioni della Convenzione,[423] ugualmente autentiche, se ne dovrebbe concludere che i due termini *execution* ed *enforcement* hanno lo stesso significato.[424] Ora, questa conclusione non è uniformemente condivisa e i due termini, come talora anche il termine *"recognition"*, vengono spesso utilizzati indistintamente, attribuendo loro un significato variabile.

---

[422] ATTERITANO Andrea, "L'*enforcement* delle sentenze arbitrali del commercio internazionale", Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 15; SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1134-1136;

[423] Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, 23 maggio 1969, art. 33 comma 4;

[424] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1135;

Limitandoci alla analisi della sola esecuzione del lodo, è il caso di precisare nuovamente che il procedimento disciplinato dall'Articolo 54 della Convenzione ICSID è riferito esclusivamente alle obbligazioni pecuniarie, per le ragioni esposte nel capitolo precedente. In relazione a tali obbligazioni, la Convenzione sancisce l'obbligo di ciascuno Stato di darvi esecuzione come se si trattasse di una decisione definitiva interna delle Corti nazionali stesse. La parificazione del lodo ICSID, ai fini della sua esecuzione, alle decisioni interne divenute definitive, veniva considerata sufficiente a garantire il rispetto delle norme sull'immunità dall'esecuzione,[425] tuttavia la precisazione contenuta nell'Articolo 55 ha eliminato ogni dubbio in relazione a tale questione.

L'obbligo sancito dalla previsione in analisi è riferito esclusivamente agli Stati Contraenti, al contrario lo stesso non è rivolto agli investitori privati parte della controversia, i quali non sono nemmeno parti della Convenzione ICSID.[426] L'obbligo di ottemperare alla sentenza arbitrale, sancito dall'Articolo 53, è totalmente indipendente dalla presenza di ostacoli di tipo procedurale che possono, invece, sorgere nel corso dell'esecuzione. Invero, l'articolo 54 si riferisce alla legge dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione, ma qualsiasi difficoltà che può sorgere sulla base di tale legge non influenza in alcun modo l'obbligo di ottemperare a quanto previsto dal lodo.

La seconda parte del primo comma dell'Articolo 54 si sofferma a precisare l'obbligo menzionato nel primo comma, con riferimento agli Stati aventi una costituzione di tipo federale, equiparando il lodo ICSID alla decisione definitiva delle corti di uno degli Stati costituenti la federazione.

L'unico aspetto procedurale che è espressamente disciplinato dalla Convenzione ICSID con riferimento alla fase in analisi, attiene all'obbligo della parte che agisce per ottenere l'esecuzione del lodo arbitrale, di fornire alla corte nazionale competente a tal fine una copia della decisione certificata dal Segretario Generale, sul modello di quanto previsto dal Trattato di Roma.[427] L'autorità nazionale competente a tal fine deve essere designata da ogni singolo Stato contraente. Ovviamente, solo lodi la cui forza esecutiva non è stata sospesa posso essere presentati alle corti competenti ai fini della loro sottoposizione alla fase di esecuzione. Infatti, può accadere che in seguito alla richiesta di

---

[425] Report of the Executive Directors on the ICSID Convention, para. 43;

[426] ALEXANDROV Stanimir A., "Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention", in BINDER Christina, KRIEBAUM Ursula, REINISCH August, WITTICH Stephan (Eds.), "International Investment Law for the 21st Century", Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 322, a p. 324;

[427] Convenzione ICSID, Art. 54.2;

riconoscimento ed esecuzione dei lodi, la forza esecutiva di questi ultimi sia sospesa, in tal caso anche il procedimento di esecuzione ai sensi dell'Articolo 54 deve essere sospeso.

La possibilità di iniziare il procedimento di esecuzione del lodo in forza dell'Articolo 54.2 è attribuita esclusivamente alle parti della controversia originaria, restano pertanto escluse parti terze che possono avere un interesse in proposito. Ne consegue, in particolare, l'esclusione dell'azione in fase esecutiva ad opera dello Stato per conto di una sua *"costituent subdivision or agency"*, parte effettiva della controversia ai sensi dell'Articolo 25.[428] A ciascuno Stato contraente è attribuito il compito di notificare al Segretario Generale l'indicazione delle corti o delle autorità nazionali competenti al fine del procedimento in analisi.[429]

La previsione del secondo comma dell'Articolo 54, con riferimento alla sola esecuzione, si limita a sancire il requisito formale appena menzionato, senza alcuna ulteriore previsione che guidi la procedura da seguire od opera di ciascuna corte o autorità nazionale competente dopo che alla stessa è stata fornita la copia autentica del lodo che deve essere eseguito.

L'ultimo comma dell'articolo in analisi, infatti, ai fini dell'effettiva esecuzione del lodo ICSID, intesa specificamente come esecuzione forzata, rinvia alla legge nazionale dello Stato nel cui territorio la stessa è richiesta.[430] Questa previsione costituisce il frutto di una scelta espressa in sede di redazione della Convenzione: le differenti tecniche giuridiche adottate dagli Stati di *common law* e da quelli di *civil law* e i rispettivi diversi ordinamenti hanno condotto alla formulazione dell'Articolo 54.3 priva di alcuna prescrizione relativa al metodo che debba essere seguito dagli Stati con riferimento alla specifica procedura per l'esecuzione dei lodi ICSID all'interno del proprio territorio.[431]

La mancanza di alcuna indicazione ed il mero rinvio agli ordinamenti nazionali, appare non tanto analizzabile come il venir meno del carattere autonomo del sistema di risoluzione delle controversia disciplinato dalla Convenzione ICSID, quanto piuttosto è determinato dalla considerazione che la legge che governa l'esecuzione all'interno degli Stati membri dei lodi arbitrali ha carattere meramente

---

[428] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1146;

[429] La lista si trova nel sito internet icsid.worldbank.org: Designations of Courts or Other Authorities Competent for the Recognition and Enforcement of Awards Rendered Pursuant to the Convention (Art. 54(2) of the Convention) - ICSID/8-E;

[430] Convenzione ICSID, Art. 54.3;

[431] Report of the Executive Directors on the ICSID Convention, para. 42;

procedurale e non incide in alcun modo sul merito della risoluzione sancita nel lodo arbitrale, che pertanto non perde la propria autonomia.

L'altro aspetto della disciplina dettata dall'Articolo 54 riguarda propriamente la legislazione nazionale degli Stati contraenti. L'obbligo di dare esecuzione ai lodi ICSID è sancito facendo riferimento esclusivamente alle modalità e procedure previste dagli ordinamenti nazionali, concernenti l'esecuzione dei giudizi. Ne consegue che non viene prescritto alcun obbligo degli Stati di creare nuovi procedimenti per disciplinare specificamente l'esecuzione dei lodi ICSID. Agli Stati, pertanto, è riconosciuta una certa flessibilità con riferimento a tale fase, ma non altrettanta per quanto attiene al riconoscimento che resta assoggettato alle disposizioni dell'Articolo 53 e del primo comma dell'Articolo 54. Appare, pertanto, possibile fare una distinzione tra eseguibilità ed esecuzione forzata: mentre per quanto attiene al primo aspetto la previsione in analisi espressamente equipara il lodo ICSID al giudizio definitivo interno ai fini dell'esecuzione, la possibilità di agire mediante il secondo strumento contro uno Stato dipende dal fatto che un giudizio definitivo interno nello Stato in cui l'esecuzione stessa viene richiesta possa essere fatto oggetto di esecuzione forzata.[432] Ad ogni modo, l'obbligo per lo Stato di conformarsi alla decisione ICSID rimane inalterato dalle limitazioni attinenti all'esecuzione forzata a cui lo stesso lodo può essere sottoposto.

La distinzione menzionata è stata sottolineata dalle stesse pronunce dei Comitati *ad hoc*, ove viene precisato che il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dalla Convenzione ICSID era inteso quale sistema internazionale. Sarebbe contrario a questa intenzione assoggettare l'esecuzione di un lodo a previsioni e meccanismi disciplinati dalle legislazioni nazionali. In particolare *"it would inherently undermine confidence in the ICSID System if a State against which an award has been given could make its own compliance with the award subject to the award creditor availing itself of the mechanism under the State's national law for enforcement of final judgments of courts"*.[433]

La maggiore problematica che viene in rilievo con riferimento alla fase esecutiva attiene propriamente all'immunità delle proprietà degli Stati dall'esecuzione. Tale aspetto è espressamente affrontato dalla

---

[432] BROCHES, "Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution", p. 302;

[433] *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP v. The Argentine Republic (Enron v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/3, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, 7 October 2008, para. 33;

Convenzione ICSID all'Articolo 55 con una disciplina che esclude la possibilità dell'applicazione dell'Articolo 54 in modo tale da derogare alla legge in vigore in ciascuno Stato Contraente relativa all'immunità dall'esecuzione dello Stato stesso o di Stati stranieri.

Questa previsione, definita come il *"tallone d'Achille"* del sistema ICSID, fa dipendere la sorte della sentenza arbitrale dalla legge dello Stato nel quale l'esecuzione forzata è richiesta, con la conseguente possibilità di forum shopping ad opera dell'investitore o dello Stato vittorioso qualora lo Stato soccombente disponga di beni in vari altri Stati.[434] Gli ostacoli che incontra la parte nell'ottenere l'esecuzione della sentenza arbitrale permangono, dovuti soprattutto alle diversità di legislazioni statali relativamente a questo aspetto della sovranità e alla conseguente difficoltà di trovare beni che le corti nazionali riconoscano come aggredibili al fine di soddisfare la legittima pretesa del vincitore.[435]

Il punto debole del sistema ICSID, infatti, sta proprio nell'effettiva esecuzione delle obbligazioni pecuniarie comminate dalle sentenze dei Tribunali, che non è coperta dalle disposizioni della Convenzione, ma rimessa alla legge dei singoli Stati. Ne consegue che il rifiuto di una corte nazionale di procedere all'esecuzione forzata di un lodo ICSID per ragioni di immunità statale non è contrario all'Articolo 54 della Convezione, pur permanendo in capo allo Stato l'obbligo previsto dall'Articolo 53 di ottemperare alle decisione.[436] Resta la possibilità di ricorrere a due ulteriori strumenti previsti dalla Convenzione: la protezione diplomatica[437] e il ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia,[438] con la conseguenza che l'effettiva idoneità a tutelare e a soddisfare la pretesa dell'investitore è fatta dipendere da scelte dello Stato di sua nazionalità.

---

[434] BERNARDINI, "La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington", p. 9;

[435] Costituisce un esempio in cui è stata discussa la qualificazione di un bene appartenente ad un'entità statale, pur dotata di separata personalità giuridica rispetto allo Stato soccombente, al fine di poter procedere su di esso all'esecuzione forzata della sentenza ICSID: *AIG Capital Partners Inc. and another v. Republic of Kazakshtan*, High Court, Queen's Bench Division, 20 October 2005; gli ulteriori casi in cui l'investitore vittorioso ha proceduto richiedendo l'esecuzione forzata su beni statali, alla quale è Stata opposta l'immunità dall'esecuzione, sono pochi, oltre ai già citati *Benvenuti & Bonfant v. Congo* e *SOABI v. Senegal* sui quali si sono pronunciate le corti francesi, un altro esempio è il caso *LETCO v. Liberia* sul quale si sono pronunciate le corti statunitensi. In entrambi questi casi è stata negata l'esecuzione forzata poiché i beni individuati erano coperti dall'immunità dall'esecuzione in quanto destinati ad attività sovrane dello Stato;

[436] SCHREUER, "The ICSID Convention: a Commentary", p. 1153;

[437] Convenzione ICSID, Art. 27;

[438] Convenzione ICSID, Art. 64;

È generalmente riconosciuto che la stipulazione da parte di uno Stato o di un ente di un accordo arbitrale comporti la rinuncia all'immunità dalla giurisdizione, con la conseguenza che quest'ultima non può essere invocata per impedire il riconoscimento e la dichiarazione di eseguibilità di un lodo arbitrale.[439] Al contrario, la stipulazione della convenzione arbitrale non comporta rinuncia all'immunità dall'esecuzione, quindi l'esecuzione forzata del lodo ICSID, non potrà avvenire nei confronti dei beni dello Stato destinati ad attività sovrane.

La ragione originaria che spinse i redattori ad inserire nella Convenzione la disciplina di un meccanismo per l'esecuzione delle decisioni era determinata dall'esigenza di assicurare agli Stati la possibilità di ottenere quanto agli stessi spettante contro l'investitore privato che non avesse adempiuto spontaneamente al lodo ICSID. Si riteneva, infatti, altamente improbabile che uno Stato non adempisse alla propria obbligazione, come previsto dall'Articolo 53 della Convenzione. Pertanto, la previsione contenuta nell'Articolo 54 era stata concepita come bilanciamento della situazione, a favore dello Stato ospitante l'investimento. Nell'operatività della Convenzione si è visto come tale previsione venga, invece, maggiormente utilizzata dall'investitore privato per agire contro lo Stato inadempiente al lodo, mentre la possibilità che quest'ultimo non ottemperasse alle proprie obbligazioni non era stata concepita originariamente.[440]

Molti sono gli Stati che adottano una dottrina dell'immunità assoluta dall'esecuzione, ove pertanto la possibilità per il privato di ottenere la soddisfazione della propria pretesa è svuotata di ogni contenuto. Tuttavia, anche negli Stati che propendono per dottrine dell'immunità più circoscritte, la posizione del privato che agisce in via esecutiva non è più favorevole, poiché si trova nella condizione di dover provare che i beni sui quali vuole trovare soddisfazione non sono coperti dall'immunità dall'esecuzione. A tale proposito, la fondamentale distinzione che viene effettuata ai fini della possibilità di procedere contro beni di proprietà dello Stato consiste nell'utilizzo del bene stesso per attività economiche o commerciali di natura privatistica o meno.[441] Nel primo caso, il bene sarebbe

---

[439] BENEDETTELLI Massimo V., CONSOLO Claudio, RADICATI DI BRONZOLO Luca G., "Commentario Breve al Diritto dell'Arbitrato Nazionale e Internazionale", CEDAM, Padova, 2010, p. 1034;

[440] BJORKLUND Andrea K., "State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Award", in BINDER Christina, KRIEBAUM Ursula, REINISCH August, WITTICH Stephan (Eds.), "International Investment Law for the 21st Century", p. 203, a p. 306;

[441] Si occupa della questione, tra gli altri, BERINI Giorgio, VAN DEN BERG Albert J., "The Enforcement of Arbitral Awards Against a State: the Problem of Immunity from Execution", in LEW Julian D.M. (Ed), "Contemporary Problems

suscettibile di essere sottoposto ad esecuzione forzata al fine di ottenere l'adempimento di un lodo ICSID, non così se il bene è utilizzato per il compimento di attività di carattere pubblicistico più strettamente connesse alla sovranità dello Stato stesso. Come è noto, la distinzione appena menzionata in modo conciso presenta delle linee di confine piuttosto grigie che non permettono di comprendere chiaramente quando un bene appartenete ad uno Stato sia utilizzato per lo svolgimento di attività sovrane o meno. Tale problematica bene si comprende se si prendono in considerazione i conti correnti bancari detenuti da uno Stato, nonché proprietà di banche centrali statali, oggetto di ampi dibattiti con riferimento alla possibilità di considerarli coperti dall'immunità dall'esecuzione proprio in quanto diretti all'espletamento di attività sovrane.[442] La definizione di attività commerciale, inoltre, è tutt'altro che uniforme nella sua applicazione ad opera delle corti nazionali, tuttavia, tende ad essere interpretata in senso restrittivo, in quanto concepita come un'eccezione alla regola generale dell'immunità.[443]

L'Articolo 55 della Convenzione ICSID non costituisce una riserva, ma si limita al riconoscimento di un principio di diritto internazionale pubblico che non trova applicazione solo qualora sia stato fatto oggetto di una rinuncia o di abolizione da parte di uno Stato mediante la propria legislazione.[444]

Nella pratica, gli Stati contraenti nella maggior parte dei casi hanno adempiuto spontaneamente ai propri obblighi sanciti dall'Articolo 53 della Convenzione. Tuttavia, ciò che emerge dall'analisi casistica, a conferma di quanto poco sopra affermato, è la difficoltà in particolare dell'investitore privato di ottenere completa soddisfazione quando si giunge a ricorrere procedimento di esecuzione forzata della sentenza arbitrale a lui favorevole.[445]

---

in International Arbitration", Springer Science Business Media, Dordrecth, 1987, p. 359; si veda anche BROCHES, "Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention", p. 303 e ss.;

[442] Costituisce un esempio dell'applicazione del principio dell'immunità dall'esecuzione di proprietà di banche centrali statali è il caso *AIG Partners v. Kazakhstan*, con particolare riferimento al procedimento esecutivo portato avanti dall'investitore avverso il Kazakhstan presso le corti del Regno Unito, già citato;

[443] Esempio di questa interpretazione restrittiva è costituito dalle pronunce delle corti statunitensi con riferimento alla richiesta di esecuzione del lodo arbitrale ICSID pronunciato nel caso *Liberian Easter Timber Co. v. Government of Liberia* (*LETCO v. Liberia)*, 650 F.Sup. 63 (S.D.NY 1986), riportata in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 2, 1987, p. 188;

[444] BROCHES, "Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention", p. 334;

[445] Una analisi di alcuni casi giurisprudenziali attinenti proprio alla questione esposta è contenuta in ALEXANDROFF Alan S., LAIRD Ian A., "Compliance and Enforcement", in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SHREUER Christoph (Eds.), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, 2008, p. 1171;

È proprio in ragione di questa difficoltà relativa all'effettiva esecuzione delle decisioni, attinente non solo ai lodi ICSID, ma alle sentenze arbitrali in generale pronunciate avverso uno Stato, che viene posta in discussione l'efficacia dell'arbitrato in analisi quale mezzo di risoluzione delle controversie in materia di investimenti che vedono contrapporsi entità private avverso Stati, o viceversa. La presenza delle regole sull'immunità dall'esecuzione rende, infatti, priva di significato la sentenza arbitrale favorevole all'investitore che, alla fine dell'intero procedimento arbitrale non ha rimedi a sua disposizione per ottenere quanto giustamente gli spetta in ragione dell'esito del procedimento condotto. Tale posizione del privato comporta l'emergere di uno sbilanciamento dell'intera procedura in favore dello Stato il quale, pur prestando il proprio consenso alla risoluzione della controversia mediante arbitrato e conseguentemente accettando di essere vincolato all'esito del procedimento, detiene sempre un'arma a suo favore che gli consente di svincolarsi dall'esecuzione di una sentenza sfavorevole,[446] sebbene dal punto di vista del diritto internazionale rimanga pur sempre responsabile per la violazione dei propri obblighi ai sensi di quanto previsto dalla Convenzione ICSID all'Articolo 53. A tale proposito, merita di essere menzionata l'affermazione del Comitato *ad hoc* in un ordine provvisorio nel caso *MINE v. Guinea,* ove si precisa che *"State immunity may well afford a legal defence to forcible execution, but it provide neither argument nor excuse for failing to comply with an award."*[447]

La possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica, disciplinata dall'Articolo 27, o di adire la Corte Internazionale di Giustizia, ai sensi dell'Articolo 64 della Convenzione ICSID, non sono strumenti che risultano sempre adeguati alla tutela dell'interesse del privato ad ottenere la soddisfazione di quanto gli spetta in ragione di un lodo a lui favorevole. Infatti, le ragioni che hanno portato i redattori della Convenzione ICSID ad escludere o limitare il ricorso a tali strumenti nelle controversie relative agli investimenti tra un privato investitore ed uno Stato, non vengono meno solo perché è stato pronunciato un lodo definitivo favorevole ad una delle parti. Il ricorso alla protezione diplomatica o l'azione dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia, infatti, importano valutazioni di carattere politico volutamente escluse nell'ottica di depoliticizzazione delle controversie mediante la Convenzione ICSID. La loro reintroduzione alla fine del procedimento sembra ammettere, se non la

---

[446] ORLU NMEHIELLE Vincent O., "Enforcing Arbitration Award under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)", Annual Survey of International & Comparative Law, vol. 7, 2001, p. 21, a p. 35;

[447] *Maritime International Nominee Establishment v. Government of Guinea (MINE v. Guinea)*, ICSID case n. ARB/84/4, Interim Order n. 1, 12 August 1988, para. 25;

necessità, quanto meno la conveniente opportunità di un intervento dello Stato di nazionalità dell'investitore al fine dell'ottenimento di una completa ed effettiva tutela della pretesa del privato.

4.1.3 – Considerazioni.

La fase di esecuzione della decisione differisce molto nei due sistemi di risoluzione delle controversie disciplinati dall'OMC e dalla Convenzione ICISD. Una delle ragioni che sta alla base di questa distinzione è sicuramente riconducibile al contenuto delle rispettive decisioni, così come analizzato nel capitolo precedente. Le modifiche legislative o amministrative richieste al fine di attuare nella loro totalità le decisioni del DSB comporta l'impossibilità di interferire con il procedimento interno necessario a tale scopo, al fine assicurare il rispetto della sovranità dello Stato. Ne deriva che, sebbene sussista un obbligo dello Stato soccombente di adempiere alla decisione pronunciata in seno all'OMC, il sistema non predispone mezzi coercitivi volti ad incidere direttamente sull'attuazione all'interno dell'ordinamento statale. Diversamente, il DSU prevede dei rimedi che possono essere posti in essere da parte dello Stato che subisce la violazione o la compromissione di benefici nei confronti dello Stato inadempiente, che, da un lato, sono in diretti a produrre l'effetto di indurre quest'ultimo all'adempimento e, dall'altro, permettono una compensazione del danno subito limitatamente al periodo di tempo successivo all'adozione della decisione.

Il sistema creato dalla Convenzione ICSID disciplina espressamente anche la fase di esecuzione del lodo arbitrale. Innanzitutto, la maggior parte dei procedimenti condotti secondo questa Convenzione si conclude con la condanna al pagamento di una somma di denaro a favore della parte che ha subito la violazione dei propri diritti. La Convenzione stessa, quindi, stabilisce l'obbligo di ciascuno Stato contraente di dare esecuzione alle obbligazioni pecuniarie contenute nel lodo come se si trattasse di una decisione definitiva delle corti interne dello Stato, rimandando, per il vero e proprio procedimento esecutivo, alle legislazioni nazionali dei singoli Stati contraenti nel cui territorio la parte vittoriosa agisce per ottenere quanto gli spetta. Questa formulazione consente, da un lato, di garantire il rispetto della sovranità di ciascuno Stato contraente, poiché non è imposta alcuna procedura che gli stessi debbano specificamente adottare, dall'altro lato attribuisce alla parte vittoriosa uno strumento che gli consente di ottenere quanto gli spetta, mediante il riferimento alla norme interne dell'ordinamento in cui la stessa intende agire. Tuttavia, anche in questo caso la soddisfazione della pretesa in virtù del lodo arbitrale trova un ostacolo, determinato sempre dall'esigenza di salvaguardare la sovranità,

costituito in questo caso dal rispetto della legge nazionale relativa all'immunità degli Stati dall'esecuzione, espressamente non derogata dalle norme della Convenzione ICSID.

In secondo luogo, mentre il sistema OMC si preoccupa di mantenere un controllo perenne sulla fase di attuazione della decisione che persiste sino al suo completamento, la Convenzione ICSID non predispone alcuno strumento o organi di sorveglianza sull'esecuzione concreta del lodo arbitrale una volta che è stato pronunciato. Questo aspetto, tuttavia, appare conforme alla logica sottesa alle discipline dei due sistemi: l'adattamento alle raccomandazioni e decisioni del DSB è considerato parte essenziale dell'efficace risoluzione della controversia, in conformità allo scopo di garantire la sicurezza e prevedibilità del sistema multilaterale del commercio. Diversamente nel sistema ICSID la regolamentazione della risoluzione delle controversie si esaurisce con l'emanazione del lodo arbitrale e la disciplina della sua natura definitiva ed efficacia vincolante per tutti gli Stati Contraenti, rimandando agli ordinamenti nazionali per la sua concreta esecuzione, in conformità alla volontà di prevedere uno strumento di tutela degli investimenti che non incida con la loro disciplina sostanziale.

Alla luce delle norme analizzate e della pratica sviluppata in ciascuno dei due sistemi, appare, pertanto, possibile ritenere che entrambi nella fase di esecuzione e attuazione delle rispettive decisioni presentino degli ostacoli direttamente connessi all'esigenza di salvaguardare la sovranità degli Stati. Tale necessità comporta che, ove non vi sia uno spontaneo adeguamento dello Stato alla decisione ad esso sfavorevole, la possibilità per la parte vittoriosa di ottenere in via coercitiva la sua attuazione è piuttosto limitata in entrambi i sistemi e dipendente più che altro dalla forza politica ed economica che quest'ultima è in grado di esercitare, direttamente ed autonomamente nell'OMC, mentre in via indiretta nel sistema ICSID, anche ottenendo l'intervento dello Stato di propria nazionalità ad opera dell'investitore vittorioso.

4.2 L'INFLUENZA SULLA POLITICA INTERNA DELLO STATO E LA POSIZIONE DEI PRIVATI.

La fase di esecuzione delle decisioni pronunciate in seno all'OMC e dei lodi arbitrali ICSID produce i propri effetti, più o meno direttamente, all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati coinvolti. Come si è visto nel paragrafo precedente, il contenuto di ciascuna delle due tipologie di decisioni comporta necessariamente una collaborazione dello Stato soccombente nell'attuazione della

decisione. Tale collaborazione si estrinseca con modalità diverse a seconda che si tratti di modificare o revocare una misura interna contrastante con gli Accordi OMC o, più semplicemente, pagare una somma di denaro a favore dell'investitore privato i cui diritti relativi all'investimento sono stati lesi dalla condotta dello Stato ospitante. Questa prima considerazione, limitata al dato sostanziale, lascia presagire la diversità delle valutazioni che uno Stato soccombente è tenuto ad operare nella fase di esecuzione della decisione resa all'esito di ciascuno dei due meccanismi.

La questione che emerge specificamente con riferimento alla fase di esecuzione, ma che a ben guardare coinvolge l'intera risoluzione della controversia, attiene all'influenza svolta da aspetti prettamente politici nei due sistemi. L'analisi di questo carattere si pone in stretta connessione con l'ulteriore tematica relativa al ruolo svolto da soggetti privati. Quest'ultimo aspetto, chiaramente, assume un carattere di rilievo nel sistema predisposto dall'OMC, tuttavia, la sua analisi comparata anche con riferimento alla risoluzione delle controversie in materia di investimenti, permette di comprendere le ragioni che fondano la diversità del ruolo attribuito ai privati in ciascuno dei due meccanismi.

Il dato statistico indica che il livello complessivo di spontaneo adattamento alle obbligazioni del sistema OMC è piuttosto elevato.[448] È stato analizzato anche come il sistema di rimedi previsto all'interno dell'OMC sia puramente improntato al futuro, non predisponendo un meccanismo di vera e propria riparazione della violazione commessa anche con riferimento ai danni che sono stati causati nella sua permanenza. Inoltre, tale sistema non comporta un coinvolgimento di coloro che sono i destinatari diretti delle misure commerciali adottate da ciascuno Stato, ossia i privati operatori del mondo del commercio. Tali soggetti apparentemente restano totalmente esclusi sia dalle obbligazioni OMC, che come visto producono i propri effetti soltanto in capo agli Stati che ne sono gli unici diretti destinatari, sia dal sistema di risoluzione delle controversie predisposto al suo interno, come conseguenza della mancanza di efficacia diretta delle norme OMC. Tuttavia, tali soggetti sono coloro che subiscono direttamente gli effetti delle politiche commerciali adottate da ciascuno Stato ed, in conseguenza, anche delle violazioni dagli stessi commesse.

Con riferimento a questa considerazione, il sistema OMC è stato definito *"decoupled"* (spaiato) nel senso che gli Stati violatori recalcitranti pagano un prezzo per la violazione commessa sotto forma di

[448] LEITNER, LESTER, "WTO Dispute Settlement 1995-2014 – A Statistical Analysis", p. 209 e ss.;

sanzione commerciale, ma gli esportatori lesi dalla violazione stessa non ricevono alcuna compensazione.[449] Un cambiamento rilevante nel settore delle sanzioni, che si è verificato nel passaggio dal GATT 1947 all'OMC, è costituito dal fatto che la loro adozione viene sottoposta al controllo della procedura arbitrale disciplinata dall'Articolo 22.6, mentre nel sistema precedente era totalmente nella disponibilità degli Stati. Ne è conseguita una riduzione della consistenza delle sanzioni commerciali che lo Stato reclamante può imporre, anche in ragione dei requisiti a cui è sottoposta la loro adozione.[450] Tuttavia, restano sempre estranei alla disciplina prescritta gli esportatori e, in generale, gli operatori del commercio che subiscono soltanto le conseguenze delle condotte internazionali degli Stati, nonostante le norme OMC interessino sempre di più non solo i Membri intesi come governi statali, ma soprattutto individui, consumatori e in generale gli operatori economici del mercato nazionale e globale.[451]

Nondimeno, questi attori privati appaiono in grado di giocare un ruolo nel sistema OMC, con riferimento sia alla condotta dello Stato che pone in essere la violazione, sia direttamente nella scelta della misura sanzionatoria da adottare contro uno Stato violatore. Infatti, come già menzionato, la condotta tenuta dallo Stato è frutto di una scelta che comporta una valutazione di interessi vari, primo tra tutti l'equilibrio politico. Con questa valutazione il riferimento non è soltanto alla stabilità politica interna dello Stato che commette la violazione, ma anche a quella dello Stato nei cui confronti la stessa è diretta. È, infatti, configurabile una connessione tra il benessere politico e le perdite sofferte dai privati operatori del commercio: quanto più i secondi sono politicamente organizzati, tanto più riescono ad interferire con gli equilibri politici.[452]

Secondo l'opinione sopra richiamata, le forze politiche di uno Stato che subisce la violazione commessa da un altro Stato possono indurre all'adozione di rimedi con il fine di realizzare due possibili strategie. La prima consiste nel dirigere la sanzione nei confronti degli esportatori esteri che appaiono in grado di influenzare il proprio governo, al fine di ottenere il ritiro del rimedio adottato

---

[449] SYKES Alan O., "Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*)", in BOWN Chad P., PAUWELYN Joost (Eds), "The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement", Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 339;

[450] DSU, Art. 22;

[451] PAUWELYN, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a more Collective Approach", p. 341;

[452] SYKES, "Optimal Sanctions in the WTO", p. 347;

mediante l'eliminazione della condotta contraria agli Accordi OMC, con la conseguenza che i primi ottengono ulteriore consenso da parte degli esportatori interni. La seconda possibile strategia è l'adozione di sanzioni commerciali al fine di proteggere le imprese importatrici concorrenti meritevoli di tale protezione e che saranno in grado di ricompensare le forze politiche che l'hanno accordata.[453] Ne deriva che lo Stato adotta la strategia in grado di procuragli maggiori benefici. Tuttavia, indipendentemente dalla concreta scelta effettuata, ciò che emerge è che sia le violazioni che le sanzioni commerciali adottate sono sicuramente condizionate dall'influenza e dalle pressioni che gli operatori degli specifici settori del commercio sono in grado di esercitare sulle forze politiche del proprio Stato e, pertanto, dalla rilevanza che il settore ha all'interno dell'economia del paese.[454]

Le condotte commerciali, infatti, impongono costi politici allo Stato violatore e inducono le forze politiche dello Stato che subisce la violazione ad ottenere benefici sempre di natura politica. Letti sulla base di questa analisi, i rimedi previsti dal DSU avverso le violazioni costituiscono un incentivo all'adempimento o alla violazione a seconda del maggiore beneficio che lo Stato trae dall'una o dall'altra, al pari di un sistema basato sulla compensazione.

Prendendo ora in considerazione gli accordi relativi agli investimenti, l'obiettivo centrale che ha indotto alla loro negoziazione è di creare delle condizioni favorevoli per gli investitori stranieri, in modo da indurli ad esportare il proprio capitale, in particolare a favore degli Stati in via di sviluppo. Ne deriva che l'attribuzione all'investitore privato del diritto di agire direttamente avverso lo Stato ospitante l'investimento nel caso in cui commetta violazioni dei diritti del primo, costituisce una parte integrante della tutela offerta, in linea con le finalità che costituiscono il presupposto dell'intero sistema.[455] Il rimedio della compensazione nel caso di commissione di una violazione costituisce un impegno poco costoso per uno Stato le cui intenzioni sono benevoli: l'attribuzione del diritto di agire direttamente in capo all'investitore privato non costituisce un peso eccessivo per lo Stato, che è propenso ad assicurare tale possibilità nel limite in cui lo stesso Stato importatore non intenda porre in essere condotte illecite. Al contrario, configura un vantaggio nella finalità di attrarre capitali,

---

[453] SYKES, "Optimal Sanctions in the WTO", p. 347-348;

[454] Un esempio è costituito dalle conseguenze della politica adottata dall'Unione Europea in relazione al caso *EC – Bananas III*, Appellate Body Report, 9 September 1997, con riferimento al conseguente caso *Fedon v. Council and Commission*, Eruopean Court of First Instance, T-135/01, judgement, 14 December 2005;

[455] SYKES Alan O., "Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy", Journal of Legal Studies, vol. 34, 2015, p. 631, a p. 643-644;

poiché garantisce l'investitore privato contro interferenze governative, mediante l'eliminazione di alcuni dei rischi che non sono strettamente connessi all'investimento stesso.[456]

Al contrario, gli accordi commerciali sono fondati su interessi diversi: gli Stati che importano beni e servizi non hanno alcun interesse diretto ad attrarre esportazioni e a garantire una protezione diretta agli esportatori. Tali accordi, infatti, si pongono su un livello diverso, specificamente quello che coinvolge direttamente i governi di ciascuno Stato contraente: la riduzione delle barriere al commercio costituisce una concessione che è attrattiva solo nel limite in cui la medesima condizione sia garantita anche dagli altri Stati con cui il primo intrattiene relazioni commerciali. Ne deriva il diniego del diritto di azione diretta in capo alle entità private coinvolte, con la conseguenza che gli esportatori acquisiscono un interesse diretto a conseguire un accesso alla politica e una maggiore consapevolezza delle potenzialità nell'influenzare il governo del proprio Stato al fine di ottenere concessioni relative all'accesso al mercato estero nel settore specifico in cui operano.[457]

Invero, per i paesi importatori la riduzione delle barriere è vista negativamente e i gruppi interessati al loro mantenimento sono indotti ad esercitare pressioni sul proprio governo al fine di ottenere la tutela dei propri interessi. Ne consegue che, in questo caso, gli Stati importatori preferiscono che gli esportatori esteri affrontino un rischio elevato con riferimento all'ingresso e alla permanenza nel mercato interno.

Nel sistema degli investimenti, pertanto, gli Stati importatori beneficiano direttamente dell'attribuzione di un rimedio in capo ai privati investitori avverso la violazione da parte dei governi nazionali degli accordi relativi agli investimenti. L'effetto che produce l'attribuzione di questo diritto, oltre all'attrazione di capitale, è la depoliticizzazione della controversia, che resta estranea, entro certi limiti, al circuito politico, mediante l'eliminazione della necessità dell'intervento dello Stato di nazionalità dell'investitore che subisce la violazione. Tale estraneità viene incrinata, tuttavia, nella fase di esecuzione della decisione che costituisce l'esito della risoluzione della controversia qualora non vi sia uno spontaneo adempimento ad opera dello Stato violatore, pur restando tale alterazione limitata, come si è analizzato nel paragrafo precedente.

---

[456] SHIHATA, "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA", p. 3 e ss.;

[457] SYKES, "Public versus Private Enforcement of International Economic Law", p. 646-647;

Diversamente, nel sistema multilaterale del commercio, sia gli Stati importatori che gli Stati esportatori, traggono beneficio dall'attribuzione del diritto di azione direttamente in capo agli Stati stessi, che costituisce così non solo un filtro contro la denuncia delle violazioni, ma anche una garanzia nel mantenimento degli equilibri economici e degli interessi di ciascuno Stato. La conseguenza è che il sistema così creato permette solo agli operatori economici che sono in grado di esercitare pressioni nei confronti dei propri governi di ottenere un rimedio contro le violazioni che subiscono e di incidere sulla determinazione del suo contenuto, oltre che, influire sulla condotta commerciale del proprio Stato governandola a proprio vantaggio. Nel meccanismo di risoluzione delle controversie predisposto da questo sistema, pertanto, un ruolo rilevante è giocato dagli equilibri politici non solo interni allo Stato, in ragione dell'influenza esercitata dagli operatori privati, ma anche internazionali, nei rapporti con gli altri Stati con cui vengono intrattenute relazioni commerciali. Necessariamente anche la fase finale di risoluzione della controversia, consistente nell'effettiva e concreta attuazione della decisione, è frutto dei medesimi bilanciamenti di interessi politici ed economici, interni ed esterni all'ordinamento dello Stato coinvolto.

4.3 LE POSSIBILI INTERFERENZE RECIPROCHE TRA I DUE SISTEMI NELLA FASE ESECUTIVA.

L'esecuzione delle decisioni pronunciate rispettivamente secondo il sistema di risoluzione delle controversie OMC e in applicazione della Convenzione ICSID, come emerge dall'analisi condotta, sono notevolmente differenti tra loro. La complementarietà dei due sistemi, che risulta anche dall'esito delle pronunce con riferimento al contenuto sostanziale, si riflette necessariamente anche sulla fase di esecuzione delle decisioni. Infatti, la natura retroattiva del rimedio contenuto nei lodi ICSID e la sua funzione compensativa sotto forma monetaria, fanno da contraltare ad una risoluzione *pro futuro* della controversia nel sistema OMC, la cui fase attuativa può comportare l'adozione di contromisure e ritorsioni che tuttavia non hanno contenuto pecuniario.

Questa differenza accompagna la primaria constatazione relativa ai soggetti coinvolti nella controversia che vede contrapporsi esclusivamente Stati nel sistema OMC, mentre entità private e Stati secondo la Convenzione ICSID. Tale elemento, come visto nel paragrafo precedente, necessariamente produce risvolti nella fase di attuazione della decisione, anche solamente in

considerazione dei diversi piani su cui la stessa avviene: internazionale e interno pubblicistico nel sistema OMC, mentre puramente nazionale e privatistico sulla base della Convenzione di Washington, anche se con riflessi determinati dalla natura di entità sovrana di una delle parti coinvolte.

Quest'ultimo aspetto fa emergere l'ulteriore differenza attinente ai soggetti coinvolti nell'esecuzione delle decisioni: mentre nella Convenzione ICSID l'effettiva esecuzione delle sentenze arbitrali è attribuita alle corti interne sulla base delle leggi nazionali di ciascuno Stato, l'attuazione delle decisioni del sistema OMC dal punto di vista interno è attribuita agli organi legislativi o amministrativi dello Stato, ma è interamente disciplinata dal DSU e sottoposta al perenne controllo del DSB.

Queste differenze brevemente riportate non solo inducono a confermare la visione complementare dei due meccanismi di risoluzione delle controversie, ma portano anche a considerare la possibilità che si verifichino delle forme di interferenza sul piano attuativo delle rispettive decisioni. L'esempio più evidente in proposito attiene all'adozione di misure ritorsive ad opera di uno Stato, autorizzato dal DSB. La misura può comportare la violazione da parte dello Stato che ne compie l'adozione dei propri obblighi assunti sulla base del Trattato Bilaterale di Investimenti stipulato con lo Stato nei cui confronti la misura ritorsiva è stata posta in essere. La conseguenza può essere lo scaturire di un controversia che coinvolge direttamente il privato investitore che ha sofferto la violazione avverso lo Stato che l'ha compiuta.

Precisamente, lo Stato A esce vittorioso da una controversia OMC avverso lo Stato B, il quale non dà attuazione a quanto disposto dalla decisione adottata. Ne consegue che lo Stato A ottiene l'autorizzazione ad adottare una misura ritorsiva consistente nell'aumento delle tariffe doganali con riferimento ad un determinato bene prodotto dallo Stato B. Il produttore di quel bene nello Stato B, che esporta la maggior parte della sua produzione nello Stato A, si trova nella situazione di non essere più competitivo nelle relazioni con i produttori dello stesso bene provenienti da Stati terzi e, pertanto, termina le sue attività con lo Stato A. Fin qui non vi sarebbero particolari conseguenze; tuttavia, la globalizzazione ha portato le aziende ad ampliare il proprio ambito di azione, divenendo multinazionali, mediante l'avvio di filiali in Stati diversi da quello di origine. In conformità a questa tendenza, il produttore dello Stato B conduce le proprie attività all'interno dello Stato A mediante una filiale locale di sua proprietà che ha avviato in virtù anche del BIT esistente tra lo Stato A e lo

Stato B. Ne consegue che il produttore potrà agire nei confronti dello Stato A lamentando la violazione delle tutele accordate sulla base del BIT: illecita espropriazione indiretta, discriminazione, mancato rispetto della clausola della Nazione Maggiormente Favorita.[458] L'ampia nozione di investimenti contenuta nei BIT, nonché la mancanza della sua definizione all'interno della Convenzione ICSID determina, come visto, la possibilità di ricondurre ad essi operazioni molto varie che possono essere coinvolte in modo differente da eventuali misure ritorsive.

Infatti, la considerazione che una determinata misura ritorsiva, in quanto autorizzata, non determini il sorgere della responsabilità dello Stato all'interno del sistema OMC, non comporta automaticamente il venire meno della responsabilità di tale Stato in dipendenza di altri obblighi internazionali assunti all'esterno dell'Organizzazione, la cui violazione è determinata direttamente o come conseguenza indiretta dell'adozione della misura in discorso. Il Tribunale arbitrale ICSID, chiamato a giudicare sulla controversia, difficilmente prende in considerazione il fatto che lo Stato coinvolto abbia agito in conformità agli Accordi OMC o sulla base di un'autorizzazione del DSB, al fine di accertare o negare la sussistenza di una violazione degli obblighi relativi agli investimenti facenti capo allo Stato stesso.

Ne deriva che lo Stato che intenda adottare una ritorsione sulla base del sistema OMC è tenuto necessariamente a prendere in considerazione non solo la disciplina dettata a tale proposito dal DSU, ma anche gli obblighi di natura internazionale assunti con gli altri Stati coinvolti sulla base, in particolare, dei Trattati Bilaterali di Investimenti.[459]

La questione come si è visto, non è puramente teorica, ma assume risvolti concreti notevoli. Un'altra sfaccettatura dell'intersecazione tra i due sistemi di risoluzione delle controversie emerge dal noto caso che ha visto coinvolti il Messico, gli Stati Uniti e investitori privati di nazionalità statunitense, sia di fronte al sistema di risoluzione delle controversie OMC che in arbitrati secondo la Convenzione ICSID.[460] Queste controversie sono sorte dal medesimo atto posto in essere dal Messico nel 1998

---

[458] L'esempio è tratto da POLÁŠEK, TONOVA, "Enforcement against States: Investment Arbitration and WTO Litigation", p. 385;

[459] Conferma questa considerazione anche POLÁŠEK, TONOVA, "Enforcement Against States: Investment Arbitration and WTO Litigation", p. 386;

[460] Questo aspetto dell'interezione dei sistemi è preso in considerazione da KURTZ Jürgen, "The WTO and International Investment Law – Converging Systems", Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 13-16;

mediante il quale ha imposto un dazio anti-dumping sull'importazione di sciroppo di fruttosio proveniente dagli Stati Uniti come risposta all'allegato mancato adempimento da parte di questi ultimi all'obbligo di incrementare l'accesso nel proprio territorio allo zucchero messicano sulla base del trattato NAFTA. La controversia viene portata dinanzi al sistema OMC in quanto la misura adottata viene ritenuta dagli Stati Uniti contraria alle obbligazioni sussistenti in capo al Messico e derivanti dall'Accordo Anti-Dumping.[461] In seguito all'accertamento da parte degli organi giurisdizionali OMC della violazione, il Messico impone una tassa sulle bevande analcoliche prodotte con dolcificanti diversi dallo zucchero. Ne conseguono, da un lato, una nuova controversia in seno all'OMC instaurata dagli Stati Uniti,[462] e dall'altro, una serie di azioni portate avanti da singoli investitori statunitensi avverso il Messico sulla base del capitolo 11 del NAFTA.[463]

Queste ultime sono instaurate di fronte a tribunali arbitrali ICSID sulla base delle *Additional Facility Rules*, in applicazione delle quali il lodo emesso all'esito del procedimento non gode dello status e della procedura disciplinata dalla Convenzione ICSID ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione. Tuttavia, la loro considerazione permette di evidenziare come può prodursi una possibile intersezione dei due sistemi.

Il Tribunale ICSID del caso *ADM v. Mexico*, infatti, sottolinea come il contesto in cui sorge la controversia in questione sia costituito dalle misure anti-dumping adottate dallo Stato nonché dalle pronunce in seno all'OMC ad esse relative che ne ordinavano il ritiro, oltre che sulla base del NAFTA.[464] Tali pronunce, si intende, hanno giocato un ruolo nella violazione commessa da parte del Messico con riferimento agli obblighi relativi agli investimenti.

Un'altra ipotesi in cui si potrebbe concretizzare l'intersezione tra i due sistemi è costituita dalle controversie aventi per oggetto la legge australiana del 2011 che disciplina l'imballaggio di tabacco

---

[461] *Mexico – Anti-Dumping Investigation on High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Syrup),* WT/DS132/R, Report of the Panel, 28 January 2000, e WT/DS132/AB/RW, Arbitration under art. 21.5, Appellate Body Report, 22 October 2001;

[462] *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/R, Report of the Panel, 7 October 2005, e WT/DS308/AB/R, Report of the Appellate Body, 6 March 2006;

[463] *Archer Daniel Midland Company Co. and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico (ADM v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/05, Award, 12 November 2007; *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States (Corn Products v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008; *Cargill, Inc. v. United Mexican States (Cargill v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009;

[464] *ADM v. Mexico*, Award, para. 136-137;

e di prodotti contenenti tabacco. Questa legge costituisce la ragione, da un lato, dell'instaurazione di alcune controversie di fronte all'OMC nelle quali viene contestata la conformità agli accordi della legislazione adottata,[465] dall'altro lato, gli stessi produttori di sigarette e tabacco in generale, contestano la violazione di Trattati Bilaterali di Investimento ad opera della disciplina da essa prescritta.[466] A quest'ultimo riguardo, sebbene non sia stato instaurato un arbitrato ICSID, ma UNCITRAL, la possibilità che la medesima questione sia decisa nel contesto della Convenzione di Washington non appare da escludere.[467]

Difficilmente, tuttavia, appare possibile il verificarsi della situazione opposta. Le considerazioni sopra esposte relativamente alle differenze esistenti tra i due sistemi, sembrano portare alla conclusione in base alla quale difficilmente l'attuazione di un lodo arbitrale ICSID interferisce con il sistema OMC. Infatti, la sua natura strettamente monetaria, nonché l'attivazione del sistema di esecuzione avverso un privato da parte di uno Stato, e viceversa da uno Stato avverso un privato, non appaiono poter interferire con la violazione di obblighi sanciti negli Accordi OMC, né tanto meno con l'esecuzione di decisioni adottate dal DSB. Tuttavia, la possibilità che, qualora sia lo Stato soccombente a rendersi inadempiente, si concretizzi l'intervento dello Stato di nazionalità dell'investitore mediante l'istituto della protezione diplomatica ai sensi dell'Articolo 27, potrebbe dare adito ad una possibile interferenza con il sistema OMC. In questa evenienza, infatti, la effettiva risoluzione della controversia è posta nelle mani degli Stati, i quali possono adottare gli strumenti che ritengono maggiormente opportuni e adatti alla questione concreta insorta. Ne consegue la possibilità che gli stessi prendano in considerazione misure e obblighi derivanti dall'appartenenza all'OMC. Tuttavia, questa possibilità ha un rilievo piuttosto marginale, sia in considerazione della natura

---

[465] *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Australia – Tobacco Plain Packaging)*, WT/DS434 nella quale, poiché dopo una richiesta di sospensione del lavoro del Panel il 29 Maggio 2015, non è stata presentata richiesta di riassunzione, è stato dichiarato il venir meno dell'autorità del Panel, e WT/DS435, WT/DS441, WT/DS458 e WT/DS467 sulle quali si è pronunciato il Panel con Report del 28 giugno 2018, in relazione al quale è stato proposto appello ad opera di alcuni degli Stati coinvolti, specificamente Repubblica Domenicana e Honduras;

[466] *Philip Morris Asia Ltd v. Commonwealth of Australia*, PCA Case n. 21012 -12, Award on jurisdiction and admissibility, 17 December 2015;

[467] Si consideri a tale proposito che lo stesso investitore parte dell'arbitrato UNCITRAL ha agito sulla base del BIT tra Svizzera e Uruguay, instaurando un arbitrato ICSID con riferimento ad una questione analoga nel caso *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos v. Oriental Republic of Uruguay (Philip Morris v. Uruguay)*, ICSID Case n. ARB/10/7, Award, 8 July 2016;

dell’obbligo di cui si vuole ottenere l’esecuzione, sia avuto riguardo all’interesse limitato ad un’entità privata che deve essere soddisfatto.

PARTE II

Principi sostanziali nella risoluzione delle controversie OMC e ICSID.

CAPITOLO V

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'

5.1 LA PROPORZIONALITA' COME PRINCIPIO DI DIRITTO.

Le origini del concetto di proporzionalità vengono attribuite ad Aristotele nell'opera *"Etica a Nicomaco"*, ove nell'illustrare il concetto di giustizia distributiva, afferma: *"la giustizia è la disposizione secondo la quale l'uomo giusto è definito come uomo portato a compiere, in base ad una scelta, ciò che è giusto, e a distribuire sia tra se stesso e un altro, sia tra due altri, non in modo da attribuire a se stesso la parte maggiore e al prossimo la parte minore del bene desiderato, ma da attribuire a ciascuno una parte proporzionalmente uguale, e da procedere allo stesso modo anche quando si tratta di farlo tra altre persone. [...] e l'ingiusto è eccesso e difetto di ciò che è vantaggioso o dannoso in violazione della proporzione."*[468] *"Il giusto coì inteso è un medio, mentre l'ingiusto è ciò che viola la proporzione: infatti, ciò che sta in proporzione è un medio, e il giusto è in proporzione"*.

Tuttavia, la sua qualificazione quale principio non è unanimemente condivisa.

Secondo una teoria, i principi si distinguono dalle regole con riferimento alla loro modalità operativa: i primi sono *"optimization commands"*, ossia norme richiedenti che quanto indicato sia realizzato al massimo grado possibile. I principi, infatti, possono essere attuati in differenti gradi, in contrapposizione alle regole, ossia norme che ammettono soltanto il loro rispetto o la violazione, presupponendo la validità della stessa.[469] La differenza emerge più chiaramente nell'analisi della situazione di conflitto: il conflitto tra regole può essere risolto o mediante l'introduzione di un'eccezione ad una di esse, oppure dichiarandone l'invalidità; diversamente, il conflitto tra principi non può essere risolto allo stesso modo, bensì mediante la determinazione della priorità relativa di

[468] ARISTOTELE, "Etica a Nicomaco", Libro V (1134a) (1130b);

[469] ALEXY Robert, "On the Structure of Legal Principles", Ratio Juris, vol. 13, 2000, p. 294, a p. 295;

uno dei due principi nei confronti dell'altro, con riferimento alle circostanze del caso concreto.[470] L'elaborazione di questa teoria porta ad individuare il principio di proporzionalità come ad essa implicito. Ne deriva che le implicazioni di quest'ultimo trovano il proprio risvolto sulla definizione del concetto di principio.[471]

Tra le diverse funzioni attribuite ai principi all'interno dell'ordinamento vi è quella di svolgere un ruolo ordinatorio nel corpo frammentato delle leggi e promuovere, in tal modo, la coerenza dell'ordinamento. Collegata a quella appena menzionata, è la funzione di risolvere le ambiguità e colmare le lacune. Inoltre, essi hanno un ruolo rilevante nel processo di integrazione dei sistemi giuridici, nonché nel consentirne e favorirne lo sviluppo di nuovi.[472]

Nel diritto internazionale pubblico assumono particolare rilevanza i principi generali. Il riferimento in proposito è costituito dall'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, ove i principi generali di diritto vengono qualificati tra le fonti del diritto internazionale, adempiendo in particolare ad una delle funzioni appena menzionate, ossia consentire ai giudici internazionali di pronunciarsi su una controversia nonostante la mancanza di altre norme alle quali fare riferimento, evitando, pertanto, un *non liquet*. Nondimeno, svolgono anche una funzione interpretativa che permette agli organi giudicanti di ricostruire le norme, adattandole alle questioni maggiormente attuali, consentendo di fornire una giustificazione alle proprie decisioni.[473]

I principi generali di diritto possono avere molteplici origini e differenti significati, in particolare sono state individuate diverse categorie alle quali è possibile ricondurre ciascuno di essi in ragione della sua natura. Sebbene in via generale siano in parte sovrapponibili, vi è la tendenza a tenere distinti i principi generali di diritto internazionale da quelli di diritto interno. Il principio di proporzionalità, riconducibile ad entrambe le categorie appena menzionate, costituisce un esempio di questa sovrapponibilità.[474] Tuttavia, alcuni ritengono la proporzionalità dotata di fondamenti propri

---

[470] ALEXY, "On the Structure of Legal Principles", p. 296;

[471] ALEXY, "On the Structure of Legal Principles", p. 297;

[472] VON BOGANDY Armin, "Doctrine of Principles", Jean Monnet Working Paper n. 9/03, 2003, pp. 7-8;

[473] ANDENAS Mads, ZLEPTNIG Stefan, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", Texas International Law Journal, vol. 42, 2007, p. 371, a p. 380;

[474] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 380;

nell'ordinamento internazionale, caratterizzandola pertanto come principio generale di diritto internazionale.[475]

L'analisi del concetto di proporzionalità richiede necessariamente un approccio diverso. Tale concetto, infatti, opera in vari contesti assumendo in ciascuno di essi significati e applicazioni diverse, come un contenitore vuoto riempito di significato che varia a seconda del contesto nel quale ad esso si ricorre. La ricerca di una definizione univoca di proporzionalità si è rivelata essere piuttosto difficoltosa. Non appare, infatti, esservi un unico concetto di proporzionalità, quanto piuttosto una moltitudine di sfumature diverse in relazione al contesto nel quale a tale nozione si ricorre.[476] Tuttavia, è possibile individuare degli elementi che accomunano tale concetto nei diversi ambiti in cui trova applicazione. Si tratta non tanto di elementi che permettono di definire un contenuto di carattere sostanziale e materiale, quanto piuttosto di tipo strutturale. Essi, infatti, consentono di identificare un metodo applicativo per la risoluzione di conflitti di interessi, di norme, di valori.[477] Tra la pluralità di significati che viene attribuita nella teoria generale ai principi generali di diritto, da quanto affermato, appare che il concetto di proporzionalità sia riconducibile a principio di logica giuridica inerente al margine di apprezzamento giudiziario.[478]

Tra alcuni degli autori che si sono occupati dell'esame del concetto di proporzionalità si riscontra una certa diffidenza a qualificarlo apertamente come principio. Viene, infatti, indicato con termini quali *"method"*,[479] *"tool"*,[480] *"method of review"*,[481] *"procedure"*.[482]

---

[475] CANNIZZARO Enzo, "Il Principio della Proporzionalità nell'ordinamento Internazionale", Giuffrè, Milano, 2000, p. 484;

[476] Conferma questa ricostruzione ANDENAS, ZLEPTING, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 382;

[477] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 375;

[478] FOCARELLI Carlo, "Trattato di Diritto Internazionale", UTET Giuridica, Milano, 2015, p. 298;

[479] KINGSBURY Benedict, SCHILL Stephan W., "Public Law Concept to Balance Investors' Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality", in SCHILL Stephan (Ed.), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, New York, 2010, p. 75, a p. 79;

[480] MITCHELL Andrew D., "Legal Principles in WTO Law", Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 184 e ss.;

[481] HENCKELS Caroline, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 23;

[482] STONE SWEET Alec, MATHEWS Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 47, 2008, p. 72, a p. 73;

Il concetto moderno di proporzionalità deriva dal diritto amministrativo e costituzionale tedesco, mutuato sia in ordinamenti di *civil law* che di *common law* quale strumento per il bilanciamento di diritti ed interessi in competizione.[483] Specificamente, nel diritto nazionale il concetto di proporzionalità è volto a regolare il rapporto tra lo Stato e i suoi cittadini per consentire la risoluzione di conflitti attinenti ai diritti individuali, sia nei loro rapporti reciproci che con interessi dello Stato. In particolare, tale principio fissa dei limiti materiali all'interferenza delle pubbliche autorità nella sfera privata, costituendo uno strumento per definire e contenere la libertà di regolamentazione di ciascuno Stato.[484]

Oggi viene identificato come un principio organizzativo chiave nel pensiero giuridico moderno, secondo alcuni esempio per eccellenza della profonda convergenza di *civil law* e *common law* verso uno *jus commune* globale ed uniforme, che sintetizza aspetti di entrambi i sistemi.[485]

Nel contesto internazionale la proporzionalità viene regolarmente applicata quale tecnica per delineare e bilanciare interessi confliggenti dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti interni.[486]

Sebbene tale concetto si sia evoluto e raffinato nel tempo, l'elaborazione aristotelica, ove l'indagine proporzionale viene ricondotta alla giustizia intesa come corretta proporzione, continua ancora ad essere il suo fulcro essenziale.[487] L'idea che la proporzionalità sia determinata da un rapporto, da una correlazione tra diversi elementi, infatti, permane anche nella trasposizione di tale concetto nell'ambito del diritto internazionale, variando di volta in volta i termini dell'analisi. In particolare, è possibile identificare due modalità con cui opera il principio in analisi: in ambito legislativo ed amministrativo come modello in relazione al quale valutare le azioni dei rispettivi organi statali, in ambito giudiziario quale standard di revisione delle misure legislative e amministrative.[488] Questa seconda modalità operativa del principio ha una connotazione di rilievo in quanto comporta la revisione nel merito delle misure amministrative o legislative oggetto della controversia, ad opera

---

[483] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p.79-80; ENGLE Eric, "The History of the General Principle of Proportionality1. An Overview", Dartmouth Law Journal, vol. 10, 2012, p. 1, a p. 6; BERMANN George A., "The Principle of Proportionality", American Journal of Comparative Law Sup., vol. 26, 1977-1978, p. 415, a p. 422;

[484] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 80;

[485] ENGLE, "The History of the General Principle of Proportionality: an Overview", a p. 2.

[486] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 81;

[487] ENGLE, "The History of the General Principle of Proportionality", p. 4.

[488] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 383;

dell'organo giudicante. Ne deriva il timore di un'indebita ingerenza da parte di quest'ultimo all'interno dell'ambito di competenza dei primi con la conseguenza di incidere sulla separazione dei poteri.[489]

Nel diritto internazionale umanitario, il principio di proporzionalità vieta attacchi contro obiettivi militari che producono danni ai civili sproporzionati rispetto al vantaggio militare conseguito o conseguibile, mentre ammette i primi qualora i due termini si trovino in un rapporto di proporzionalità. Pertanto, la sua applicazione comporta il bilanciamento tra il vantaggio militare e i danni cagionati alla popolazione civile.[490]

Nell'ambito della tutela dei diritti umani, la proporzionalità viene applicata dalla Corte Europea per i diritti dell'uomo quale mezzo per la risoluzione di conflitti tra diritti individuali, garantiti sulla base della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e le politiche pubbliche adottate dai singoli Stati aderenti.[491]

Il concetto di proporzionalità assume rilevanza anche nel settore della legittima difesa, ove la forza ammessa è solo quella necessaria al fine di respingere l'attacco, dunque ad esso proporzionata, affinché possa essere giustificata l'azione posta in essere a tale titolo.[492]

Particolare e peculiare rilevanza assume il concetto di proporzionalità nell'ambito del sistema dell'Unione Europea ove esso, da un lato, funge da meccanismo di coordinamento, disciplinato negli stessi trattati istitutivi, tra l'ordinamento sovranazionale e i singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri, regolando specificamente l'esercizio delle competenze ad opera dell'UE;[493] mentre, dall'altro lato, inerisce alla relazione tra il potere legislativo e quello giudiziario.[494]

Per quanto attiene alla prima accezione, l'azione dell'Unione Europea deve essere limitata, nella sua forma e nel suo contenuto, a quanto necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. Inoltre,

---

[489] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 385-386;

[490] FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1185;

[491] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights", p. 84; CHRISTOFFERSEN Jonas, "Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights", Mrtinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 44, 127-128; ARAI-TAKAHASHI Yutaka, "The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR", Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2002, pp. 193-194;

[492] FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1783;

[493] Trattato UE, art. 5;

[494] JANS Jan H., "Proportionality Revisited", Legal Issues of Economic Integration, vol. 27, 2000, p. 239, a p. 241;

il concetto di proporzionalità viene utilizzato dalla Corte di Giustizia anche per giustificare una misura che interferisca con i diritti fondamentali sanciti nei Trattati: essa, infatti, viene consentita solo se persegue un obiettivo legittimo, compatibile con i trattati stessi e giustificato da ragioni imperative di interesse generale, inoltre, deve essere idonea al conseguimento dello scopo e non eccedere quanto risulta necessario a tal fine.[495] Con una storica pronuncia, che costituisce uno dei primi esempi dell'applicazione della proporzionalità nella seconda accezione menzionata, la stessa Corte di Giustizia UE ha identificato alcune esigenze imperative che giustificano ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti da differenze nelle legislazioni nazionali relative al commercio.[496]

La questione della proporzionalità è stata frequentemente portata avanti alla Corte Internazionale di Giustizia, in particolare con riferimento alla delimitazione del mare territoriale[497] e all'utilizzo della forza.[498] Di peculiare rilevanza è l'approccio utilizzato dalla Corte all'analisi di proporzionalità nell'ambito del ricorso alle contromisure, con lo scopo di delimitare la reazione di uno Stato avverso la violazione del diritto internazionale ad opera di un altro Stato.[499] A tale proposito, la Corte ha affermato concisamente la necessità che gli effetti di una contromisura siano proporzionati al danno sofferto, tenendo in considerazione i diritti coinvolti.

L'analisi del concetto di proporzionalità non può essere sviluppata astraendo dalla considerazione ad esso attribuita, ad opera della Commissione di Diritto Internazionale, nell'elaborazione del Progetto di Articoli sulla Responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali. All'Articolo 51, con riferimento all'ambito delle contromisure, viene codificato l'approccio sancito dalla Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza da ultimo menzionata. La proporzionalità è determinata esaminando, in primo luogo, il danno sofferto e prendendo in considerazione, ulteriormente, la gravità

---

[495] Case C-341/05, *Laval un PartneriL td v. Svenska Byggnadsarbetareforbundeta nd Others,* 2007, Corte di Giustizia UE, Judgment of 18 December 2007: questa analisi è stata sviluppata specificamente nelle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea antecedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tuttavia, si ritiene che la validità della stessa permanga anche nella vigenza dei nuovi Trattati;

[496] Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, 1979, ECR 649, Judgment of 20 February 1979;

[497] *North Seas Continental Shelf Cases (Repubblica Federale Tedesca v. Danimarca, Repubblica Federale Tedesca v. Paesi Bassi)*, ICJ, Judgment of 20 February 1969; *Continental Shelf Case (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ, Judgment of 24 February 1982; *Gulf of Maine Case, Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, ICJ, Judgment of 3 June 1985;

[498] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), ICJ, Advisory Opinion of 8 July 1996, *Military and Paramilitary Activities against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America*), ICJ, Judgment of 27 June 1986;

[499] *Case concerning the Gabcikovo – Nagymaros Project (Ungheria v. Slovacchia)*, ICJ, Judgment of 25 September 1997, para 85;

dell'illecito internazionale e i diritti in questione, riferiti non solo agli effetti dell'illecito nei confronti dello Stato leso, ma anche ai diritti dello stesso Stato responsabile, oltre a quelli di altri Stati che possono essere colpiti dall'atto.[500] La regola della proporzionalità nell'ambito delle contromisure è considerata avente natura consuetudinaria.[501]

È evidente come, l'analisi di proporzionalità richieda l'identificazione di almeno un termine di paragone, che viene individuato dall'organo giudicante con riferimento allo specifico ambito a cui è riconducibile la questione: delimitazione territoriale, utilizzo della forza, contromisure.

Dai diversi contesti nei quali viene fatto appello a tale concetto, emerge come l'analisi proporzionale costituisca un metodo interpretativo e decisionale il cui ricorso è determinato da situazioni di concorrenza o conflitto di differenti principi e legittimi obiettivi di interesse pubblico.[502]

5.1.1 – La struttura dell'analisi proporzionale.

La proporzionalità attiene alla relazione tra le finalità alle quali sono dirette le singole azioni oggetto di esame e i mezzi impiegati per il loro raggiungimento.[503] L'analisi proporzionale viene generalmente strutturata sulla base di tre o quattro elementi che l'organo giudicante è chiamato ad applicare.

Il primo di questi è costituito dalla legittimità dello scopo e della misura (*"legality"* o *"legitimacy"*). Tale elemento non è unanimemente considerato come strutturale nell'analisi proporzionale, tuttavia, anche ove non espressamente considerato, appare possibile ritenere necessaria la legittimità della misura oggetto del procedimento.[504] Infatti, l'illegittimità della stessa o del suo scopo determinerebbero, per definizione, una sproporzionata interferenza con il diritto o l'interesse protetto e, conseguentemente, il venir meno dell'esigenza di proseguire ulteriormente l'analisi.

---

[500] UNITED NATIONS, "Yearbook of the International Law Commission 2001", vol. 2, part. II New York – Geneva, 2007, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), a p. 135.

[501] Tra gli altri CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, "Diritto Internazionale", Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 592; TREVES Tullio, "Diritto Internazionale – Problemi Fondamentali", Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 510; NEWTON Michael, MAY Larry, "Proportionality in International Law", Oxford University Press, New York, 2014,

[502] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 79;

[503] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 85;

[504] È conforme a questa ricostruzione: KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 86; ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 388;

Il secondo elemento strutturale è costituito dalla idoneità della misura (*"suitability"*), intesa quale capacità di realizzare l'obiettivo al quale è diretta o quale relazione di causalità con esso. Questo elemento richiede l'esistenza di un rapporto causale tra la misura oggetto della valutazione e il suo scopo. In particolare, l'organo decidente deve determinare se la misura consente, in qualche modo, il raggiungimento dell'obiettivo.[505] Questo requisito, inoltre, permette di individuare misure che apparentemente rivendicano la protezione di un interesse generale, laddove al contrario sono dirette ad uno scopo particolare.[506] Tuttavia, si ritiene che raramente le misure non superino questa fase dell'analisi poiché, qualora adottate in buona fede dagli Stati, difficilmente implicano il ricorso a mezzi totalmente inefficaci per il raggiungimento dello scopo prefissato.

Lo stesso termine utilizzato appare sintomatico della flessibilità e della scarsa rigidità della relazione indicata: idoneità, da un lato, non implica indispensabilità e, dall'altro, non si riferisce ad un mero rapporto di utilità, bensì si collocherebbe nel mezzo di questi due estremi.[507] Dato il carattere non rigoroso dell'elemento in analisi e come meglio si esaminerà nei paragrafi seguenti, appare indubbia la possibilità per qualsiasi organo giudicante di accertare l'esistenza di una relazione causale tra una singola misura e il suo scopo, chiaramente a condizione che siano fornite le informazioni necessarie a tal fine ad opera delle parti della controversia.

Il terzo elemento è individuato nella necessità (*"necessity"*), diretta a verificare la non sussistenza di altre misure meno intrusive, con riferimento al diritto o interesse colpito, e ugualmente in grado di raggiungere lo scopo, senza interferire con altri interessi o diritti protetti. Il test di necessità richiede che l'obiettivo al quale è diretta la misura non possa essere ugualmente raggiunto con misure alternative e meno restrittive. Se è possibile una pluralità di misure analogamente appropriate, deve essere scelta quella meno onerosa e parimenti efficace.[508] Un'importante considerazione nell'applicazione di questa fase dell'analisi, infatti, è costituita dalla supposizione che la misura oggetto di esame e l'alternativa meno restrittiva ipotizzata, proteggano in modo egualmente efficace l'interesse in questione.[509] Ne consegue, in primo luogo, l'assoluta irrilevanza di alternative non idonee a proteggere l'interesse e, secondariamente, la non automatica sproporzionalità in presenza di

---

[505] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 86;

[506] ANDEAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 388;

[507] JANS, "Proportionality Revisited", p. 243, 245;

[508] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 389;

[509] JANS, "Proportionality Revisited", p. 247;

una misura meno restrittiva. L'elemento della necessità, invero, viene ricondotto all'ottimizzazione che l'organo decidente deve raggiungere mediante il ricorso all'analisi oggetto della trattazione.[510]

L'ultimo elemento è costituito dalla proporzionalità in senso stretto (*"proportionality stricto sensu"*), ossia il vero e proprio bilanciamento tra gli effetti della misura, nei confronti del diritto o interesse colpito, e l'importanza dello scopo: la prima non deve essere eccessiva rispetto allo scopo che è diretta a conseguire. Non si tratta di un bilanciamento di interessi, bensì di determinare il corretto rapporto tra i mezzi e i fini dell'azione statale rispetto ai diritti privati, in conformità al concetto di giustizia proporzionale elaborato da Aristotele.[511] In altre parole, il fulcro di quest'ultimo elemento consiste nell'indagare se il potere statale è stato esercitato nella modalità meno invasiva, ossia verificare che gli effetti della misura non siano sproporzionati o eccessivi con riferimento agli interessi colpiti: maggiore è la restrizione ad uno specifico interesse, più importante deve essere la giustificazione del contrastante obiettivo da realizzare.[512]

Questa parte dell'analisi implica un approccio di tipo creativo alla questione sollevata: l'organo decidente a cui è sottoposta la misura, infatti, è tenuto a vagliare l'esistenza di politiche alternative che avrebbero potuto condurre ad una migliore ottimizzazione degli interessi o diritti confliggenti coinvolti.[513] Inoltre, si tratta di una fase comportante una valutazione di valori: le risposte alle questioni che vengono sollevate durante questa parte dell'analisi dipendono da implicite supposizioni e opinioni di natura politica, morale, ideologica ed economica detenute, in particolare, dagli organi giudicanti.[514] Il rischio che ne consegue è costituito dalla eventualità che l'organo giudicante, con un approccio eccessivamente intrusivo, sostituisca il proprio giudizio a quello dell'autorità nella valutazione dell'importanza di evitare il danno al diritto o interesse protetto, rispetto all'esigenza di raggiungere l'obiettivo.[515]

Quest'ultimo elemento della proporzionalità può essere considerato quale specifica obbligazione procedurale. Richiede, infatti, alle autorità pubbliche o giudiziarie di giustificare le decisioni sulla base di argomenti giuridici razionali e in modo strutturato. Ciò che deve essere preso in

---

[510] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 87;

[511] ENGLE, "The History of the General Principle of Proportionality", p. 9;

[512] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective", p. 390;

[513] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 87;

[514] HENCKLES, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", p. 29;

[515] HENCKLES, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", p. 62;

considerazione e giustificato è il rilievo attribuito a ciascun interesse, il grado di interferenza e la modalità con cui gli interessi confliggenti sono bilanciati tra loro.[516]

Da quanto affermato emerge distintamente come l'importanza dei principi e, in particolar modo, della proporzionalità sia di primario rilievo in un sistema in cui non esiste una precisa gerarchia delle norme e qualora la risoluzione di una controversia non possa basarsi semplicemente su previsioni legislative chiare.

5.2 GLI STANDARD DI REVISIONE.

L'esame del principio di proporzionalità porta con se la valutazione dell'intensità dell'indagine condotta dagli organi giudicanti nei confronti della misura oggetto della controversia. La considerazione degli *"standards of review"*, sebbene trattata frequentemente come carattere autonomo, costituisce un aspetto necessariamente insito nell'applicazione del principio oggetto di esame: il grado di intensità dell'analisi non solo determina quanto rigorosamente gli organi giudicanti valutano la conformità della misura con i requisiti sostanziali,[517] ma riflette e influenza anche l'allocazione dei poteri tra questi ultimi e le autorità nazionali che hanno adottato la decisione contestata.[518]

Nell'ambito del diritto interno, lo standard di revisione costituisce un elemento per la definizione dei rispettivi ruoli degli organi che in via primaria adottano le decisioni e dei giudici che rivedono le azioni dei primi nell'operare bilanciamenti di obiettivi politici. Tali standard determinano il grado di scrutinio applicato da corti e tribunali alle condotte governative.[519]

Parallelamente, nell'ambito del sistema internazionale, gli standard di revisione incidono direttamente nel rapporto sussistente tra la sovranità di ciascuno Stato e la sua responsabilità per le azioni poste in essere, inserendosi nel delicato equilibrio tra la supervisione dell'adempimento degli

---

[516] ANDEAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", a p. 379;

[517] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 392;

[518] HENCKLES, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", p. 30; ANDENAS, ZLEPTING, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 395;

[519] GAUHRODGER David, "The Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: a Scoping Paper", OECD Working Papers on International Investment, 2017/02, OECD Publishing, Paris, a p. 31 http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en;

obblighi internazionali e il rispetto dell'autonomia regolamentare degli ordinamenti interni in ambito sopranazionale. Ne deriva che maggiormente intrusivo è lo standard applicato dall'organo giudicante, comparativamente minore è la rilevanza attribuita allo specifico aspetto della sovranità nazionale rispetto all'autorità internazionale. Risulta, pertanto, evidente l'implicazione che la considerazione del concetto di standard di revisione ha nell'analisi e nell'applicazione del principio di proporzionalità.

Lo standard di revisione che deve essere applicato dal singolo organo giudicante internazionale può essere indicato espressamente all'interno del trattato che ne disciplina i poteri. Qualora tale indicazione non sia presente, si ritiene che la determinazione di tali standard costituisca un potere implicito dei tribunali investiti della controversia, necessario per l'esercizio delle funzioni che sono loro attribuite.[520]

Nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC e secondo la Convenzione ICSID, la determinazione degli *"standards of review"* costituisce un aspetto del potere degli organi giudicanti non espressamente indicato rispettivamente all'interno dell'Intesa relativa alla risoluzione delle controversie, né tanto meno nella Convenzione ICSID, in linea con il carattere strettamente procedurale della disciplina contenuta in quest'ultima. La mancanza di tale indicazione ha comportato, in entrambi i sistemi, la necessità di identificare gli standard applicabili nelle controversie sottoposte agli organi giudicanti, considerando il ricorso all'applicazione dell'analisi proporzionale una possibile risposta alla questione.

Tale questione assume peculiare rilevanza nell'ambito delle controversie tra investitori privati e Stati ospitanti l'investimento, considerata l'assenza di un grado di appello nel merito delle decisioni adottate dai Tribunali arbitrali. Ne è conseguita la crucialità della individuazione degli standard di revisione maggiormente appropriati. Questione il cui rilievo emerge anche nell'ambito della risoluzione delle controversie commerciali in seno all'OMC, nel quale, tuttavia, l'esistenza di un grado di appello che consente la revisione nel merito della decisione, il cui giudizio è attribuito ad un organo centralizzato e permanente, consente di arginare il rischio di analisi eccessivamente o insufficientemente intrusive o di correggerne la portata.

---

[520] HENCKLES, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", p. 33;

5.2.1 – Gli standard di revisione nel sistema OMC.

Nel sistema di risoluzione delle controversie OMC, il concetto di standard di revisione si riferisce alla natura e all'intensità dell'esame della misura nazionale sottoposta al giudizio condotto dai Panels e dall'AB. Tale indagine porta con se non solo valutazioni di carattere giuridico, ma anche sistematico. L'aspetto sottostante a questa valutazione, infatti, attiene all'individuazione del grado con cui gli organi OMC, da un lato, sono tenuti a rimettersi alle considerazioni fattuali e giuridiche degli Stati e, dall'altro, possono adottare differenti conclusioni rispetto alle autorità nazioni la cui misura è sottoposta a giudizio.[521] Considerando anche l'ambito e la natura delle misure che costituiscono l'oggetto delle controversie sottoposte alla giurisdizione del sistema OMC, l'individuazione di questi standard comporta, in ultima analisi, l'allocazione del potere di decidere relativamente a delicate questioni fattuali e giuridiche di particolare pregnanza all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.[522]

Ricercando all'interno degli accordi OMC, di cui l'Intesa per la risoluzione delle controversie ne costituisce parte, la presenza di una indicazione relativamente agli standard di revisione, emerge la mancanza di una disciplina espressa degli stessi. L'unica eccezione riscontrabile è costituita dall'Articolo 17.6 dell'Accordo relativo all'attuazione dell'Articolo VI GATT (Accordo Anti-Dumping).[523]

Tale lacuna, in primo luogo, ha condotto l'Organo di Appello a ritenersi dotato dell'autorità per la determinazione degli standard di revisione applicabili in virtù dei poteri impliciti derivanti allo stesso dagli Accordi OMC.[524] L'esigenza di colmare tale mancanza, infatti, è stata percepita dall'Organo di Appello, il quale, nel caso *EC – Hormones*, ha colto l'opportunità per definire uno standard generale di revisione. Innanzitutto l'AB considera la natura di tali standard con riferimento all'Accordo relativo alle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS Agreement), ritenendo che debbano riflettere *"the balance established in that Agreement between the jurisdictional competences conceded by the*

---

[521] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 395;

[522] ZLEPTNIG Stefan, "The Standards of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority", European Business Law Review, vol. 13, 2002, p. 456;

[523] Si veda a tale proposito quanto affermato dall'AB nel caso *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones)*, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, Report of the Appellate Body, 16 January 1998, para. 114;

[524] *EC – Hormones*, AB Report, para. 114-117;

Members to the WTO and the jurisdictional competences retained by the Members for themselves".[525] In secondo luogo, non reputa la mancanza di una previsione esplicita in proposito come una lacuna del sistema, con la conseguente inapplicabilità di alcuno standard di revisione; al contrario, rinviene nell'Articolo 11 del DSU la previsione generica che permette la risoluzione della questione: per quanto attiene all'attività dei Panels, lo standard applicabile non può essere né una revisione *de novo*, né una totale deferenza, bensì una valutazione oggettiva sia con riferimento ai fatti, che per quanto attiene alle questioni giuridiche implicate dalla misura oggetto del procedimento.[526]

Mediante la revisione *de novo*, infatti, si assisterebbe ad una sostituzione delle valutazioni effettuate dal Panel rispetto a quelle delle autorità nazionali, con una conseguente eccessiva intrusione nella competenza dello Stato membro. Viceversa, risulta inappropriata anche la totale deferenza in quanto violazione sia delle competenze giurisdizionali attribuite all'OMC dagli Stati sia, in particolare, di quanto previsto nell'Articolo 11 DSU.

Tuttavia, l'indicazione dell'*"objective assessment"* contenuta nell'Articolo 11 appare essere alquanto generica e necessitante di chiarificazioni sostanziali ulteriori, ai fini di una effettiva applicabilità dello standard individuato ai singoli casi concreti. A tale proposito, l'Organo di Appello scinde la revisione secondo due linee: da un lato, il Panel investito della questione è tenuto a verificare se sono stati correttamente e sufficientemente dimostrati gli aspetti fattuali; dall'altro, con riferimento strettamente ad elementi di diritto, si ritiene esistente un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati membri, sottoposto alla condizione che le rispettive conclusioni siano state adeguatamente illustrate e giustificate.[527]

Inoltre, l'Organo di Appello effettua un'ulteriore precisazione attinente alla distinzione nell'individuazione dello standard di revisione a seconda che la misura contestata venga analizzata in primo grado oppure sia fatta oggetto di appello. Lo stesso organo giudicante, infatti, si sofferma a precisare che oggetto di revisione in appello possono essere soltanto aspetti di diritto affrontati e interpretazioni giuridiche adottate dal Panel, mentre le questioni di fatto restano precluse dalla possibilità di riesame.[528] Effettuata tale precisazione, lo svolgimento ad opera del Panel

---

[525] *EC – Hormones*, AB Report, para. 115;

[526] *EC – Hormones*, AB Report, para 117-118;

[527] OESCH Matthias, "Standards of Review in WTO Dispute Resolution", Journal of International Economic Law, vol. 6, 2003, p. 635, a p. 640-641;

[528] *EC – Hormones*, AB Report, para. 132;

dell'accertamento oggettivo richiesto dall'Articolo 11 DSU è considerato una questione di diritto che, se sollevata, può essere fatta oggetto di revisione in appello; mentre, non sono qualificabili come tali aspetti attinenti alla valutazione delle prove che sono state fornite relativamente alla misura sottoposta al giudizio.

Sebbene astrattamente la distinzione possa apparire chiara, nella sua applicazione concreta il confine diventa piuttosto sfumato: il dovere di procedere ad un accertamento oggettivo dei fatti comporta l'obbligo di vagliare e valutare le prove presentate. Ne consegue che la mancata considerazione, nonché la volontaria distorsione o il travisamento, del pari, contrastano con la necessità di un accertamento oggettivo, oltre a poter eventualmente costituire anche una violazione del principio dell'equo processo.[529] Pertanto, l'aspetto indicato costituisce una problematica di non poco conto nell'applicazione concreta dello standard di revisione generale individuato dall'Appellate Body che si traduce nuovamente, da un lato, nella necessità di individuare e delimitare l'ambito della revisione che può essere condotta in fase di appello; dall'altro, nell'esigenza di garantire il rispetto dell'equilibrio, di cui si è trattato poco sopra, tra la competenza attribuita all'OMC e quella che, invece, rimane in capo agli Stati.

Anche nella pronuncia del caso *Argentina – Footwear Safeguard*, l'Organo di Appello conferma che per tutti gli accordi OMC, ad esclusione dell'Accordo Anti-dumping, l'Articolo 11 DSU stabilisce lo standard di revisione appropriato a cui devono attenersi i Panel.[530] L'AB, infatti, ritiene applicabile lo stesso ragionamento condotto con riferimento al caso *EC – Hormones*, sebbene l'accordo coinvolto sia diverso, specificamente relativo alle misure di salvaguardia. Nel riprendere il concetto sancito nella precedente pronuncia e con riferimento a quanto prescritto dall'Articolo 4 dell'Accordo in questione, l'Organo di Appello considera parte dell'*"objective assessment"* non solo la verifica dell'esame dei fatti rilevanti ad opera delle autorità statali e la conseguente necessaria presenza di una ragionevole giustificazione degli stessi, ma anche l'accertamento dell'applicabilità e della conformità con gli accordi pertinenti.[531] Permane la ferma esclusione dell'opportunità di una revisione *de novo* della misura, nonché la possibilità per il Panel di sostituire la propria analisi e il proprio giudizio a quelli delle autorità statali.

---

[529] *EC – Hormones*, AB Report, para. 133;

[530] *Argentina – Safeguard Measures on Import of Footwear (Argentina – Footwear Safeguard)*, WT/DS121/AB/R, Report of the Appellate Body, 14 December 1999, para. 116-122;

[531] *Argentina – Footwear Safeguard*, Appellate Body Report, para. 121-122;

La questione viene ripresa nel caso *US – Lamb Meat*, con specifico riferimento all'Accordo sulle misure di salvaguardia, ove l'Organo di Appello scompone l'accertamento oggettivo sulla base di due caratteri: uno formale attinente alla valutazione di tutti i fattori rilevanti ad opera delle competenti autorità, e l'altro sostanziale comportante la verifica della ragionevolezza e dell'adeguatezza della giustificazione fornita dalle autorità relativamente alla rispettiva determinazione.[532]

Nel rimarcare nuovamente la mancanza della titolarità in capo ai Panel del potere di effettuare una revisione *de novo*, né di sostituire le proprie risultanze a quelle delle autorità statali, l'AB fa un passo ulteriore sottolineando come, quanto appena affermato, non abbia come conseguenza l'obbligo in capo all'organo di primo grado di limitarsi ad accettare tali conclusioni. L'accertamento della ragionevolezza e adeguatezza delle giustificazioni può essere correttamente effettuato soltanto con un approccio critico. Sussiste in capo ai Panel l'obbligo di rivedere se la giustificazione fornita affronta pienamente la natura e la complessità dei dati o risponde ad altre interpretazioni plausibili degli stessi. Ne consegue la possibile presenza di spiegazioni dei fatti alternative ugualmente plausibili o che rendono inadeguato quanto affermato dalle autorità nazionali. Tale considerazione porta l'AB ad identificare un dovere in capo ai Panel di apertura verso una possibile mancanza di ragionevolezza o adeguatezza della giustificazione fornita dalle autorità competenti. Pertanto, mediante una lettura complessiva della normativa che viene in rilievo, l'esclusione di una revisione *de novo* non può essere interpretata in senso ostativo al dovere dell'organo giudicante di accertare la mancanza di ragionevolezza o adeguatezza nella giustificazione della misura. Né, tale adempimento, può essere letto quale sostituzione ad opera del Panel delle proprie conclusioni a quelle della competente autorità nazionale.[533]

È con la pronuncia relativa al caso *US – Cotton Yarn* che l'AB provvede a sintetizzare tutti gli aspetti affrontati nelle precedenti decisioni in relazione allo standard di revisione: i Panels devono accertare se sono stati valutati tutti i fattori rilevanti, se le autorità competenti hanno esaminato i fatti e se è stata data adeguata giustificazione della modalità con cui gli stessi supportano la determinazione, nonché se tale giustificazione corrisponde interamente alla natura e alla complessità delle informazioni o se risponde ad altre plausibili interpretazioni. Ad ogni modo, si ribadisce

---

[532] *US – Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia (US – Lamb Meat)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, Report of the Appellate Body, 1 May 2001, para. 103;

[533] *US – Lamb Meat*, Appellate Body Report, para 106-107;

ulteriormente, l'impossibilità di condurre una revisione *de novo* né di sostituire il giudizio del Panel a quello dell'autorità competente.[534]

Nonostante l'apparente chiarezza della configurazione degli standard di revisione elaborata dalla giurisprudenza OMC, l'applicazione concreta degli stessi, nonché le opinioni dottrinali ad essa relative danno atto della permanenza di contrasti. La stessa definizione di accertamento oggettivo fornita dall'AB, infatti, non determina la specifica natura e intensità della revisione che i Panel sono tenuti ad effettuare. Inoltre, la medesima è idonea a prestarsi a declinazioni differenti in ragione dello specifico accordo OMC che viene in rilievo con riferimento alla misura contestata.

In conclusione, nel diritto dell'OMC, il concetto di standard di revisione è stato definito come ibrido in ragione dell'interazione tra norme di natura procedurale e norme sostanziali che, nel loro complesso, specificano il ruolo dei Panel nella revisione delle decisioni delle autorità nazionali.[535] Inoltre, la natura e l'intensità della stessa dipende, come è stato precisato, da vari fattori che si influenzano vicendevolmente o si trovano in relazione di dipendenza l'uno dall'altro. L'intensità della revisione che viene condotta dall'organo giudicante ha un notevole impatto sull'accertamento della conformità della misura oggetto del procedimento con i requisiti prescritti dall'accordo di riferimento.[536] L'applicazione del principio di proporzionalità, quale metodo di revisione utilizzato dai Panel e dall'AB, pertanto, non solo risulta governata dalla relazione esaminata tra aspetti di natura sostanziale e caratteri prettamente procedurali, ma costituisce espressione concreta e rappresentativa della modalità con cui gli organi di risoluzione delle controversie hanno applicato l'accertamento oggettivo esaminato.

5.2.2 – Gli standard di revisione nella risoluzione delle controversie secondo la Convenzione ICSID.

La questione dello standard di revisione applicabile da parte dei tribunali arbitrali nell'ambito delle controversie tra investitori privati e Stati ospitanti, è ancorata al carattere non strettamente privatistico

---

[534] *US – Transitional Safeguard Measures on Combed Cotton Yarn from Pakistan (US – Cotton Yarn)*, WT/DS192/AB/R, Report of the Appellate Body, 8 October 2001, para 74;

[535] SPAMANN Holger, "Standard of Review for World Trade Organization Panels in Trade Remedy Case: A Critical Analysis", Journal of World Trade, vol. 38, 2004, p. 503, a p. 514;

[536] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in comparative Perspective", p. 398;

delle medesime. Infatti, a differenza degli arbitrati commerciali, ove tale questione non si pone, fondati su un rapporto contrattuale di natura privatistica, gli arbitrati relativi agli investimenti coinvolgono una relazione non tra pari entità, bensì un rapporto di tipo gerarchico, tra governatore e governato.[537] Ne consegue, infatti, che i tribunali arbitrali sono chiamati a giudicare non solo sui diritti e gli obblighi contrattuali sussistenti tra le parti, ma anche con riferimento agli obblighi di natura pubblicistica gravanti su entità statali sovrane.

Invero, nell'ambito degli arbitrati ICSID accade di frequente che ai Tribunali, nell'esame del caso concreto, spetti il compito di rivedere e controllare l'esercizio dei poteri espressione della sovranità statale. Questo aspetto, rilevabile del pari nel sistema di risoluzione delle controversie OMC, assume caratteri peculiari in ragione sia della natura dell'organo chiamato a giudicare la questione, sia con riferimento alle parti coinvolte. La considerazione della creazione *ad hoc* del collegio arbitrale chiamato a risolvere la singola e specifica controversia devoluta, i cui componenti, inoltre, sono generalmente scelti direttamente ad opera delle parti coinvolte, assieme all'inesistenza di un vincolo del precedente, nonché all'assenza di un meccanismo di appello, ha determinato l'adozione di approcci notevolmente differenti nell'indagine della misura nazionale, ad opera dei Tribunali ICSID. La natura delle parti contrapposte, pubblica l'una e privata l'altra, ha aggiunto, secondo alcune tesi, un elemento di disorientamento nella definizione della questione con riferimento all'individuazione del sistema, di natura interna piuttosto che internazionale, a cui gli arbitri debbano fare riferimento, impedendo lo sviluppo di uno standard di revisione costante e coerente.[538]

Mediante il meccanismo di risoluzione delle controversie ICSID, il controllo dell'esercizio dei pubblici poteri in relazione agli investimenti ha la potenzialità di incidere su una vasta gamma di attività economiche.

I trattati in materia di investimento costituiscono la principale guida ai fini dell'identificazione degli standard di revisione diretti a proteggere l'investitore da normative o altre tipologie di interferenze statali, con la conseguenza che è tramite il riferimento agli stessi BIT che i Tribunali giudicano le

---

[537] ROBERTS Anthea, "The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration", 16 International Council for Commercial Arbitration Congress Series, 2011, p. 170, a p. 174;

[538] BURKE-WHITE William, VON STADEN Andreas, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations" in SCHILL Stephan (Ed.), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, New York, 2010, p. 689, a p. 690; sulla stessa linea si pone anche VAN HARTEN Gus, "Investment Treaty Arbitration and Public Law", Oxford University Press, New York, 2007, p. 70-71;

condotte degli Stati.[539] Specificamente, al fine di proteggere gli investimenti, questi trattati contengono, talvolta, previsioni volte a delimitare o consentire azioni statali che interferiscono con i diritti degli investitori; la loro formulazione, nonché la terminologia utilizzata costituiscono una guida per i collegi arbitrali che consente l'individuazione dello standard di revisione applicabile nel caso concreto. Mediante l'applicazione degli standard così identificati, gli arbitri definiscono e limitano la sovranità statale, stabilendo la misura e le modalità con cui l'autorità pubblica può interferire negativamente con gli investimenti. Tuttavia, previsioni di questo tipo non sempre sono rilevabili all'interno dei Trattati.

L'analisi del principio di proporzionalità nell'ambito degli investimenti non può essere disgiunta dalla sua considerazione quale standard di revisione, adatto a risolvere i conflitti tra interessi contrapposti di diversa natura che emergono nella disciplina degli investimenti. La problematica che sorge attiene non tanto all'esistenza del potere di esaminare la misura nazionale in capo al tribunale arbitrale, potere che non può essere negato in ragione del consenso prestato dallo Stato a sottoporre la controversia a risoluzione secondo questa modalità, quanto piuttosto alla delimitazione dell'incisività dello stesso al fine di evitare una eccessiva intrusione in ambiti propriamente riconducibili alla sovranità statale.

Poiché il concetto di standard di revisione si riferisce al grado di scrutinio concesso all'organo giudicante nell'esame della misura adottata da un organo diverso, nell'ambito dell'arbitrato sugli investimenti comporta intrinsecamente un bilanciamento tra l'accertamento dell'adempimento di obblighi internazionali gravanti in capo allo Stato e il rispetto della sua autonomia con specifico riferimento al potere legislativo. A tale proposito rileva la definizione del concetto di deferenza, intesa quale contenimento, posto in essere dallo stesso organo investito del compito di risolvere la controversia, dall'emettere un giudizio relativo alla misura adottata da un organo diverso, legittimato a tal fine.[540] Il ricorso alla deferenza comporta una riduzione dell'intensità della revisione della misura assoggettata a scrutinio, con la conseguente riduzione dell'interferenza dell'organo giudicante con le scelte operate a livello nazionale.[541] Il primo limiterà il suo sindacato alla verifica del rispetto dei requisiti sanciti a livello internazionale, senza incidere sulle valutazioni operate dagli organi statali.

---

[539] VAN HARTEN, "Investment Treaty Arbitration and Public Law", p. 80-81;

[540] HENCKLES, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", pp. 34-35;

[541] Sul concetto di deferenza si veda, tra gli altri, RIVERS Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", Cambridge Law Journal, vol. 65, 2006, p. 174; ARATO Julian, "The Margin of Appreciation in International Investment Law", Virginia Journal of International Law, vol. 54, 2014, p. 545;

In capo all'organo giudicante non rientra il potere di effettuare delle scelte, ma di giudicare quelle sottoposte al suo scrutinio, nei limiti dei poteri che gli sono attribuiti.

Il concetto di deferenza rientra nell'analisi proporzionale in quanto delimita l'indagine che può essere condotta dai tribunali arbitrali. In primo luogo, all'autorità pubblica statale è riconosciuto il potere discrezionale di scegliere il livello di realizzazione di un obiettivo legittimo e la sindacabilità della scelta effettuata ad opera dell'organo giudicante è esclusa nel limite in cui la misura adottata risulta necessaria al fine individuato. Secondariamente, con riferimento alla sussistenza di una pluralità di misure rispondenti al requisito di proporzionalità, le valutazioni che hanno condotto alla scelta a favore di una di esse ad opera dell'organo nazionale non rientrano, parimenti, nel sindacato del tribunale arbitrale.

La sussistenza della discrezionalità statale risulta implicita nell'analisi proporzionale ed emerge anche con riferimento all'accertamento dell'efficacia della misura adottata dallo Stato per la realizzazione dell'obiettivo legittimo secondo il livello prescelto, nel caso in cui sussistano una pluralità di misure alternative ugualmente efficaci a tal fine.[542] Come meglio emergerà dall'indagine svolta nei successivi paragrafi, numerose sono le pronunce in cui i Tribunali ICSID hanno delimitato l'intrusività della loro analisi, sancendo la non sindacabilità di scelte operate dagli Stati, in quanto non rientranti nei poteri loro attribuiti. Tale deferenza appare non tanto riconducibile alla semplice accettazione del giudizio altrui, quanto piuttosto alla sufficiente affidabilità della valutazione operata dall'organo che ha adottato la misura stessa.[543] Ne consegue che il ricorso al principio di proporzionalità non esclude né contrasta con la configurabilità di poteri discrezionali in capo agli Stati e neppure con la delimitazione dell'indagine svolta dall'organo giudicante in ragione dell'esistenza di scelte non sindacabili da questi ultimi. Anche alla luce delle pronunce dei Tribunali arbitrali, appare configurabile una graduazione dell'intensità nell'applicazione del principio di proporzionalità. Un approccio di questo tipo consente di rispondere all'esigenza, espressa da una tesi,[544] di temperare un meccanismo totalmente deferenziale con la garanzia dell'uguaglianza delle parti sul piano procedurale, nonché la protezione dei diritti previamente accordati agli investitori e l'imparzialità dei tribunali nel procedimento decisorio. Tuttavia, la linea di confine tra la diversa

[542] RIVERS, "Proportionality and Variable Intensity of Review", p. 199-200;

[543] RIVERS, "Proportionality and Variable Intensity of Review", p. 204;

[544] ROBERTS, "The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration", p. 180;

intensità nell'applicazione del principio di proporzionalità e la configurabilità di un diverso standard di revisione non appare così netta e uniforme in dottrina.

La questione dello standard di revisione applicabile nella risoluzione delle controversie attinenti agli investimenti, infatti, vede contrapporsi all'applicazione del principio di proporzionalità, la tesi del margine di apprezzamento. Quest'ultimo standard di revisione, secondo una diversa impostazione, costituirebbe la soluzione migliore per l'analisi che deve essere operata dai Tribunali ICSID, in quanto offre uno strumento per la risoluzione di conflitti di diritti e di interessi senza porre il collegio arbitrale, creato *ad hoc*, nella posizione del potere legislativo, mediante l'attribuzione del compito di effettuare un diretto bilanciamento o di mettere in dubbio quello preventivamente effettuato dalle autorità nazionali.[545]

Secondo la dottrina del margine di apprezzamento viene attribuito al tribunale arbitrale lo spazio appropriato all'interno del quale le autorità nazionali possono adottare azioni normative senza che le rispettive decisioni siano messe in dubbio. Il compito del collegio arbitrale sarebbe limitato a quello di mero supervisore, diretto a controllare che l'esercizio del potere statale rimanga all'interno del margine configurato e sia sufficientemente giustificato. Tuttavia, la stessa tesi finisce per richiedere, sebbene in via residuale, lo svolgimento di un bilanciamento ad opera del Tribunale tra gli interessi statali e l'interferenza con i diritti individuali.[546] La non adeguatezza del principio di proporzionalità nell'arbitrato ICSID viene giustificata dalla mancanza di capacità di tipo legislativo in capo ai Tribunali nel condurre un bilanciamento diretto, nonché di conoscenze, competenze e risorse che consentano di mettere in dubbio le scelte nazionali, considerato anche il non radicamento dello stesso organo giudicante all'interno del contesto normativo, politico e sociale le cui politiche sono sottoposte a giudizio. Diversamente, i Panels che decidono in primo grado le controversie OMC non solo sono radicati e creati appositamente all'interno del sistema multilaterale del commercio, ma, inoltre, la funzione che svolgono è propriamente quella di garantire la conformità delle misure nazionali agli Accordi OMC a cui gli Stati hanno aderito. Sebbene anche i Panels siano creati appositamente per la risoluzione della specifica controversia insorta, si inseriscono in una cornice normativa di carattere internazionale uniforme e univoca, assicurando la conoscenza del delimitato contesto in cui operano.

---

[545] BURKE-WHITE, VON STADEN, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", p. 717;

[546] BURKE-WHITE, VON STADEN, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations", p. 718;

La considerazione da ultimo richiamata potrebbe essere arginata, in primo luogo, alla luce dell'analisi svolta con riferimento alla composizione e alla scelta degli arbitri dei Tribunali ICSID, sottolineando in particolare la possibilità per le parti di selezionare giudici dotati delle adeguate competenze necessarie con riferimento al caso concreto. Secondariamente, la struttura stessa e la natura dell'analisi proporzionale, come meglio si vedrà anche nei paragrafi seguenti, consentono all'organo giudicante di avere a disposizione uno strumento precostituito che non impedisce l'attribuzione e lo svolgimento di funzioni riconducibili al potere legislativo nazionale.[547]

Uno dei principali argomenti a favore del ricorso all'analisi proporzionale quale standard di revisione nelle controversie relative agli investimenti, infatti, è identificato nella caratteristica del principio di consentire la razionalizzazione del procedimento decisionale mediante la predeterminazione di una struttura analitica che permette di delimitare il ragionamento e le argomentazioni.[548] Inoltre, l'applicazione dello stesso principio consente di esplicitare giudizi di valore, riducendo contestualmente la percezione di una predisposizione ideologica dell'organo giudicante, nonché accrescendo la trasparenza della decisione tramite l'utilizzo del medesimo schema in sede motivazionale. Tuttavia, la criticità che emerge nell'applicazione di questo standard è costituita dalla eccessiva discrezionalità che il ricorso al principio di proporzionalità rischia di configurare in capo agli arbitri nella conduzione del giudizio di valori relativo alla definizione del caso concreto, in ragione della sua stessa struttura.

Da punto di vista sostanziale, inoltre, il principio di proporzionalità, comprensivo di un certo grado di deferenza, costituisce anche uno strumento razionale per l'ottimizzazione degli interessi che vengono in gioco nel delicato rapporto tra la sovranità statale e la tutela degli investimenti, garantendo il rispetto del riparto delle competenze tra gli organi nazionali e gli arbitri chiamati a risolvere la controversia. Il riferimento alla deferenza nell'applicazione di questo principio risulta appropriato in ragione del coinvolgimento di giudizi di valore o di temi particolarmente sensibili o controversi nell'analisi della misura.[549] L'ampiezza del grado di deferenza dipende dalla natura della questione sottoposta ad arbitrato e richiede, pertanto, una valutazione caso per caso, in linea con il meccanismo di funzionamento del principio di proporzionalità.

---

[547] Una specifica considerazione di ciascuna critica relativamente all'adeguatezza del principio di proporzionalità è effettuata da ROBERTS, "The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration", pp. 177-180;

[548] STONE SWEET, MATTHEWS, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", p. 72 e ss.;

[549] HENCKLES, "Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration", p. 38;

5.3 IL RICORSO ALLA PROPORZIONALITA' NELLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE OMC.

Nel sistema OMC, oggetto delle controversie sottoposte ai Panel e, in secondo grado, all'AB, possono essere misure adottate singolarmente dagli Stati membri. Pertanto, il compito affidato agli organi giudicanti consiste nella revisione delle azioni poste in essere da organi nazionali alla luce degli impegni assunti mediante l'adesione agli Accordi dell'Organizzazione. Il principio di proporzionalità svolge un ruolo di notevole rilievo nella risoluzione delle controversie secondo il sistema OMC. Esso, infatti, fornisce all'organo investito della questione un metodo applicativo per la risoluzione di questioni ove vengono in rilievo principi, interessi o valori confliggenti non legati da un rapporto gerarchico, ma che trovano la loro origine su piani normativi differenti. Al fine di risolvere la questione controversa, ne consegue la necessità per l'organo giudicante di operare delle scelte che vanno a incidere direttamente sui valori coinvolti, attribuendo agli stessi diversa rilevanza in ragione di bilanciamenti dallo stesso effettuati.

Il principio di proporzionalità fornisce un metodo che consente ai Panel di affrontare e risolvere la controversia, garantendo non solo la trasparenza nell'analisi effettuata, ma anche permettendo di giustificare in modo razionale la preferenza accordata a determinati valori o interessi e incrementando, conseguentemente, la coerenza del sistema multilaterale del commercio.[550]

Tuttavia, anche nell'ambito del sistema OMC vi sono opinioni contrastanti in merito al principio in analisi. Un certo scetticismo non condivisibile, infatti, porta alcuni ad affermare l'inesistenza di un requisito generale di proporzionalità nel diritto OMC, né di un generico test applicabile dai rispettivi organi di risoluzione delle controversie.[551] Le ragioni di questa tesi sono primariamente collegate al timore di attribuire un eccessivo potere al giudice internazionale, nonché all'intrusione che una simile analisi produrrebbe nei confronti dell'autonomia e della sovranità statale.[552] Nondimeno, queste

[550] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 426-427.

[551] NEUMANN Jan, TÜRK Elisabeth, "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines", Journal of World Trade, vol. 37, 2003, p. 199;

[552] MARCEAU Gabrielle, TRACHTMAN Joel, "The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods", Journal of World Trade, vol. 36, 2002, p. 811;

considerazioni sembrano smentite alla luce della struttura stessa del principio, nonché della giurisprudenza elaborata con riferimento all'applicazione dello stesso quale standard di revisione.

Secondo una diversa opinione, invece, la proporzionalità costituirebbe uno dei principi fondamentali che formano la base del sistema multilaterale del commercio.[553] Questo principio dovrebbe governare l'interpretazione e l'applicazione del diritto OMC in quanto consente di ottenere la corretta relazione tra i diversi interessi in gioco.

Un'altra tesi, diversamente, ritiene che il bilanciamento di diritti, principi, valori ed interessi nell'ambito del sistema OMC sia un dato di fatto che non può essere evitato.[554] La questione, eventualmente, attiene alla modalità con la quale intraprendere tale bilanciamento: la relazione sussistente tra i diversi principi e valori sancita negli accordi OMC è relativa; ne consegue che l'analisi proporzionale costituisce un metodo attraverso la cui applicazione è possibile ottenere un equilibrio tra i differenti obiettivi concorrenti. L'esigenza di svolgere un'operazione di bilanciamento emergerebbe direttamente anche da alcune norme contenute negli Accordi, prima tra tutte la previsione dell'Articolo XX del GATT. Sebbene il concetto di proporzionalità in quanto tale non sia menzionato, secondo questa tesi, esso sorregge ed ispira molte delle specifiche norme degli Accordi OMC.

Secondo l'opinione da ultimo menzionata, il principio oggetto di esame troverebbe applicazione mediante due possibili modalità: quale principio generale di diritto internazionale, ispira l'interpretazione di singole previsioni degli Accordi; secondariamente, costituisce uno specifico obbligo sancito da norme OMC che richiedono bilanciamenti, nonché l'affidamento ad esso al fine di determinare obbligazioni gravanti nei confronti degli Stati membri.[555] Secondo questa tesi, il principio di proporzionalità è parte del sistema OMC, ma necessiterebbe di una definizione della sua struttura in modo tale da consentire la coerenza e rendere il procedimento maggiormente razionale e prevedibile.[556] L'ulteriore effetto che si verrebbe, in tal modo, a realizzare è la limitazione della

[553] HILF Meinhard, "Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?", Journal of International Economic Law, vol. 4, 2001, p. 111;

[554] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 424;

[555] ANDENAS, ZLEPTNIG; "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 426;

[556] ANDENAS, ZLEPTNIG; "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 427;

discrezionalità degli organi giudicanti, tramite il ricorso ad una struttura predeterminata del procedimento decisionale.

Sebbene il principio di proporzionalità, in conformità alla tesi da ultimo menzionata, appaia permeare l'intero sistema di accordi che regola il commercio multilaterale nell'ambito dell'OMC, è possibile individuare alcuni settori ben definiti nei quali viene maggiormente e specificatamente in rilievo: la sospensione delle concessioni, le eccezioni generali sancite dall'Articolo XX GATT, l'Accordo relativo alle misure sanitarie e fitosanitarie e quello che disciplina le barriere tecniche al commercio (*SPS e TBT Agreements*). Specificamente, le indagini di questi quattro settori, oltre a costituire esempi illustrativi che permettono l'esame dei diversi elementi e la considerazione degli approcci alla proporzionalità elaborati dalla giurisprudenza OMC nell'applicazione degli Accordi, consentono anche lo svolgimento di un'analisi comparativa della configurazione del principio di proporzionalità nel sistema multilaterale del commercio e nel settore degli investimenti, in seguito esaminato.

5.3.1 – La sospensione delle concessioni.

Come accennato brevemente nel paragrafo introduttivo, il principio di proporzionalità svolge un ruolo chiave nell'ambito delle contromisure. Lo scopo dell'adozione di una contromisura nel diritto internazionale è quello di indurre la parte che ha commesso l'illecito a conformarsi agli obblighi sulla stessa gravanti, cessando il comportamento ad essi contrario. Il diritto internazionale, infatti, proibisce contromisure arbitrarie o eccessive in ragione del danno sofferto e della gravità dell'illecito. Il principio di proporzionalità, pertanto, funge da strumento per il controllo dell'esercizio del potere decentrato conferito agli Stati di reagire individualmente ad atti illeciti a livello internazionale.[557] Secondo il diritto internazionale, l'accertamento della proporzionalità deve essere effettuato sulla base di due elementi: uno quantitativo determinato dal danno sofferto, uno qualitativo connesso alla gravità dell'illecito e dei diritti coinvolti.

Analogo scopo, sebbene non sempre unitario, è riconosciuto alle contromisure anche nell'ambito del sistema OMC.[558] Tuttavia, in tale sistema, le stesse ricevono una disciplina specifica che si discosta

[557] CANNIZZARO Enzo, "The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures", European Journal of International Law, Vol. 12, 2001, p. 889, a p. 916;

[558] MAVROIDIS, "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place", p. 763; DESMEDT Axel, "Proportionality in WTO Law", Journal of International Economic Law, vol. 4, 2001, p. 441, a p. 447; SHADIKHODJAEV, "Retaliation in the WTO Dispute Settlement System", p. 28; tra le pronunce in seno all'OMC si

da quella prevista dal diritto internazionale consuetudinario. La prima differenza è di tipo terminologico: l'Intesa per la risoluzione delle controversie in seno all'OMC non utilizza il termine contromisure, bensì *"suspension of concessions"*. Sebbene nella prassi si affermi la coincidenza tra le due misure, la diversità della terminologia utilizzata non costituisce un dato meramente letterario.

Infatti, a tale proposito, rilevante risulta la considerazione del paragrafo 4 dell'Articolo 22 DSU, ove tali misure sono regolate. Nel prescrivere che il livello di sospensione delle concessioni debba essere equivalente al livello di annullamento o di compromissione, la previsione indica quali sono gli elementi che devono essere considerati nell'autorizzare tale sospensione. È evidente, pertanto, l'irrilevanza sia della gravità dell'illecito, sia dei diritti coinvolti. Infatti, nell'ambito dell'OMC non viene effettuata alcuna gradazione della violazione commessa; pertanto, la gravità dell'illecito non incide sul livello delle contromisure.[559] Diversamente, al concetto di *"level of nullification or impairment"* appare riconducibile la considerazione del danno sofferto dallo Stato che subisce la violazione, costituente elemento centrale dell'analisi.

In secondo luogo, il rapporto sussistente tra la violazione commessa e la contromisura è indicato in termini di equivalenza, diversamente dalla previsione contenuta nel Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati.

La questione che emerge è costituita dalla possibilità di ricondurre l'accertamento del requisito dell'equivalenza, richiesto dalla norma che disciplina le contromisure, all'applicazione dello schema previsto dall'analisi proporzionale. A tale quesito una prima tesi ha dato risposta negativa, alla luce del dato letterario: le contromisure adottate seguendo quanto prescritto dal DSU devono essere equivalenti, piuttosto che proporzionate, al danno commerciale verificatosi quale risultato dell'inadempimento. Ne consegue che la rilevanza del principio di proporzionalità nell'ambito delle contromisure secondo il diritto internazionale consuetudinario, non trova riscontro nella disciplina dettata dal DSU nel commercio internazionale.[560] Tuttavia, questa opinione ritiene che il principio di proporzionalità mantenga una propria funzione nell'ambito in analisi, quale criterio interpretativo alla

---

veda *European Community – Regime for Importation, Sales and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/ARB, Recourse to Arbitration by the European Community under Art. 22.6 of the DSU, 9 April 1999, para. 6.3;

[559] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 448;

[560] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 450; PAUWELYN Joost, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules", The American Journal of International Law, vol. 94, issue n. 2, 2000, p. 335, a p. 341;

cui luce devono essere lette le norme del DSU, al fine di evitare conflitti con la disciplina dettata dal dritto internazionale consuetudinario.[561]

Una diversa tesi, al contrario, risponde affermativamente al quesito, ritendendo il requisito dell'equivalenza quale rappresentativo del principio di proporzionalità all'interno del DSU. Pertanto, il principio in analisi sarebbe rinvenibile nella concreta comparazione tra il livello di sospensione delle concessioni e il livello di annullamento o compromissione, al fine di consentire l'individuazione del rapporto di equivalenza tra i due termini.[562] Ne deriva che il carattere che assume tale rapporto è maggiormente incentrato sull'elemento quantitativo, piuttosto che sul fattore qualitativo, diversamente da quanto prescritto con riferimento alle contromisure nel diritto internazionale.

Una conseguenza che deriva dalla disciplina dettata dalla previsione del DSU porta ad escludere la possibilità di autorizzare gli Stati all'adozione di contromisure aventi carattere punitivo, in ragione del requisito della equivalenza richiesta.[563] Già ad una prima lettura, emerge chiaramente come la disciplina delle contromisure dettata dal DSU risulti maggiormente puntuale rispetto a quella prescritta dal diritto internazionale consuetudinario.

Il concetto di equivalenza ai sensi dell'Articolo 22.4 DSU è stato affrontato dal primo collegio arbitrale costituito ai sensi dell'Articolo 22.6 DSU, nel caso *EC – Bananas III (US)*. Nella loro analisi gli arbitri hanno adottato un approccio rigoroso, considerando il termine connotante *"a correspondence, identity or balance between two related levels"*, ossia il livello delle concessioni che devono essere sospese e quello di annullamento o compromissione.[564] Nello specifico, distingue il termine in analisi da quello di "*appropriateness*" previsto nella formulazione precedente del GATT del 1947, ritenendo che il significato ordinario di "equivalente" implichi un grado maggiore di corrispondenza, identità o rigoroso equilibrio tra i due livelli indicati rispetto a quanto richiesto dall'appropriatezza.[565]

---

[561] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 450;

[562] SHADIKHODJAEV, "Retaliation in the WTO Dispute Settlemet System", p. 43;

[563] SHADIKHODJAEV, "Retaliation in the WTO Dispute Settlement System", p. 43; DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 448; *United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton yarn form Pakistan (US – Cotton Yarn),* WT/DS192/AB/R, Report of the Appellate Body, 8 October 2001, para. 120;

[564] *EC – Bananas III*, Art. 22.6 Arbitration Report, para. 4.1;

[565] *EC – Bananas III*, Art. 22.6 Arbitration Report, para. 6.5;

Gli arbitri investiti della richiesta di sospensione nel caso *EC – Hormones*, nel confermare il significato attribuito al termine nella pronuncia citata, ritengono, inoltre, che la previsione dell'Articolo 22.4 DSU richieda la determinazione del rapporto di equivalenza in senso quantitativo e non qualitativo.[566]

Il collegio arbitrale instaurato ai sensi dell'Articolo 22.6 nel caso *US – 1916 Act (EC)*, sintetizza l'interpretazione del concetto ritenendo che il livello di sospensione appare rispondere al requisito dell'equivalenza, ai sensi dell'Articolo 22.4 DSU, qualora sia uguale o al di sotto del livello di annullamento o compromissione del beneficio, limitandolo, pertanto, al danno sofferto dalla parte ricorrente che invoca la sospensione.[567] Qualora, diversamente, superi il livello indicato, la sospensione assume carattere punitivo e, pertanto, risulta contrastante con l'Articolo 22.4 DSU.[568]

Il requisito dell'equivalenza è stato interpretato anche dal collegio arbitrale, instaurato ai sensi dell'Articolo 22.6 DSU, nel caso *US – Gambling*.[569] Partendo dalla considerazione della funzione delle contromisure di indurre lo Stato ad adempiere ai propri obblighi, poiché la sospensione delle concessioni non può essere autorizzata oltre quanto è equivalente al livello di annullamento o compromissione, gli arbitri ritengono che l'Articolo 22.4 DSU *"requires a degree of "correspondence or identity" between the level of the suspension to be authorized and the level of the nullification or impairment of benefits"*.[570] Non apparirebbe, pertanto, esservi spazio per alcuna flessibilità nell'accertamento del rapporto; sono chiaramente identificati i due termini del paragone, il rapporto tra i quali deve essere di corrispondenza o identità. Nel determinare tale equivalenza, gli arbitri ritengono di dover garantire che il livello di sospensione non sia inferiore al livello di annullamento o compromissione del beneficio nei confronti della parte ricorrente, in modo tale da pregiudicare i suoi diritti, né eccedere tale livello, poiché in tal caso la sospensione assumerebbe

---

[566] *European Community – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones (US))*, WT/DS26/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 12 July 1999, para. 20;

[567] *United Stated – Anti-Dumping Act of 1916 (US – 1916 Act (EU))*, WT/DS136/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 24 February 2004, para. 5.21;

[568] WOLFRUM, STOLL, KAISE, "WTO – Institutions and Dispute Settlement", p. 542;

[569] *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrator, 21 December 2007;

[570] *US – Gambling*, Art. 22.6 Arbitration Report, para. 2.7;

carattere punitivo.[571] L'applicazione dello standard di equivalenza, pertanto, porta ad escludere il ricorso al principio di proporzionalità.

Tuttavia, quanto previsto in via generale per la sospensione di concessioni dall'Intesa subisce un'eccezione costituita dal regime riguardante le sovvenzioni proibite o perseguibili, secondo l'Accordo in materia di sovvenzioni e misure compensative (*SCM Agreement*). Il requisito prescritto da tale Accordo per l'adozione di contromisure, infatti, è costituito non tanto dall'equivalenza, bensì dall'appropriatezza. A differenza dell'Articolo 22.4 DSU, la previsione contenuta nell'Articolo 4.10 dell'Accordo SCM riprende la formulazione del GATT 1947.

Il ricorso al principio di proporzionalità nella norma da ultimo richiamata non può essere negato, considerato anche il contenuto della nota integrativa inserita nell'Accordo ove viene specificato che il termine utilizzato non è inteso a consentire contromisure *"disproportionate in light of the fact that subsidies dealt with under this provision are prohibited"*.[572]

Il termine utilizzato nell'Accordo SCM consente un minor rigore nella determinazione della contromisura rispetto al requisito di equivalenza prescritto dal DSU, benché anche in tal caso la disciplina non rispecchi quanto previsto dal diritto internazionale consuetudinario, con riferimento alla proporzionalità della stessa alla gravità della violazione commessa.

Secondo una tesi, il principio di proporzionalità risulterebbe essere comparabile con lo standard prescritto dall'accordo SCM.[573] La previsione in esso contenuta, infatti, stabilisce il rispetto di una relazione assimilabile maggiormente a quella proporzionale, piuttosto che a quella di equivalenza richiesta nel DSU. Alla luce di tale considerazione, questa opinione giunge ad affermare la maggiore somiglianza del requisito dell'appropriatezza con il principio di proporzionalità prescritto per le contromisure nel diritto internazionale. Tuttavia, il requisito dell'Articolo 4.10 SCM non risponderebbe ad entrambi gli elementi previsti dal diritto internazionale consuetudinario, ossia quantitativo e qualitativo, ma ad uno soltanto dei due, in ragione della tipologia di approccio utilizzato: il primo se si considera l'effetto economico e commerciale dannoso della sovvenzione, il secondo se il riferimento è al suo ammontare, pertanto alla gravità del danno e alla natura dei diritti

---

[571] *US – Gambling*, Art. 22.6 Arbitration Report, para. 3.24;

[572] Accordo SCM, Art. 4.10, footnote 9; nota ribadita con analoga terminologia anche con riferimento alla previsione del paragrafo seguente del medesimo articolo, indicante il compito degli arbitri investiti della questione della determinazione dell'appropriatezza della contromisura ai sensi dell'Articolo 22.6 DSU;

[573] SHADIKHODJAEV, "Retaliation in the WTO Dispute Settlement System", p. 43-44;

e degli obblighi coinvolti. Tuttavia, tale requisito si allontanerebbe dal principio di proporzionalità sancito dagli Articoli ILC in ragione della maggiore discrezionalità concessa nel suo accertamento dal ricorso alla terminologia negativa utilizzata dalla nota alla norma dell'Accordo SCM.

Secondo una diversa tesi, al contrario, anche il requisito dell'appropriatezza non permetterebbe il suo accertamento sulla base dello schema dell'analisi proporzionale, se non nel limite in cui il primo comporti il rischio di una contromisura sproporzionata nel caso in cui siano coinvolti una pluralità di reclami.[574]

Nondimeno, nel caso *Brazil – Aircraft*, ove è stata espressamente considerata la questione, è stata confermata la necessità che ai termini *"equivalent"* utilizzato nel DSU e *"appropriate"* prescritto nell'Accordo SCM sia attribuito un significato differente. Con specifico riferimento al secondo requisito, *"a countermeasure remains "appropriate" as long as it is not disproportionate, having also regard to the fact that the measure at issue is a prohibited subsidy"*.[575] L'altro aspetto rilevante che viene sottolineato nella pronuncia menzionata, attiene propriamente all'individuazione del significato da attribuire al termine *"appropriate"*: innanzitutto, mediante l'applicazione dell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, l'organo ritiene opportuno fare riferimento alla definizione di contromisura nel diritto internazionale generale e, nello specifico, al lavoro condotto dalla Commissione di Diritto Internazionale relativo alla responsabilità degli Stati. Poiché le contromisure, sulla base delle norme richiamate, sono dirette ad indurre lo Stato che ha commesso l'illecito ad adempiere alle proprie obbligazioni, una contromisura è appropriata inter alia *"if it effectively induces compliance"*. Ne consegue che, nell'applicazione dell'Articolo 4.7 dell'Accordo SCM, indurre efficacemente l'adempimento significa provocare il ritiro della sovvenzione proibita.[576] Pertanto, secondo gli arbitri, il livello della contromisura corrisponde semplicemente al livello della sovvenzione che deve essere ritirata. Richiedere, invece, che la contromisura sia equivalente al livello di annullamento o di compromissione sarebbe contrario al principio di efficacia, poiché limiterebbe significativamente l'effetto della prima nel caso di sovvenzioni proibite.

---

[574] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 452;

[575] *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft (Brazil – Aircraft),* WT/DS46/ARB, Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrators, 28 August 2000, para 3.51 footnote n. 51;

[576] *Brazil – Aircraft*, Art. 22.6 Arbitration Report, para. 3.42-3.45, 3.58;

Dalla pronuncia appena menzionata, appare possibile configurare l'esistenza di un rapporto di proporzionalità tra l'ammontare della sovvenzione e il livello della contromisura, anche in ragione di un'ulteriore considerazione effettuata dagli arbitri. Infatti, nel ritenere che una contromisura assuma un carattere punitivo qualora non sia intesa soltanto ad indurre lo Stato all'adempimento, ma contenga l'aggiuntiva finalità diretta a sanzionare l'azione posta in essere da quest'ultimo, il collegio esclude questa qualificazione con riferimento al caso concreto ritenendo di non rilevare una sproporzione nel calcolo della sua appropriatezza.[577]

Alla luce dei due riferimenti effettuati dagli arbitri al concetto in analisi, appare, pertanto, innegabile la connessione e la rilevanza del principio di proporzionalità con riferimento all'accertamento del requisito dell'appropriatezza della contromisura nell'ambito dell'Accordo SCM.

Tale rilevanza emerge in modo maggiormente evidente nella successiva pronuncia arbitrale relativa al caso *US –FSC*. È già con riferimento al significato letterale di "appropriata" che si evidenzia una connessione con il principio di proporzionalità: il termine si riferisce a qualcosa che è *"suitable"* o *"adapted to a use or purpose"*, idoneità che costituisce anche elemento strutturale dell'analisi proporzionale.[578] Questo riferimento introduce, secondo gli arbitri, un elemento di flessibilità poiché richiede che la contromisura si adatti allo specifico caso concreto.

Nella considerazione del termine *"disproportionate"* presente nella nota all'Articolo 4.10, dopo aver affermato che l'espressione utilizzata suggerisce la mancanza di una appropriata relazione tra due elementi, il collegio ritiene che non implichi un'equazione matematicamente esatta ma *"soundly enough to respect the relative proportion at issue"* in modo tale da evitare manifesti squilibri o incongruenze, senza, tuttavia, richiedere una esatta equivalenza: *"the relationship to be respected is precisely that of "proportion" rather than "equivalence""*.[579] Tale analisi appare, pertanto, confermare la rilevanza del principio di proporzionalità nella determinazione delle contromisure, sebbene gli stessi arbitri sottolineino la minor rigidità dell'approccio in ragione della formulazione negativa del requisito: *"it does not require strict proportionality"*.

---

[577] *Brazil – Aircraft*, Art. 22.6 Arbitration Report, para. 3.55;

[578] *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (US – FCS)*, WT/DS108/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision of the Arbitrator, 30 August 2002, para. 5.9;

[579] *US – FCS,* Art. 22.6 Arbitration Report, para. 5.18, 5.26;

Le conclusioni formulate nella due decisioni arbitrali appena menzionate sono interamente riprese dal collegio arbitrale nel caso *Canada – Aircraft Credits and Guarantees*, confermando in particolare la posizione degli arbitri del caso *US –FSC*: nell'accertare l'appropriatezza della contromisura ai sensi dell'Articolo 4.10 dell'Accordo SCM, il collegio ritiene di dover assicurare la sua non sproporzione.[580]

Dall'analisi del requisito richiesto per ottenere l'autorizzazione all'adozione di contromisure appare, pertanto, possibile affermare la rilevanza del principio di proporzionalità non tanto in via generale, quanto piuttosto in considerazione del requisito dell'appropriatezza prescritto dall'Articolo 4.10 dell'Accordo SCM, quale eccezione alla previsione contenuta nel DSU. Sebbene, tuttavia, anche alla luce della giurisprudenza, la formulazione negativa della nota inserita nell'Accordo SCM, porta necessariamente all'adozione di un approccio meno rigido a questo principio.

5.3.2 – Le eccezioni generali ai sensi dell'Articolo XX GATT.

L'Articolo XX del GATT prevede una lista di eccezioni generali agli obblighi posti in capo agli Stati, sanciti dall'Accordo. Tale previsione risulta cruciale affinché gli Stati possano porre in essere misure di protezione attuative di politiche nazionali, di per se in violazione di obblighi assunti a livello internazionale, ma che finiscono per essere conformi al GATT in virtù della loro riconducibilità ad una delle eccezioni disciplinate dall'articolo menzionato. La previsione permette, in tal modo, agli Stati di decidere che alcune politiche, rientranti tra quelle indicate, abbiano precedenza rispetto all'obiettivo di liberalizzare il commercio.[581]

Ad ogni buon conto, per essere giustificata ai sensi dell'Articolo XX, la misura nazionale deve rispondere alle condizioni dallo stesso sancite. Ai fini di accertare tale adempimento è stato elaborato un metodo sviluppato su due fasi: la prima richiede di verificare se la misura rientra in uno degli ambiti delle eccezioni indicate, accertando la sua necessità qualora essa sia prescritta dalla relativa

[580] *Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft (Canada - Aircraft Credits and Guarantees)*, WT/DS222/ARB, Recourse to Arbitration by Canada under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrators, 17 February 2003, para. 3.14;

[581] WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 455;

disposizione; la seconda attiene all'accertamento della sua applicazione in conformità al cappello introduttivo della previsione.[582]

Sebbene il diritto di uno Stato Membro dell'OMC di adottare una specifica politica pubblica e di scegliere il livello di protezione o attuazione della stessa non sia mai stato posto in discussione,[583] il margine di discrezionalità attribuito con riferimento alla valutazione dell'appropriatezza dello scopo trova, tuttavia, una limitazione nella necessità che esso ricada tra quelli elencati nell'Articolo XX.

La rilevanza del principio di proporzionalità nella considerazione dell'Articolo XX appare configurabile con riferimento all'esigenza di individuare il rapporto sussistente tra lo scopo al raggiungimento del quale la misura è diretta e la misura stessa.[584] Tale fase, successiva all'accertamento della giustificabilità della misura con una delle eccezioni previste, coincide con uno dei quattro elementi attraverso i quali viene applicato il principio di proporzionalità.

Una precisazione si rende opportuna, l'elenco previsto nel testo dell'articolo in analisi contiene una distinzione: vi sono misure che devono essere necessarie al fine di proteggere lo specifico obiettivo indicato, altre che, invece, devono essere *"related to"*, altre ancora che devono essere *"imposed for"*, *"in pursuance of"*, *"involving"* oppure *"essential"*.[585] Questa differenza terminologica comporta necessariamente un diverso approccio nella considerazione delle singole misure sottoposte a giudizio, a seconda dello scopo al quale sono dirette. Ai fini della presente trattazione, appare essere di rilievo la considerazione delle prime due ipotesi menzionate.

Devono essere necessarie le misure che sono dirette a proteggere la moralità pubblica (let. a), la vita umana, animale o vegetale (let. b), ad assicurare l'adempimento a leggi o regolamenti non contrari all'accordo stesso (let. d).

Al contrario, è sufficiente che le misure siano correlate all'obiettivo se sono relative all'importazione o esportazione di oro o argento, ai prodotti di lavoro carcerario, alla conservazione di risorse naturali esauribili.

---

[582] *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, Report of the Appellate Body, 20 May 1996, p. 22;

[583] *European Community – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC- Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, para. 168;

[584] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 409;

[585] Art. XX GATT, lett. a-j;

5.3.2.a – Le misure necessarie.

La necessità della misura, nell'applicazione dell'Articolo XX, è stata affrontata dalla giurisprudenza OMC in particolare con riferimento alle lettere b) e d). La pronuncia dell'organo di primo grado del caso *US – Gasoline* definisce il concetto di necessità, ai sensi della previsione in analisi, mediante una formulazione che appare assimilabile a quella prescritta per il corrispondente elemento dell'analisi proporzionale. Richiamando la decisione pronunciata con riferimento al caso *US – Section 337* e confermata nel caso *Thai Cigarettes* antecedenti all'adozione del GATT 1994, il Panel afferma che *"if there where consistent or less inconsistent measures reasonably available to the United States, the requirement to demonstrate necessity would not have been met"*.[586] La rispondenza al requisito della necessità viene determinata considerando l'esistenza di misure alternative conformi o meno difformi agli obblighi prescritti dal GATT, che potrebbero essere ragionevolmente adottate dallo Stato per il raggiungimento dell'obiettivo indicato dalla previsione rilevante. L'accertamento dell'esistenza di alternative comporta la non giustificabilità della misura alla luce delle eccezioni sancite dall'Articolo XX.

Tale formulazione, tuttavia, ha subito un'evoluzione e un completamento alla luce della pronuncia dell'Organo di Appello nel caso *Korea – Beef.* L'interpretazione del requisito della necessità, effettuata alla luce dell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna del '69, ha come punto di partenza il significato letterale del termine*: "necessary normally denotes something that cannot be dispensed with or done without, requisite, essential, needful"*, tuttavia l'espressione deve essere considerata nella connessione in cui è utilizzata, poiché è suscettibile di diverse accezioni.[587] Alla luce del contesto nel quale il termine *"necessary"* è inserito, sono certamente considerate rispondenti al requisito le misure che sono indispensabili o assolutamente necessarie o inevitabili per il raggiungimento dello scopo, ma *"the term necessary refers ... to a range of degrees of necessity"*, di tal che risultano comprese anche misure che semplicemente "contribuiscono" ad esso.

In particolare, l'Organo di Appello ritiene che l'accertamento della sussistenza del requisito in analisi ai sensi della lettera d) dell'Articolo XX, debba essere effettuato anche prendendo in considerazione l'importanza degli interessi o valori comuni che la legge o il regolamento che deve essere eseguito è

---

[586] *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/R, Report of the Panel, 29 January 1996, para. 6.24;

[587] *Korea – measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Beef)*, WT/DS161/AB/R e WT/DS169/AB/R, Report of the Appellate Body, 11 December 2000, para. 160-161;

diretto a proteggere: maggiormente vitali o importanti sono i primi, più facile è accettare la misura concepita per la loro attuazione.[588] Inoltre, prosegue l'organo giudicante, ci sono altri aspetti che devono essere considerati, quali l'ampiezza con cui la misura contribuisce alla realizzazione dello scopo perseguito e l'entità degli effetti restrittivi del commercio internazionale prodotti.[589] La necessità della misura appare determinata principalmente sulla base di un criterio quantitativo, basato sulla restrizione del commercio dalla stessa causato, piuttosto che sul grado di conformità con gli Accordi OMC.[590]

Nella pronuncia menzionata viene espressamente richiamato il procedimento di *"weighing and balancing"* tipico dell'applicazione dell'analisi proporzionale. Infatti, il caso in esame costituisce il cardine della ricostruzione del principio di proporzionalità applicato in seno al sistema di risoluzione delle controversie OMC, sul quale si fondano quelle tesi ritenti che esso costituisca uno dei fondamenti del sistema multilaterale del commercio.[591] Facendo un passo ulteriore rispetto a quanto affermato nelle pronunce precedentemente citate, secondo l'Organo di Appello la determinazione della disponibilità di una misura alternativa conforme al diritto OMC o meno restrittiva, la cui adozione possa essere ragionevolmente effettuata dallo Stato, comprende il procedimento di bilanciamento illustrato precedentemente.[592]

L'interpretazione di questa formulazione è stata elaborata dal Segretariato del GATT, il quale ha ritenuto che il requisito prescritto dall'Articolo XX si sia evoluto da *"a least-trade restrictive approach to a less-trade restrictive one, supplemented with a proportionality test"*, quest'ultimo definito come un procedimento di bilanciamento di una serie di fattori.

Se da un lato la pronuncia da ultimo menzionata comporta un'attenuazione della rigidità nell'accertamento del requisito della necessità, dall'altro lato il bilanciamento che viene descritto finisce per attribuire agli organi di risoluzione delle controversie un ruolo più invasivo nella valutazione della legittimità della misura oggetto del procedimento, richiedendo agli stessi di vagliare

---

[588] *Korea – Beef*, Appellate Body Report, para. 162;

[589] *Korea – Beef*, Appellate Body Report, para. 163;

[590] Conferma questa considerazione DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 468;

[591] Tra gli altri: HILF, "Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?", p. 111 e ss.; ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective"; DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 442;

[592] *Korea – Beef*, Appellate Body Report, para. 166;

la rilevanza di interessi e valori sui quali si fondano valutazioni e scelte operate dagli Stati membri.[593] La graduabilità del requisito in analisi ha condotto all'affermazione della possibilità di una diversificazione della giurisprudenza in ragione della questione che viene in rilievo nel procedimento, confermando, pertanto, l'apertura verso un maggiore attivismo degli organi giudicanti.[594]

La rilevanza del bilanciamento, quale aspetto del requisito della necessità indicata nell'Articolo XX, confermata nelle pronunce successive, porta l'Appellate Body ad individuare specificamente i fattori che rilevano nella determinazione della ragionevole disponibilità di una misura alternativa. In particolare, nella pronuncia del caso *EC – Asbestos*, viene specificata l'esigenza di valutare l'esistenza di una misura alternativa che permetta il raggiungimento dello stesso fine e che sia *"less restrictive on trade than a prohibition"*.[595]

La determinazione della necessità di una misura ai fini dell'applicazione delle eccezioni dell'Articolo XX GATT, alla luce della norma stessa e della giurisprudenza citata, comporta, pertanto, un bilanciamento di diversi fattori, la cui riconducibilità alla struttura dell'analisi proporzionale appare innegabile.

L'interpretazione elaborata con riferimento al requisito della necessità acquisisce particolare importanza in quanto consente di escludere misure di natura protezionistica, che fuoriescono dall'ambito di applicazione della previsione in analisi.

5.3.2.b – Le misure "related to".

L'altro termine utilizzato dall'articolo menzionato nella formulazione delle eccezioni ammesse è *"related to"*. La differenza testuale ha condotto gli organi di risoluzione delle controversie a ritenere l'esistenza di un diverso grado di connessione richiesto tra la misura e la politica perseguita dallo Stato.[596] Come sottolineato dall'Organo di Appello nella pronuncia del caso *Korea – Beef*, l'espressione utilizzata viene qualificata come *"more flexible textually than the "necessity" requirement"*.[597] La questione che emerge, pertanto, attiene alla possibilità di rilevare elementi

---

[593] Conforme è l'opinione espressa in ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 411;

[594] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 465;

[595] *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 172;

[596] *US – Gasoline*, Appellate Body Report, p. 18;

[597] *Korea – Beef*, Appellate Body Report, para. 161, ft. n. 104;

dell'analisi proporzionale nell'applicazione concreta delle eccezioni qualificate con il termine *"related to"*.

Nella ricerca del significato attribuito all'espressione in esame, vengono in rilievo due pronunce dell'Appellate Body. Nel caso *US – Gasoline*, criticando il ragionamento seguito dal Panel per la mancanza di chiarezza, l'Organo di Appello ritiene errata l'applicazione dell'Articolo XX let. g), poiché è stata trascurata la norma basilare per l'interpretazione dei trattati, espressa nell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna del '69. Specificamente, sottolineando l'esigenza di interpretare la previsione in analisi inserita nel contesto dell'Accordo, l'AB afferma che a quest'ultima non possa essere data una lettura espansiva tale da minare lo scopo e l'oggetto dell'Articolo III.4 GATT. Il significato da attribuire all'eccezione, continua l'organo decidente, deve essere ricercato sulla base del caso concreto, indagando il contesto di fatto e di diritto relativo alla specifica controversia senza trascurare le parole utilizzate dai singoli Stati per esprimere le proprie intenzioni.[598] Sulla base dell'espressione *"related to"*, secondo il parere dell'AB, la correlazione sussiste non solo qualora la misura sia primariamente volta alla realizzazione dello scopo, ma, in particolare, risulti configurabile un rapporto sostanziale, tale che la prima non possa ritenersi incidentalmente o inavvertitamente diretta al secondo.[599]

La seconda pronuncia rilevante ai fini della presente analisi è quella relativa al caso *US – Shrimp*, ove l'Organo di Appello, nel riprendere e confermare quanto espresso nella decisione da ultimo citata, ritiene che la previsione richieda la sussistenza di una relazione stretta e autentica tra i mezzi utilizzati e lo scopo.[600] Specificamente, l'AB reputa integrato il requisito prescritto dalla norma in quanto la misura oggetto del procedimento *"is not disproportionately wide in its scope and reach in relation to the policy objective ..."*.[601] In particolare, sulla base dell'interpretazione data nella presente decisione, la previsione in analisi richiede la sussistenza di un rapporto tra i mezzi utilizzati e il fine perseguito che viene identificato nella ragionevole correlazione, accertata mediante l'analisi della struttura della misura in questione.

---

[598] *US – Gasoline*, Appellate Body Report, p. 18;

[599] *US – Gasoline*, Appellate Body Report, p. 19;

[600] *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp)*, WT/DS58/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 October 1998, para. 136;

[601] *US – Shrimp*, Appellate Body Report, para. 141;

Se dalla lettura della pronuncia precedente non appare configurabile l'applicabilità dell'analisi proporzionale all'accertamento del requisito prescritto dall'Articolo XX lett. c), e) e g), la decisione da ultimo richiamata sembra togliere qualsiasi incertezza in proposito. Sebbene alla luce della norma e della giurisprudenza citata, il requisito in esame richieda un approccio meno rigoroso rispetto alla necessità analizzata in precedenza, appare condivisibile l'opinione secondo la quale l'espressione *"related to"* configuri uno standard maggiormente deferenziale che, tuttavia, include elementi del metodo proporzionale.[602] Conseguentemente, comparando i due termini utilizzati e l'applicazione concreta delle eccezioni, appare possibile configurare una diversità nella rilevanza dei valori alla cui protezione è diretta ciascuna singola previsione elencata nella norma: l'ambiente sembra più facilmente tutelabile rispetto alla salute pubblica.[603]

L'incontestato riferimento alla sussistenza di una relazione di tipo sostanziale tra i mezzi utilizzati e lo scopo al cui raggiungimento sono diretti, qualificata come ragionevole, appare riconducibile all'elemento del principio di proporzionalità identificato nell'idoneità della misura. Inoltre, sembra togliere ogni dubbio l'espresso riferimento effettuato dall'Appellate Body alla non sproporzionata ampiezza della misura oggetto del procedimento rispetto allo scopo perseguito.

Una diversa opinione, al contrario, ritiene che la mancanza del requisito in base al quale lo Stato sarebbe tenuto a scegliere la misura meno restrittiva del commercio, potrebbe condurre alla conclusione che non emerga alcuna questione di bilanciamento tra la politica statale e la restrizione al commercio.[604] Tale opinione, tuttavia, non può indurre a concludere l'insussistenza della configurabilità di un approccio proporzionale alla questione. La necessità di un bilanciamento appare configurabile, sebbene i termini del paragone siano diversi da quelli da ultimo menzionati: non rileva tanto la restrizione al commercio causata dalla misura, ossia l'effetto prodotto, bensì i mezzi utilizzati, quindi la misura stessa, e lo scopo al cui raggiungimento sono diretti. Poiché non sono i termini a caratterizzare l'analisi proporzionale, quanto piuttosto il metodo che essa esprime, non appare possibile, per tale motivo, escludere la sua configurabilità nella previsione esaminata.

Tuttavia, poiché risulta del pari innegabile la minor rigidità richiesta nell'accertamento del requisito della correlazione, non vi sono elementi per poter affermare la stringente applicazione di tutti gli

---

[602] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 413;

[603] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 472;

[604] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 472;

elementi del metodo proporzionale, ma solo il riferimento ad alcuni di essi, specificamente l'idoneità della misura e il presupposto della sua legittimità.

5.3.2.c – Il cappello introduttivo dell'Articolo XX GATT.

Una volta accertata la giustificabilità della misura alla luce di una delle eccezioni elencate dalle lettere a-j, la seconda fase prevede la verifica della sua conformità con il cappello introduttivo dell'Articolo XX, ossia la misura adottata non deve essere applicata in modo tale da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata o una dissimulata restrizione del commercio internazionale. Lo scopo di tale previsione, come definito nella pronuncia dell'AB nel caso *US – Gasoline*, di prevenire l'abuso delle eccezioni elencate, non è diretto tanto a mettere in discussione la misura in quanto tale, quanto piuttosto la modalità attraverso la quale viene applicata.[605] Nell'interpretazione dell'Organo di Appello, la necessità che le eccezioni *"must be applied reasonably"*, appare avere come corollario il maggior peso dell'onere di dimostrare che la misura non costituisce un abuso rispetto alla prova della conformità della stessa con uno dei paragrafi elencati nella previsione.

La conclusione relativa alla funzione della previsione in analisi, è confermata anche nella pronuncia del caso *US – Shrimp*, ove viene ulteriormente specificato che il cappello introduttivo include il riconoscimento da parte degli Stati membri della necessità di mantenere un equilibrio tra il diritto di uno Stato di invocare una delle eccezioni elencate nell'Articolo XX, da un lato, e i diritti sostanziali degli altri Stati sanciti nel GATT, dall'altro lato. Il fondamento logico e la giustificazione della misura sulla base del cappello introduttivo della previsione menzionata non possono essere costituiti dal suo obiettivo politico.[606] A parere dell'Organo di Appello, l'incipit della norma contiene il riconoscimento ad opera degli Stati della necessità di mantenere un bilanciamento tra il diritto in capo allo Stato di invocare una delle eccezioni elencate e il dovere dello stesso di rispettare i diritti nascenti dal trattato in capo agli altri Stati membri.[607]

Con quest'ultima pronuncia, si evidenzia come l'attento bilanciamento di diversi fattori costituisca il meccanismo che consente di evitare l'abuso nel ricorso alle eccezioni. Ciascuna di queste ultime è limitata e condizionata dalle obbligazioni sostanziali contenute nelle altre previsioni dell'Accordo.

---

[605] *US – Gasoline*, Appellate Body Report, p. 22;

[606] *US – Shrimp*, Appellate Body Report, para. 149;

[607] *US – Shrimp*, Appellate Body Report, para. 156;

L'esercizio abusivo dei diritti contenuti nel trattato costituisce una violazione non solo dei diritti degli altri membri, ma anche degli obblighi posti in capo allo Stato autore, in virtù della qualificazione della previsione in analisi, effettuata dall'AB, quale espressione del principio di buona fede di cui la dottrina dell'abuso del diritto, costituisce una applicazione.[608] Pertanto, il ricorso alla previsione in analisi comporta la ricerca di un equilibrio tra i diritti degli Stati parte dell'OMC: rispettivamente quello di invocare l'eccezione e quelli sostanziali previsti dalle altre norme. Tale linea di equilibrio non è immutabile, ma varia con il variare della misura in questione e con la diversità dei fatti relativi al caso concreto.

Specificamente, la previsione proibisce l'applicazione di misure nazionali con riferimento a tre standard: qualora costituiscano un'arbitraria o un'ingiustificata discriminazione tra Stati in cui vigono le stesse condizioni oppure una dissimulata restrizione al commercio. Secondo una tesi, la pronuncia da ultimo citata, dimostra che l'interpretazione e l'applicazione di questi tre requisiti è influenzata e governata dal globale approccio restrittivo incentrato sul bilanciamento degli interessi della parte che invoca l'eccezione e degli altri membri, nell'avere la conferma dei propri diritti derivanti dal trattato.[609] Le pronunce citate, secondo questa opinione, costituiscono la manifestazione della preferenza dell'AB per un procedimento che coinvolge il bilanciamento di interessi.

Affinché possa essere invocata una delle eccezioni elencate nell'Articolo XX, pertanto, lo Stato è tenuto ad applicare la misura in una modalità ragionevole, tenendo in considerazione non solo i propri diritti, ma in modo particolare quelli degli altri Stati. È tale operazione di bilanciamento che, in ultima analisi, determina l'arbitraria o ingiustificata discriminazione oppure costituisce una dissimulata restrizione del commercio.[610]

Nondimeno, data la distinzione inziale relativa alle fasi dell'accertamento della conformità della misura con l'Articolo XX, si rende opportuno un chiarimento: oggetto della prima fase è la verifica della giustificabilità della misura sulla base di una delle eccezioni elencate, alla luce della specifica connessione richiesta tra la stessa e lo scopo che è diretta a realizzare, comportando pertanto un bilanciamento di diversi fattori. Diversamente, l'operazione di bilanciamento prevista nella seconda

---

[608] *US – Shrimp*, Appellate Body Report, para. 157-159;

[609] MCRAE Donald, "GATT Article XX and the WTO Appellate Body", in BRONKERS Marco, QUICK Reinhard (Eds), "New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John Jackson", Kluwer Law International, Deventer, 2000, p. 219, a p. 230-231;

[610] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 414;

fase, vede come termini da un lato l'interesse degli Stati alla liberalizzazione del commercio e, dall'altro, quello di uno o più membri alla protezione di valori nazionali.

Tuttavia, la riconducibilità del bilanciamento, richiesto sulla base dell'interpretazione data alla previsione in analisi, al principio di proporzionalità non è uniformemente condivisa. Una prima tesi, infatti, sostiene che lo scopo dell'incipit dell'articolo in analisi sia limitato e il riferimento al bilanciamento di interessi risulti fuorviante.[611] Criticando l'approccio dell'Organo di Appello, secondo questa opinione, l'introduzione di un bilanciamento porterebbe alla possibilità di ritenere illegale una misura che è stata legittimamente applicata sulla base di una delle eccezioni elencate nell'Articolo XX, poiché soverchiata da più importati interessi relativi al commercio internazionale. Sarebbe stato preferibile che l'AB si fosse contenuto alla considerazione della limitatezza e condizionalità delle eccezioni: limitate perché applicabili solo in circostanze definite e condizionate in quanto accettabili alla luce dell'incipit solo se non costituenti un mezzo di arbitraria o ingiustificata discriminazione oppure una dissimulata restrizione al commercio. Tale tesi, non nega, tuttavia, l'interpretazione data all'incipit dell'Articolo XX mediante l'applicazione di un bilanciamento da parte dell'AB, sebbene tale approccio venga criticato in quanto ritenuto non supportato dalla struttura stessa della previsione.

Secondo una tesi parzialmente diversa, il richiamo effettuato dall'AB all'abuso del diritto non richiede tanto un bilanciamento ove gli interessi in conflitto sono soppesati tra loro per stabilire una gerarchia, bensì un mero confronto tra i diritti individuali in questione al fine di individuare un equilibrio accettabile tra le due parti.[612] Tuttavia, questa considerazione sembra escludere solo formalmente l'applicabilità del principio in questione, poiché l'analisi che viene sviluppata appare ricalcare alcuni degli elementi della proporzionalità. In secondo luogo, tale tesi sembrerebbe ascrivere al principio di proporzionalità una funzione che non gli appartiene, ossia quella di permettere l'elaborazione di gerarchie di valori. Al contrario, mediante il ricorso a questo principio l'organo investito della questione ha a propria disposizione uno strumento diretto all'individuazione di equilibri tra i diversi interessi e valori non in via astratta, ma alla luce delle specificità del caso concreto, come sottolineato dalle stesse pronunce menzionate. Inoltre, l'applicabilità di questo principio non determina automaticamente l'indicazione dei termini che costituiscono l'oggetto

[611] WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 472-473;

[612] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 474, 476;

dell'analisi, questi ultimi, piuttosto, sono individuati di volta in volta dal giudice alla luce delle norme che regolano il caso.

Al contrario, l'esigenza di bilanciamento, come sviluppata dalla giurisprudenza dall'AB, determina la riconducibilità dell'operazione al principio di proporzionalità, a fortiori se si considera la sua essenza storica e concettuale quale principio diretto al bilanciamento di politiche pubbliche e interessi o diritti individuali.[613] Un approccio di questo tipo non pone in questione l'obiettivo di politica generale perseguito dallo Stato in quanto tale, bensì è diretto ad accertare se la misura adottata per la sua realizzazione risulti sproporzionata o irragionevole. Questa conclusione appare non solo condivisibile, ma anche conforme alla struttura dell'OMC, in quanto consente il mantenimento della separazione del piano nazionale e interno da quello sovranazionale, limitando la discrezionalità dell'organo decidente nella valutazione della misura oggetto del procedimento, con la conseguenza di evitare un'indagine eccessivamente intrusiva nelle scelte di politica interna dello Stato coinvolto.

Concludendo, nell'ambito dell'Articolo XX, la proporzionalità può essere concepita nella sua generica funzione, quale principio e strumento flessibile che guida l'indagine giuridica nella legalità della misura nazionale.

5.3.3 – Gli Accordi SPS e TBT.

L'Accordo relativo alle misure sanitarie e fitosanitarie (*SPS Agreement*) e quello disciplinante le barriere tecniche al commercio (*TBT Agreement*) vengono in rilievo nella considerazione e applicazione del principio di proporzionalità all'interno del sistema di risoluzione delle controversie OMC in quanto, nello stabilire dettagliate obbligazioni positive per le normative nazionali, sono intesi a mitigare l'effetto restrittivo del commercio generato da queste ultime, lasciando un margine di discrezionalità sufficiente agli Stati per perseguire le proprie politiche interne. Questa funzione viene condotta mediante il ricorso a standard che, sebbene non esplicitamente previsti dagli Accordi, risultano applicabili quali requisiti della normativa nazionale.

[613] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 415;

5.3.3.a – L'Accordo SPS.

L'Accordo SPS, avente l'obiettivo di evitare non necessarie o dissimulate restrizioni al commercio, all'Articolo 2.2 prescrive il dovere degli Stati di assicurare che qualsiasi misura sanitaria o fitosanitaria, dotata di un base scientifica, sia applicata *"only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health"*. Inoltre, l'Articolo 5.6 prevede che le medesime misure non possano essere maggiormente restrittive del commercio di quanto richiesto per raggiungere un appropriato livello di protezione sanitaria e fitosanitaria. Quest'ultima previsione è esplicata dalla nota ad essa annessa, secondo la quale una misura *"is not more trade-restrictive than required unless there is another measure, reasonably available ... that achieves the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection and is significantly less restrictive to trade"*. Nonostante la loro stretta relazione, una violazione del secondo articolo citato non presuppone necessariamente anche una difformità dall'Articolo 2.2.

Una misura viene qualificata come necessaria per la protezione della salute e della vita se risponde a due requisiti: deve essere idonea e richiesta.[614] Mentre, l'indispensabilità della misura per la protezione della salute comporta la presunzione della sua necessità, qualora la stessa si limiti soltanto a contribuire allo scopo cui è diretta, emergono altri fattori ai fini di accertarne la rispondenza ai requisiti prescritti, quali la rilevanza dell'obiettivo, il contributo effettivo apportato e gli effetti negativi sul commercio. Ne consegue che maggiori sono la rilevanza dell'obiettivo e il contributo alla protezione dell'interesse, più facilmente la misura sarà ritenuta necessaria, con minor rilievo delle implicazioni sul commercio.

L'espressione utilizzata dalla norma, richiedente che la misura adottata sia applicata *"to the extent necessary"*, incorpora il principio di proporzionalità in particolare con riferimento all'elemento della idoneità.[615] Innanzitutto, risulta emergere implicitamente dalla norma, l'esigenza che la misura sia idonea alla protezione della vita o della salute umana, animale o vegetale.[616] L'innegabile sussistenza di una relazione tra la misura stessa e lo scopo che è diretta a realizzare, trova la propria espressione

[614] WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, SEIBERT-FOHR Anja (Eds), "WTO – Technical Barriers and SPS Measures", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007;

[615] MITCHELL, "Legal Principles in WTO Disputes", p. 201;

[616] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 454; ORTINO Federico, "Basic Legal Instruments for the Liberalization of Trade: a Comparative Analysis of EC and WTO Law", Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, p. 445;

non solo nella richiesta di sufficienti prove scientifiche, ma in particolar modo nell'esigenza che la stessa sia fondata su una valutazione del rischio.

Il requisito sancito dall'Articolo 2.2, richiedente che la misura adottata trovi il proprio fondamento su principi scientifici e non sia mantenuta in mancanza di prove scientifiche, rispecchia l'intento generale dell'Accordo SPS di realizzare un bilanciamento tra la promozione del commercio internazionale e la protezione della vita e della salute. La sufficienza delle prove, specificamente, è direttamente connessa alla necessità della misura, richiedendo con quest'ultima la configurazione di una relazione razionale e oggettiva.[617] Ne consegue che, se da un lato l'esistenza di prove contribuisce al positivo accertamento della necessità della misura, dall'altro, la sufficienza delle prima dipende dalla natura e dalle implicazioni della seconda. Data la premessa, un ulteriore elemento che, pertanto, deve essere preso in considerazione è costituito dagli effetti che la misura in questione produce sul commercio: maggiore è l'ostacolo che quest'ultima genera, più rigorosa deve essere la giustificazione scientifica della stessa, determinata in ragione del rischio alla salute o alla vita coinvolto.[618]

L'interpretazione data alla norma, elaborata nella pronuncia dell'AB relativa al caso *Japan – Apples*, conduce ad affermare la sproporzione della misura qualora non esista una relazione razionale ed oggettiva tra la stessa e le prove scientifiche dirette a giustificarla.[619] La considerazione che segue, nell'analisi svolta dall'Organo di Appello, esprime la relatività dell'approccio utilizzato dal Panel, la cui correttezza ai sensi dell'Articolo 2.2 dipende dalle particolari circostanze del caso concreto.

Nonostante quest'ultima affermazione, non appare essere messo in discussione il requisito sancito dalla norma. Emerge, pertanto, una formulazione peculiare del requisito dell'idoneità come elemento del principio di proporzionalità: non solo, infatti, è richiesta la sussistenza di un nesso causale tra la misura e lo scopo alla cui attuazione è diretta, ma l'Articolo 2.2 dell'Accordo prescrive anche un requisito di natura procedurale, attinente alla considerazione degli elementi di prova. I termini del paragone considerati ai fini della determinazione della sproporzionalità, nella pronuncia menzionata, vengono identificati, da un lato, nella misura adottata dallo Stato e, dall'altro, nel rischio che la stessa è diretta a fronteggiare dimostrato dalle prove scientifiche apportate. Sebbene tale considerazione,

---

[617] *Japan – Measures Affecting Agricultural Products (Japan – Agricultural Products II)*, WT/DS76/AB/R, Report of the Appellate Body, 22 February 1999, para. 84, confermato nelle successive pronunce quali *Japan – Apples*, Appellate Body Report, para. 162;

[618] WOLFRUM, STOLL, SEIBERT-FOHR, "WTO – Technical Barriers and SPS Measures";

[619] *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples (Japan – Apples)*, WT/DS245/AB/R, Report of the Appellate Body, 26 November 2003, para. 163;

formulata dal Panel nel caso *Japan – Apples* e oggetto di critica, non sia stata censurata dall'Organo di Appello, il quale al contrario ne ha dato conferma, la stessa è stata, tuttavia, limitata con riferimento alla specificità del caso concreto.[620]

Sembra, pertanto, possibile identificare due diverse relazioni: la prima tra la misura adottata e lo scopo perseguito di tutela della vita e della salute, propriamente riconducibile all'analisi proporzionale, e, la seconda, tra la misura stessa e il rischio accertato. È con riferimento a questi ultimi due termini che deve sussistere una connessione razionale;[621] tuttavia, la stessa appare necessaria ai fini della determinazione dell'idoneità della misura alla realizzazione dello scopo al quale è diretta.

L'Articolo 5 del medesimo Accordo costituisce applicazione specifica dell'obbligazione contenuta nell'Articolo 2.2. La considerazione del principio di proporzionalità viene in rilievo con riferimento alla previsione del paragrafo 6, poco sopra menzionata, che proibisce l'adozione di misure più restrittive del commercio di quanto richiesto per il raggiungimento ad opera dello Stato di un appropriato livello di protezione sanitaria o fitosanitaria. Questa previsione, comprensiva della nota integrativa, costituisce specifica espressione della necessità quale elemento del principio di proporzionalità, denominata anche *"less-trade restrictive requirement"*. Tale requisito è stato assimilato a quello prescritto dall'eccezione dell'Articolo XX, let. b) GATT, analizzata precedentemente, con riferimento al test di necessità elaborato dalla giurisprudenza.[622]

Riprendendo la pronuncia del caso *Australia – Salmon*,[623] alla luce della definizione inserita nella nota alla previsione menzionata, risulta una violazione dell'Accordo SPS solo se la parte ricorrente dimostra la presenza di misure alternative che rispettano tre requisiti: la ragionevole disponibilità delle stesse considerata l'attuabilità tecnica ed economica, il raggiungimento di un livello similare di protezione, la significativa minore restrittività del commercio rispetto alla misura contestata.[624]

---

[620] *Japan – Apples*, Appellate Body report, para. 164;

[621] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 455; ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO in Comparative Perspective", p. 418;

[622] WOLFRUM, STOLL, SEIBERT-FOHR, "WTO – Technical Barriers and SPS Measures", p. 456; MITCHELL, "Legal Principles in WTO Disputes", p. 201;

[623] *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (Australia – Salmon)*, WT/DS18/AB/R, Report of the Appellate Body, 20 October 1998;

[624] *Australia – Salmon*, Appellate Body report, para. 194;

Secondo l'interpretazione data dall'AB, la misura è conforme all'Accordo SPS se anche solo uno degli elementi indicati non risulta integrato.

L'esistenza di una misura alternativa non è di per se sola sufficiente a ritenere sussistente una violazione, bensì è ulteriormente necessario che essa sia *"reasonably available"*, considerando la sua attuabilità tecnica ed economica.

Il secondo elemento evidenziato dall'Organo di Appello richiede un'analisi del livello di protezione scelto dallo Stato, per determinare l'appropriatezza della misura ai fini della sua realizzazione. Questo accertamento comporta un giudizio sull'efficacia sia della misura oggetto del procedimento, sia di quella alternativa individuata, venendo a costituire un elemento che rende maggiormente difficoltoso il compito attribuito all'organo investito della questione, poiché comporta il rischio di un'analisi eccessivamente intrusiva sulle scelte di politica interna. Tuttavia, tale eventualità appare evitata grazie all'interpretazione dell'Organo di Appello, secondo la quale la considerazione di questo elemento non comporta un'interferenza con la scelta del livello di protezione sanitaria e fitosanitaria nazionale: la definizione di quest'ultimo costituisce una prerogativa dello Stato, non del Panel né dell'AB.[625] Il livello appropriato di protezione, infatti, si differenzia dalla misura stessa costituendo, il primo, l'obiettivo e, la seconda, lo strumento per la sua realizzazione.

Specificamente, la correlazione tra i due viene individuata mediante il riferimento all'Articolo 5.6 dell'Accordo SPS sulla base del quale la determinazione del livello di protezione appare precedere logicamente, nel procedimento decisorio, la scelta e il mantenimento della misura sanitaria o fitosanitaria, non viceversa. Ne consegue che la previsione menzionata richiede di indagare la possibile esistenza di misure alternative che realizzino il livello appropriato di protezione, come determinato dallo Stato, non di giudicare l'appropriatezza del livello che ciascun membro desidera raggiungere.[626]

Affinché sia integrato anche l'ultimo elemento è necessario che la restrizione al commercio generata dalla misura alternativa sia significativamente inferiore rispetto a quella causata dalla misura contestata. L'aggiunta del termine *"significantly"* non solo assicura che misure leggermente più restrittive del commercio non superino l'accertamento,[627] ma costituisce anche il mezzo che consente

---

[625] *Australia – Salmon*, Appellate Body report, para. 199-200;

[626] *Australia – Salmon*, Appellate Body report, para. 203-204;

[627] WOLFRUM, STOLL, SEIBERT-FOHR, "WTO – Technical Barriers and SPS Measures", p. 457;

l'adattamento del principio di proporzionalità alle esigenze specifiche della previsione interpretata. Infatti, la lettura combinata delle due norme citate porta ad una visione peculiare del principio di proporzionalità con riferimento ai suoi elementi: l'idoneità della misura, invero, comprende anche aspetti di carattere procedurale, attinenti alla valutazione delle prove, con la conseguenza che, nonostante la sua rispondenza al requisito della necessità, potrebbe risultare la non idoneità alla realizzazione dello scopo cui è diretta.[628]

Un'ultima previsione che viene in rilievo nella considerazione del principio di proporzionalità nell'Accordo SPS è costituita dall'Articolo 5.4, ove viene richiesta agli Stati la determinazione del livello appropriato di protezione sanitaria e fitosanitaria.[629] Il requisito dell'appropriatezza, già emerso nella considerazione delle contromisure, prescritto dall'Accordo SCM, può essere interpretato come una sorta di bilanciamento, richiedente agli Stati, nello specifico, di considerare l'obiettivo di minimizzare gli effetti negativi per il commercio nella scelta della misura. Tuttavia, a differenza dell'obbligazione prescritta con riferimento alle contromisure, la norma da ultimo menzionata non prevede un obbligo in capo agli Stati, ma, come analizzato dall'AB nel caso *EC – Hormones*, l'utilizzo del termine *"should"* attribuisce alla previsione valore semplicemente esortativo.[630] Ne consegue che, la terminologia utilizzata e l'interpretazione della norma, inducono a ritenere che non sia prescritto un bilanciamento con i possibili effetti negativi sul commercio, nella determinazione del livello di protezione appropriato.[631]

Sembra possibile, pertanto, individuare elementi del principio di proporzionalità che governano la determinazione della conformità dei diversi livelli di protezione scelti individualmente dagli Stati con l'Accordo SPS, evitando di causare discriminazioni o restrizioni del commercio non in linea con lo scopo che le misure sanitarie e fitosanitarie consentite sono dirette a tutelare.[632] Sebbene sia da escludere la configurabilità di un requisito di proporzionalità *stricto sensu*, la valutazione relativa all'idoneità della misura alla realizzazione dell'obiettivo al quale è diretta, nonché l'accertamento

---

[628] MITCHELL, "Legal Principles in WTO Disputes", p. 201;

[629] ORTINO, " Basic Legal Instruments for the Liberalization of Trade", p. 466;

[630] *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones (US))*, WT/DS26/R, Report of the Panel, 18 August 1997, para. 8.166;

[631] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO in Comparative Perspective", p. 417; ORTINO, " Basic Legal Instruments for the Liberalization of Trade", p. 467;

[632] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO in Comparative Perspective", p. 420;

dell'inesistenza di misure alternative meno restrittive del commercio, sono elementi presenti nelle norme dettate dall'Accordo esaminato.

5.3.3.b – L'Accordo TBT.

L'obiettivo dell'Accordo TBT è, in primo luogo, di assicurare che regolamentazioni tecniche, standard e procedure nazionali dirette all'accertamento della conformità con requisiti interni, non producano ostacoli non necessari al commercio internazionale.[633]

L'Articolo 2.2 dell'Accordo TBT prescrive l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che le regolamentazioni tecniche non siano predisposte, adottate o applicate nell'ottica o con l'effetto di creare ostacoli non necessari al commercio internazionale. A tal fine, le regolamentazioni non devono essere più restrittive del commercio *"than necessary to fulfill a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfillment would create"*. La previsione continua elencando alcuni scopi considerati legittimi; inoltre, a differenza dell'Accordo SPS, sono indicati anche degli elementi che rilevano nella valutazione del rischio stesso.

Nell'ambito dell'Accordo in considerazione, sia gli scopi perseguiti che il livello scelto per la loro attuazione sono ritenuti prerogativa degli Stati.[634] A tale proposito, è stata affermata la non esaustività della lista degli scopi che sono considerati legittimi, contenuta nella previsione menzionata.[635] Ne consegue che, anche con riferimento alle regolamentazioni tecniche ai sensi dell'Accordo TBT, non può costituire oggetto di indagine il livello di protezione scelto dallo Stato. Tuttavia, il diritto di quest'ultimo di determinare tale livello dovrebbe essere bilanciato con l'esigenza sancita dall'Accordo TBT. Lo stesso Panel che si è pronunciato nel caso *EC – Sardines*, nel sottolineare la libertà degli Stati relativamente alla determinazione degli obiettivi e dei livelli di protezione, ha affermato come l'Articolo 2.2 e il preambolo dell'Accordo impongano dei limiti alla loro autonomia regolamentare.[636]

---

[633] Preambolo all'Accordo relativo alle barriere tecniche al commercio (TBT);

[634] *European Communities – Trade Description of Sardines (EC – Sardines)*, WT/DS231/R, Report of the Panel, 29 May 2002, para. 7.120;

[635] *US – Measure Concerning the Importation, Marketing and Sales of Tuna and Tuna Products (US – Tuna II)*, WT/DS381/R, Report of the Panel, 15 September 2011, para. 7.437; confermato anche dall'AB, *US – Tuna II*, WT/DS381/AB/R, Report of the Appellate Body, 16 May 2012, para. 313;

[636] *EC – Sardines*, Panel Report, para. 7.120;

L'accertamento della conformità della misura interna all'Articolo 2.2 si sviluppa secondo due fasi:[637] innanzitutto, la misura deve essere diretta alla realizzazione di uno scopo legittimo, con la conseguenza che sia quest'ultimo che il suo oggetto possono essere sottoposti al giudizio degli organi OMC, al fine di determinarne la legittimità. In secondo luogo, la misura non deve essere più restrittiva del commercio di quanto necessario. A tale proposito, la valutazione deve tenere in considerazione il rischio che la mancata realizzazione dell'obiettivo potrebbe creare.

Quanto al primo requisito, l'espressione utilizzata dall'Accordo in base alla quale la misura deve essere *"necessary to fulfil a legitimate objective"*, sancisce l'esigenza di un collegamento causale tra la stessa e l'obiettivo perseguito, riconducibile al metodo descritto dall'analisi proporzionale.[638] Lo scopo, infatti, costituisce il riferimento fondamentale per lo svolgimento della seconda parte dell'accertamento, diretta a determinare se la misura oggetto del procedimento risulti più restrittiva del commercio di quanto necessario ai fini della realizzazione dell'obiettivo.[639]

Nella conduzione della prima fase dell'analisi, come conferma l'AB nella controversia *US – Tuna II*, il Panel non è vincolato dalla caratterizzazione dello scopo data dallo Stato coinvolto, bensì si sottolinea come lo svolgimento di tale accertamento debba essere condotto in modo indipendente ed oggettivo, prendendo in considerazione il testo delle normative, la storia legislativa e altre prove attinenti alla struttura e alle modalità operative della misura.[640]

Sebbene inizialmente non fosse uniformemente condivisa l'attribuzione del potere di indagare la legittimità dello scopo perseguito in capo ai Panel e l'AB, la giurisprudenza sviluppata con riferimento alla norma in analisi riconosce in modo alquanto inequivocabile tale prerogativa in capo agli organi del sistema di risoluzione delle controversie OMC.

Nella pronuncia da ultimo citata, inoltre, l'Organo di Appello nel proseguire la sua analisi, sancisce il compito del Panel di accertare in quale grado la regolamentazione tecnica oggetto del procedimento

---

[637] *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US – Clove Cigarettes)*, WT/DS406/R, Report of the Panel, 2 September 2011, para. 7.333; *US – Tuna II*, Panel Report, para. 7.388;

[638] A tale proposito, si è pronunciato il Panel nella controversia *US – Clove Cigarettes*, affermando che l'identificazione dello scopo perseguito costituisce il logico punto di partenza dell'analisi da condurre ai sensi dell'Articolo 2.2.

[639] *US – Clove Cigarettes*, Panel Report, para. 7.335; sulla stessa linea si pone anche la pronuncia *US – Tuna II*, Panel Report, para. 7.436: riprendendo quanto sancito anche dall'Organo di Appello nella controversia *EC – Sardines*, il Panel, da un lato, conferma la prerogativa degli Stati nella scelta degli scopi perseguiti dalla misura adottata e, dall'altro, ritiene che questa fase dell'analisi della controversia implichi lo svolgimento di un esame con la conseguente determinazione della legittimità degli scopi della misura;

[640] *US – Tuna II*, Appellate Body Report, para. 314;

contribuisce realmente allo scopo legittimo perseguito dallo Stato, confermando, pertanto, l'esigenza di una correlazione tra la misura stessa e lo scopo.[641]

Il secondo requisito, invece, risulta assimilabile a quello prescritto dall'Accordo SPS, analizzato precedentemente. Gli Stati sono tenuti a non creare ostacoli al commercio che risultino non necessari o la cui applicazione equivalga ad una discriminazione arbitraria o ingiustificata o ad una dissimulata restrizione del commercio internazionale.[642] La questione che emerge a tale proposito consiste nella applicabilità del test di necessità, come sviluppato dalla giurisprudenza con riferimento all'Accordo SPS, anche alle regolamentazioni tecniche ai sensi dell'Accordo TBT.[643] Pertanto, al fine di dimostrare la sussistenza di una violazione sarebbe necessario provare che una misura alternativa è ragionevolmente disponibile, realizza lo scopo legittimo perseguito dallo Stato ed è significativamente meno restrittiva del commercio di quella scelta. Depone a favore di una risposta positiva la formulazione similare delle rispettive previsioni rilevanti in ciascun accordo, con la conseguente possibilità di affermare la sussistenza della medesima essenza dello standard di necessità.[644]

Nella controversia *US – Clove Cigarettes*, a fronte della posizione degli Stati Uniti che affermavano l'esigenza di interpretare l'Articolo 2.2 in conformità con la corrispondete previsione dell'Accordo SPS, il Panel ha affermato l'inesistenza di pronunce di altri Panel o dell'AB che suggeriscano una differenza tra le previsioni dell'Accordo SPS e la giurisprudenza relativa all'Articolo XX(b) GATT. Pertanto, tale giurisprudenza sarebbe rilevante ai fini dell'interpretazione dell'Articolo 2.2 dell'Accordo TBT per accertare se la misura oggetto della controversia risulti più restrittiva del commercio di quanto necessario.[645]

È di pochi giorni successiva, la pronuncia relativa al caso *US – Tuna II*, ove il Panel ritiene che la precisazione contenuta nella nota n. 3 all'Articolo 5.6 dell'Accordo SPS, con riferimento all'espressione *"not more trade-restrictive than required"*, sia pertinente ai fini dell'interpretazione

---

[641] *US – Tuna II*, Appellate Body Report, para. 317;

[642] *EC – Sardines*, Panel Report, para. 7.120;

[643] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 459;

[644] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 423; della medesima opinione, ritenendo in tal modo di garantire l'uniformità nell'interpretazione, nonché alla luce della ritenuta conformità tra la previsione dell'Accordo SPS, considerata comprensivamente della nota n. 3, con quella dell'Articolo XX GATT è ORTINO, "Basic Legal Instruments for the Liberalization of Trade", p. 463;

[645] *US – Clove Cigarettes*, Panel Report, para. 7.366, 7.368;

dell'Articolo 2.2 dell'Accordo TBT, sebbene quest'ultima norma non contenga alcun requisito relativo alla significativa maggiore restrizione al commercio di quanto necessario, con riferimento alla regolamentazione tecnica.[646] La creazione di un *"unecessary obstacle to trade"* ai sensi della prima parte della norma può essere accertata attraverso la considerazione di misure alternative che raggiungono lo stesso risultato con un minor grado di restrittività del commercio. L'organo di primo grado, facendo applicazione della giurisprudenza sviluppata con riferimento all'Articolo XX del GATT, ritiene che il termine *"necessary"* utilizzato nell'Articolo 2.2 significhi essenzialmente che la restrizione al commercio deve essere richiesta (*"required"*) per la realizzazione dell'obiettivo legittimo perseguito dallo Stato, secondo il livello di protezione scelto da quest'ultimo.[647]

L'Organo di Appello a cui è deferita la medesima controversia, confermando l'interpretazione data dal Panel, individua alcuni fattori che costituiscono la base per la determinazione della sussistenza del requisito della necessità: la restrittività al commercio della regolamentazione tecnica, il grado di contribuzione che la stessa apporta alla realizzazione dell'obiettivo legittimo e i rischi che la mancata realizzazione potrebbe creare.[648] Questa interpretazione dell'Articolo 2.2 viene confermata nella successiva pronuncia relativa alla controversia *US – COOL*.[649]

Appare possibile, pertanto, individuare l'esigenza di proporzionalità nel rapporto sussistente tra i fattori indicati dall'Organo di Appello, in particolare in ragione del riferimento all'analisi comparativa con misure alternative ragionevolmente disponibili, quale strumento diretto ad accertare se la misura oggetto del procedimento sia più restrittiva del commercio di quanto necessario.[650]

Per quanto attiene al rischio, è rilevabile un'incertezza relativa al significato della previsione. Innanzitutto, il rischio che deve essere preso in considerazione riguarda la mancata realizzazione dell'obiettivo legittimo perseguito, non quello determinato dall'assenza di una regolamentazione tecnica.[651] In secondo luogo, l'espressione *"taking into account"* non sancisce un obbligo rigoroso,

---

[646] *US – Tuna II*, Panel Report, para. 7.464;

[647] *US – Tuna II*, Panel Report, para.7.458-7.463, para. 7.465;

[648] *US – Tuna II*, Appellate Body Report, para. 318, 322;

[649] *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (US – COOL)*, WT/DS384/AB/R e WT/DS386/AB/R, Report of the Appellate Body, 29 June 2012, para. 468-469;

[650] *US – Tuna II*, Appellate Body Report, para. 320;

[651] A tale proposito si vedano le posizioni di Canada e Unione Europea nella controversia *European Community – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/R, Report of the Panel, 18 September 2000, para. 3.279 e 3.290;

ma lascia un margine di discrezionalità in capo all'organo giudicante nell'apprezzamento del rischio indicato.

Da un lato, l'espressione contenuta nella norma appare assimilabile ad un'operazione di bilanciamento tra la rilevanza del valore protetto e il grado con cui la regolamentazione contribuisce alla realizzazione dello scopo, con la conseguenza che l'accertamento del rischio della mancata realizzazione dell'obiettivo costituirebbe parte dell'analisi relativa al requisito della necessità. Dall'altro, l'espressione giustificherebbe anche l'applicazione dell'analisi proporzionale nella sua interezza, autorizzando il Panel a determinare se gli effetti negativi sul commercio risultano eccessivi o sproporzionati rispetto al rischio di non realizzare l'obiettivo perseguito, con la conseguenza che una misura potrebbe risultare sproporzionata anche se costituisce quella meno restrittiva del commercio.[652] Ad ogni buon conto, indipendentemente dall'approccio utilizzato, appare condivisibile l'esistenza di un'obbligazione implicita, sancita dalla norma, attestante l'esigenza di una connessione razionale tra la misura e il rischio valutato.[653]

L'applicazione del principio di proporzionalità con riferimento alla norma in analisi, nondimeno, appare trovare conferma nell'interpretazione elaborata dall'AB con riferimento alla considerazione del rischio. Quest'ultima, infatti, porta l'Organo di Appello a ritenere presente *"a further element of weighing and balancing"* nella determinazione della necessità della restrizione al commercio generata dalla regolamentazione tecnica o, in alternativa, della presenza di una misura ragionevolmente disponibile, meno restrittiva del commercio, che dia un contributo equivalente allo scopo legittimo.[654]

Concludendo, dall'analisi del testo dell'Accordo TBT ed in particolare dell'Articolo 2.2 sembra possibile affermare il ricorso al principio di proporzionalità. Non solo, infatti, viene espressamente richiesto l'accertamento della mancanza di misure meno restrittive del commercio, riconducibile

---

[652] ANDENAS, ZLEPTNIG, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", p. 423; a favore di quest'ultima interpretazione depone la storia che ha condotto alla redazione dell'attuale Accordo TBT: in una delle bozze, infatti, era aggiunta una nota all'Articolo 2.2 ove veniva specificato che la previsione era diretta ad assicurare la proporzionalità tra la regolamentazione e il rischio che la mancata realizzazione dell'obiettivo legittimo avrebbe creato. Tuttavia, secondo una tesi, la considerazione che la nota menzionata non sia stata riprodotta nella versione definitiva, costituisce prova del fatto che l'analisi richiesta dalla previsione non sia riconducibile alla proporzionalità a pieno titolo, a tale proposito si veda NEUMANN, TÜRK, "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After *Korea – Beef*, *EC – Asbestos* and *EC – Sardines*", p. 221;

[653] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 460;

[654] *US – Tuna II*, Appellate Body Report, para. 321;

all'elemento della necessità dell'analisi proporzionale, ma la previsione prescrive, inoltre, un bilanciamento tra gli ostacoli al commercio creati dalla misura nazionale e il rischio di non realizzare l'obiettivo perseguito, ricalcando quel bilanciamento di interessi che caratterizza il principio in esame.

Il requisito di proporzionalità ai sensi degli Accordi SPS e TBT, da ultimo analizzati, si differenzia da quello rilevabile nell'Articolo XX del GATT soltanto sul piano procedurale, con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova e non per quanto attiene al significato delle previsioni.[655] Nell'Articolo XX del GATT, infatti, l'analisi proporzionale viene applicata ad una misura che viola disposizioni contenute nell'Accordo, qualora rientri in una delle eccezioni elencate nella norma. Diversamente, negli Accordi SPS e TBT la misura che viene presa in considerazione dalle norme non costituisce un'eccezione al regime generale, bensì è l'oggetto diretto della disciplina, pertanto, l'esigenza di proporzionalità acquista una propria autonomia.[656]

5.4 IL RICORSO ALLA PROPORZIONALITA' NELLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE SECONDO LA CONVENZIONE ICSID.

Una delle caratteristiche che ha determinato il successo della Convenzione ICSID è costituita dalla disciplina meramente formale per la risoluzione delle controversie dalla stessa prescritta e dalla totale assenza di previsioni di carattere sostanziale relative alla protezione degli investimenti stranieri.[657] Questo carattere giustifica l'assenza di prescrizioni ove sia possibile rinvenire riferimenti espressi al principio di proporzionalità. Tuttavia, il ricorso a tale principio è rilevabile in alcune pronunce dei Tribunali arbitrali costituiti ai sensi della Convenzione. In particolare, qualora non vi sia un espresso riferimento all'analisi proporzionale nella sua complessità, si rinviene una tendenza crescente nell'applicare il concetto intrinseco alla stessa o alcuni dei suoi elementi costitutivi.

---

[655] *US – Clove Cigarettes*, Panel Report, para. 7.363;

[656] DESMEDT, "Proportionality in WTO Law", p. 461; NEUMANN, TÜRK, "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After *Korea – Beef*, *EC – Asbestos* and *EC – Sardines*", p. 217;

[657] SCHILL Stephan W., "The Multilateralization of International Investment Law", Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 61;

Gli ambiti in cui sono rilevabili riferimenti a questo principio sono vari, in particolare si trovano nell'applicazione della clausola FET (*Fair and Equitable Treatment*), nell'accertamento della non discriminazione, che costituisce l'oggetto di un apposito capitolo, nel sistema delle eccezioni ai trattati e nelle espropriazioni indirette. Di questi, interesse peculiare ai fini della presente trattazione rivestono gli ultimi due ambiti citati, in quanto consentono la configurazione di un parallelismo nell'applicazione del principio di proporzionalità nell'ambito degli investimenti con i corrispondenti settori relativi al sistema multilaterale del commercio attinenti, rispettivamente, alle eccezioni generali e alle barriere tecniche. Inoltre, una comparazione può essere effettuata con riferimento alla quantificazione dei danni ad opera dei tribunali arbitrali nella risoluzione delle controversie relative agli investimenti e la valutazione diretta ad autorizzare la sospensione di concessioni nell'OMC, ove il principio di proporzionalità può fungere da guida nella conduzione dell'analisi ad opera degli organi investiti delle rispettive questioni.

5.4.1 – La quantificazione dei danni.

Il rimedio tipico nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie tra investitori privati e Stati ospitanti è costituito dalla compensazione. Accertata la violazione commessa, il Tribunale ICSID nella maggior parte dei casi, in corrispondenza alla domanda effettuata dalle parti, condanna la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro. Come già chiarito, il rimedio di tipo compensativo non costituisce un vincolo per il collegio arbitrale, il quale potrebbe concludere il lodo con una pronuncia di diverso tipo, ma dipende dalla richiesta delle parti, in conformità alla struttura tipica dell'arbitrato.[658]

Secondo il diritto internazionale generale, la commissione di illeciti comporta il sorgere in capo allo Stato autore della violazione dell'obbligo di integrale riparazione nei confronti della parte lesa. Tale riparazione, ai sensi del Progetto di Articoli sulla Responsabilità dello Stato, comprende la restituzione, la compensazione e la soddisfazione, alternativamente o contestualmente in dipendenza della possibilità di ciascuna di esse e della capacità di integrare singolarmente l'adempimento dell'obbligo sancito.[659]

---

[658] SCHREUER, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", p. 325; per la trattazione della questione si rimanda al capitolo 3;

[659] Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati per Atti Illeciti Internazionali, ILC, 2001, artt. 34-39;

In particolare, la compensazione, subordinata alla restituzione, consiste nell'obbligo di risarcimento del danno causato nella misura in cui lo stesso non ottiene riparazione attraverso la prima modalità. Essa copre ogni danno suscettibile di valutazione economica, comprensivo anche del lucro cessante nella misura in cui risulta determinato.[660] Tale rimedio viene tenuto distinto dalla compensazione dovuta in ragione di una espropriazione effettuata dallo Stato.[661] La differenza, in particolare, è connessa ai diversi standard di riferimento ai fini del calcolo della somma dovuta: nel caso di espropriazione nell'esercizio legittimo dei poteri dello Stato, infatti, lo standard di compensazione è oggettivo e impersonale, costituito dal valore di mercato del bene espropriato il cui metodo di calcolo più frequentemente utilizzato è il *DCF* (*Discounted Cash Flow*); diversamente, il risarcimento del danno dovuto in ragione di violazioni di obblighi internazionali è costituito dalla integrale riparazione diretta a ristabilire la situazione che sarebbe esistita se l'illecito non fosse stato commesso, in conformità a quanto sancito dai citati Articoli sulla Responsabilità degli Stati.

La questione relativa alla riparazione dovuta in seguito ad una condotta illecita è sorta anche davanti ai Tribunali ICSID, sintomatica della problematica che da essa deriva appare la pronuncia del collegio arbitrale del caso *LG&E v. Argentina*. Indiscutibile, infatti, quale più importante conseguenza dell'illecito commesso è l'insorgere dell'obbligo in capo allo Stato di riparare il danno causato, tuttavia, *"the questions arise as to the applicable standard and measure of compensation and the method to quantify it"*.[662] In particolare, a parere del collegio, la questione diventa maggiormente complessa quando si tratta di definire lo standard e la misura della compensazione applicabile a violazioni di trattati diverse da espropriazioni, in ragione dell'assenza di previsioni ad essa relative all'interno del Trattato rilevante, nonché della scarsa giurisprudenza in materia.[663] Il Tribunale riconosce, infatti, la necessità di differenziare la compensazione quale conseguenza di un atto lecito, dai danni conseguenza della commissione di un atto illecito, distinzione che è stata sancita in varie pronunce arbitrali.[664]

---

[660] Progetto di Articoli ILC, art. 36;

[661] MARBOE Irmgard, "Compensation and Damages in International Law – The Limits of Fair Market Value", Journal of World Investment and Trade, vol. 7, 2006, p. 723, a p. 758; tale distinzione è sottolineata anche nella giurisprudenza: *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (Caratube v. Kazakhstan)*, ICSID Case n. ARB/13/13, Award, 27 September 2017, para. 1082;

[662] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc, v. Argentine Republic (LG&E v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, para. 29;

[663] *LG&E v. Argentina*, Award, para. 30;

[664] *LG&E v. Argentina*, Award, para. 38;

Nel riprendere quanto affermato nella pronuncia UNCITRAL del caso *S.D. Myers v. Canada*, il collegio rileva nell'assenza di una previsione espressa all'interno del trattato, l'indicazione della volontà delle parti *"to leave it open to the Tribunals to determine a measure of compensation appropriate to the specific circumstances of the case"*, prendendo in considerazione i principi di diritto internazionale e le previsioni del trattato rilevante.[665] Viene, pertanto, sottolineata la natura discrezionale del potere del Tribunale nella determinazione della misura di compensazione.

Sui metodi applicati per la determinazione della compensazione dovuta in ragione di violazioni di obblighi internazionali, un'analisi è rilevabile nella pronuncia del Tribunale ICSID relativa alla controversia *CMS v. Argentina*.[666] Vari, infatti, sono i metodi ai quali ricorrono i tribunali, in relazione alle circostanze; tuttavia, in linea generale, il concetto sul quale si basa la valutazione commerciale dei capitali, quale elemento primario per il calcolo compensativo, è costituito dal valore di mercato degli stessi.

Sulla compensazione dovuta in ragione di espropriazioni legali, diversamente, è nota la definizione dell'obbligo mediante l'adozione della formula *Hull* in base alla quale si richiede che la stessa sia *"prompt, adequate and effective"*, sancendo in tal modo la sua determinazione non solo in senso quantitativo, ma anche qualitativo e tempistico.[667] Infatti, il risarcimento deve essere effettuato senza alcun irragionevole ritardo, equivalente al valore di mercato della proprietà immediatamente antecedente alla requisizione, nonché eseguito mediante l'utilizzo di una valuta liberamente trasferibile.

Il calcolo della somma dovuta a titolo di compensazione è effettuato mediante la quantificazione del danno subito dalla parte in ragione della violazione accertata. I metodi utilizzati per calcolare il danno oggetto di compensazione variano dal *DCF* ad analisi maggiormente sofisticate e dettagliate, del pari diversi approcci sono rilevabili anche nell'attribuzione degli interessi.[668]

---

[665] *LG&E v. Argentina*, Award, para. 40;

[666] *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 401-403;

[667] HACKWORTH Green H., "Digest of International Law", United States Government Printing Office, Washington, 1942, vol. III, pp. 658-659; con specifico riferimento alla Banca Mondiale si veda WORLD BANK (Ed.), "Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee and Guidelines for the Treatment of Foreign Direct Investment", International Legal Materials, vol. 31, 1992, p. 1363, a p. 1982-1383;

[668] Una breve analisi dei metodi utilizzati per il calcolo della compensazione dovuta in ragione di una espropriazione si trova in SABAHI Borzu, BIRCH Nicholas J., "Comparative Compensation for Expropriation", in SCHILL Stephan (Ed.), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, 2010, p. 755 e ss.;

Il principio di proporzionalità può assumere un rilievo nel calcolo dei danni subiti dall'investitore, al fine di quantificare la compensazione a cui lo stesso ha diritto, sotto diversi profili rilevabili in differenti pronunce dei Tribunali ICSID.

L'applicazione del principio di proporzionalità direttamente nella valutazione della compensazione calcolata dal Tribunale, dovuta dallo Stato ospitante a favore dell'investitore danneggiato, si rileva nel caso *Lemire v. Ucraina*. Il ricorso a questo principio viene effettuato dal Tribunale ICSID in ragione della violazione della clausola FET ad opera dell'Ucraina, per la condotta dalla stessa tenuta con riferimento all'investimento effettuato dal sig. Lemire. Dopo aver determinato l'ammontare del danno sofferto dall'investitore mediante l'applicazione del metodo DCF, il Tribunale ritiene di dover testare il risultato raggiunto, considerando altri parametri al fine di confermare la ragionevolezza del calcolo effettuato.[669] Il primo dei parametri indicati richiede un confronto della compensazione da assegnare con l'ammontare investito. Secondariamente, il Tribunale valuta il rischio assunto, prendendo in considerazione l'effettiva perdita subita dall'investitore, interrogandosi sulla ragionevole proporzionalità dell'ammontare calcolato in relazione all'investimento effettuato. Con riferimento a questo aspetto, gli arbitri ritengono ci sia una adeguata proporzionalità tra la compensazione calcolata e l'investimento del signor Lemire, non considerando soltanto il denaro, ma una combinazione di quest'ultimo, il rischio assunto, l'impegno personale e l'essenziale contributo fornito dall'investitore quale pioniere nel settore.[670] Il principio di proporzionalità, in questo caso, è applicato in relazione al risultato dell'analisi DCF, delle specifiche circostanze del caso e al fine di verificare se esiste un equo bilanciamento tra la compensazione e le caratteristiche proprie dell'investimento.

L'analisi sviluppata nel caso citato non appare riconducibile alla struttura tipica del principio di proporzionalità, diretta a valutare la condotta dello Stato nel rapporto con l'interesse individuale dell'investitore su cui la stessa incide. [671] Quest'ultimo approccio non è rilevabile nell'applicazione del medesimo principio nella fase di determinazione del quantum della compensazione. Piuttosto, il principio di proporzionalità assume una configurazione peculiare, diretta a garantire la correttezza

---

[669] *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (Lemire v. Ucraina)*, ICSID case n. ARB/06/18, Award, 28 Marzo 2011, para. 298;

[670] *Lemire v. Ucraina*, Award, para. 303-306;

[671] FACCIO Sondra, "The Application of the Principle of Proportionality to Assess Compensation: Some Reflection Arising from the Case of Joseph Charles Lemire v. Ukraine", Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 13, 2014, p. 199, a p. 209-210;

della compensazione calcolata, non tanto in ragione di un bilanciamento tra gli interessi confliggenti rispettivamente dello Stato e del privato, bensì al fine di evitare eccessi o difetti nell'ammontare del risarcimento del danno subito dall'investitore. Appare, pertanto, emergere e confermare la connotazione nel significato quantitativo assunta dal principio di proporzionalità applicato a tale fase del procedimento. L'analisi proporzionale nella determinazione del quantum sembra, infatti, diretta a garantire il ristabilimento e il rispetto dell'equilibrio determinato nelle fasi precedenti del procedimento arbitrale, nelle quali gli arbitri hanno proceduto ad accertare la violazione lamentata.

La proporzionalità nel contesto citato viene utilizzata al fine di assicurare che la compensazione determinata rifletta le specifiche caratteristiche dell'investitore, nonché la sua condotta e l'investimento effettuato. L'applicazione di metodi puramente matematici per il calcolo della somma dovuta in ragione della commissione dell'illecito, invero, non appare sufficiente a garantire il corretto ristabilimento dell'equilibrio accertato. A tal fine, emerge l'esigenza di ricorrere a strumenti e criteri suppletivi, variamente individuati dai singoli collegi arbitrali investiti delle questioni concrete, nell'esercizio dei loro poteri discrezionali.[672]

La stessa problematica viene affrontata anche dal Tribunale ICSID nella controversia *CMS v. Argentina*, ove, analogamente alla pronuncia appena citata, viene rilevata la mancanza di una indicazione all'interno del Trattato di riferimento in relazione allo standard applicabile per determinare la compensazione dovuta in ragione di violazioni dello stesso, in assenza di espropriazioni. Il collegio, pertanto, ritiene di dover individuare lo standard adatto in relazione alla natura della violazione accertata, mediante l'esercizio della propria discrezionalità.[673] Tuttavia, nella pronuncia da ultimo citata il Tribunale non prende in considerazione la possibilità di ricorre al principio di proporzionalità per la valutazione della compensazione dovuta.

Un secondo profilo in cui è rilevabile il ricorso all'analisi proporzionale attiene alla considerazione dell'eventuale contributo colposo generato dal comportamento negligente dello stesso investitore nella causazione o aggravamento del danno. Un approccio di questo tipo emerge nella pronuncia del

---

[672] Si veda a titolo di esempio *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire (AMT v. Zaire)*, ICSID Case n. ARB//93/1, Award, 21 February 1997, para. 7.16-7.21; *CMS v. Argentina*, Award, para. 249, 443-446; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary (ADC v. Ungheria)*, ICSID Case n. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 521; *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic (Enron v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 232, 407;

[673] *CMS v. Argentina*, Award, para. 409;

Tribunale ICSID relativa al caso *Occidental Petroleum v. Equador*.[674] Sebbene l'applicazione del principio di proporzionalità sia effettuata con riferimento alla valutazione della conformità della sanzione adottata dallo Stato in ragione della condotta dell'investitore, appare possibile rilevare uno spazio per il suo ricorso anche ai fini della quantificazione del danno.[675] Nella determinazione dell'ammontare di quest'ultimo, infatti, il collegio arbitrale riconosce l'esistenza di un comportamento definito rischioso dell'investitore, il quale avrebbe violato il contratto di investimento stipulato con lo Stato ospitante, nonché la stessa legge nazionale di quest'ultimo. Tale comportamento ha facilitato l'adozione della misura statale, ossia il decreto di "*caducidad*" relativo al contratto di investimento; pertanto, le aspettative di generare reddito futuro in capo all'investitore privato necessiterebbero di essere aggiustate al ribasso, al fine di tenere conto di questo rischio, mediante una riduzione proporzionale della somma stessa in ragione del contributo colposo del danneggiato.

La necessità di prendere in considerazione la condotta volontaria o negligente dell'attore che ha contribuito allo danno è confermata da commentatori e giurisprudenza, secondo i quali tale valutazione deve comportare una appropriata riduzione della somma a tal fine accertata.[676] Tale esigenza si trova sancita anche nell'Articolo 39 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati e, nella controversia in questione, la valutazione della contribuzione al danno viene interpretata da uno degli arbitri come *"fair and reasonable apportionment of responsibility"*.[677]

La necessità appena espressa è rilevabile anche nel lodo ICSID relativo alla controversia *MTD v. Chile*, ove il collegio arbitrale riconosce che la condotta tenuta dall'investitore ha accresciuto il rischio della transazione, la responsabilità della quale resta in capo allo stesso.[678] Conseguentemente, l'attore deve sostenere in via autonoma una parte dei danni sofferti, la cui valutazione effettuata dal collegio, pari alla metà, si basa su considerazioni fattuali e nell'esercizio della propria

---

[674] *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploitation and Production Company v. The Republic of Ecuador (Occidental Petroleum v. Equador)*, ICSID case n. ARB/06/11, Award, 5 October 2012;

[675] SABAHI Borzu, DUGGAL Kabir, "Occidental Petroleum v. Ecuador (2012) – Observation on Proportionality, Assessment of Damages and Contributory Fault", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 28, issue n. 2, 2013, p. 279, a p. 282-283;

[676] SABAHI Borzu, "Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration – Principles and Practice", Oxford University Press, New York, 2011, p. 175-176; CRAWFORD James, "The International Law Commission Articles on States Responsibility: Introduction, Text and Commentaries", Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 240-241;

[677] *Occidental Petroleum v. Ecuador*, Dissenting Opinion, prof. Brigitte Stern, para. 7;

[678] *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (MTD v. Chile*), ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 242;

discrezionalità.[679] Tale pronuncia non effettua alcun riferimento al principio oggetto di analisi, sebbene appare possibile ritenere che il ricorso allo stesso avrebbe potuto attribuire maggiore coerenza e trasparenza alla valutazione effettuata.

La proporzionalità viene richiamata anche nella pronuncia relativa alla controversia *Caratube v. Kazakhstan* con riferimento alla determinazione della possibilità di ottenere riparazione per la perdita di opportunità. Nello specifico, l'attore ritiene che *"reparation for loss of opportunity is to be awarded in proportion to the probability of its occurrence"*, compensazioni di questo tipo sono state assegnate dai tribunali arbitrali al fine di realizzare un equo e ragionevole risultato, che il ricorso a calcoli matematici non avrebbe consentito di realizzare.[680] Tuttavia, il collegio arbitrale ICSID non ricorre al principio di proporzionalità in tale contesto. Innanzitutto, ritiene che qualsiasi danno, per ottenere un risarcimento, debba essere sufficientemente certo, incluso quello relativo alla perdita di opportunità.[681] In secondo luogo, nell'accertare la sussistenza di tali danni, il Tribunale fa ricorso ad un criterio di probabilità, ossia *"whether their (the claimants) claim is more probable than not, by a preponderance of evidence"*, riconoscendo l'esistenza di un margine di discrezionalità nella determinazione del quantum di tali danni, che tuttavia può essere esercitata solo sul presupposto della sussistenza di sufficienti elementi di prova forniti dal danneggiato, non integrata nel caso di specie.[682]

Il riferimento alla proporzionalità nella determinazione dei danni per la perdita di opportunità si rileva anche in una precedente pronuncia arbitrale ICSID, relativa alla controversia *Gemplus v. Messico*. In questo caso il Tribunale arbitrale investito della questione fa riferimento ai principi UNIDROIT relativi ai contratti commerciali internazionali, ove espressamente si riconosce che *"compensation may be due for loss of chance in proportion to the probability of its occurence"*.[683] Tuttavia, anche in questo caso, ai fini della determinazione della perdita di opportunità, il riferimento primario resta quello della probabilità. La possibilità di ricorrere al principio di proporzionalità, che avrebbe nella determinazione dei danni un valore meramente quantitativo, non viene ulteriormente analizzata.

---

[679] *MTD v. Chile*, Award, para. 243-246;

[680] *Caratube v. Kazakhstan*, Award, para. 1143;

[681] *Caratube v. Kazakhstan*, Award, para. 1151;

[682] *Caratube v. Kazakhstan*, Award, para. 1152-1553, 1561;

[683] *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexic States, Talsud S.A. v. The United Mexican States (Gemplus v. Messico)*, ICSID case n. ARB(AF)/04/3 e ARB(AF)/04/4, Award, 16 June 2010, para. 13.87 e ss., ove viene richiamato l'Articolo 7.4.3(2), UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts;

È nella controversia *Teinver v. Argentina* che lo Stato convenuto rileva l'esistenza di un ruolo per il principio di proporzionalità nella determinazione della compensazione relativa ai danni causati, mediante il riferimento al Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati. Specificamente, il convenuto ritiene che *"the ILC considered the significance of proportionality of compensation in relation to damage caused, which Respondent says impacts the principle of full reparation"* così come articolato nel leading case *Chorzów Factory*.[684] In particolare, come riportato nella decisione, il convenuto richiama il Report della Commissione di Diritto Internazionale ove si interroga sull'opportunità di articolare il principio di proporzionalità quale aspetto dell'obbligo di integrale riparazione, rilevando come tale principio permei ciascuna forma in cui quest'ultima viene perfezionata. Tuttavia, la possibilità di applicare il principio di proporzionalità, così come richiamata dallo Stato, non viene ritenuta rilevante nella determinazione della compensazione dovuta in ragione di condotte espropriative statali. Il Tribunale ICSID, infatti, distingue tra integrale riparazione per la violazione di un obbligo internazionale e il diritto dello Stato di espropriare la proprietà privata che, diversamente, genera un obbligo di compensazione. La questione sollevata dallo Stato convenuto con riferimento al principio di proporzionalità attiene all'integrale riparazione, non alla compensazione e, pertanto, è limitata ai profili relativi alla determinazione dei danni nel diritto internazionale, in riferimento ai quali sussiste un accordo delle parti.[685] Alla luce di tale considerazione, la conclusione del collegio arbitrale non sembra escludere la possibilità di ricorrere al principio di proporzionalità nella determinazione dell'integrale riparazione dovuta dall'autore dell'illecito nei confronti dell'investitore privato, escludendo la possibilità di ricorrervi ai fini del calcolo della compensazione in ragione di misure espropriative. Specificamente, è proprio con riferimento ai danni richiesti ad opera dell'investitore privato che il collegio arbitrale, ritiene che *"if Claimants were serious that restitution of their corporate rights was their primary claim for damages, then they were under an obligation to establish that right in the circumstances of this case and demonstrate that such an award was reasonable and proportionate."*[686] Appare, in tal modo, sancita dal Tribunale l'esigenza di dimostrare la sussistenza di un rapporto di proporzionalità tra i danni richiesti, inclusa la restituzione, e il beneficio ottenuto dal convenuto, adempimento non effettuato dall'attore nel caso di specie.

---

[684] *Teinver S.A., Transportes de Cecanias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic (Teinver v. Argentina)*, ICSID Case ARB/09/1, Award, 21 July 2017, para. 1083;

[685] *Teinver v. Argentina*, Award, para. 1089;

[686] *Teinver v. Argentina*, Award, para. 1097;

La breve analisi delle pronunce in cui è stata avanzata la possibilità di applicare il principio di proporzionalità evidenzia come non sia possibile identificare un approccio uniforme, né una linea di tendenza coerente. Nonostante questo, appare possibile affermare che la considerazione del principio in analisi ad opera dei Tribunali ICSID non sia di tipo qualitativo, bensì piuttosto quantitativo, connessa alla determinazione del danno e non implicante, diversamente, una valutazione della gravità dell'illecito commesso e dei diritti coinvolti, analogamente a quanto sostenuto da una tesi nell'ambito delle contromisure nel sistema OMC, analizzate precedentemente.

Concludendo, alla luce dell'analisi effettuata, non appare possibile individuare una uniforme interpretazione e applicazione del principio di proporzionalità nella fase della determinazione della compensazione in ragione dei danni causati dall'illecito accertato. La mancanza di indicazioni specifiche all'interno dei BIT, genera un approccio casistico ad opera degli arbitri, i quali al fine di garantire la correttezza e ragionevolezza della decisione fanno ricorso a criteri variabili, a differenza di quanto appare emergere in seno al sistema di risoluzione delle controversie OMC, ove i criteri a cui l'organo decidente deve fare ricorso sono espressamente prescritti ed individuati all'interno del DSU. Ne consegue che il principio di proporzionalità è stato variamente utilizzato ad opera dei Tribunali arbitrali ICSID, sia con riferimento al singolo aspetto della decisione relativa alla compensazione in cui ad esso è stato fatto ricorso, sia considerando le modalità con cui è stato applicato. Se, da un lato, questi approcci differenti sembrano riconducibili all'intento di garantire che la compensazione determinata sia non solo corretta dal punto di vista sostanziale, ma anche equilibrata, dall'altro ostacolano necessariamente la prevedibilità della decisione.

5.4.2 – Le eccezioni ai Trattati.

Le eccezioni inserite nei trattati di investimento consentono al governo l'adozione di azioni dirette alla realizzazione di uno specifico obiettivo normativo che, diversamente, risulterebbero contrastanti con le obbligazioni sostanziali gravanti nei confronti dello Stato, sulla base del medesimo trattato. La funzione che svolgono, infatti, è analoga a quella prevista ai sensi dell'Articolo XX del GATT nel sistema del commercio multilaterale regolato dall'OMC.

Previsioni di questo tipo sono diventate comuni nei trattati più recenti, sintomatiche, secondo una tesi, del timore degli Stati che i tribunali degli investimenti abbiano prestato insufficiente attenzione

all'autonomia del potere normativo nazionale.[687] Infatti, una peculiarità di molti trattati di investimento è costituita dalla predisposizione di diritti degli investitori senza affrontare in modo esauriente la relazione tra questi ultimi e i persistenti poteri normativi statali.[688] Invero, appare indubbio che gli Stati, nella adozione di tali trattati, non intendano occludere rigorosamente questi poteri, bensì alla luce di un'interpretazione conforme all'Articolo 31 della Convenzione di Vienna del '69, è opportuna l'effettuazione di un bilanciamento tra la protezione degli investimenti e il potere normativo statale. Il principio di proporzionalità risulta, pertanto, uno strumento coerente per l'interpretazione e l'applicazione delle previsioni sostanziali contenute nei trattati, al fine di consentire il raggiungimento del dovuto equilibrio.

Un esempio relativo alle clausole inserite nei trattati volte a regolare il rapporto con il potere normativo statale è costituito dall'Articolo XI del BIT tra Stati Uniti e Argentina. La previsione richiamata stabilisce espressamente che il Trattato non preclude l'applicazione di misure, ad opera di ciascuna parte, necessarie per il mantenimento dell'ordine pubblico, l'adempimento degli obblighi relativi al mantenimento o al ripristino della pace e sicurezza internazionale o la protezione dei rispettivi interessi fondamentali relativi alla sicurezza.[689]

Sebbene la citata previsione non sia formulata espressamente quale eccezione, risponde all'esigenza illustrata di assicurare l'esercizio del potere normativo statale, indipendentemente dall'applicazione del Trattato stesso, con riferimento alla realizzazione di specifici scopi indicati nella norma. L'assimilabilità della previsione alle eccezioni generali dell'Articolo XX GATT emerge sia con riferimento alla struttura della norma nella sua formulazione letterale, sia per quanto attiene all'obiettivo che è diretta a salvaguardare.

La norma citata è stata oggetto di interpretazione in alcune delle numerose controversie sorte in relazione all'adozione di misure di emergenza ad opera dell'Argentina, dirette a far fronte alla crisi economica degli anni 2001-2002. Nella controversia *Continental Casualty v. Argentina*,[690] il Tribunale ICSID investito della questione ha fatto ricorso ad una forma di analisi proporzionale

---

[687] SPEARS, "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", p. 1043-1044;

[688] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 88;

[689] US Treaty with Argentina Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 11 November 1993, art. XI;

[690] *Continental Casualty Company v. The Republic of Argentine (Continental Casualty v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/9, Award, 5 September 2008;

nell'interpretazione dell'Articolo XI del BIT US – Argentina, prendendo le distanze dalla posizione fortemente criticata, assunta dai precedenti tribunali e oggetto di annullamento ad opera dei Comitati *ad hoc*.[691] L'oggetto della controversia è costituito dalla lamentata violazione del BIT ad opera dell'Argentina mediante l'adozione delle misure denominate *"corralito"*, restrizioni su prelievi e trasferimenti da conti correnti bancari, e *"pesificazione"* del dollaro e del debito pubblico.[692] L'Argentina elabora due difese di carattere generale: la prima basata sull'Articolo XI del BIT, la seconda fondata sulla dottrina dello stato di necessità secondo il diritto internazionale consuetudinario, codificato nell'Articolo 25 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati della CDI.[693]

Nelle precedenti pronunce citate, i Tribunali ICSID, tutti presieduti dal Prof. Francisco Orrego Vicuña, non avevano riconosciuto alcuna autonomia all'Articolo XI, bensì l'interpretazione di quest'ultima norma veniva inglobata nella difesa di necessità secondo il diritto internazionale consuetudinario. Tale approccio venne fortemente criticato, in particolare, dal Comitato *ad hoc* nominato nella controversia *CMS v. Argentina*, il quale ha qualificato tra i manifesti errori di interpretazione commessi dal collegio arbitrale, quello di fondere l'Articolo XI del BIT e l'Articolo 25 del Progetto di Articoli ILC.[694] Diversamente, il Tribunale del caso oggetto di esame, nell'analisi della prima difesa, interpretando la norma del Trattato Bilaterale alla luce dell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna del '69, ritiene che la condotta delle parti non violi i rispettivi obblighi se la misura è stata correttamente adottata, in quanto necessaria per il mantenimento dell'ordine pubblico o per la protezione di interessi fondamentali relativi alla sicurezza.[695] Ne consegue che, ai sensi dell'Articolo XI, misure di questo tipo non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del Trattato; pertanto, la parte che le ha adottate non ha commesso una violazione della pertinente disposizione del BIT. L'articolo menzionato, secondo il Tribunale, restringe o deroga le obbligazioni sostanziali

---

[691] Il riferimento è alle controversie *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentine (CMS v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005 e Decision on Annulment, 25 September 2007; *Enron Corporation and Poderosa Assets L.P. v. The Argentine Republic (Enron v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/3, Award, 22 May 2007 e Decision on Annulment, 30 June 2010; *Sempra Energy International v. the Argentine Repubblic (Sempra v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/16, Award, 28 September 2007 e Decision on Annulment, 29 June 2010;

[692] Per una cronologia della crisi e analisi delle misure adottate BURKE-WHITE William W., "The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System", Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y, vol. n. 3, 2008, p. 199;

[693] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 160;

[694] *CMS v. Argentina*, Decision on Annulment, para. 128-136;

[695] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 164;

assunte dalle parti del Trattato in quanto siano rispettate le condizioni per la sua applicazione: se risulta applicabile l'Articolo XI, essendo la misura necessaria al fine di salvaguardare interessi di sicurezza essenziali, allora il trattato è inapplicabile alla stessa; diversamente, se uno Stato è costretto a ricorrere ad una misura in violazione dei suoi obblighi internazionali, ma in conformità all'Articolo 25 del Progetto CDI, sarà esente dalla responsabilità che altrimenti ne deriverebbe.[696]

Il collegio arbitrale, pertanto, differenzia tale difesa da quella relativa allo stato di necessità, ammissibile solo in via eccezionale, ritenendo che il ricorso all'Articolo XI non sia necessariamente assoggettato alla stessa condizione, bensì costituisca *lex specialis*, distinta dal diritto consuetudinario.[697] La considerazione elaborata porta a confermare la similitudine sopra enunciata tra la norma contenuta nel BIT e le eccezioni generali disciplinate nel GATT. Infatti, sia la difesa di necessità che quella da ultimo analizzata sono dirette a consentire una certa flessibilità nell'applicazione concreta degli obblighi internazionali, al fine di proteggere interessi nazionali di primaria importanza e, in secondo luogo, il risultato pratico a cui conducono è lo stesso, ossia giustificare condotte che diversamente sarebbero illecite e, conseguentemente, eliminare la responsabilità dello Stato.[698] La corrispondenza tra la norma contenuta nel BIT e l'Articolo XX GATT è espressamente richiamata anche dal Tribunale arbitrale, il quale rileva l'esistenza di un modello storico comune alle due previsioni.[699]

Per quanto attiene specificamente all'interpretazione del termine *"necessity"* contenuto nell'Articolo XI del BIT, la citata analogia induce il collegio arbitrale a fare ricorso alla giurisprudenza elaborata nel sistema di risoluzione delle controversie OMC con riferimento all'applicazione delle eccezioni generali.[700] Specificamente, viene espressamente richiamata la pronuncia dell'AB nella controversia *Korea – Beef*, nonché quella del Panel nel caso *Brazil – Retreated Tyres*, sintetizzante le precedenti elaborazioni. Il Tribunale arbitrale, infatti, afferma che è ben noto come il termine *"necessity"* si riferisca ad una gamma di diversi gradi di necessità, compresi tra quanto è indispensabile e quanto contribuisce alla realizzazione di un obbiettivo.

---

[696] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 164, footnote n. 236;

[697] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 167;

[698] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 168;

[699] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 192;

[700] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 193-195;

Sebbene l'analisi della norma dell'OMC svolta dal Tribunale ICSID sia contestata in sede di annullamento ad opera dell'investitore, il Comitato *ad hoc* rigetta il motivo invocato in quanto ritiene che, anche qualora si ammettesse che il Tribunale abbia errato nell'interpretazione dell'Articolo XI sulla base di una scorretta comprensione del diritto OMC, si sarebbe eventualmente in presenza di un errore di diritto, non rientrante tra le ragioni che legittimano l'annullamento ai sensi dell'Articolo 52 della Convenzione ICSID.[701]

Ne consegue che, per accertare la conformità delle misure con l'Articolo XI del BIT, il Tribunale dopo aver verificato che la crisi argentina rientra nell'ambito di applicazione della norma, procede ad indagare se le misure stesse contribuiscono materialmente alla realizzazione dello scopo al quale sono dirette.[702] Conclude l'esame in senso favorevole, ritenendo queste ultime in parte inevitabili, in parte indispensabili e in ogni caso decisive per reagire positivamente alla crisi.

Nella successiva fase dell'analisi, il Tribunale procede a considerare l'adottabilità di misure alternative ragionevolmente disponibili che avrebbero condotto ad un risultato equivalente, nonché la possibilità per l'Argentina di ricorrere a politiche che avrebbero evitato o prevenuto la crisi stessa, sottolineando, parimenti a quanto effettuato dagli organi di risoluzione delle controversie OMC, la non sindacabilità della politica economica dello Stato.[703] L'analisi svolta, riflettente una delle fasi proprie dell'analisi proporzionale, conduce il Tribunale a concludere che le misure erano sufficienti ad affrontare la crisi argentina ed applicate *"in a reasonable and proportionate way"*, fatta eccezione per la ristrutturazione di alcune obbligazioni statali. Pertanto, la condotta dello Stato è conforme alle condizioni richieste per derogare ai propri obblighi ai sensi dell'Articolo XI del BIT.[704]

L'analisi che svolge il Tribunale si sviluppa in due fasi, tipiche dell'applicazione del principio di proporzionalità: la prima diretta ad accertare la riconducibilità della misura alla previsione dell'Articolo XI, la seconda riconducibile a quello che viene anche identificato con l'espressione *"least-restrictive-means test"*. Tale approccio si differenzia da quello utilizzato nell'applicazione dell'Articolo 25 del Progetto di Articoli ILC, ove la misura deve risultare l'unico mezzo disponibile

---

[701] *Continental Casualty v. Argentina*, Decision on Annulment, 16 September 2011, para. 133;

[702] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 196-197;

[703] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 198-199;

[704] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 232-233;

diretto a salvaguardare un interesse essenziale dello Stato.[705] La distinzione tra l'Articolo XI del BIT e la difesa fondata sullo stato di necessità secondo il diritto internazionale consuetudinario, viene confermata dal Comitato *ad hoc* investito della richiesta di annullamento del lodo arbitrale ai sensi dell'Articolo 52 della Convenzione ICSID.[706]

Questa pronuncia del Tribunale ICSID dimostra come alcuni approcci a cui ricorrono gli organi di risoluzione delle controversie OMC vengono mutuati nella risoluzione di controversie tra investitori privati e Stati nel sistema ICSID. In particolare, l'analisi proporzionale costituisce, per il Tribunale arbitrale investito della controversia, uno strumento che consente di verificare se lo Stato ospitante l'investimento ha realizzato un ragionevole bilanciamento tra la protezione dell'investimento straniero e la tutela di altri interessi nazionali.[707]

Nello specifico caso menzionato, la contaminazione tra i due sistemi è, in parte, sicuramente riconducibile ad uno degli elementi individuati quali punti di contatto tra gli stessi, costituito dalla composizione degli organi deputati alla risoluzione delle controversie. Infatti, uno degli arbitri componenti il Tribunale arbitrale ICSID, specificamente il prof. Giorgio Sacerdoti, aveva rivestito anche l'incarico di membro dell'Appellate Body dell'OMC negli anni dal 2001 al 2009.

L'analisi effettuata dal Tribunale ICSID nella pronuncia citata, sviluppata secondo le due fasi esaminate, è stata ripresa e confermata dal successivo collegio arbitrale istituito secondo la Convenzione ICSID, al quale è stata devoluta una delle altre controversie sorte dalla crisi affrontata dall'Argentina.[708]

La decisione del Tribunale ICSID è stata oggetto di critica con riferimento a diverse questioni. Una delle contestazioni mosse attiene propriamente al ricorso al diritto OMC ad opera del diritto internazionale relativo agli investimenti. Tale sconfinamento, secondo una tesi, non sarebbe giustificato dalle norme che regolano l'interpretazione, codificate nella Convenzione di Vienna del '69: il sistema di bilanciamento proprio del regime del commercio internazionale non è una norma rilevante a cui è possibile ricorrere nell'interpretazione dei BIT ai sensi dell'Articolo 31(3)(c) della

---

[705] STONE SWEET Alec, DELLA CANANEA Giacinto, "Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: a Response to José Alvarez", Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper n. 4994, 2014, p. 928;

[706] *Continental Casualty v. Argentina*, Decision on Annulment, para. 127-128;

[707] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 101;

[708] Si veda *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (El Paso v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB03/15, Award, 31 October 2011, para. 552-555;

Convenzione da ultimo citata, né una norma fondamentale di diritto internazionale applicabile nel caso di lacune del diritto pattizio.[709] In particolare, il sistema di bilanciamento tratto dalla giurisprudenza relativa all'Articolo XX GATT, secondo questa tesi, non attiene in alcun modo agli interessi protetti dalla previsione del BIT. Nonostante tale critica, tuttavia, Alvarez conferma l'esigenza di procedere ad un bilanciamento tra i diritti degli investitori e quelli dello Stato nell'interpretazione dei BIT, sebbene con una applicazione maggiormente stringente ricorrendo alla clausola FET, ossia accertando la violazione di diritti sostanziali di trattamento giusto ed equo di titolarità degli investitori.

Sulla stesso tema interviene anche la critica secondo la quale la stessa formulazione dell'articolo rilevante del BIT si differenzierebbe totalmente dalle eccezioni generali del GATT, in particolare con riferimento all'assenza di una vera e propria lista di eccezioni. Il Tribunale ICSID avrebbe, infatti, non solo interpretato erroneamente la norma in questione, ma anche fornito una scorretta lettura delle origini storiche della stessa, nonché omesso di considerare le differenze strutturali dei due sistemi di risoluzione delle controversie.[710]

Queste due tesi, tuttavia, non appaiono condivisibili, in primo luogo, con riferimento alla considerazione degli interessi coinvolti. Infatti, come sottolineato precedentemente, le previsioni di carattere eccezionale inserite in entrambi i sistemi sono dirette a realizzare una finalità analoga, determinata dall'esigenza di salvaguardare interessi propri dello Stato superiori rispetto a quelli regolamentati mediante i rispettivi accordi, garantendo la possibilità di esercitare il potere normativo statale senza incorrere in violazioni dei medesimi. Nondimeno, gli interessi statali che le norme di carattere eccezionale sono dirette a tutelare risultano non di rado coincidenti nei due sistemi con la conseguenza che condizionamenti reciproci nelle modalità di approccio alla loro applicazione non appaiono risultare ingiustificati.

Una seconda critica attiene alla distinzione effettuata dal Tribunale arbitrale tra la difesa di diritto internazionale consuetudinario basata sulla necessità e la previsione dell'Articolo XI del BIT. La corretta applicazione delle norme sull'interpretazione dei trattati avrebbe dovuto condurre, secondo

---

[709] ALVAREZ José E., "Beware – Boundary Crossing", in KAHANA Tsvi, SCOLNICOV Anat (Eds), "Boundaries of State, Boundaries of Rights", Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 43, a p 61-68;

[710] ALVAREZ José E., BRINK Tegan, "Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v. Argentina", in SAUVANT Karl P. (Ed.), "Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-2011", Oxford University Press, New York, 2012, p. 319, a p. 335 e ss.;

questa opinione, a ritenere la clausola contenuta nel BIT conforme e non quale deroga al concetto di necessità, bensì diretta a preservare proprio le difese consuetudinarie esistenti.[711]

Un'altra critica è stata mossa, inoltre, direttamente in relazione all'applicazione del principio di proporzionalità: nonostante il riferimento compiuto, il Tribunale ICSID non avrebbe proceduto ad effettuare alcun bilanciamento diretto ad accertare esplicitamente se l'efficacia delle misure abbia compensato l'impatto generato sugli investimenti, né avrebbe considerato esplicitamente l'importanza dell'obiettivo delle misure stesse.[712] Tuttavia, è la stessa lettura del lodo arbitrale pronunciato che smentisce quanto affermato da tale tesi. Quanto alla prima critica è evidente che il collegio arbitrale ha proceduto ad analizzare ciascuna misura alternativa proposta dall'investitore ricorrente, al fine di svolgere il bilanciamento richiesto. Per quanto attiene, invece, alla seconda, l'analisi che il Tribunale deve procedere a svolgere, secondo l'interpretazione data alla norma, esclude esplicitamente la valutazione dell'importanza dell'obiettivo perseguito, ciò che il Tribunale deve accertare è la riconducibilità della misura alla previsione contenuta nel BIT.

A parere di Mitchell ed Henckles, inoltre, l'accertamento della necessità della misura dovrebbe opportunamente comprendere la valutazione dell'importanza dello scopo al quale è diretta.[713] Tuttavia, non appare condivisibile questa considerazione per due ordini di ragioni: in primo luogo, la valutazione dell'importanza dell'obiettivo risulta preventivamente effettuata tramite la stessa previsione contenuta nel BIT che ammette l'adozione di misure limitatamente alla realizzazione di interessi specificamente indicati. Pertanto, ritenere che il Tribunale debba procedere ad accertare l'importanza dello scopo, significa duplicare una valutazione già effettuata. Altra questione è il livello di protezione riferito a quell'obiettivo: una volta ammessa la rilevanza della sua tutela in via convenzionale, rimane in capo allo Stato la scelta di quest'ultimo. Secondariamente, se si accogliesse la posizione espressa, si finirebbe per consentire una eccessiva intrusione nella sfera della autonomia normativa dello Stato, espressione della sovranità, non solo non ammissibile, ma anche contrastante con la struttura e il complessivo funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie

---

[711] ALVAREZ, BRINK, "Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v. Argentina", p. 333-334; ALVAREZ José E., KHAMS Kathryn, "The Argentine Crisis and Foreign Investors: a Glimpse into the Hearth of the Investment Regime" in SAUVANT Karl P. (Ed.), "Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009", Oxford University Press, New York, 2009, p. 379, a p. 427-430;

[712] MITCHELL Andrew D., HENCKLES Caroline, "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", Chicago Journal of International Law, vol. 4, 2013, p. 93, a p. 116-117;

[713] MITCHELL, HENCKLES, "Variation on a Theme", p. 148, 151;

nell'ambito degli investimenti. È presumibile ritenere, infatti, che la previsione contenuta nell'articolo analizzato, come anche quelle dello stesso genere presenti in altri BIT, sia frutto di una negoziazione tra gli Stati, effettuata allo scopo, da un lato, di preservare e, dall'altro, di determinare e delimitare l'ambito dell'autonomia normativa di ciascuno, la cui adozione è giustificata proprio dalla volontaria assunzione dell'obbligo che ne deriva. Appare, pertanto, eccedere l'analisi del carattere della necessità della misura, un nuovo accertamento dell'importanza dello scopo, fuoriuscendo dall'applicazione del principio di proporzionalità in quanto non riconducibile nemmeno all'elemento dell'idoneità o a quello della legittimità.

La tesi da ultimo menzionata, tuttavia, condivide la scelta del tribunale arbitrale di considerare la giurisprudenza OMC come guida nell'interpretazione e applicazione del requisito della necessità.[714]

Parzialmente diversa è, invece, l'opinione di chi non solo ritiene non sussistente alcuna contraddizione nel ricorso effettuato alla giurisprudenza OMC ad opera degli arbitri ICSID, ma in particolare valuta positivamente l'approccio proporzionale in quanto costituente la migliore struttura disponibile con cui affrontare le sfide imposte dal sistema ICSID e dei BIT.[715] Infatti, in alcuni di questi ultimi è presente una clausola di necessità, legittimante l'adozione ad opera degli Stati di misure che, altrimenti, infrangerebbero diritti sostanziali attribuiti dai trattati medesimi; il ricorso alla proporzionalità calza con tale struttura, consentendo agli arbitri di affrontare in modo oggettivo le questioni maggiormente controverse dal punto di vista politico.

Clausole del tipo di quella presente nel BIT tra Stati Uniti ed Argentina si trovano in numerosi altri trattati relativi agli investimenti.[716] Costituiscono l'unica modalità con cui questi trattati affrontano il rapporto tra gli standard sostanziali di protezione degli investitori e il permanere in capo allo Stato del potere di adottare azioni nell'interesse pubblico.[717] Denominate anche *"Non Precluded Measures Clauses"* (clausole NPM), sono dirette a preservare l'autonomia normativa dello Stato ospitante l'investimento, invertendo la generale allocazione del rischio dell'azione statale che passa, pertanto, dallo Stato all'investitore. Gli ambiti politici investiti da queste disposizioni possono riguardare

---

[714] MITCHELL, HENCKLES, "Variation on a Theme", p. 164;

[715] STONE SWEET Alec, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", Law & Ethics of Human Rights, vol. 4, 2010, p. 46, a p. 76;

[716] Un'approfondita analisi di clausole di questo tipo è svolta in BURKE-WHITE Williams W., VON STADEN Andreas, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", Virginia Journal of International Law, vol. 48, 2008, p. 307;

[717] MITCHELL, HENCKLES, "Variations on a Theme", p. 104;

diverse circostanze, tuttavia, in genere attengono ad aree che toccano il nucleo centrale delle funzioni governative statali. La stessa origine storica della negoziazione di clausole c.d. NPM all'interno dei BIT, in particolare quelli stipulati dagli Stati Uniti, si pone in linea con il ricorso al principio in analisi. Queste ultime, infatti, erano concepite quali destinate a realizzare il delicato bilanciamento tra tutelare la flessibilità dell'azione dello Stato, diretta a realizzare l'interesse pubblico, e garantire un adeguato livello di protezione ai cittadini del medesimo che hanno investito all'estero. La corretta interpretazione del requisito sancito, specificamente, dall'Articolo XI del BIT tra Stati Uniti e Argentina, ma estendibile anche alle norme di altri BIT aventi la medesima natura, alla luce del suo scopo, non può essere ricondotta alla concezione della necessità quale unico mezzo disponibile per lo Stato, come richiesto dal ricorso all'Articolo 25 del Progetto di Articoli relativo alla responsabilità degli Stati. L'opposta conclusione porterebbe, infatti, a privare di gran parte del suo significato la previsione del BIT.

La possibilità di considerare il significato da attribuire al requisito di necessità prescritto dall'Articolo XI del BIT alla luce del principio di proporzionalità, viene confermata anche considerando l'elencazione nella stessa previsione degli interessi pubblici che giustificano l'adozione delle misure contestate, rilevanti nell'analisi che deve essere condotta. Queste ultime, pertanto, non costituiscono violazione del trattato se sono adottate per la realizzazione dei primi. L'analisi proporzionale costituisce lo strumento adeguato per condurre l'accertamento richiesto dall'applicazione della norma: fornisce trasparenza, obbligando gli arbitri a identificare i diversi fattori che rilevano ai fini della decisione, e consente l'illustrazione del rapporto tra ciascuno di essi in base alle specifiche circostanze del caso concreto, assicurando che nessuno degli interessi coinvolti sia sacrificato più di quanto necessario a beneficio di altri.[718]

Le clausole di questo tipo contenute nei vari trattati prescrivono l'esistenza di una connessione tra la misura che lo Stato è legittimato ad adottare e lo scopo cui è diretta, sebbene la formulazione della stessa differisca nei BIT, riprendendo parte della terminologia utilizzata nell'Articolo XX GATT. Oltre al requisito della necessità, come prescritto nel caso esaminato, può essere richiesto che la misura sia, a titolo di esempio, *"related to"*, *"appropriate to"*, *"directed to"*, oppure espressamente *"proportionate to"*.

---

[718] BÜCHELER Gebhard, "Proportionality in Investor-State Arbitration", Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 242-243;

L'espressione utilizzata nell'indicare il nesso tra la misura e l'obiettivo al quale è diretta determina, oltre la relazione che deve sussistere tra di essi come già analizzato precedentemente, anche il livello di incisività dello scrutinio che un giudice è tenuto a svolgere, al fine di accertare la conformità della misura con la rispettiva norma del BIT.[719] Pertanto, ciascuna di esse richiede un'autonoma interpretazione, alla luce delle norme di diritto internazionale codificate nell'Articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

Il ricorso al principio di proporzionalità nel contesto delle eccezioni ai trattati appare essere un utile strumento non solo per la corretta interpretazione della norma, ma anche per la sua efficace applicazione al caso concreto. Alla luce dell'analisi e delle considerazioni sviluppate, appare conforme allo scopo cui le eccezioni sono dirette nonché alla struttura delle medesime, non solo la configurabilità di una analogia tra l'approccio proporzionale utilizzato dai Tribunali ICSID e quello elaborato in seno alla giurisprudenza OMC nell'interpretazione dell'Articolo XX GATT, ma anche la sussistenza di reciproche influenze e riferimenti espressi dei primi alle pronunce degli organi di risoluzione delle controversie della seconda.

5.4.3 – Le espropriazioni indirette.

Con espropriazione si intende la completa acquisizione della proprietà privata ad opera dello Stato. Nel diritto internazionale questo fenomeno costituisce uno degli ambiti in cui emerge e si cristallizza la tensione tra la protezione degli investimenti e interessi e diritti nazionali confliggenti.[720] L'espropriazione, invero, riconosciuta come potere intrinseco dello Stato in relazione a proprietà localizzate all'interno del suo territorio, non costituisce in quanto tale un illecito secondo il diritto internazionale consuetudinario o pattizio, salva tuttavia la presenza di ulteriori condizioni che incidono sulla legittimità dell'atto compiuto.

Tali atti raramente avvengono in modo diretto, tramite nazionalizzazioni o attraverso il trasferimento del titolo dall'investitore straniero allo Stato o ad un soggetto terzo, in entrambi i casi mediante l'acquisizione fisica della proprietà. Decisamente maggiormente frequenti sono, invece, le espropriazioni indirette o *de facto*, coinvolgenti misure statali che non interferiscono con il titolo della

[719] MITCHELL , HENCKLES, "Variations on a Theme", p.106-107;

[720] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 89;

proprietà, ma che influiscono negativamente sulla sostanza del diritto o svuotano il controllo del proprietario sullo stesso. Queste ultime non sono tanto caratterizzate dall'acquisizione fisica, quanto, piuttosto, producono la perdita effettiva della gestione, dell'utilizzo o del controllo oppure una significativa diminuzione del valore o dei beni in capo ad un investitore privato.[721]

Molti trattati relativi agli investimenti non considerano espressamente la questione delle espropriazioni indirette né forniscono una definizione delle stesse, bensì contengono clausole generali che stabiliscono le condizioni in base alle quali una espropriazione è considerata legittima, ritenendo le stesse applicabili anche con riferimento alle prime.[722]

Secondo il diritto internazionale consuetudinario, le espropriazioni, siano esse dirette o indirette, in via di generalizzazione, sono legittime sulla base dei trattati relativi agli investimenti nella misura in cui sono dirette a perseguire un interesse pubblico, sono attuate in modo non discriminatorio e rispettano le garanzie del giusto processo, inoltre, entrambe richiedono una compensazione.[723]

La considerazione e la disciplina di questo genere di misure statali nell'ambito dei trattati relativi agli investimenti è frutto di un bilanciamento tra i diritti degli investitori privati e il potere normativo statale. La mancanza di una definizione generalmente accettata del concetto di espropriazione indiretta, nonché la distinzione tra quest'ultima e misure normative statali non soggette all'obbligo di compensazione, ha determinato lo sviluppo di un'ampia e difforme giurisprudenza in materia ad opera delle corti e dei tribunali internazionali che sono stati investiti di questioni attinenti a tali fenomeni.[724] È proprio con riferimento alla questione menzionata che il principio di proporzionalità viene in rilievo, specificamente ai fini della distinzione tra normative legittime che non comportano l'obbligo di compensazione e espropriazioni indirette che, al contrario, lo richiedono.

Secondo il diritto internazionale, infatti, non ogni normativa statale che interferisce negativamente con i diritti di proprietà è qualificabile quale espropriazione comportante l'obbligo di

---

[721] UNCTAD, "Taking of Property", Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York-Geneva, 2000, p. 4; sul concetto di espropriazione indiretta si veda OECD, "´Indirect Expropriation` and the ´Right to Regulate` in International Investment Law", OECD Working Paper on International Investment, 2004/04, OECD Publishing, Paris;

[722] REINISCH August, "Expropriation", in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph (Eds.), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, 2008, p. 407, a p. 422;

[723] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 90;

[724] Un esame delle oscillazioni giurisprudenziali nell'approccio alla definizione di espropriazione indiretta si trova in DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, "Principles of International Investment Law", Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 104 e ss.;

compensazione.[725] La qualificazione della misura assume, pertanto, notevole rilevanza poiché, qualora sia accertata la sua natura espropriativa sorge il diritto dell'investitore privato ad essere interamente indennizzato per la perdita subita, a protezione dell'investimento effettuato; diversamente, tale diritto non sussiste se la misura rientra nell'esercizio del potere normativo statale, non assoggettato all'obbligo di compensazione.[726] La distinzione in questione appare piuttosto delicata, poiché, se da un lato l'indagine sulla natura della misura può determinare un'eccessiva intrusione nella sfera di sovranità dello Stato, nonché l'ulteriore conseguenza di ostacolare l'esercizio di molte funzioni statali mettendo in discussione il potere normativo, dall'altro, non è possibile escludere a priori che alcune regolamentazioni nazionali possano integrare espropriazioni.

A tale proposito sono individuabili, nella vasta giurisprudenza in materia, alcuni criteri che permettono la qualificazione della misura contestata nell'uno o nell'altro senso.[727] In primo luogo, viene considerato il grado di interferenza della misura con il diritto di proprietà: affinché sia possibile affermare la sussistenza di una espropriazione, la misura oggetto di contestazione deve privare l'investitore dei diritti fondamentali attinenti alla proprietà o interferire con l'investimento per un periodo di tempo considerevole. Non costituiscono, invero, espropriazioni le mere restrizioni del diritto di proprietà. Secondo questa dottrina, denominata *"sole effect"*, ai fini della qualificazione quale espropriazione indiretta, rileva la considerazione del solo effetto prodotto dalla misura nazionale sull'investimento, indipendentemente dallo scopo perseguito.[728]

Il secondo criterio individuato attiene alla considerazione dello scopo e del contesto della misura governativa: ai fini della qualificazione di quest'ultima quale espropriazione indiretta viene valutata la sua riconducibilità al diritto dello Stato di promuovere uno scopo sociale riconosciuto o il benessere generale. Specificamente, l'esistenza di considerazioni attinenti alla salute pubblica, alla sicurezza,

---

[725] BROWNLIE Ian, "Principles of Public International Law", Oxford University Press, New York, 2008, pp. 531-533;

[726] KRIEBAUM Ursula, "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State", The Journal of World Investment and Trade, vol. 8, 2007, p. 717, a p. 720; del medesimo autore anche "Indirect Expropriation: a Comparative Approach", in GATTINI Andrea, TANZI Attila, FONTANELLI Filippo (Eds.), "General Principles of Law and International Investment Arbitration", Kroninklijke Brill, Leiden, 2018, p. 429, a p. 436-437;

[727] OECD, "´Indirect Expropriation` and the ´Right to Regulate` in International Investment Law", OECD Working Paper on International Investment, 2004/04, OECD Publishing, Paris, p. 10 e ss.; a tale proposito si veda anche TITI Catharine, "Police Powers Doctrine and International Investment Law", in GATTINI Andrea, TANZI Attila, FONTANELLI Filippo (Eds.), "General Principles of Law and International Investment Arbitration", p. 323, a p. 328 e ss.;

[728] DOLZER, "Indirect Expropriation: New Developments?", New York University Environmental Law Journal, vol. 11, 2002, p. 64 e ss.; applicazione di questa dottrina è rilevabile nella pronunica *Metalclad Corp. v. United Mexican States (Metalclad v. Mexico)*, NAFTA, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000;

alla moralità generalmente riconosciute conduce alla conclusione dell'assenza di alcuna requisizione. La dottrina del *"police power"*, infatti, riconosce l'esistenza del potere in capo allo Stato di restringere i diritti di proprietà privata senza compensazione per il perseguimento di un obiettivo legittimo.[729] L'applicazione di questa dottrina porta ad escludere l'esistenza di un'espropriazione, e conseguentemente anche l'obbligo di compensazione, in ragione dello scopo perseguito dalla misura nazionale.[730]

Posizioni intermedie, nella qualificazione di una misura, considerano sia gli effetti prodotti che gli obiettivi perseguiti. Infine, talvolta viene considerata anche l'interferenza della misura con le ragionevoli aspettative attinenti agli investimenti. In questo senso, viene richiesta all'investitore la prova oggettiva che il suo investimento sia fondato su uno stato di fatto che non include cambiamenti del regime normativo.[731]

La qualificazione di misure nazionali viene considerata espressamente in alcuni Modelli di BIT, con differenti gradi di dettaglio. Molti sono i modelli che si limitano a contenere solo un riferimento al concetto di espropriazioni indirette o misure equivalenti, sancendo il divieto in capo alle parti contraenti di adottare misure in ragione dell'effetto che producono. Esempi di questo tipo si rinvengono nei modelli di Francia, Germania e Regno Unito: il primo vieta misure con un effetto di spossessamento diretto o indiretto dell'investimento straniero; il secondo e, in termini analoghi, il terzo si riferiscono a misure il cui effetto è equivalente ad espropriazioni o nazionalizzazioni.[732] Il grado di dettaglio è decisamente maggiore, diversamente, nel modello statunitense. Non solo, quest'ultimo contiene una previsione diretta a specificare alcuni dei fattori che devono essere presi in considerazione al fine di determinare se un'azione statale costituisce o meno una espropriazione indiretta, ma esclude espressamente da tale qualificazione azioni normative nazionali non discriminatorie, ideate e applicate al fine di proteggere obiettivi di benessere pubblico.[733] Rientrano,

---

[729] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", pp. 90-91;

[730] Costituisce esempio dell'applicazione di questa dottrina la pronuncia del caso *Methanex Corp. V. United States of America (Methanex v. USA)*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005;

[731] FORTIER Yves L., DRYMER Stephen L., "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 19, 2004, p. 293;

[732] French Model BIT 2006, Art. 5(2); German Model BIT 2008, Art. 4(2); UK Model BIT 2008, Art. 5(1) una formulazione similare si rinviene anche nel Canada Model BIT 2004, Art. 13(1);

[733] US Model BIT 2012, Annex B, para. 4, lett. a) e b);

tra gli esempi di obiettivi legittimi indicati nello stesso modello, la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente.[734]

La qualificazione di una misura quale espropriazione indiretta, qualora sia stata accertata la sua legittimità, determina il sorgere dell'obbligo in capo allo Stato che ha adottato la stessa di compensare l'investitore privato per la perdita subita.

Il principio di proporzionalità rileva nella conduzione dell'analisi attinente al secondo criterio menzionato.[735] Questa considerazione è stata elaborata dai Tribunali arbitrali a partire dalle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale affinché sia legittima una requisizione è necessaria la presenza di un ragionevole e prevedibile fondamento giuridico, inoltre, deve sussistere una proporzione tra la misura adottata per il perseguimento di un interesse generale e la violazione subita dal privato vittima della requisizione. Tuttavia, l'identificazione dei fattori che devono essere specificamente considerati in tale bilanciamento, secondo la giurisprudenza della Corte Europea, variano con riferimento al caso concreto.[736]

Il ricorso al principio di proporzionalità nella qualificazione di una misura come espropriazione indiretta ad opera dei Tribunali arbitrali ICSID è chiaramente individuabile nel caso *Tecmed v.*

---

[734] Una peculiare formulazione è contenuta nel modello di BIT italiano ove, nel prescrivere il divieto di espropriazioni indirette con una formulazione assimilabile a quella del modello francese, sancisce un'eccezione diretta a consentire misure nazionali che producono l'effetto vietato, ma che perseguono uno scopo pubblicistico o un interesse nazionale; pertanto, in tal caso normative nazionali dirette a realizzare gli obiettivi menzionati rientrano nella qualificazione di espropriazioni indirette, con l'obbligo, espressamente sancito, di compensare l'investitore privato; si veda Italy Model BIT 2003, Art. V(2);

[735] Ritiene che il ricorso al principio di proporzionalità sia compatibile con una mitigazione della dottrina della *"police power"*, sottolineando in particolare la loro non coincidenza TITI, "Police Powers Doctrine and International Investment Law", p. 334, 340;

[736] Con riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il principio è stato avanzato primariamente nella pronuncia *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, European Court of Human Rights, Application n. 7151/75, 7152/75, Judgment of 23 September 1982, para. 69, poi espressamente sancito nella pronuncia relativa alla controversia *In the case of James and Others v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application n. 8793/79, judgment of 21 February 1986, n. 50; tra gli altri si veda anche *Case of Mellacher and Others v. Austria*, European Court of Human Rights, Application n. 10522/83, 11011/84, 11070/84, Judgment of 19 December 1989, para. 48 e ss., più recente è *Case of Beneficio Cappella v. San Marino*, European Court of Human Rights, Application n. 40789/98, Judgment of 13 July 2004, para. 33; KRIEBAUM, "Indirect Expropriation: a Comparative Approach", p. 438-439; PADELLETTI Maria Luisa, "La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 230-235; CHRISTOFFERSEN, "Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights", pp. 44, 127-128; ARAI-TAKAHASHI, "The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR", pp. 193-194; MOWBRAY Alastair, "A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", Human Rights Law Review, vol. 10, 2010, p. 289, a p. 308;

Mexico, sebbene svolto mediante le *Additional Facilities Rules*.[737] Il collegio, nel rilevare la mancanza sia della definizione di espropriazione all'interno dell'Accordo rilevante, sia dell'individuazione di azioni o condotte ad essa equivalenti, riprendendo quanto sancito dal precedente Tribunale arbitrale nel caso *Metalclad v. Mexico*, qualifica la prima come *"a forcible taking by the Government of tangible or intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect ..."*. Il termine viene esteso anche a situazioni definite come espropriazioni *de facto*, qualora tali azioni o leggi trasferiscano i beni a persone terze oppure privino i proprietari dei diritti di proprietà sui beni stessi, senza assegnarli a terzi o al governo.[738] In particolare, il collegio riconosce che le forme di espropriazione indiretta si materializzano tramite azioni o condotte che non manifestano espressamente l'obiettivo di privare alcuno del diritto o dei beni, ma che producono tale effetto.[739]

Al fine di stabilire se una misura sia qualificabile quale espropriazione indiretta, il Tribunale arbitrale ritiene di svolgere un'analisi in più fasi. La prima richiede di determinare se l'investitore, in ragione della misura contestata, sia stato radicalmente privato dell'utilizzo e del godimento economico del suo investimento, ossia se i beni coinvolti abbiano perso il valore o il possibile uso economico per il titolare, nonché l'entità della perdita. Inoltre, in base al diritto internazionale consuetudinario, risulta una espropriazione indiretta se il valore economico dell'utilizzo, del godimento o della disposizione dei beni o dei diritti colpiti dalla misura è neutralizzato o distrutto.[740] La giurisprudenza si è assestata nel ritenere che sia integrato questo requisito qualora vi sia una *"substantial deprivation"* del valore, utilizzo o godimento dell'investimento, determinante a tal fine è l'intensità e la durata della privazione economica sofferta dall'investitore quale risultato della misura.[741] Tale prima fase comporta, pertanto, la considerazione degli effetti prodotti nei confronti dell'investitore ad opera della misura adottata dallo Stato, indipendentemente dalle intenzioni del governo.

---

[737] *Tecnica Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States (Tecmed v. Messico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003;

[738] *Tecmed v. Messico*, Award, para. 113;

[739] *Tecmed v. Messico*, Award, para. 114;

[740] *Tecmed v. Messico*, Award, para. 115-116;

[741] Tra le numerose pronunce in tal senso si veda *CMS v. Argentina*, Award, para. 262; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (El Paso v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 248; *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (Philip Morris v. Uruguay)*, ICSID Case n. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, Award, para. 192;

In secondo luogo, il Tribunale ICSID ritiene di verificare se la misura adottata rientri nell'esercizio dei poteri sovrani ad opera dello Stato, all'interno della cornice del *"police power"*, poiché in tal caso la causazione di danni a coloro che sono assoggettati a tali poteri non attribuisce agli stessi il diritto ad ottenere una compensazione. Sebbene l'accertamento della legittimità dell'esercizio di tale potere debba essere determinata solo in conformità al diritto nazionale e dinnanzi a corti interne, il collegio riconosce che la funzione attribuitagli comporta l'esame della conformità della misura con l'accordo invocato, alla luce delle norme in esso contenute e del diritto internazionale.[742] Anche in questa pronuncia emerge la volontà del Tribunale di non interferire in modo eccessivamente intrusivo con l'esercizio delle prerogative sovrane ad opera dello Stato parte della controversia, escludendo espressamente l'esame delle ragioni che hanno condotto quest'ultimo all'adozione di una misura interna al fine di determinarne la legittimità alla luce del diritto nazionale. Riprendendo quanto espresso nella redazione del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati della CDI, ai fini della qualificazione di un atto come illecito internazionale rileva la difformità della condotta dello Stato rispetto agli obblighi internazionali sullo stesso gravanti.

Secondo la pronuncia, al fine di qualificare quale espropriazione la condotta statale, la terza fase dell'analisi richiede la valutazione della proporzionalità delle misure contestate con l'interesse pubblico presumibilmente tutelato dalle stesse e con la protezione giuridicamente garantita agli investimenti, considerando che il significato di tale impatto ha un ruolo chiave nella determinazione della proporzionalità.[743] Sebbene anche in questa pronuncia venga sottolineata l'autonomia degli Stati nella definizione delle questioni attinenti alle politiche pubbliche o agli interessi della società, nonché delle azioni dirette alla realizzazione degli stessi, il Tribunale sancisce che tale considerazione non impedisce l'esame delle stesse alla luce dell'accordo. In particolare la valutazione è diretta a determinare la ragionevolezza delle misure in relazione all'obiettivo, alla privazione dei diritti economici e alle aspettative legittime di coloro che sono colpiti dalla privazione stessa. Nello specifico, deve sussistere una ragionevole relazione di proporzionalità tra il peso imposto all'investitore straniero e l'obiettivo che si intende realizzare con la misura espropriativa.

---

[742] *Tecmed v. Messico*, Award, para. 119-120;

[743] *Tecmed v. Messico*, Award, para. 122;

Nel ricorrere al principio di proporzionalità, il Tribunale ICSID effettua un bilanciamento tra l'interesse pubblico dello Stato ospitante nell'interferenza causata e gli effetti dalla stessa prodotti nei confronti dell'investitore e dell'interesse di quest'ultimo alla protezione dell'investimento.

In questa pronuncia, il Tribunale arbitrale richiama espressamente quanto sancito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento alla tematica in analisi e, in particolare, al principio di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito.[744]

Il termine *"police power"* costituisce espressione del potere sovrano di promulgare tutte le leggi necessarie e appropriate al fine di proteggere la sicurezza, l'ordine, la moralità, la salute pubblica e la giustizia, il cui esercizio concreto consente l'espropriazione di proprietà privata per finalità di pubblica utilità.[745]

Il riferimento effettuato dal Tribunale ICSID al c.d. *"police power"* è volto a riconoscere l'esistenza in capo allo Stato del potere di restringere i diritti di proprietà privata, senza compensazione, al fine di perseguire un obiettivo legittimo. L'accertamento della riconducibilità della misura all'esercizio di tale potere, non determina automaticamente la non compensabilità dell'espropriazione subita, bensì costituisce il presupposto per il passaggio all'ultima fase del procedimento. Specificamente, il Tribunale richiede che gli effetti prodotti dalla misura adottata siano proporzionati al potere esercitato, con riferimento all'obiettivo che lo Stato intende perseguire.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ricorre al principio di proporzionalità nell'analisi dell'interesse pubblico sottostante all'emanazione della norma che incide sulla proprietà. In particolare, secondo la Corte, ciascuno Stato gode di un margine di discrezionalità nel decidere quali misure rientrano nell'interesse pubblico; ne consegue che la Corte stessa, nell'esaminare la misura contestata, sarà tenuta a rispettare il giudizio condotto dal legislatore relativamente all'individuazione dell'interesse pubblico, salva la manifesta mancanza di un ragionevole fondamento.[746] La successiva applicazione del principio di proporzionalità, tuttavia, comporta la possibilità di negare la legalità della misura nazionale anche se lo scopo per cui è stata adottata è legittimo.

---

[744] Il riferimento effettuato dal Tribunale ICSID è alla pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *In the case of James and Others v. The United Kingdom*, Judgment of 21 February 1986, n. 50, para. 46-47;

[745] Si veda la voce *"police power"* in GARNER Bryan A. (Ed), "The Black's Law Dictionary", West Group, 2007, p. 1196;

[746] Corte EDU, *In the case of James and Others*, para. 46 e ss.;

Il ragionamento effettuato dal collegio arbitrale nella pronuncia del caso *Tecmed*, che ricalca questo approccio, viene analizzato da una tesi secondo la quale la diversità dei contesti di riferimento dei due diversi giudici comporta conseguenze completamente differenti. Ne deriva che, assoggettare la legalità di un atto espropriativo al requisito di proporzionalità nell'ambito degli investimenti, restringe la libertà normativa dello Stato ospitante in modo eccessivo rispetto alle previsioni contenute nei BIT.[747] Questa stessa tesi ritiene che il Tribunale, nel caso citato, inserisca il principio di proporzionalità nel procedimento di identificazione di una espropriazione indiretta, producendo un risultato totalmente opposto a quello cui giunge la Corte Europea. Specificamente, sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se una privazione sostanziale della proprietà è non discriminatoria e accompagnata da una compensazione, può comunque essere illecita se non risponde al principio di proporzionalità. Diversamente, una privazione della proprietà discriminatoria e non compensata, non sarebbe qualificabile come espropriazione sulla base di previsioni del BIT a condizione che la misura contestata sia proporzionata allo scopo perseguito.

Tale opinione, tuttavia, non appare condivisibile, specificamente con riferimento alla qualificazione della misura nazionale. Essa finisce, infatti, per considerare la proporzionalità quale esclusivo requisito che una misura nazionale è tenuta a rispettare al fine di non essere considerata espropriazione indiretta. È la stessa pronuncia richiamata che nega la possibilità di giungere a tale conclusione indicando un procedimento ben più articolato, ove la considerazione della proporzionalità ne costituisce l'ultima fase.

Il principio di proporzionalità viene utilizzato dalla Corte Europea al fine di decidere la giustificabilità di un'espropriazione, mentre il Tribunale ICSID vi fa ricorso direttamente per qualificare la misura quale espropriazione.[748] Ne consegue che, se l'applicazione del principio di proporzionalità conduce ad affermare che la misura statale non costituisce una espropriazione indiretta, non sarà dovuta alcuna compensazione sulla base delle previsioni del BIT; mentre, l'applicazione del principio di proporzionalità ad opera della Corte di Strasburgo incide sulla determinazione della legalità della misura, non mutando la sua qualificazione quale espropriazione. In particolare, nell'ambito della tutela dei diritti umani, il principio in questione è utilizzato per accertare se un il bilanciamento tra

[747] BÜCHELER, "Proportionality in Investor-State Arbitration", pp. 146-147;

[748] KRIEBAUM, "Regulatory Takings", p. 728;

l'interesse dello Stato e quello alla protezione della proprietà dell'individuo è stato effettuato in modo adeguato, senza contestare la natura espropriativa della misura, bensì incidendo sulla compensazione.

La pronuncia richiamata induce ad effettuare alcune considerazioni. Preliminarmente, si ammette la possibilità che i diritti attinenti alla proprietà privata possano essere limitati in conseguenza dell'esercizio del potere sovrano ad opera dello Stato, senza che questa possibilità sia menzionata all'interno del BIT rilevante.[749]

Inoltre, il ricorso al principio di proporzionalità porta ad affermare l'esistenza di una espropriazione indiretta compensabile solo qualora le misure nazionali conducano a restrizioni sproporzionate del diritto di proprietà. Pertanto, completando quanto sopra affermato, la proprietà privata cede di fronte all'esercizio del potere sovrano, solo se quest'ultimo è esercitato in modo proporzionato. L'applicazione del principio di proporzionalità permette, conseguentemente, di tracciare una linea di confine tra misure normative nazionali legittime e, quindi, non soggette all'obbligo di compensazione, da un lato, e espropriazioni indirette compensabili, dall'altro.[750]

Quanto appena affermato troverebbe conferma anche nei Trattati più recenti conclusi dagli Stati Uniti che ammettono la possibilità per lo Stato di intraprendere azioni non discriminatorie per la protezione di obiettivi legittimi di interesse pubblico, non costituendo le stesse espropriazioni indirette. Secondo una tesi, previsioni di questo tipo importano il ricorso all'analisi proporzionale nell'applicazione del concetto di espropriazione indiretta.[751]

La distinzione tra espropriazioni indirette e limitazioni non compensabili sancita dal Tribunale del caso *Tecmed*, viene ripresa dalle successive pronunce ICSID. Il collegio arbitrale del caso *Telenor v. Argentina* riconosce come ben stabilito il concetto secondo cui il mero esercizio da parte del governo del potere normativo, che comporta impedimenti al commercio o implica il pagamento di tasse o altri tributi, non costituisce di per se espropriazione.[752] Proseguendo in questa linea, il Tribunale arbitrale del caso *Continental Casualty v. Argentina* qualifica le limitazioni non compensabili come tipiche

---

[749] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 92;

[750] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 95;

[751] KINGSBURY, SCHILL, "Public Law Concepts", p. 95-96; SCHILL Stephan, "Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law", in SCHILL Stephan (Ed), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, New York, 2010, p. 151, a p. 159;

[752] *Telenor Mobile Communications S.A. v. The Republic of Hungary (Telenor v. Hungary)*, ICSID Case n. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, para. 64;

normative governative relative alla proprietà, comportanti per lo più limitazioni inevitabili imposte al fine di assicurare diritti altrui o generali; tali misure non richiedono un indennizzo, a condizione che *"they do not affect property in an intolerable, discriminatory, or disproportionate manner."*[753]

La sentenza arbitrale ICSID relativa al caso *Tecmed*, con riferimento all'applicazione dell'analisi proporzionale, viene ripresa anche nel caso *Azurix v. Argentina*, ove viene fatto espressamente riferimento alla pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo richiamata dalla prima pronuncia menzionata.[754] La necessità dell'esistenza di un ragionevole rapporto proporzionale tra i mezzi utilizzati dallo Stato e lo scopo cui sono diretti costituisce elemento che deve essere accertato, assieme alla legittimità dell'obiettivo, al fine di determinare la natura della misura contestata. Questo rapporto di proporzionalità viene meno nel caso in cui l'investitore coinvolto *"bears an individual and excessive burden"*.

Con la pronuncia del caso *Azurix*, emerge chiaramente l'intento del Tribunale ICSID di trovare un bilanciamento tra il diritto dello Stato ospitante di agire nell'interesse pubblico e la protezione dei diritti dell'investitore. Il ricorso al principio di proporzionalità costituisce lo strumento, individuato dall'organo giudicante, che consente nel miglior modo di procedere a tale bilanciamento, in ragione della sua stessa natura.

Il ricorso all'analisi proporzionale con la finalità di procedere al menzionato bilanciamento è sancito esplicitamente nella pronuncia di poco successiva, relativa alla controversia *LG&E v. Argentina*. In tal caso, infatti, il Tribunale ICSID è chiaro nel ritenere che al fine di stabilire se una misura costituisce espropriazione ai sensi della previsione del BIT di riferimento, deve procedere a bilanciare, da un lato, il grado di interferenza della misura relativamente al diritto di proprietà e, dall'altro, il potere dello Stato di adottare le proprie politiche. Riconosciuto che lo Stato ha il diritto di adottare azioni aventi uno scopo sociale o di benessere generale, solo ove sia sproporzionata rispetto all'esigenza a cui fa fronte la misura non può essere accettata senza il sorgere dell'obbligo di compensazione.[755]

---

[753] *Continental Casualty v. Argentina*, Award, para. 276;

[754] *Azurix Corp. v. The Argentine Republic (Azurix v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 310-311;

[755] *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic (LG&E v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 195;

Interessante ai fini della presente analisi è la modalità con cui la questione della qualificazione di una misura quale espropriazione indiretta viene affrontata nella controversia *El Paso v. Argentina*.[756] Innanzitutto, il Tribunale nega la possibilità che una normativa generale promulgata dallo Stato e interferente con i diritti degli investitori privati non possa mai essere ritenuta espropriativa, in ragione della considerazione secondo la quale la stessa debba essere analizzata quale esercizio del potere sovrano o del *"police power"*. Il collegio arbitrale, infatti, ritiene che l'approccio corretto sia ammettere che in via di principio le normative generali non ammontino ad espropriazioni indirette, tuttavia, in ragione del loro contenuto è possibile accertare l'esistenza di eccezioni che determinano la natura espropriativa della misura nazionale.[757] Lo Stato, invero, è libero di agire nell'interesse pubblico tramite il perseguimento di obiettivi che ne costituiscono l'espressione, quali ed esempio la tutela dell'ambiente, il regime di tassazione, la concessione di sussidi statali. Tale potere si porrebbe in contrasto con l'obbligo di accordare compensazioni ad ogni attività che viene negativamente colpita dalla normativa stessa.[758] In linea di principio, *"general non-discriminatory regulatory measures, adopted in accordance with the rules of good faith and due process, do not entail a duty of compensation"*.[759] Tuttavia, il Tribunale ICSID qualifica quali espropriazioni indirette quelle normative generali irragionevoli, ossia arbitrarie, discriminatorie, sproporzionate o in altro modo ingiuste, risultanti in una neutralizzazione dei diritti di proprietà dell'investitore straniero.[760] In particolare, riprendendo quanto affermato in precedenti lodi ICSID, il collegio sottolinea l'esigenza di ragionevolezza e proporzionalità della misura statale interferente con la proprietà privata.

La sproporzionalità della misura nazionale costituisce indice della sua natura espropriativa indiretta; specificamente, il bilanciamento effettuato coinvolge, da un lato, l'interferenza con i diritti di proprietà degli investitori e, dall'altro, l'interesse pubblico promosso dalla normativa generale, così come sancito nel lodo *Tecmed*.[761] Normative generali sproporzionate potenzialmente possono essere

---

[756] *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (El Paso v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 233 e ss.;

[757] *El Paso v. Argentina*, Award, para. 136;

[758] *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States (Feldmand v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 103, 105;

[759] *El Paso v. Argentina*, Award, para. 240;

[760] *El Paso v. Argentina*, Award, para. 241;

[761] *El Paso v. Argentina*, Award, para. 243;

considerate espropriative nella misura in cui sussiste una sufficiente interferenza con i diritti dell'investitore.

Anche nella pronuncia del Tribunale ICSID nel caso *Philip Morris v. Uruguay*, il rispetto del requisito della proporzionalità è sancito quale condizione che permette di escludere la qualificazione della condotta di uno Stato nell'esercizio del suo *"police power"* quale espropriazione indiretta.[762] Il collegio arbitrale, ritiene che nei recenti trattati relativi al commercio e agli investimenti trovi conferma la dottrina secondo la quale è ammessa la possibilità di adottare misure finalizzate al mantenimento dell'ordine pubblico o alla tutela della salute o della moralità, nell'esercizio dei poteri sovrani ad opera dello Stato. La dottrina della *"police power"* esclude non solo la compensabilità del danno provocato agli investitori, ma anche la qualificazione della misura come espropriazione.[763]

Il Tribunale ICSID, nella pronuncia da ultimo menzionata, accerta il requisito di proporzionalità con riferimento all'obiettivo che le misure nazionali sono dirette a raggiungere, ritenendo le stesse *"not arbitrary or unnecessary but ... potentially effective means to protecting public health"*.[764]

Dall'analisi effettuata emerge chiaramente la possibilità di tracciare un parallelismo tra l'interpretazione e l'applicazione del concetto di espropriazioni indirette nell'ambito degli investimenti stranieri e la normativa sancita nell'accordo TBT negoziato in seno all'OMC con riferimento alla possibilità per gli Stati di adottare misure che costituiscono barriere tecniche al commercio. Non solo in entrambi i settori è stato operato un ricorso all'analisi proporzionale ad opera degli organi che si sono pronunciati sulla contestazione di misure nazionali, ma le modalità di applicazione della stessa, nonché le fasi sviluppate appaiono essere sovrapponibili.

A ben guardare, infatti, l'esigenza sottostante al riconoscimento della possibilità di adottare misure nazionali che costituiscano rispettivamente restrizioni al commercio e interferenza con gli investimenti stranieri, sono analoghe. Nel settore del commercio la ratio sottostante alle barriere tecniche è propriamente quella di tutelare interessi pubblici nazionali di primario rilievo; interessi analoghi costituiscono anche la giustificazione di misure statali che interferiscono con i diritti di proprietà degli investitori. Gli obiettivi legittimi che vengono esemplificativamente elencati

---

[762] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (Philip Morris v. Uruguay)*, ICSID Case n. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para. 305;

[763] *Philip Morris v. Uruguay*, Award, para. 291, 300;

[764] *Philip Morris v. Uruguay*, Award, para. 306;

nell'Accordo TBT, corrispondono a quelli che giustificano l'adozione di misure statali non qualificabili come espropriazioni indirette, in presenza degli ulteriori requisiti elaborati in materia. La sicurezza, la salute, la moralità pubbliche si ritrovano in entrambi i sistemi quali interessi generali la cui protezione legittima l'adozione di misure nazionali non in linea con la liberalizzazione del commercio e la tutela degli investimenti stranieri.

5.5 CONSIDERAZIONI.

L'analisi svolta dimostra come il principio di proporzionalità costituisca uno strumento non solo conosciuto in entrambi i sistemi di risoluzione delle controversie oggetto della presente analisi, ma anche applicato con modalità tra loro assimilabili all'intero di contesti corrispondenti.

La considerazione del regime delle eccezioni, quelle generali disciplinate dall'Articolo XX del GATT e quelle previste da alcuni BITs all'interno di clausole denominate NPM, dimostra l'esistenza di un parallelismo nell'accertamento della conformità della misura concreta ad opera degli organi chiamati a giudicare la questione. La predisposizione di clausole che ammettono eccezioni nei due sistemi, infatti, risponde alla medesima esigenza di assicurare un equilibrio tra l'esercizio del potere normativo statale e l'adempimento degli obblighi assunti a livello internazionale. Specificamente, l'attuazione del primo è consentita a detrimento dei secondi solo per la realizzazione di specifici obiettivi legittimi, indicati direttamente dal rispettivo accordo. Il principio di proporzionalità si inserisce in questo accertamento per delimitare l'esercizio del potere statale all'adozione delle sole misure che risultano proporzionate all'obiettivo perseguito. Tali obiettivi, inoltre, sono per la maggior parte coincidenti nei due diversi sistemi.

Quest'ultimo aspetto si risconta anche nella considerazione delle giustificazioni che ammettono l'adozione delle misure disciplinate dall'Accordo TBT, qualificabili quali barriere tecniche, parallelamente a quelle che conducono all'accertamento della sussistenza di espropriazioni indirette, secondo il sistema di risoluzione delle controversie ICSID. Il potere di adottare misure statali che ostacolano il commercio o incidono sui diritti di proprietà degli investitori stranieri, costituisce aspetto che è stato oggetto di espressa negoziazione in seno all'OMC, ma rilevabile anche nell'applicazione dei BIT. L'adozione di questa disciplina è determinata dalla volontà degli Stati di mantenere il potere di adottare normative dirette alla protezione di interessi nazioni superiori rispetto alla volontà di liberalizzare il commercio e tutelare gli investimenti stranieri. Il ricorso al principio di

proporzionalità emerge in entrambi i sistemi, con riferimento a questo ambito, quale strumento che consente di distinguere misure conformi alla disciplina prescritta dai rispettivi accordi, e pertanto legittime e ammissibili, da quelle che, al contrario, costituiscono violazioni degli obblighi internazionali assunti dai singoli Stati, con il conseguente sorgere della responsabilità di questi ultimi.

Anche l'approccio utilizzato nei due sistemi diretto ad accertare la legittimità della misura nazionale contestata presenta delle simmetrie. Come gli organi di risoluzione delle controversie OMC hanno limitato la possibilità di indagare lo scopo che la misura è diretta a realizzare, individuato dallo Stato, così anche nelle pronunce dei Tribunali ICSID è sancita la volontà di non interferire in modo eccessivamente intrusivo con le prerogative sovrane degli Stati, escludendo l'indagine delle ragioni che hanno determinato l'adozione della misura nazionale. In entrambi i sistemi, tuttavia, questa delimitazione non dispensa l'organo decidente dalla prerogativa di verificare la legittimità della condotta nazionale alla luce degli obblighi gravanti sul piano internazionale nei confronti dello Stato autore della stessa.

Questa fase dell'analisi condotta sia nelle controversie OMC che in quelle ICSID, è seguita dall'accertamento della proporzionalità della misura contestata con l'obiettivo perseguito e con l'effetto restrittivo cagionato. I fattori che vengono specificamente presi in considerazione dai Panel e dai Tribunali arbitrali differiscono non solo tra loro, ma anche in ragione delle specificità del caso concreto. Infatti, in entrambi i sistemi è stato affermato come la valutazione debba essere condotta su base casistica.

L'accertamento della sussistenza di misure alternative meno intrusive che consentono il raggiungimento dell'obiettivo perseguito costituisce fase dell'analisi proporzionale applicata in entrambi i sistemi con alcune precisazioni. Nella giurisprudenza OMC l'accertamento della necessità intesa quale *"least-restrictive means test"* è espressamente richiesto sia con riferimento all'applicazione delle eccezioni generali che agli Accordi SPS e TBT, ove viene sancito espressamente nell'Articolo 2.2. La medesima fase è rilevabile anche nell'interpretazione condotta dai Tribunali ICSID nell'applicazione delle norme dei BIT che prevedono eccezioni. Tuttavia, nelle analisi svolte dai medesimi Tribunali nel contesto delle espropriazioni indirette non viene espressamente considerato quale elemento dell'applicazione del principio di proporzionalità l'accertamento della sussistenza di misure alternative meno intrusive con riferimento ai diritti di proprietà dell'investitore rispetto a quella oggetto del procedimento, che consentirebbero ugualmente la realizzazione dell'obiettivo legittimo. La valutazione della necessità della misura nazionale ai fini

della realizzazione dell'obiettivo legittimo perseguito, nondimeno, appare implicita nell'accertamento della proporzionalità così come formulata nelle pronunce ICSID. La comparazione del peso imposto all'investitore straniero con l'obiettivo perseguito consente, infatti, di escludere la proporzionalità della normativa nazionale qualora appaia configurabile una misura alternativa il cui grado di interferenza con i diritti di proprietà sia inferiore rispetto a quella contestata. La mancanza di un riferimento esplicito a tale elemento nell'ambito delle pronunce ICSID, pertanto, non è idonea ad escludere la sua valutazione nella conduzione dell'analisi proporzionale con riferimento al caso concreto. Conferma quanto appena affermato il riferimento alla inevitabilità della misura effettuato ad opera del Tribunale ICSID nel lodo relativo alla controversia *Continental Casualty v. Argentina*.[765]

Necessariamente diversi sono, tuttavia, gli esiti a cui l'accertamento conduce: qualora sia accertata la sproporzionalità della misura questo determina, nel sistema OMC, la pronuncia della raccomandazione di riconduzione in conformità agli obblighi internazionali; in ambito ICSID, diversamente, comporta la qualificazione della misura quale violazione del BIT o, specificamente, come espropriazione indiretta con conseguente obbligo per lo Stato di compensazione nei confronti dell'investitore straniero colpito dalla stessa.

Nondimeno, in entrambi i meccanismi di risoluzione delle controversie l'utilizzo dell'analisi proporzionale costituisce strumento idoneo allo svolgimento dell'accertamento richiesto, consentendo di arginare il rischio di una eccessiva intrusione dell'organo giudicante all'interno di ambiti propri della sovranità nazionale. L'applicazione del principio consente, pertanto, di individuare gli ambiti di competenza dei diversi sistemi che vengono coinvolti: da un lato, l'ordinamento statale e l'esercizio dei poteri riconducibili alla sua sovranità, dall'altro, gli organi giudicanti a cui è attribuita la funzione di risolvere le controversie che gli vengono deferite, nei limiti dei poteri loro attribuiti.

Inoltre, non solo l'approccio che emerge nell'applicazione del principio ad opera degli organi di risoluzione delle controversie OMC e dai Tribunali ICSID presenta numerose similitudini e punti di contatto, ma il meccanismo utilizzato dai primi viene anche espressamente richiamato e applicato dai secondi, dando atto di una convergenza dei sistemi, sebbene non esente da critiche.

---

[765] Si veda la nota n. 273;

Il ricorso a questo principio consente, infatti, di contribuire alla coerenza nella risoluzione delle controversie sia rispettivamente all'interno di ciascun sistema, sia nella loro considerazione complessiva, favorendo soluzioni che, sebbene non coincidenti, risultano quanto meno conformi con riferimento alla considerazione di aspetti rilevanti che emergono in entrambi i sistemi, quali la delimitazione della sovranità statale, nonché l'individuazione di ambiti della stessa che non ammettono intrusione ad opera di organi esterni.

Il principio di proporzionalità, la cui natura appare essere sia sostanziale che procedurale, costituisce anche uno strumento che consente all'organo giudicante la razionalizzazione del procedimento decisionale, attraverso l'applicazione della struttura analitica in cui lo stesso si compone. Il ricorso a questa struttura permette, inoltre, di accrescere la trasparenza della decisione e di evitare l'eventualità di derive ideologiche nella risoluzione delle questioni concrete, ad opera dei componenti dei rispettivi collegi, all'interno di ciascun sistema di risoluzione delle controversie.

CAPITOLO VI

IL TRATTAMENTO DELLA NAZIONE MAGGIORMENTE FAVORITA

6.1 INTRODUZIONE: LA GARANZIA DI NON DISCRIMINAZIONE.

Uno dei principi che costituiscono il nucleo sia dei trattati internazionali relativi al commercio che di quelli disciplinanti gli investimenti è costituito dalla garanzia di non discriminazione, in particolare riferita alla nazionalità. Questo principio si declina attraverso due ulteriori principi che disciplinano altrettanti standard di trattamento: il trattamento nazionale e quello della nazione più favorita. Specificamente, il primo vieta la discriminazione contro Paesi stranieri a beneficio di propri nazionali, il secondo è diretto ad impedire la differenziazione dei trattamento previsti nei confronti di Paesi stranieri a favore di alcuni soltanto di essi.[766] La complementarietà di questi ultimi, intesi a coniugare il principio di non discriminazione con riferimento al trattamento accordato rispettivamente ad un termine di paragone nazionale e ad uno relativo ad uno Stato terzo, è ben visibile sia all'interno degli accordi OMC sia in numerosi trattati bilaterali attinenti agli investimenti.

In termini generali, il principio di non discriminazione, sancito anche a livello nazionale in molte costituzioni moderne, è espresso e illustrato mediante la massima in base alla quale situazioni differenti devono essere sottoposte a trattamenti differenti, mentre situazioni simili devono ricevere il medesimo trattamento. Non si tratta, pertanto, di un concetto assoluto, bensì relativo, la cui valutazione deve essere effettuata in relazione al caso concreto, in primo luogo prendendo in considerazione le circostanze che portano a qualificare la situazione stessa quale simile o differente con riferimento ad un termine di paragone previamente identificato.

---

[766] Tra gli altri: PICONE Paolo, LIGUSTRO Aldo, "Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio", Cedam, Padova, 2002, p. 112; MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization", pp. 155-156;

Il principio di non discriminazione, principalmente diretto a creare condizioni di parità di concorrenza, risulta di fondamentale rilevanza nel settore del commercio internazionale così come nell'ambito degli investimenti. L'importanza di questo principio è espressa chiaramente nel Preambolo del GATT 1947 ove, nell'indicare quale primario scopo del sistema multilaterale del commercio l'espansione della produzione e dello scambio di beni per favorire lo sviluppo degli Stati, veniva identificato quale strumento diretto alla sua realizzazione *"the elimination of discriminatory treatment in international commerce"*.[767] Nondimeno, nell'ambito degli investimenti internazionali, la cui disciplina mira a garantirne la protezione al fine di rendere il territorio statale attrattivo per i capitali stranieri e creare condizioni favorevoli per l'effettuazione di investimenti, il principio di non discriminazione costituisce uno standard minimo previsto all'interno dei BIT negoziati tra gli Stati.[768]

Formulato in modo esplicito nel preambolo del GATT 1994 in termini analoghi al suo predecessore del 1947, questo principio permea l'interno sistema del commercio multilaterale OMC, ove viene previsto espressamente in alcuni degli accordi, mentre in altri si ricava implicitamente dalla regolamentazione prescritta.[769] Costituiscono prova della rilevanza del principio i tre accordi cardine del sistema: oltre al già menzionato GATT, il GATS (*General Agreement on Trade in Services*) e l'Accordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rghts*) contengono una formulazione assimilabile del principio nelle due declinazioni di seguito analizzate. Le norme che disciplinano la non discriminazione, concepite per assicurare eque condizioni di commercio, contribuiscono a creare una sistema in cui la parità di concorrenza gioca un ruolo chiave per contribuire allo sviluppo economico degli Stati, con particolare riferimento a quelli in via di sviluppo o in situazioni di transizione, accompagnata dalla previsione di eccezioni dirette a garantire la non frustrazione del sistema.

Similmente, molti trattati relativi agli investimenti contengono, alternativamente, specifiche clausole che proibiscono misure discriminatorie con riferimento a determinate fasi dell'operatività dell'investimento, quali *"management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, disposal …"*, oppure una generica clausola di non discriminazione, con l'ulteriore

---

[767] GATT 1947, Preamble;

[768] DIMASCIO Nicholas, PAUWELYN Joost, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?", The American Journal of International Law, vol. 102, 2008, pp. 48-89, a p. 54;

[769] Si veda tra gli altri: MATSUSHITA, SCHOENBAUM, MAVROIDIS, HAHN, "The World Trade Organization", p. 155;

eventuale distinzione tra trattamento nazionale e trattamento della nazione maggiormente favorita. Talvolta, con riferimento a queste previsioni, sono previste delle eccezioni.

Sebbene, gli scopi che i due sistemi sono diretti a realizzare possano apparire differenti, il divieto di discriminazione, nelle due declinazioni del trattamento nazionale e di quello della nazione maggiormente favorita, assume connotazioni tra loro comparabili, anche alla luce del suo obiettivo di fornire un assetto concorrenziale in condizioni paritarie, implicante una parziale assimilabilità relativamente alla struttura e al contenuto delle norme che li prevedono. Queste ultime comportano l'emergere di alcune questioni analoghe in entrambi i sistemi quali la corretta interpretazione, in particolare in relazione all'identificazione del termine di comparazione, nonché l'ammissibilità e le possibili giustificazioni di differenziazioni.[770]

Negli ambiti oggetto di esame, il divieto di discriminazione, qualificato sia *de iure* che *de facto*, investe rispettivamente non solo misure che sono espressamente formulate in modo da violare il divieto stesso, ma anche condotte che, pur non manifestamente tali, producono un effetto contrario alla norma che regola il principio in analisi.

Nell'ambito della disciplina del commercio internazionale, la pronuncia dell'organo di appello relativamente alla controversia *EC – Bananas III* qualifica come essenza dell'obbligazione di non discriminazione *"that like products should be treated equally, irrespective of their origin"*. In particolare, l'oggetto e lo scopo di tale principio, secondo l'AB, sono frustrati se uno Stato sceglie una differente base giuridica per l'imposizione di restrizioni o adotta diversi tassi tariffari, aggirando l'applicazione delle norme relative alla non discriminazione, con riferimento all'importazione di prodotti similari provenienti da Stati membri diversi. Nello specificare che tali previsioni non si applicano soltanto ai regimi normativi nazionali, l'organo di appello sancisce l'estensione del divieto anche a discriminazioni *de facto*.[771]

Nell'ambito del commercio internazionale, pertanto, la questione di maggiore rilevanza per l'accertamento dell'esistenza di una discriminazione attiene all'individuazione delle caratteristiche da confrontare al fine di verificare la comparabilità dei prodotti.[772] Infatti, nel sistema del commercio

---

[770] SCHILL, "The Multilateralization of International Investment Law", p. 77;

[771] *European Community – Regime for the Importation, Sale and Distributions of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, Report of the Appellate Body, 9 Settembre 1997, para. 190;

[772] DORDI Claudio, "La discriminazione commerciale nel diritto internazionale", Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 120;

così come nella generalità degli ambiti in cui trova applicazione, il principio di non discriminazione comporta in via primaria l'accertamento della comparabilità delle situazioni. La questione menzionata emerge anche dall'analisi del Progetto di Articoli elaborato dalla Commissione di Diritto Internazionale sulla clausola della nazione maggiormente favorita, ove, al secondo comma dell'Articolo 10, vengono indicati alcuni elementi diretti a definire la comparabilità.[773]

L'individuazione del termine di paragone che permette di qualificare come simili due situazioni o oggetti ai fini dell'effettuazione della comparazione, costituisce una questione rilevabile in entrambi i sistemi oggetto di indagine e che assume connotazioni parzialmente differenti in ragione del trattamento considerato. Non definibile in via assoluta, il *tertium comparationis* dipende dalla formulazione concreta del principio all'interno del trattato che lo prevede. L'analisi richiesta dall'applicazione del principio, infatti, è diretta a verificare la presenza di differenze nel trattamento in pregiudizio all'oggetto o al soggetto indicato dalla norma stessa.

Il principio di non discriminazione, comprensivo delle sue due accezioni del trattamento nazionale e di quello della nazione maggiormente favorita, è in grado di produrre l'effetto di uniformazione del trattamento da accordare nei confronti di tutti gli operatori del mercato, da individuarsi nella misura di quello migliore previsto per l'operatore domestico oppure straniero, non in via assoluta ma relativa, in ragione del requisito della comparabilità.[774] Ne deriva, pertanto, come tale uniformazione non comporti l'obbligo di trattare in modo eguale ogni situazione, al contrario sono ammesse differenziazioni a condizione che siano giustificate.

Infatti, il criterio che costituisce presupposto dell'applicazione del divieto di non discriminazione è l'*eiusdem generis*, che limita l'ambito di riferimento solo alla medesima categoria oggettiva o soggettiva di quella a cui si applica la norma o la condotta invocata. Specificamente, come meglio si vedrà nel corso dell'analisi, i trattati internazionali che contengono una clausola di non discriminazione devono occuparsi dello stesso ambito del trattato internazionale il cui trattamento è invocato.[775]

---

[773] Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries, Report of the International Law Commission in its Thirtieth Session, 1978, art. 10;

[774] DIEBOLD Nicolas F., "Standards of Non-Discrimination in International Economic Law", International and Comparative Law Quarterly, vol. 60, 2011, pp. 831-865, a p. 844;

[775] ACCONCI Pia, "Most-Favoured-Nation Treatment", in MUCHLINCKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph (Eds.), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, pp. 363-406, a p. 365;

Nel sistema disciplinato dall'OMC, la problematica esposta si è tradotta nell'esigenza di identificare e qualificare la relazione di analogia tra due prodotti, precisamente *"like products"* secondo la terminologia utilizzata dagli Accordi. Merita di essere precisato che, talvolta, accanto a quest'ultima, si trova l'espressione *"directly competitive products"*, diretta ad identificare una differente relazione tra beni, che tuttavia rileva ai fini dell'applicazione del principio di non discriminazione. Conseguentemente, al variare del termine utilizzato dalla norma muta necessariamente l'ambito di applicazione della clausola espressione del principio di non discriminazione. Tuttavia, nessuno dei due concetti è espressamente definito all'interno degli Accordi OMC, bensì entrambi sono stati oggetto di numerose pronunce degli organi di risoluzione delle controversie. Questi ultimi, con un certo grado di discrezionalità, hanno definito di volta in volta alcuni elementi che consentono di differenziare e qualificare i prodotti interessati dalla controversia. Ciò nonostante, non appare possibile ricostruire un criterio interpretativo generale.

Nell'ambito degli investimenti internazionali il Tribunale ICSID, nel caso *Lemire v. Ucraina*, ha ritenuto che per costituire una discriminazione *"a case must be treated differently from similar cases without justification"*.[776] Questa affermazione identifica alcuni aspetti fondamentali del principio in esame: anche in questo caso emerge la problematica attinente alla comparabilità, in quanto una discriminazione può verificarsi solo se le circostanze consentono un confronto tra due situazioni rilevanti. Secondariamente, in caso di esito positivo, l'accertamento di un differente trattamento non deve risultare accompagnato da una giustificazione. Non viene effettuato alcun riferimento ad opera del collegio relativamente alla intenzionalità della discriminazione, bensì ciò che viene preso in considerazione è l'effetto prodotto dalla misura oggetto di contestazione.[777] Secondo la pronuncia citata, l'aspetto volitivo non ha alcuna rilevanza quale elemento costitutivo della discriminazione, la quale, pertanto, appare qualificabile oggettivamente, sulla base della considerazione degli elementi indicati e specificati nelle norme che disciplinano il divieto. Tuttavia, quest'ultimo elemento costituisce una novità rispetto alla precedente giurisprudenza. Infatti, il collegio arbitrale ICSID,

---

[776] *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (Lemire v. Ucraina)*, ICSID Case n. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 Gennaio 2010, para. 261; tale concetto viene ripreso da precedenti pronunce ICSID: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (LG&E v. Argentina),* ICSID Case n. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 Ottobre 2006, para. 146; LOWE Vaughan, "Arbitrary and Discriminatory Treatment" in KINNEAR Meg et al. (Eds), "Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID", Wolters Kluwer, The Netherland, 2016, pp. 307-318;

[777] La pronuncia citata, in questo aspetto, è in linea con precedenti lodi arbitrali ICSID: si veda *Siemens A.G. v. Argentine Republic (Siemens v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/08, Award, 6 febbraio 2007, para. 321;

pronunciatosi sulla controversia *LG&E v. Argentina*, espressamente qualificava come discriminatoria non solo la misura che produce l'effetto indicato, ma anche quella il cui intento è di discriminare, riprendendo la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia relativa al caso *ELSI Elettronica Sicula S.p.a.*.[778] Quest'ultima pronuncia identifica come elemento diretto a stabilire la natura discriminatoria della misura il trattamento intenzionale a favore di un cittadino nazionale e contro un investitore straniero, che non viene adottato in simili circostanze contro un cittadino dello Stato. L'elemento intenzionale viene, pertanto, considerato elemento costitutivo per l'accertamento della natura discriminatoria della misura.

Anche nell'ambito degli accordi relativi agli investimenti, l'importanza del principio di non discriminazione non è accompagnata da un'esplicazione dell'estensione e del significato da attribuire al divieto sancito con diverse modalità. In termini generali, appare rilevante la definizione sancita dal Tribunale ICSID il quale, accertata la mancanza di criteri oggettivi ai quali poter fare riferimento, qualifica come discriminatorie quelle misure *"directed specifically against a certain investor by reason of his, her or its nationality"*.[779]

Una prima considerazione del principio di non discriminazione porta ad affermare che il suo ambito e la sua definizione sostanziale dipendono dall'interpretazione data dai singoli organi giudicanti investiti di volta in volta dal compito di decidere questioni concrete.[780] Ne deriva non solo l'incertezza del diritto e la mancanza di una guida per le parti in relazione alla controversia concreta, ma anche l'insorgere di alcune questioni applicative che possono essere analizzate parallelamente nei due ambiti del commercio e degli investimenti internazionali.

A tale proposito si rende opportuna una precisazione con riferimento alla differenza tra il principio in analisi e la libertà contrattuale, di rilievo in particolare nell'ambito degli investimenti internazionali. Infatti, ai fini dell'applicazione del principio di non discriminazione, ciò che rileva è il generale trattamento normalmente previsto dallo Stato; quest'ultimo, tuttavia, resta libero di accordare speciali privilegi o incentivi in via contrattuale a specifici soggetti, senza essere tenuto ad estendere tale trattamento mediante l'applicazione delle clausole di non discriminazione previste all'interno dei

---

[778] *LG&E v. Argentina*, Decision on Liability, para. 146 che riprende la sentenza *ELSI Elettronica Sicula S.p.a. (United States of America v. Italy)*, ICJ Report 1989 RLA 56, 20 Luglio 1989, p. 61-62;

[779] *Noble Ventures, Inc. v. Romania (Noble Ventures v. Romania)*, ICSID Case n. ARB/01/11, Award, 12 ottobre 2005, para. 180;

[780] Conforme a questa conclusione: DIEBOLD, "Standards of Non-Discrimination in International Economic Law", a p. 833;

trattati applicabili.[781] La differenza si pone, specificamente con riferimento alle fonti: mentre il principio di non discriminazione costituisce una previsione di un trattato, eventuali trattamenti differenziali possono sorgere sulla base di un contratto stipulato tra lo Stato coinvolto e il soggetto privato. Con riferimento alla clausola della nazione maggiormente favorita, in particolare, il trattamento più favorevole che viene esteso mediante la medesima deve essere ricercato all'interno di un altro trattato concluso dallo Stato, mentre la libertà contrattuale, ponendosi su un diverso piano, prevale rispetto al trattamento in questione. Solo nel caso in cui un trattamento individualmente accordato divenga una pratica generale dello Stato, può assumere rilevanza ai fini dell'applicazione delle previsioni dei trattati, conclusi da quest'ultimo, che costituiscono espressione del principio di non discriminazione.

6.2 LA CLAUSOLA DELLA NAZIONE MAGGIORMENTE FAVORITA.

La clausola della Nazione Maggiormente Favorita, comunemente detta MFN (*"Most-Favoured-Nation Clause"*), è una previsione contenuta in trattati internazionali, prevalentemente di natura economica e commerciale, mediante la quale uno Stato si assume nei confronti di un altro Stato, l'obbligazione di estendere il trattamento più favorevole concesso ad uno Stato terzo con un differente trattato, in una sfera di relazioni stabilita.[782] Tale clausola, pertanto, estende alle parti contraenti i vantaggi che le stesse hanno concesso o concederanno a terzi.[783] Il trattamento previsto da queste clausole non costituisce espressione di una norma di diritto internazionale consuetudinario, bensì è oggetto di specifica negoziazione ad opera delle parti, rilevabile in particolare nei trattati internazionali di carattere commerciale ed economico.[784] Lo scopo che una clausola di questo genere è diretta a realizzare consiste nell'assicurare che le parti si trattino reciprocamente in modo quantomeno pari al trattamento accordato a parti terze.

---

[781] SAUVANT Karl P., "International Investment Agreements: Key Issues", UNCTAD, New York e Geneva, 2004, pp. 191-208, a p. 193;

[782] GEIβ Robin, HILF Meinhard, "Most-Favoured-Nation Clause", Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2014;

[783] FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 369;

[784] DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 206;

Di origini remote, l'importanza assunta dalla clausola in esame nelle moderne relazioni tra gli Stati, ha suscitato l'interesse della Commissione di Diritto Internazionale, la quale ha elaborato un progetto di articoli dedicato alla materia, concluso nel 1978. Sebbene non sia mai stato adottato, questo progetto costituisce un parametro di riferimento rilevante per la ricostruzione in termini generali della clausola oggetto di esame. In particolare, il trattamento previsto da questa clausola viene ivi definito come *"treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than the treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State"*.[785]

Dalla lettura di questa previsione emerge la genericità e la flessibilità della clausola, nonché la diversità di formulazioni che può assumere il trattamento in essa previsto, con conseguente adattabilità a diversi ambiti di applicazione.

La Corte Internazionale di Giustizia, nella pronuncia *"US Nationals in Marocco"*, risalente al 1952, individuava come l'intenzione più profonda della clausola MFN fosse quella di creare e mantenere *"at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned"*.[786] Quale espressione del principio di non discriminazione, l'aspetto che viene sottolineato nella sentenza menzionata è di garantire l'eguaglianza tra gli Stati coinvolti. Il medesimo carattere viene ripreso anche nel commentario al Progetto di Articoli ILC, ove si sottolinea come la nozione di eguaglianza di trattamento sia particolarmente connessa all'operatività della clausola della nazione maggiormente favorita.[787]

Infatti, gli effetti che produce la clausola in analisi possono essere definiti di armonizzazione e "livellamento" poiché, se prevista, comporta non solo l'applicazione del medesimo trattamento tra tutti gli Stati coinvolti dalla relazione commerciale o economica, ma anche l'estensione del miglior trattamento accordato ad uno Stato ugualmente a tutti gli altri Stati beneficiari della clausola. Inoltre, con specifico riferimento al commercio internazionale, come conseguenza dei due appena menzionati, l'ulteriore effetto che viene a realizzarsi è quello di liberalizzazione delle relazioni commerciali tra gli Stati. Invero, l'automatica armonizzazione della regolamentazione e il

---

[785] Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses, ILC, 1978, art. 5;

[786] *Case Concerning Rights of Nationals of The United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment of 27 august 1952, ICJ, "Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders", p. 192;

[787] "Report of the International Law Commission on Its Thirtieth Session", Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, Part Two, p. 23;

livellamento delle barriere, riducono gli ostacoli al commercio e creano condizioni favorevoli per lo sviluppo delle relazioni commerciali tra i diversi paesi.

Mediante la previsione della clausola MFN, non appena uno Stato conferisce un beneficio rilevante ad uno Stato terzo attraverso la stipulazione di un diverso trattato, questo viene automaticamente esteso al beneficiario della clausola stessa, sulla base del presupposto della comparabilità della situazione, indicato dalla stessa previsione pattizia che disciplina la clausola, secondo il criterio *eiusdem generis*. Gli effetti menzionati sono ben visibili nell'ambito delle relazioni commerciali, mentre operano in modo meno evidente nel settore degli investimenti, in quanto i trattati che ne dettano la disciplina costituiscono il frutto di attente negoziazioni relative ad aree sostanziali tra loro differenti.[788] È proprio questa una delle ragioni che ha comportato una differenziazione sistematica nel ricorso alla clausola con riferimento al suo ambito di applicazione, determinando nel settore degli investimenti l'insorgere della questione di una sua possibile estensione non solo a previsioni di carattere sostanziale ma anche procedurale. Tale questione, diversamente, non è emersa con la stessa incisività nella disciplina del sistema multilaterale del commercio.

Indipendentemente da quest'ultimo, i diretti beneficiari della clausola MFN restano gli Stati aderenti ai trattati che la prevedono, mentre persone e cose ne godono solo indirettamente.

6.2.1 – La disciplina della clausola MFN nell'OMC.

La clausola della nazione maggiormente favorita viene definita come la "pietra angolare" del sistema multilaterale del commercio disciplinato dagli Accordi OMC.[789] Espressione del divieto di discriminazione, cardine del sistema multilaterale del commercio regolato dall'OMC, la clausola riceve una disciplina espressa all'Articolo I del GATT. È riconosciuta la sua centralità ed essenzialità quale strumento diretto ad assicurare il successo del sistema globale, basato su norme, per il commercio di beni. La rilevanza primaria del trattamento della nazione maggiormente favorita è

---

[788] DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 207;

[789] Tra gli altri: *Canada – Certain Measures affecting the Automotive Industry (Canada – Autos)*, WT/DS139/AB/R e WT/DS142/AB/R, Report of the Appellate Body, 31 Maggio 2000, para. 69; *United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998 (US – Section 211 Appropriations Act)*, WT/DS176/AB/R, Report of the Appellate Body, 2 Gennaio 2002, para. 297; *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Product (EC – Seal Products)*, WT/DS400, 401/AB/R, Report of the Appellate Body, 22 Maggio 2014, para. 5.86; in dottrina: DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 207; PICONE, LIGUSTRO, "Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio", p. 102;

sottolineata dalla sua disciplina nei principali accordi dell'Organizzazione, quali il GATS, nonché l'Accordo che disciplina gli aspetti relativi al commercio dei diritti di proprietà intellettuale (TRIPS), oltre al GATT. In particolare, il trattamento previsto da tale clausola, è costantemente servito quale chiave e impeto per l'estensione a tutti i Membri OMC delle concessioni negoziate reciprocamente solo da alcuni di essi.[790]

La rilevanza primaria della norma è efficacemente attestata nella pronuncia dell'Appellate Body relativa alla controversia *EC – Seal Products*, ove, innanzitutto, la clausola in analisi viene distinta dal trattamento nazionale previsto all'Articolo III GATT 1994, entrambi aspetti del principio di non discriminazione. Mentre la prima vieta il trattamento discriminatorio tra prodotti similari di differenti origini, il secondo impone il medesimo divieto riferito al trattamento di prodotti importati e prodotti similari nazionali.[791]

La formulazione ampia della clausola è volta a includere nel suo ambito di applicazione una vasta gamma di misure comprensive di quelle imposte alla frontiera e di quelle relative alla disciplina interna di prodotti importati o esportati, specificamente indicate nell'incipit del primo comma della previsione menzionata. Questa portata omnicomprensiva si estende a tutte le regolamentazioni che incidono sulla tassazione o commercializzazione dei prodotti importati o esportati. Sono così ricompresi non solo dazi doganali e imposizioni connesse all'importazione o all'esportazione, ma anche modalità di riscossione degli stessi e norme e formalità connessi all'importazione e all'esportazione. Il rinvio all'Articolo III, relativamente a tutte le questioni oggetto dei paragrafi 2 e 4, con cui si conclude l'elencazione contenuta nella norma, conferma ulteriormente l'ampia copertura e considerazione degli effetti sul commercio delle misure disciplinate.[792] L'incorporazione delle previsioni contenute nell'Articolo III ha condotto ad affermare l'esistenza di una sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione dell'Articolo I e del paragrafo 4 dell'Articolo III nella misura in cui questioni interne possano rientrare nella sfera del primo.[793] Ad ogni buon conto viene ribadito come

[790] *Canada – Autos*, Appellate Body Report, para. 84;

[791] *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.79;

[792] WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 63;

[793] *EC – Bananas III*, Panel Report, para. 7.176; *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.80;

l'interpretazione delle previsione debba essere effettuata alla luce dell'oggetto e dello scopo degli obblighi sanciti, in conformità alla disciplina dettata dalla Convenzione di Vienna del '69.[794]

L'ampiezza della formulazione contenuta nella norma in analisi emerge anche dalla pronuncia del Panel relativamente alla controversia *US – Poultry*, ove vengono ricondotte all'espressione *"in connection with importation"*, non solo le misure che sono direttamente correlate al processo di importazione, ma anche tutte quelle connesse ad ulteriori aspetti dell'importazione di un prodotto o aventi un impatto sulla medesima.[795] La considerazione effettuata, parimenti, si considera estesa anche con riferimento alle esportazioni.[796]

Sull'identificazione delle misure che rientrano nell'Articolo I.1 GATT si è dettagliatamente soffermato il Panel investito della risoluzione della controversia *Argentina – Financial Services*. L'esame della norma inizia dall'indagine relativa al significato letterale da attribuire ai termini *"rules"* e *"formality"*, mediante l'analisi di alcune delle lingue in cui l'accordo è stato tradotto, considerando le differenti sfumature assunte.[797] La stessa analisi viene poi svolta con riferimento all'espressione *"in connection with importation and exportation"* ritenendo che, affinché una misura sia tale, *"there must be a certain association, link or logical relationship between the measure and the exports"*.[798] Al fine di accertare la sussistenza di questa connessione, risulta fondamentale esaminare le caratteristiche principali che definiscono il centro di gravità della misura contestata.[799] Pur riconoscendo l'ampiezza della definizione contenuta nella norma, nonché dell'interpretazione adottata dalla giurisprudenza, il Panel ritiene che non vi possa rientrare qualsiasi misura che abbia una connessione remota o ipotetica con l'importazione o l'esportazione.[800] Conclude escludendo che la misura oggetto del procedimento rientri nell'ambito di applicazione dell'Articolo I.1 in quanto non avente l'effetto di proibire l'esportazione, né appare avere un impatto sulla stessa, al di là della mera

---

[794] *European Communities – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (EC – Commercial Vessels)*, WT/DS301/R, Report of the Panel, 22 aprile 2005, para. 7.90;

[795] *United States – Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China (US – Poultry)*, WT/DS392/R, Report of the Panel, 29 settembre 2010, para. 7.410;

[796] *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, WT/DS453/R, Report of the Panel, 30 settembre 2015, para. 7.954;

[797] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.981-7.982;

[798] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.984;

[799] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.987;

[800] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.995;

possibilità che, in certe occasioni, possa presentare una connessione remota con essa.[801] Con questa pronuncia, pertanto, pur sottolineando l'ampiezza della portata dell'Articolo I.1 GATT, vengono posti dei limiti alla possibilità di ricondurre qualsiasi genere di misura alla norma, sancendo la definizione, anch'essa piuttosto ampia, del collegamento che deve sussistere affinché sia soddisfatto il primo requisito prescritto.

La medesima impostazione dell'analisi viene sviluppata dal Panel anche con riferimento all'interpretazione dell'espressione *"charge imposes on the international transfer of payments for (imports or) exports"*, ritendendo che per rientrare nell'ambito di applicazione dell'Articolo I.1 il peso debba essere imposto sul trasferimento internazionale di pagamenti *"during, contemporaneously with or on the occasion of the said transfer"*.[802] Specificamente, tale peso viene definito come *"pecuniary burden, cost, expense or price required or demanded for service rendered or goods supplied"*.[803]

Infine, con riferimento al rinvio all'Articolo III.4, richiamandosi anche a precedenti pronunce, il Panel afferma che il termine *"affecting"* assiste nella definizione delle tipologie di misure che devono conformarsi all'obbligo *"not to accord less favourable treatment"* ai prodotti similari importati, rientrando nella norma solo quelle leggi, regolamenti o requisiti *"which affect"* specifiche transazioni, attività o utilizzi menzionati nella previsione.[804] Pur riconoscendo che le precedenti pronunce attribuiscono un ampio significato all'ambito di applicazione dell'Articolo III.4, comprendendo anche misure il cui obiettivo principale non sia la regolamentazione del mercato interno, il Panel sottolinea come queste ultime per rientrare nella previsione in analisi devono interessare le attività indicate in ragione del vantaggio che attribuiscono a coloro che scelgono il prodotto nazionale piuttosto di quello importato.[805] Anche con riferimento a questa questione, dunque, l'organo giudicante afferma che l'ampiezza della portata della previsione non possa essere tale da comprendere qualsiasi misura che ipoteticamente interessa le condizioni di concorrenza di altrettanto ipotetici prodotti.[806]

---

[801] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.997;

[802] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.1005;

[803] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.1006;

[804] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.1018;

[805] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.1023-7.1024;

[806] *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.1028;

Le misure così comprese, in secondo luogo, devono realizzare sul commercio uno degli effetti indicati nella norma stessa, anche in tal caso formulati in termini ampi e generici con l'espressione *"any advantage, favour, privilege or immunity"*. L'applicazione di questa previsione ha portato gli organi deputati alla risoluzione delle controversie OMC a identificare come attributive di un vantaggio misure tra loro diverse. Ne costituiscono esempi le pronunce relative alle controversie *EC – Bananas III* e *Canada – Autos*. Nel primo caso l'AB, confermando la conclusione a cui era giunto il Panel, ritiene che differenti condizioni per l'allocazione di quote tariffarie del prodotto in questione possano costituire un vantaggio rilevante ai fini dell'applicazione della norma, escludendo che politiche relative alla concorrenza dell'Unione Europea possano legittimare discriminazioni basate sull'origine dei prodotti.[807] Nella seconda controversia, l'indiscusso vantaggio è individuato nell'esenzione dai dazi doganali per l'importazione di alcune tipologie di veicoli a motore.[808]

Ulteriormente, nella controversia *US – Poultry*, viene considerato un vantaggio ai sensi dell'Articolo I.1 anche la possibilità di esportare pollame all'interno di uno Stato in seguito al positivo espletamento di formalità previste dallo stesso, in quanto in grado di creare opportunità di accesso al mercato e di incidere sulle relazioni commerciali tra prodotti di origini differenti.[809]

A conferma della genericità di questo aspetto della norma in analisi, viene sottolineato come il vantaggio accordato possa essere di qualsiasi genere,[810] ciò che rileva è che la misura oggetto di contestazione crei un'opportunità di concorrenza più favorevole rispetto a quelle assicurate agli altri Stati Membri in relazione al prodotto similare.[811] Specificamente, una misura è in contrasto con l'Articolo I.1 se modifica le condizioni di concorrenza tra prodotti importati similari a danno di quelli di uno Stato Membro terzo rispetto all'accordo che la prevede.[812]

La previsione prosegue stabilendo che *"any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded*

---

[807] *EC – Bananas III*, Appellate Body Report, para. 206;

[808] *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.26;

[809] *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.417;

[810] *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.86;

[811] *EC – Bananas III*, Panel Report, para. 7.239, confermato dall'Appellate Body nel sua Report al para. 207;

[812] *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.90;

immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties."[813]

Il concetto di parità esterna, espresso mediante la clausola così formulata, è volto ad indicare come, attraverso il principio del trattamento della nazione maggiormente favorita, uno Stato Membro non possa trattare i prodotti provenienti da uno Stato in modo più favorevole dei prodotti provenienti dagli altri Stati Membri. Lo scopo fondamentale della norma, infatti, è di garantire l'uguaglianza delle condizioni di concorrenza con riferimento ai prodotti similari importati da tutti gli Stati Membri dell'OMC. Per tale ragione, secondo l'organo di Appello, il ricorso all'Articolo I.1, così come all'Articolo III.4, non richiede la dimostrazione degli effetti attuali prodotti sul commercio dalla misura contestata.[814] In tal modo, non solo la previsione mira ad impedire le discriminazioni basate sulla provenienza dei prodotti, siano esse *de jure* o *de facto*, ma anche ad evitare alterazioni della concorrenza nel mercato interno, assicurando la parità di trattamento negli Stati Membri OMC.

L'estensione dei vantaggi, inoltre, si riferisce al trattamento dei prodotti originari o destinati sia a Stati Membri OMC, sia ad "ogni altro Paese", comportando l'obbligo per i primi di estendere agli altri Membri tutti i maggiori vantaggi che abbiano concesso ad uno Stato anche non membro dell'OMC. Gli Stati contraenti, pertanto, con l'adesione al GATT e agli Accordi OMC in generale, assumono l'obbligo di trattare in modo ugualmente vantaggioso prodotti analoghi, indipendentemente dalla loro origine, con la possibilità di prevedere un trattamento peggiorativo soltanto per prodotti provenienti o destinati a Stati non membri.

L'oggetto al quale la clausola formulata all'interno del GATT si riferisce ai fini dell'estensione del trattamento è, infatti, costituito dai prodotti. Nel sistema multilaterale del commercio, come accennato nel paragrafo precedente, l'oggetto primario della disciplina è costituito dal bene commercializzato in conformità all'esigenza di garantire che la concorrenza si svolga in condizioni di pari opportunità.

L'interpretazione di questa clausola è stata oggetto di numerose pronunce degli organi di risoluzione delle controversie OMC, molte delle quali relative all'applicazione del GATT 1947 che mantengono, tuttavia, il loro valore data la conforme previsione corrispondente del GATT 1994. La presenza della clausola oggetto di analisi negli accordi OMC, nonché il ruolo primario svolto nel sistema multilaterale del commercio giustificano la sua invocazione in molte delle controversie instaurate

---

[813] GATT 1994, Art. I.1;

[814] *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.82, 5.87;

secondo la procedura prescritta dal DSU. I problemi interpretativi posti dalla clausola in questione risultano affrontati dalla giurisprudenza con pronunce oramai conformi.

Di particolare rilievo, per l'analisi elaborata, è la pronuncia dell'Appellate Body relativa alla controversia *Canada – Autos*, instaurata nel 1998 e conclusa nel 2000. La misura oggetto di contestazione consisteva, come menzionato, in una esenzione dai dazi di importazione accordata dal Canada con riferimento ad alcuni veicoli a motore. Sebbene, apparentemente tale misura non imponga alcuna restrizione formale in ragione dell'origine del veicolo importato, il Panel accerta che nella pratica, la sua applicazione comporta l'esenzione dal dazio per i veicoli importati in Canada solo se provenienti da un numero ristretto di Stati. Nell'interpretare l'Articolo I.1 del GATT, l'organo di appello, dinanzi al quale veniva contestata l'errata applicazione della norma ad opera del Panel, sancisce la distinzione tra il concetto di discriminazione *de jure* e quella *de facto*: l'Articolo in questione non copre soltanto le prime, bensì anche le seconde, non essendo sufficiente, pertanto, dare atto dell'apparente neutralità riferita all'origine del prodotto ai fini di dimostrare la conformità della misura con l'Articolo I.1.[815]

Inoltre, vengono descritte alcune fasi dell'analisi diretta ad accertare la sussistenza della violazione. Innanzitutto, la misura contestata deve rientrare in una di quelle previste dalla norma e deve realizzare uno degli effetti indicati nella stessa nei confronti di un qualsiasi prodotto.[816] Secondariamente, tale vantaggio deve essere accordato al prodotto proveniente da alcuni Stati, ma non analogamente a quello proveniente da altri Membri OMC. In terzo luogo, il vantaggio deve essere accordato immediatamente ed incondizionatamente.[817]

Con riferimento al senso di "immediatamente" non sono sorte particolari questioni interpretative. Infatti, il ricorso al significato letterale porta ad affermare l'esistenza di un'obbligazione di tipo temporale, diretta ad estendere il vantaggio attribuito ad un prodotto anche ai prodotti similari di diversa origine senza il trascorrere di un margine di tempo, ma in modo istantaneo.[818] Diversamente, è proprio sull'interpretazione del termine "incondizionatamente" che si sofferma l'analisi del Panel. Innanzitutto, secondo l'organo giudicante, quest'ultima espressione non concerne l'attribuzione del

---

[815] *Canada – Autos*, Appellate Body Report, para. 78;

[816] *Canada – Autos*, Panel Report, para 10.16;

[817] *Canada – Autos*, Appellate Body Report, para. 76;

[818] MAVROIDIS Petros, "The General Agreement on Tariffs and Trade: a Commentary", Oxford University Press, New York, 2005, p. 120;

vantaggio di per se, quanto piuttosto l'obbligo di accordare ai prodotti similari di tutti gli altri Stati membri il vantaggio che è stato attribuito ad un prodotto proveniente da un qualsiasi Stato. Specificamente, quanto non deve essere subordinato a condizioni è l'estensione del vantaggio, al contrario l'attribuzione dello stesso allo Stato che ne beneficia in via diretta può essere condizionata. Infatti, lo scopo dell'Articolo I.1 del GATT è di garantire il trattamento incondizionato della nazione maggiormente favorita, mentre la previsione di una condizione nell'attribuzione del vantaggio non contrasta con la disposizione in analisi, ponendosi in una fase antecedente alla sua applicazione.[819] Riprendendo alcune precedenti pronunce nelle quali veniva affrontata la medesima questione, il Panel conclude ritenendo che la norma sia violata se sono previste condizioni comportanti una diversificazione del trattamento di prodotti importati in ragione della loro origine.[820] Tale interpretazione non è stata fatta oggetto di appello ad opera delle parti, ad ogni buon conto, l'AB conferma la conclusione del Panel relativamente alla violazione dell'Articolo I.1 GATT ad opera della misura canadese.

Sulla stessa questione si è pronunciato più recentemente l'organo di appello, relativamente alla controversia *EC – Seal Products*, confermando l'interpretazione data precedentemente: l'Articolo I.1 non proibisce ad uno Stato Membro la previsione di condizioni nell'attribuzione di vantaggi; diversamente, tale previsione proibisce quelle condizioni che hanno un impatto dannoso sulle opportunità di concorrenza per i prodotti similari importati da qualsiasi Stato Membro. L'AB prosegue con un ulteriore specificazione: la previsione in analisi permette distinzioni normative tra prodotti similari importati, purché tali distinzioni non risultino in un impatto nocivo per le opportunità di concorrenza di questi ultimi riferite ad un qualsiasi Membro OMC.[821] Il termine "incondizionatamente", pertanto, proibisce ad uno Stato Membro di condizionare l'estensione del vantaggio sulla base di criteri che possano avere un impatto dannoso sulla concorrenza di prodotti similari importati da un qualsiasi altro Stato Membro.[822] In base a questa affermazione, emerge come l'apposizione di condizioni non sia tanto vietata di per se, quanto piuttosto in ragione dell'incidenza che le stesse possono avere sull'obiettivo fondamentale della previsione, ossia di garantire la parità nella concorrenza.

---

[819] *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.23-10.24;

[820] *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.25, 10.29;

[821] *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.88;

[822] *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.93;

Il test elaborato al fine di ad accertare la presenza di una violazione della clausola della nazione maggiormente favorita, sviluppato dalla giurisprudenza, è, ormai, uniformemente applicato.[823] Le quattro fasi richiedono, innanzitutto, la verifica che la misura in questione rientri nell'ambito di applicazione della norma, in secondo luogo i prodotti importati devono essere similari, la misura deve conferire un vantaggio o uno degli altri benefici indicati dalla norma nei confronti di un prodotto originario di un qualsiasi Stato; infine, tale vantaggio non deve essere stato esteso automaticamente e incondizionatamente a tutti i prodotti similari originari degli altri Stati Membri.

La questione di maggiore rilievo che è sorta dall'applicazione della clausola oggetto di analisi attiene alla definizione e individuazione del rapporto di similarità dei prodotti che vengono in rilievo quali presupposto per l'applicazione della norma.

L'obbligo sancito dall'Articolo I.1 GATT, di estendere il miglior trattamento concesso ad uno Stato anche agli altri Membri OMC, come accennato, non è applicabile indistintamente ai prodotti provenienti da paesi diversi, bensì richiede la sussistenza di una relazione di similarità tra gli stessi. L'espressione *"like products"*, presente in numerosi Accordi OMC e non definita in alcuno di essi, assume un significato diverso in relazione al contesto all'interno del quale è utilizzata.[824] La giurisprudenza, infatti, è conforme nel ritenere che l'accertamento del rapporto debba essere effettuato ad opera dell'organo investito della controversia con riferimento al caso concreto, con la conseguenza che un medesimo prodotto potrebbe essere considerato similare ai fini dell'applicazione di un accordo e, al contempo, non similare con riferimento alla disposizione contenuta in un diverso accordo.[825]

---

[823] Tra le altre si vedano le pronounce: *EC – Bananas III*, Appellate Body Report, para. 205-207; *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry (Indonesia – Autos)*, WT/DS54, 55, 59, 64/R, Report of the Panel, 2 Luglio 1998, para. 14.138; *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.86; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.404; *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.972; *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges (Brazil – Taxation)*, WT/DS472, 497/R, Report of the Panel, 30 agosto 2017, para. 7.1016-7.1017; in dottrina: VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy if the World Trade Organization", p. 311; WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 63;

[824] *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 ottobre 1996, p. 21;

[825] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 20; *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals (Canada – Periodicals)*, WT/DS31/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 giugno 1997, p. 21; *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/R, Report of the Panel, 29 gennaio 1996, para. 6.8; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.424; *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sales of Tuna and Tuna Products (US –Tuna II)*, WT/DS381/R, Report of the Panel, 15 settembre 2011, para. 7.219 e ss.;

Evocativa, in merito all'interpretazione del concetto *"like products"*, è l'immagine della fisarmonica, utilizzata dall'AB nella pronuncia relativa alla controversia *Japan – Alcoholic Beverages*, per sottolineare l'elasticità del concetto in dipendenza delle differenti previsioni degli Accordi in cui è richiamato. In particolare, secondo la statuizione dell'organo di appello, *"the width of the accordion in any one of those places must be determined by the particular provision in which the term "like" is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply"*.[826]

La previsione in analisi comporta la comparazione tra prodotti importati di cui uno proveniente da un qualsiasi Stato e l'altro originario di uno Stato Membro.

Nell'ambito dell'Articolo I.1 GATT, la questione è stata affrontata in alcune decisioni, una delle più rilevanti è relativa alla controversia *Spain – Unroasted Coffee*, pronunciata dal Panel in applicazione del GATT 1947. Al fine di determinare il rapporto di similarità, l'organo di risoluzione delle controversie fa riferimento alle caratteristiche fisiche e al fine di utilizzo dei prodotti rilevanti.[827] Analogamente, il Panel nella controversia *Japan – SPF Dimension Lumber* applica i medesimi criteri al fine di determinare se due varietà di legname importato potessero essere considerate similari.[828]

Una definizione di prodotto similare è rilevabile all'interno dell'Articolo 15 del Accordo relativo alla Valutazione Doganale (*"Customs Valuation Agreement" – CVA*). Il rapporto di similarità viene definito mediante il riferimento alle caratteristiche componenti materiali, come affermato nelle pronunce menzionate, che permettono ai beni la realizzazione delle medesime funzioni e la loro intercambiabilità dal punto di vista commerciale. La previsione menzionata, inoltre, fa riferimento anche alla qualità dei beni, alla reputazione e all'esistenza di marchi quali fattori da prendere in considerazione ai fini della determinazione della relazione di similarità.[829]

Tale definizione appare essere ripresa in alcuni degli accordi OMC, quali l'accordo Antidumping e quello relativo alle sovvenzioni e alle misure compensative (Accordo SMC). Tuttavia, nell'ambito dell'applicazione dell'Articolo I.1 GATT, i criteri utilizzati al fine di affermare la sussistenza del

---

[826] *Japan – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, p. 21;

[827] *Spain – Tariff treatment of Unroasted Coffee (Spain – Unroasted Coffee)*, BISD 28S/102, Report of the Panel, 27 aprile 1981, para. 4.7;

[828] *Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber (Japan – SPF Dimension Lumber)*, BISD 36S/167, Report of the Panel, 19 luglio 1989, para. 5.13 e ss.;

[829] Customs Valuation Agreements (CVA), art. 15;

rapporto in analisi non sono stati limitati a quelli menzionati. Il gusto dei consumatori e le loro abitudini, nonché la qualità del prodotto, la sua natura e le sue proprietà costituiscono altrettanti criteri ai quali gli organi di risoluzione delle controversie hanno fatto ricorso al fine di accertare la sussistenza della relazione di similarità.[830] Diversamente, il criterio della classificazione tariffaria, utilizzato in alcune controversie, è stato respinto in quanto ritenuto irrilevante ai fini della definizione del rapporto di *"likeness"*,[831] benché da alcuni sia considerato quale punto di partenza, nonché determinante qualora la specifica classificazione sia giustificata dalla pratica internazionale o da ragioni legittime.[832] In alcuni casi sono stati presi in considerazione anche il procedimento e il metodo di produzione, qualora non attinenti alle caratteristiche fisiche del prodotto, tuttavia il ricorso a questi criteri ai fini dell'accertamento del rapporto di similarità è discusso.[833]

Un differente approccio utilizzato al fine di accertare la sussistenza del rapporto, assume ipoteticamente l'esistenza di due prodotti similari all'interno del medesimo mercato con il successivo sorgere di una distinzione basata esclusivamente sull'origine del prodotto, in tal caso non sarebbe necessaria una comparazione tra gli specifici prodotti con il ricorso all'applicazione dei criteri sopra menzionati.[834] Una seconda situazione ipotetica, basata sulla stessa premessa, consiste nell'impossibilità di procedere alla comparazione del prodotto similare in ragione della successiva imposizione di una proibizione delle importazioni.[835]

A differenza della previsione contenuta nell'Articolo III GATT, nell'Articolo I il significato da attribuire al termine *"like products"* è maggiormente ristretto, in quanto non si estende a comprendere anche prodotti *"directly competitive or subsitutable"*, che al contrario rientrano nell'ambito di applicazione della prima previsione.[836] La limitazione del concetto in analisi nell'ambito dell'Articolo

---

[830] Si veda tra gli altri: *Indonesia – Autos*, Panel Report, para. 14.141, 14.110-14.111; *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 20; *Canada – Periodicals*, Appellate Body Report, p. 21; *US – Gasoline*, Panel Report, para. 6.9; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.425;

[831] *Spain – Unroasted Coffee*, Panel Report, para. 4.7-4.10;

[832] CHOI Won-Mog, "Like Products in International Trade Law – Towards a Consistent GATT/WTO Jurisprudence", Oxford University Press, New York, 2003, p. 100-101;

[833] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 318-319;

[834] *Indonesia – Autos*, Panel Report, para. 14.113; *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.74; *US- Poultry*, Panel Report, para. 7.429, 7.432;

[835] *Canada – Periodicals*, Panel Report, para. 5.22-5.23;

[836] *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (Korea – Alcoholic Beverages)*, WT/DS75, 84/AB/R, Report of the Appellate Body, 18 gennaio 1999, para. 118-119;

I.1 e la volontà di non ricomprendere al suo interno prodotti concorrenti o sostituibili, trovano conferma storica anche nei documenti relativi alla stesura degli accordi.[837]

Nonostante questa limitazione, tuttavia, la sussistenza del rapporto di similarità non richiede una esatta identità o una analogia molto stretta di diversi aspetti, superando i confini della somiglianza fisica.[838] Lo scopo della norma, inoltre, suggerisce una lettura elastica del rapporto in analisi, in linea con l'interpretazione casistica elaborata dalla giurisprudenza.

Alla luce di quanto esposto, il trattamento della nazione maggiormente favorita nel sistema multilaterale del commercio regolato dall'OMC appare essere interpretato in modo da consentirne la massima efficacia. In particolare, secondo alcuni questa ampiezza consentirebbe di comprendere nell'ambito di applicazione della norma anche benefici di natura procedurale, facendo appello, propriamente, alla genericità della terminologia utilizzata, con specifico riferimento all'espressione *"any advantages"*.[839] L'estensione della norma, secondo questa tesi, sarebbe avallata proprio dalla mancanza di una distinzione tra i benefici di natura sostanziale e quelli di tipo procedurale, rilevabile in tutte le formulazioni della clausola nei diversi Accordi OMC.

Tuttavia, anche aderendo a questa impostazione, i benefici di natura procedurale a cui appare possibile fare riferimento nell'applicazione del trattamento in esame nell'ambito dell'OMC, in conformità allo scopo stesso della clausola in tale contesto, consistono comunque in misure adottate da uno Stato Membro, dirette ad incidere sulle pari opportunità di concorrenza dei prodotti similari. Pertanto, il carattere procedurale del beneficio appare circoscrivibile a procedure interne che agevolano la circolazione, l'importazione o l'esportazione di un prodotto proveniente da uno Stato, riconducibile a una delle tipologie indicate dalla norma e sopra esaminate.

L'analisi della clausola della nazione maggiormente favorita richiede, infine, la considerazione della limitazione del suo ambito di applicazione in ragione della previsione di eccezioni. Nonostante l'importanza fondamentale del principio in essa disciplinato all'interno del sistema multilaterale del commercio, il GATT contiene delle previsioni che consentono discriminazioni e deviazioni dal trattamento MFN in presenza di particolari circostanze. La notevole portata, nonché la diffusione

---

[837] UN Doc. E/PC/T/C.II/65, 22 novembre 1946, a p. 2;

[838] CHOI, "Like Products in International Trade Law", p. 95;

[839] MCRAE Donald, "MFN in the GATT and the WTO", Asian journal of WTO and International Health Law and Policy, vol. 7, 2012, pp. 1-24, a p. 18-19;

nell'applicazione di queste eccezioni, ha condotto ad invertire la considerazione della questione, ritenendo il trattamento della nazione maggiormente favorita non più il principio fondamentale espressione del divieto di non discriminazione, bensì l'eccezione alla regola della discriminazione.[840]

Un esame dettagliato di tutte le eccezioni, sebbene non privo di rilevanza ed interesse, esorbita dalle finalità della presente trattazione, che pertanto si limita ad una breve illustrazione delle stesse.

Ai fini della presente analisi appare utile riprendere la distinzione effettuata nel citato rapporto del Consiglio Consultivo, nel quale le eccezioni all'Articolo I.1 disciplinate dal GATT vengono ricondotte a due categorie: quelle determinate da ragioni di tipo funzionale e quelle che esonerano certe tipologie di parti contraenti dall'applicazione delle norme accettate da tutte le altre.[841]

Di primaria rilevanza, riconducibili alla prima categoria, sono gli Accordi Commerciali Preferenziali (*"Preferential Trade Agreements – PTA"*) disciplinati dall'Articolo XXVI, di cui fanno parte le aree di libero scambio (*"Free Trade Areas – FTA"*) e le unioni doganali (*"Customs Unions – CU"*), entrambe definite al paragrafo 8 dell'Articolo XXIV. Inoltre, alla medesima categoria appartengono anche le eccezioni generali previste dall'Articolo XX, nonché quelle relative alla sicurezza disciplinate dall'Articolo XXI.

Alla seconda categoria appartengono le eccezioni, elaborate a partire da concessioni previste nel GATT 1947, che consentono un trattamento preferenziale per gli Stati in via di sviluppo. In primo luogo, si tratta di eccezioni determinate da sistemi preferenziali preesistenti, tra i quali quelli connessi ai vecchi regimi coloniali, disciplinati dallo stesso Articolo I al paragrafo 2. Di rilievo maggiore all'interno della seconda categoria, tuttavia, è la clausola detta di *"abilitazione"* (*"enabling clause"*) che costituisce uno dei più importati strumenti all'interno del GATT e dell'OMC che permette agli Stati Membri di attribuire un trattamento speciale e più favorevole agli Stati in via di sviluppo, esonerando la sua estensione, tramite la clausola MFN, a tutti gli altri Stati Membri.[842] Lo schema a cui si ricorre in tale contesto è quello dei Sistemi Preferenziali Generalizzati (*"Generalized System of Preferences – GSP"*) diretti a promuovere il commercio quale mezzo per stimolare la crescita e lo

---

[840] "The Future of WTO – Addressing Institutional Challenges in the New Millennium", Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, World Trade Organization, Geneva, 2004, p. 19 e ss.;

[841] "The Future of WTO", p. 20;

[842] La clausola di abilitazione è stata oggetto di esame, in particolare, nella controversia *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (EC – Tariff Preferendces)*, WT/DS246, Report of the Panel, 1 dicembre 2003 e Report of the Appellate Body, 7 aprile 2004, ove è stata affrontata affrontata nel dettaglio la questione relative al rapporto tra la clausola e l'Articolo I.1 GATT;

sviluppo economico, nel rispetto di alcune condizioni espressamente disciplinate. Tale clausola, inoltre, consente agli Stati sviluppati la possibilità di garantire un trattamento preferenziale addizionale nei confronti limitatamente di alcuni Stati Membri in via di sviluppo, nella misura in cui il medesimo trattamento è reso disponibile a tutti gli altri Stati Membri in via di sviluppo in condizioni simili, ossia in presenza dei medesimi bisogni ai quali è diretto a rispondere il trattamento addizionale.

Sebbene alla luce della diffusione dell'applicazione di queste eccezioni, possa apparire minato lo scopo primario della clausola MFN di eliminare le discriminazioni basate sull'origine dei prodotti similari, la finalità che tali eccezioni mirano a realizzare appare, ugualmente, conforme allo scopo del sistema multilaterale del commercio di favorire lo sviluppo economico e complessivo degli Stati, sancito nel preambolo del GATT.

6.2.2 – La clausola MFN nella tutela degli investimenti internazionali.

L'analisi della clausola della nazione maggiormente favorita nell'ambito degli investimenti internazionali richiede una preliminare considerazione relativa alla modalità con cui il settore viene disciplinato. A differenza del commercio internazionale, gli investimenti internazionali non sono governati da un apparato multilaterale di norme di carattere sostanziale, negoziate congiuntamente dagli Stati, bensì il sistema si fonda su accordi di natura bilaterale che prevedono una disciplina *ad hoc* vigente tra i due Stati tra i quali è stata pattuita. La volontà degli Stati di elaborare una convenzione multilaterale diretta a prevedere una disciplina sostanziale degli investimenti stranieri produce storicamente risultati fallimentari. La Convenzione ICSID costituisce uno dei pochi successi raggiunti a livello internazionale nel settore, che trova la propria giustificazione nella totale assenza di previsioni di carattere sostanziale sulla protezione degli investimenti stranieri, nonché nella neutralità della regolamentazione delle relazioni tra investitore e Stato, espressione della volontà di depoliticizzare la risoluzione delle controversie.[843] Si comprende, pertanto, come all'interno di quest'ultima non sia rilevabile alcuna traccia della clausola oggetto di esame che, diversamente, è disciplinata nei Trattati Bilaterali relativi agli Investimenti. È dall'applicazione di questi ultimi che hanno origine numerose controversie portate all'attenzione di arbitrati ICSID il cui oggetto è

[843] SCHILL, "The Multilateralization of International Investment Law", pp. 61-62;

rappresentato dalla clausola in analisi, costituendo la stessa espressione dello standard minimo di protezione garantito dagli Stati.

La previsione del trattamento della nazione maggiormente favorita, infatti, costituisce uno strumento conforme ai fini dell'attuazione dello scopo dei BIT di creare condizioni favorevoli per attrarre investimenti stranieri. Inoltre, tale trattamento, essenziale per assicurare eque opportunità di concorrenza, costituisce uno standard secondario, diretto a garantire anche che, accordato il trattamento nazionale sulla base di un diverso trattato, questo sia esteso agli investitori tutelati da precedenti trattati.[844]

Invero, l'effetto prodotto dalla previsione della clausola MFN all'interno dei BIT di ampliamento delle tutele offerte agli investitori stranieri, costituisce un beneficio rilevante realizzato automaticamente sul presupposto della sussistenza delle medesime circostanze o situazioni in relazione alle quali il diritto è attribuito, secondo il criterio *eiusdem generis*. Tuttavia, a differenza del commercio internazionale, nell'ambito degli investimenti la clausola non opera in modo altrettanto diretto ed esteso proprio in quanto frutto di negoziazioni bilaterali, attinenti anche alla sua stessa formulazione, che coinvolgono differenti aree sostanziali.[845]

La previsione della clausola all'interno dei moderni trattati, diretti a realizzare il più elevato livello di protezione degli investimenti, è accompagnata spesso dalla previsione del trattamento nazionale, sia in alternativa, sia come complementare alla prima a seconda della combinazione che risulta maggiormente favorevole.[846] Concretamente, consente l'applicazione di standard di trattamento previsti in trattati bilaterali o multilaterali negoziati dallo Stato ospitante con Stati terzi rispetto a quello di origine dell'investitore o dell'investimento, se più favorevoli rispetto a quelli previsti nel trattato base in cui la clausola è inserita.

Una meccanica applicazione della clausola MFN, infatti, comporta il rischio di una sostituzione di quanto negoziato in un trattato, trasferendo ad esso il regime previsto in un trattato distinto, con considerevoli differenze sostanziali. La consapevolezza di tale pericolo in capo agli Stati è dimostrata

---

[844] UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2010, p. 1;

[845] DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 207;

[846] Dutch Model BIT 1994, Articolo 3(1) e (2);

non solo dalle attente formulazioni della clausola stessa, ma specialmente dalla cautela con cui vengono previste concessioni e tutele nella stessa stipulazione dei trattati.

Il beneficio ulteriore prodotto dall'inserimento della clausola MFN all'interno di un BIT è costituito dal permettere agli Stati meno forti di ottenere quei vantaggi che Stati più potenti sono in grado di assicurarsi nella negoziazione dei trattati, di cui i primi diversamente non potrebbero godere.[847]

Il trattamento MFN, infatti, costituisce uno standard relativo che dipende dal trattamento di investitori o investimenti stranieri in posizioni simili. Presuppone, infatti, un confronto con la modalità con cui gli investitori o gli investimenti stranieri sono trattati dallo Stato ospitante in una situazione similare. Anche nell'ambito degli investimenti, lo scopo della clausola è di assicurare che all'interno di uno Stato ospitante sia garantita l'eguaglianza delle opportunità di concorrenza tra investitori e investimenti provenienti da Stati diversi, assicurandone l'uniformità del trattamento.[848] Quale risposta alla ricerca da parte degli investitori stranieri di non subire discriminazioni che possano generare svantaggi concorrenziali, la clausola permette di eliminare possibili distorsioni fondate su considerazioni relative alla nazionalità, similmente alla funzione che è diretta ad espletare nel sistema del commercio multilaterale dell'OMC.

Tuttavia, l'impatto della clausola nella pratica è differente in relazione alla sua applicazione *ratione temporis*. Due, infatti, sono i possibili modelli relativi a questo aspetto della formulazione della clausola: un modello *"post-entry"* che sancisce l'obbligazione di applicare il trattamento MFN solo nella fase successiva all'effettuazione dell'investimento, ed uno *"pre-entry"* che prescrive il ricorso allo standard in analisi non solo nella fase successiva, ma anche con riferimento a quella di stabilimento.[849] Ne consegue che, nel primo caso emerge la volontà di assicurare la non discriminazione degli investitori e degli investimenti solo una volta che questi siano stabiliti e operanti in conformità alle norme dello Stato ospitante. Diversamente, con il secondo modello, l'uguaglianza concorrenziale viene assicurata anche con riferimento al diritto dell'investitore straniero di ingresso e di stabilimento all'interno dello Stato, nonché alle condizioni applicabili a tale

---

[847] NEWCOMBE Andrew, PARADEL Lluís, "Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment", Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2009, p. 195;

[848] NEWCOMBE, PARADEL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 193; ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 364; *Bayindir Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.Ş v. Islamic Republic of Pakistan (Bayindir v. Pakistan)*, ICSID Case n. ARB/03/29, Award, 27 agosto 2009, para. 387;

[849] UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 14; SAUVANT, "International Investment Agreements: Key Issues", p. 195;

fase. Pertanto, gli Stati che scelgono il secondo modello sottraggono gli investimenti stranieri alla disciplina nazionale relativa all'ingresso e allo stabilimento nel territorio, che saranno pertanto regolati dai trattati internazionali, evitando in tal modo trattamenti preferenziali o una liberalizzazione selettiva a beneficio di investitori provenienti solo da alcuni Stati.[850] La differenza nel modello prescelto, dunque, si traduce in una diversa ampiezza della garanzia di non discriminazione e, conseguentemente, in una possibile differenziazione delle condizioni di concorrenza all'ingresso nel territorio.

Questa distinzione *ratione temporis* dell'applicazione della clausola MFN non emerge espressamente negli accordi OMC. L'elencazione contenuta nell'Articolo I.1 GATT relativamente alle misure che rientrano nell'ambito di applicazione della clausola, considerando l'ampiezza della formulazione, nonché la giurisprudenza esaminata, inducono a ritenere che la stessa sia diretta a disciplinare il trattamento dei prodotti similari non tanto e non solo con riferimento alla circolazione degli stessi una volta entrati nel territorio dello Stato Membro, ma a fortiori proprio relativamente alla fase del loro ingresso e di *"establishment"*.

La diversità dell'ambito di applicazione del trattamento nel settore degli investimenti emerge proprio in ragione della formulazione della clausola all'interno del BIT. Il Modello di BIT canadese, analogamente a quello statunitense sancisce l'obbligazione di accordare il trattamento MFN relativamente a *"establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments"*.[851] Tale elencazione, riconducibile al modello *pre-entry*, differisce da quella prevista nei Modelli di BIT francese e tedesco, che non contengono alcuna specifica indicazione, ma solo un generico riferimento agli investimenti, sancito nel primo caso con l'espressione *"with respect to their investments and activities related to the investments"*[852] e nel secondo con *"activities in connection with investments"*,[853] lasciando intendere l'applicazione della clausola solo *post-entry*. Le ragioni che determinano la scelta per l'uno o per l'altro modello, di natura non solo giuridica ma anche politica, possono essere riconducibili anche alla volontà di garantire agli

[850] UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 19;

[851] US Model BIT, 2012, art. 4; Canada Model BIT, 2004, art. 4.1;

[852] French Model BIT, 2006, art. 4;

[853] German Model BIT, 2008, art. 3;

investitori nazionali un margine di preferenza all'interno del territorio del proprio Stato rispetto a quelli stranieri, assicurando ad ogni modo la tutela di questi ultimi.

Con un'espressione particolarmente significativa, infatti, l'obiettivo delle clausole MFN all'interno dei trattati relativi agli investimenti è stato qualificato come quello di assicurare *"the minimum of discrimination and the maximum of favours conceded to any third State"*,[854] considerando, tuttavia, che l'estensione del livello minimo di discriminazione è rimessa alla volontà degli Stati stessi.

Una tipica formulazione della clausola all'interno dei BIT prevede che nessuna parte contraente possa assoggettare gli investimenti nel suo territorio, posseduti o controllati da cittadini o società di altre parti contraenti, ad un trattamento meno favorevole rispetto a quello accordato in circostanze o situazioni similari a cittadini o società di uno Stato terzo.[855] Anche nei BIT la clausola in questione è generalmente espressa in modo non condizionato, reciproco e non determinato.

L'oggetto a cui il trattamento viene riferito è l'investimento, tuttavia non sono rare le clausole formulate con riferimento all'investitore oppure ad entrambi. Questa distinzione è stata interpretata in modo difforme: mentre secondo alcuni il diverso oggetto non comporterebbe una differenziazione nella portata della clausola,[856] altri ritengono che sia possibile effettuare una diversificazione a seconda che la clausola si riferisca a investitori, investimenti o entrambi.[857] In linea con questa seconda tesi, l'indicazione dei beneficiari della clausola ha importanti conseguenze in ragione della considerazione che, sebbene investitori e investimenti siano direttamente connessi, dal punto di vista formale sono soggetti differenti che godono di diritti diversi sanciti dai trattati.[858] È escluso, ad ogni

---

[854] SCHWARZEBERGER Georg, "The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice", British Yearbook of International Law, vol. 22, 1945, pp. 96-121, a p. 99-100;

[855] Costituiscono esempi di questa formulazione US Model BIT, 2012, art. 4.1; Canada Model BIT, 2004, art. 4; German Model BIT, 2008, art. 3; French Model BIT, 2006, art. 4;

[856] SAUVANT, "International Investment Agreements", p. 192; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 92;

[857] NEWCOMBE, PRADELL, "Law and practice of Investment Treaties", p. 219: porta a sostegno della diversa portata della clausola in ragione della differente oggetto del trattamento la pronuncia *RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation (RosInvest v. Russia)*, SCC Case n. V079/2005 ove il Tribunale afferma che *"the distinction between investment and investor is arguably very significant – rights relating to investment are property rights whereas the right to invoke arbitration is a personal right – a right which must be held by an investor, not an investment"*;

[858] UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 19;

buon conto, che la clausola stessa possa essere a sua volta applicata alla definizione di investimento.[859]

Sebbene le formulazioni della clausola in analisi possano essere differenti all'interno dei BIT, un requisito che è richiesto uniformemente nella maggior parte dei trattai, manifestazione del criterio *eiusdem generis*, è costituito dalla sussistenza del rapporto di similarità tra situazioni o circostanze, manifestato attraverso l'espressione *"in like circumstances"* oppure *"in like situations"*. Analogamente a quanto è emerso in relazione all'applicazione della clausola nel sistema del commercio multilaterale con riferimento all'interpretazione del rapporto di similarità tra prodotti, la medesima questione è sorta anche dinnanzi ai Tribunali ICSID relativamente al corrispondente requisito prescritto nei BIT. Il *tertium comparationis* in quest'ultimo contesto, è costituito non tanto dal prodotto su cui ricade il vantaggio, bensì dalle circostanze o situazioni in presenza delle quali il trattamento viene applicato.

Infatti, la discriminazione in ragione della diversa nazionalità anche nell'ambito degli investimenti internazionali non è vietata in quanto tale, sempre subordinatamente all'esistenza di una clausola nel trattato di riferimento che prevede tale divieto, non costituendo la stessa norma consuetudinaria. Al contrario, è possibile prevedere un trattamento differente per gli investitori o per gli investimenti provenienti da Stati stranieri, purché in presenza di situazioni obiettivamente differenti.[860]

Il meccanismo di funzionamento della clausola MFN è stato oggetto di numerose pronunce ad opera dei tribunali ICSID. Appare possibile tracciare una distinzione relativamente alle questioni sottoposte all'attenzione dei collegi arbitrali nel contesto dell'applicazione di questa clausola, identificando come linea di demarcazione la natura sostanziale o procedurale del trattamento invocato.

6.2.2.a – L'applicazione della clausola MFN a trattamenti sostanziali.

Mediante l'invocazione di trattamenti sostanziali ad opera degli investitori, i collegi arbitrali hanno avuto modo di pronunciarsi sul funzionamento della clausola stessa delimitandone i diritti estendibili.

---

[859] *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribudora de Electricidad del Este, S.A.,* Award on Preliminary Objections to Jurisdiction of 19 September 2008, LCIA Case No. UN 7927;

[860] ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 365;

La prima controversia in ambito ICSID in cui è stata sollevata la questione dell'applicabilità di una clausola MFN coinvolge la società AAPL avverso lo Sri Lanka.[861] Significativa è la statuizione del Tribunale ove sancisce che *"the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for a substantive material rules of direct applicability"*, al contrario deve essere considerato all'interno di un più ampio contesto giuridico *"in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods or by direct reference to certain supplementary rules"*.[862] Tale estensione si rileva chiaramente dalla considerazione del BIT applicabile. In particolare, mediante l'invocazione dell'Articolo 3 del BIT tra Regno Unito e Sri Lanka in cui è sancita la clausola MFN, l'investitore invocava l'applicazione degli standard di protezione e sicurezza previsti nel BIT tra Sri Lanka e Svizzera, più favorevoli in quanto non contenenti eccezioni.[863] Tuttavia, il collegio arbitrale rigetta l'applicazione della clausola in quanto *"it is not proven that the Sri Lanka-Switzerland Treaty contains rules more favourable than those provided for under the Sri Lanka-U.K. Treaty, and hence, Article 3 of the latter Treaty cannot be justifiably invoked in the present case"*.[864] Ai fini dell'applicabilità della clausola, pertanto, emerge la necessità di provare che il trattamento invocato mediante la stessa sia effettivamente più favorevole di quello sancito nel BIT pertinente.

Un secondo caso in cui emerge il ricorso al trattamento in analisi è costituito dalla pronuncia relativa alla controversia *CMS v. Argentina*. L'attore invocava la clausola MFN contenuta nel BIT tra Stati Uniti e Argentina al fine di ottenere l'estensione dell'applicazione degli standard di integrale protezione previsti in altri BIT negoziati dall'Argentina, in quanto più favorevoli di quelli sanciti nel BIT applicabile.[865] Tuttavia, il Tribunale non si sofferma sulla questione della possibilità di estendere tali standard mediante il ricorso alla clausola, ritenendo di non essere convinto che *"the clause has any role to play in this case"*.[866] Si limita, pertanto, a sottolineare l'esigenza di uniformarsi al criterio dell'*eiusdem generis*, il cui rispetto verrebbe meno nel caso concreto.

---

[861] *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka (AAPL v. Sri Lanka)*, ICSID Case n. ARB/87/3, Award, 27 giugno 1990;

[862] *AAPL v. Sri Lanka*, Award, para. 21;

[863] *AAPL v. Sri Lanka*, Award, para. 26(D);

[864] *AAPL v. Sri Lanka*, Award, para. 54;

[865] *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 maggio 2005, para. 343;

[866] *CMS v. Argentina*, Award, para. 377;

Nella controversia *MTD v. Chile*, l'investitore privato fonda alcuni dei suoi motivi di ricorso su previsioni contenute in altri Trattati Bilaterali di investimento in virtù della clausola MFN contenuta nel BIT tra Cile e Malesia.[867] Il Tribunale, esaminando la corrispondente previsione, ritiene estendibile, mediante la sua applicazione, il trattamento giusto ed equo (*Fair and Equitable Treatment – FET*), sancito all'Articolo 3(1) del BIT tra Danimarca e Cile e all'Articolo 3(3) e (4) del BIT tra Croazia e Cile, in quanto incluso quale parte della protezione disciplinata nel BIT base.[868]

La modalità con cui il collegio arbitrale applica la clausola MFN nel caso concreto da ultimo richiamato diviene oggetto di contestazione in sede di annullamento, ove il Comitato *ad hoc* investito della questione rileva come, nel passaggio del lodo arbitrale, la nozione del trattamento giusto ed equo appare confusa con il trattamento della nazione maggiormente favorita. L'organo di annullamento, al fine di una maggiore chiarezza, precisa che la clausola contenuta nell'Articolo 3(1) del BIT base non è limitata ad attrarre livelli di trattamento più favorevoli accordati agli investimenti provenienti da Stati terzi solo ove si considerino ricadere nell'ambito dello standard di trattamento giusto ed equo. Diversamente, la previsione menzionata *"attracts any more favourable treatment extended to third State investments and does so unconditionally"*.[869] L'incertezza generata dalla pronuncia impugnata, tuttavia, non ha avuto incidenza sulla risoluzione della controversia.

Nonostante la pronuncia necessiti di essere letta tenendo in considerazione la formulazione concreta della clausola prevista nel BIT tra Cile e Malesia, il Comitato *ad hoc* appare sottolineare l'ampiezza della stessa relativamente al suo ambito di applicazione, sebbene esprimendosi con terminologia alquanto generica.

Ad analoghe conclusioni giunge anche il Tribunale ICSID investito della controversia *Bayindir v. Pakistan*, nella decisione in cui accerta la sussistenza della giurisdizione.[870] Specificamente, l'investitore lamentava la mancata attribuzione al suo investimento del trattamento equivalente a quello migliore accordato a pakistani o investitori provenienti da Stati terzi in situazioni comparabili.[871] Allo Stato che riferiva la clausola MFN prevalentemente a trattamenti di tipo

---

[867] *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (MTD v. Chile)*, ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 maggio 2004; para. 100 e ss.;

[868] *MTD v. Chile*, Award, para. 104;

[869] *MTD v. Chile*, Decision on Annullment, 21 marzo 2007, para. 64;

[870] *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction;

[871] *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 202;

normativo, il collegio arbitrale risponde *"the treatment the investor is offered under the MFN clause is not limited to "regulatory treatment""*.[872] Pertanto, anche trattamenti di tipo procedurale ricadono nell'ambito di applicazione della clausola. Specificamente, possono essere riconducibili a quest'ultimo l'assegnazione di *"extended timetable"* con riferimento al programma di costruzione in mancanza di ragioni giustificative,[873] nonché l'effettuazione di una gara di appalto selettiva a favore di appaltatori locali.[874] Inoltre, il Tribunale ribadisce anche la possibilità di ricorrere alla clausola MFN al fine di estendere l'applicazione dello standard di trattamento giusto ed equo previsto in altri BIT negoziati dallo Stato coinvolto.[875]

Il ragionamento effettuato dal collegio viene ripreso e confermato anche nel lodo arbitrale, in particolare con riferimento alla estendibilità mediante la clausola MFN del trattamento giusto ed equo, previsto in un altro BIT concluso con uno Stato terzo.[876] Tuttavia, il Tribunale ritiene che non sia verificato uno dei requisiti necessari per accertare la violazione della clausola MFN, costituito dalla similarità delle situazioni, pertanto, conclude affermando che la clausola in questione non possa dirsi trasgredita.[877] Come nel primo caso citato, dunque, nel sottolineare nuovamente l'esigenza del rispetto del criterio *eiusdem generis* ai fini dell'accertamento della violazione della clausola, emerge l'importanza del requisito prescritto nella formulazione del trattamento, che consente una relativizzazione della garanzia di non discriminazione.

Più recente e di peculiare rilevanza ai fini della presente analisi è la pronuncia del Tribunale ICSID relativa alla controversia *Ickale v. Turkmenistan*.[878] L'investitore invocava l'applicazione di standard quali il trattamento giusto ed equo (FET), l'integrale protezione (*Full Protection and Security – FPS*), la non discriminazione, nonché clausole ombrello, mediante il ricorso alla clausola MFN prevista all'Articolo II del BIT tra Turchia e Turkmenistan. Il Tribunale nell'interpretare la clausola così come formulata nel BIT applicabile, richiama l'Articolo 31 della Convenzione di Vienna del '69, ritenendo che il significato ordinario dei termini, alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato, suggerisce

---

[872] *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 205-206

[873] *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 218;

[874] *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 223;

[875] *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 230-231;

[876] *Bayindir v. Pakistan*, Award, 27 agosto 2009, para. 157;

[877] *Bayindir v. Pakistan*, Award, 27 agosto 2009, para. 420;

[878] *Içkale Inşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan (Ickale v. Turkmenistan)*, ICSID Case n. ARB/10/24, Award, 8 marzo 2016;

che ciascuno Stato parte accetti di trattare gli investimenti effettuati all'interno del suo territorio ad opera di investitori dell'altro Stato in un modo che non sia meno favorevole rispetto al trattamento accordato in situazioni simili a investimenti di investitori provenienti da Stati terzi.[879] Una tale obbligazione, secondo il collegio, non esiste nel caso in cui un investimento effettuato da un investitore di uno Stato parte non sia in una situazione similare a quella dell'investimento effettuato dall'investitore proveniente da uno Stato terzo.

In primo luogo, pertanto, si ribadisce come il trattamento MFN richieda una comparazione tra la situazione fattuale degli investimenti di investitori provenienti da Stati parte del BIT e investimenti di investitori di Stati terzi. Inoltre, alla luce di questa considerazione, il Tribunale ritiene che, poiché l'espressione *"in similar situation"* costituisce una limitazione dell'ambito di applicazione della clausola MFN, la lettura secondo buona fede di quest'ultima non può comportare il suo riferimento a standard di protezione degli investimenti inclusi in altri trattati tra uno Stato parte e uno Stato terzo.[880] Il collegio prosegue ritendendo non sia possibile affermare che la similarità di situazioni sia integrata semplicemente dal fatto che l'investimento sia effettuato in un particolare Stato. Facendo coincidere tale requisito con l'ambito di applicazione territoriale, si priva di qualsiasi significato la distinzione effettuata tra la clausola contente la precisazione *"treatment no less favourable than that accorded in similar situation ... to investments of investors of any third country"* e la semplice previsione di garantire *"treatment no less favourable than that accorded ... to investments of investors of any third country"*. Una tale lettura, inoltre, risulta contrastante con le norme di interpretazione dei trattati, comprensive del principio dell'effetto utile.

Gli arbitri ICSID, pertanto, rigettano l'argomento dell'investitore secondo il quale sarebbe autorizzato ad importare standard sostanziali di protezione non inclusi nel BIT tramite il riferimento ad altri Trattati conclusi dal Turkmenistan. Concludendo sulla questione il Tribunale afferma *"when including the terms "similar situations" ... the State parties must be considered to have agreed to restrict the scope of the MFN clause so as to cover discriminatory treatment between investments of investors of one of the State parties and those of third State, insofar as such investments may be said to be in a factually similar situation"*.[881] Sulla base di questa pronuncia, la clausola MFN, pertanto, può essere invocata dall'investitore solo con riferimento a quegli standard di protezione

[879] *Ickale v. Turkmenistan*, Award, para. 328;

[880] *Ickale v. Turkmenistan*, Award, para. 329;

[881] *Ickale v. Turkmenistan*, Award, para. 332;

specificamente inclusi nel BIT, al fine di ottenere, con riferimento ad essi, il miglior trattamento accordato dallo Stato parte.

È evidente come la pronuncia da ultimo citata si distacchi nettamente dalle precedenti decisioni dei Tribunali ICSID con riferimento alla possibilità di ricorrere alla clausola MFN ai fini dell'estensione di standard di protezione sostanziali, mediante l'interpretazione più rigorosa del rapporto di similarità tra le situazioni o circostanze richiesto dalla norma che la prevede. Infatti, nonostante la rilevanza dell'accertamento del rapporto sia sottolineata anche nei precedenti citati, è in quest'ultimo lodo che il requisito viene qualificato quale elemento incidente sull'ambito di applicazione della clausola.

Un approccio restrittivo appare essere proposto anche dal Tribunale ICSID del caso *UAB v. Lettonia*.[882] Sebbene il collegio non proceda ad affrontare la questione nel dettaglio, in ragione dell'astensione dimostrata dalle parti, ritiene che la specifica formulazione della clausola MFN all'interno del BIT tra Lettonia e Lituania, lasci emergere dei dubbi in relazione alla possibilità per l'investitore di fare affidamento sulla stessa ai fini dell'importazione di standard contenuti in altri trattati, in quanto il trattamento potrebbe risultare limitato a quello previsto dalla legge nazionale.[883] Infatti, l'Articolo 3(2) del Trattato sancisce l'obbligazione dello Stato ospitante di accordare il rispettivo trattamento *"subject to its laws and international agreements"*. Nonostante la conclusione a cui giunge il collegio sia dovuta alla specificità della formulazione della clausola MFN nel caso concreto, nondimeno appare restringere il suo ambito di applicazione, in contrasto con la linea di tendenza instaurata da alcune pronunce precedenti.

Un ulteriore questione che concerne trattamenti sostanziali emersa dinnanzi a Tribunali ICSID, riguarda la possibilità di ricorrere alla clausola MFN con riferimento a criteri di ammissione di un investimento nel territorio di uno Stato ospitante, emersa nella controversia *Rizvi v. Indonesia*.[884] Il Tribunale ICSID, in primo luogo, analizza la natura dei criteri previsti e il loro rapporto con il BIT, ritenendo che l'ammissione nel territorio statale di un investimento costituisca *conditio sine qua non* dell'applicabilità del BIT e, conseguentemente, della possibilità di godere dei benefici derivanti dallo

---

[882] *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia (UAB v. Latvia)*, ICSID Case n. ARB/12/33, Award, 22 dicembre 2017;

[883] *UAB v. Latvia*, Award, para. 1112;

[884] *Rafat Ali Rizvi v. The Republic of Indonesia (Rizvi v. Indonesia)*, ICSID Case n. ARB/11/13, Award on Jurisdiction, 16 luglio 2016, para. 200 e ss.;

stesso, inclusa l'obbligazione di accordare il trattamento MFN.[885] Poiché l'investimento dell'attore non risponde al requisito di ammissibilità previsto dal BIT, quest'ultimo non risulta applicabile e, pertanto, il Tribunale conclude ritenendo di non dover esaminare la questione relativa all'ampiezza della clausola MFN con specifico riferimento all'individuazione dei trattamenti che ricadono nel suo ambito di applicazione.[886]

Dalla decisione menzionata emerge la possibilità di escludere l'applicabilità della clausola MFN ai criteri di ammissibilità dell'investimento disciplinati all'interno del BIT, in ragione della considerazione che la loro mancanza implica l'inapplicabilità del trattato stesso, mentre la loro presenza comporta la sua applicabilità con il venir meno dell'esigenza di ampliare la portata dei prescritti criteri tramite il ricorso al trattamento oggetto di analisi.

6.2.2.b – L'applicazione della clausola MFN a trattamenti procedurali.

La questione maggiormente rilevante, al centro del dibattito più recente relativo al ricorso alla clausola MFN è costituita dalla possibilità di ritenere riconducibile all'ambito di applicazione del trattamento anche previsioni di carattere procedurale previste all'interno dei trattati e, in particolar modo, quelle che disciplinano la risoluzione delle controversie.

Il dibattito è sorto dal lodo arbitrale ICSID relativo alla controversia *Maffezini v. Spagna*. L'investitore, mediante il ricorso alla clausola MFN contenuta nel BIT tra Spagna e Argentina, invocava l'applicazione della previsione che disciplina la risoluzione delle controversie all'interno del BIT tra Spagna e Cile.[887] Questa richiesta, diretta ad aggirare il requisito sancito dall'Articolo X del BIT base, che subordinava la possibilità di ricorrere all'arbitrato internazionale al rispetto del requisito dei *"diciotto mesi nelle corti nazionali"*,[888] veniva contestata dallo Stato convenuto il quale argomentava il mancato rispetto del criterio *eiusdem generis*.[889] Specificamente, lo Stato affermava che, in ragione del menzionato criterio, la clausola MFN può operare solo relativamente alla stessa materia prevista nel trattato base, riferendo il termine *"matters"* alla disciplina sostanziale o ad aspetti

---

[885] *Rizvi v. Indonesia*, Award on Jurisdiction, para. 223-224;

[886] *Rizvi v. Indonesia*, Award on Jurisdiction, para. 225, 228;

[887] *Emilio Augustín Maffezini v. the Kingdom of Spain (Maffezini v. Spain)*, ICSID Case n. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 gennaio 2000;

[888] Argentina – Spagna BIT, 1991, art. X.3(a);

[889] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 41;

materiali del trattamento garantito agli investitori e non a questioni di tipo procedurale o giurisdizionale. La Spagna, infatti, riteneva che la discriminazione, il cui divieto costituisce lo scopo della clausola MFN, può avvenire solo in connessione con un trattamento economico di natura materiale e non in ragione di aspetti procedurali: dovrebbe essere data la prova che la sottoposizione della controversia alla giurisdizione spagnola, in quanto risultante in un obiettivo svantaggio, sia meno favorevole per l'investitore rispetto all'arbitrato ICSID.

Il Tribunale, in primo luogo, sottolinea l'esigenza di individuare il trattato base quale presupposto fondamentale diretto a definire il *"subjetc matter"* a cui la clausola MFN si applica: se questo aspetto è trattato più favorevolmente in un trattato concluso con uno Stato terzo, tale trattamento sarà esteso al beneficiario del trattato base in virtù della clausola; diversamente, se il trattato con lo Stato terzo affronta aspetti non considerati nel trattato base, il primo è *res inter alios acta* rispetto al beneficiario della clausola.[890]

La seconda questione che deve essere affrontata, secondo il collegio arbitrale, attiene al rispetto del criterio *eiusdem generis*. In particolare, è con riferimento a questo aspetto che il Tribunale si interroga sulla compatibilità di trattamenti di carattere procedurale o giurisdizionale con tale criterio, analizzando precedenti giurisprudenziali.[891] Alcuni BIT espressamente disciplinano la questione, prevedendo l'esclusione o l'estensione della clausola alle disposizioni relative alla risoluzione delle controversie, in altri, invece, la formulazione del trattato non consente esplicitamente di trarre conclusioni univoche ed è questo il caso del BIT tra Argentina e Spagna. La inestricabile correlazione tra gli accordi relativi alla risoluzione delle controversie e la protezione degli investitori stranieri, conclusione a cui giungono gli arbitri, viene giustificata, oltre che sulla base di ragioni storiche, anche ritenendo che l'arbitrato internazionale e i moderni accordi relativi alla risoluzione delle controversie siano essenziali per la protezione dei diritti previsti nei rispettivi trattati, nonché strettamente connessi ad aspetti materiali del trattamento accordato.[892]

Tracciando un parallelismo tra investitori e operatori del mondo del commercio, il Tribunale ritiene che *"traders and investors, like their State of nationality, have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes*

---

[890] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 45;

[891] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 46 e ss.;

[892] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 54-55;

to domestic courts, while the host governments have traditionally felt that the protection of domestic courts is to be preferred".[893] Viene così affrontata anche l'ulteriore fase del ragionamento, diretta ad accertare che il trattamento invocato mediante la clausola sia effettivamente più favorevole di quello previsto dal trattato base e, pertanto, estendibile al beneficiario, compatibilmente con il criterio *eiusdem generis*.[894]

Il Tribunale prosegue delimitando l'ambito di applicazione della clausola stessa, considerato l'ampliamento generato con l'interpretazione fornita. Specificamente, *"the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement"*, quali la subordinazione del consenso all'arbitrato al previo esaurimento dei ricorsi interni, clausole di *"fork in the road"*, l'accordo sul foro arbitrale, nonché la scelta di sistemi di arbitrato che prevedono precise norme di procedura.[895] Tali accordi non possono essere soprasseduti dall'operatività della clausola MFN in quanto costituiscono espressione di una specifica volontà delle parti.

Questa conclusione appare significativa in quanto porta il collegio arbitrale a tracciare una distinzione tra la legittima estensione di diritti e di benefici in virtù dell'applicazione della clausola MFN e il deleterio *treaty-shopping*. Alla luce della conclusione formulata, sembra emergere l'indicazione del Tribunale secondo la quale l'operatività della clausola, diretta ad estendere i vantaggi contenuti nei trattati con Stati terzi, sarebbe subordinata alla mancanza di una volontà espressa dalle parti nella negoziazione del trattato base in relazione a questioni fondamentali relative allo specifico trattamento invocato. Al contrario, l'inserimento di particolari previsioni attinenti ad aspetti procedurali, viene ricondotto dal Tribunale ad una esplicita manifestazione di considerazioni di *"public policy"* che non possono essere aggirate mediante il ricorso alla clausola.

L'atteggiamento del collegio arbitrale, nonostante l'estensione formulata, è da considerare complessivamente cauto in ragione dell'indicazione dei limiti menzionati, volti ad impedire un abuso della decisione, vincolandola alle peculiarità del caso concerto.[896]

---

[893] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 55;

[894] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 56;

[895] *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 63;

[896] ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 390;

L'approccio elaborato dal Tribunale ICSID nella decisione analizzata del caso *Maffezini* con riferimento alla clausola MFN è avvallato da numerose pronunce arbitrali successive.

Un peculiare esempio è costituito dalla pronuncia relativa alla controversia *Tecmed v. Messico*, ove l'investitore si appella alle conclusioni sulla clausola MFN alle quali è giunto il Tribunale del caso *Maffezini*. La questione con riferimento al quale è invocata, diretta ad ottenere l'applicazione retroattiva del BIT tra Spagna e Messico in virtù del riferimento al BIT tra Messico e Austria, viene rapidamente risolta in senso negativo dagli arbitri mediante l'utilizzo dell'approccio richiamato dall'investitore: l'applicazione temporale dell'accordo costituisce aspetto di carattere sostanziale della protezione degli investimenti, piuttosto che procedurale o attinente alla giurisdizione, riguardante il fulcro delle questioni che devono essere specificamente negoziate dalle parti, pertanto, la sua applicazione non può essere compromessa dal principio sancito nella clausola MFN.[897] Il tribunale, dunque, sembra escludere dall'ambito di applicazione della clausola aspetti fondamentali dell'accordo che devono essere specificamente oggetto di negoziazione ad opera delle parti. Pur non affrontando espressamente la questione dell'applicabilità della clausola ad aspetti procedurali, il Tribunale non solo sembra avvallare la conclusione del precedente citato, ma amplia anche l'approccio richiamato escludendo il funzionamento della clausola con riferimento ad aspetti fondamentali che devono essere oggetto di negoziazione, pur nella concreta mancanza della stessa.

L'espansione dell'approccio adottato nel caso *Maffezini* prosegue ulteriormente nella decisione sulla giurisdizione relativa alla controversia *Siemens v. Argentina*. Analogamente al primo la questione emersa in quest'ultima, tra le altre, attiene alla possibilità di ricondurre la risoluzione delle controversie alla protezione accordata agli investitori.[898] In linea con la precedente pronuncia, il Tribunale risponde positivamente alla questione: il Trattato include *"as a distinctive feature special dispute settlement mechanisms not normally open to investors"*. L'accesso ai meccanismi di risoluzione delle controversie predisposti nei trattati relativi agli investimenti costituisce parte integrante della protezione accordata agli investitori, *"it is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through a MFN clause"*.[899] In particolare, ritiene che il termine *"treatment"* e l'espressione *"activities related to the investments"*, contenuti nella

---

[897] *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States (Tecmed v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2, Award, 29 maggio 2003, para. 69;

[898] *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 94;

[899] *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 102;

formulazione della clausola, siano sufficientemente ampi da includere la risoluzione delle controversie, in conformità allo scopo stesso della tipologia dei trattati coinvolti.[900]

Nella pronuncia da ultimo menzionata, il Tribunale ICSID affronta un'ulteriore questione attinente alla delimitazione dell'operatività della clausola MFN diretta a definire l'ampiezza del richiamo operato al trattato terzo. In particolare, sancisce che l'invocazione di un beneficio tramite il ricorso alla clausola MFN non comporta l'applicazione di tutte le previsioni del trattato che prevede il primo. La conclusione contraria, infatti, non sarebbe conforme al significato della clausola MFN che riguarda, appunto, solo trattamenti maggiormente favorevoli. Inoltre, viene confermata la possibilità che considerazioni di *"public policy"* limitino i benefici invocabili tramite la clausola in analisi.[901]

La critica che ha portato con se questa pronuncia, invero, attiene proprio all'attribuzione all'investitore privato della possibilità, ivi configurata, di scegliere i benefici da importare tramite l'invocazione della clausola, senza considerare i contrappesi previsti nei confronti di questi ultimi all'interno del Trattato con lo Stato terzo.[902]

Sulla stessa linea si pongono anche pronunce successive che confermano l'interpretazione elaborata nel caso *Maffezini*, approfondendo l'approccio utilizzato in relazione alle specifiche problematiche del caso concreto.[903]

La questione relativa alla possibilità di applicare la clausola MFN a previsioni di carattere procedurale, tuttavia, viene affrontata con un'interpretazione diametralmente opposta in altre pronunce dei Tribunali ICSID, che giungono ad escludere il ricorso al trattamento descritto.

La prima critica all'approccio *Maffezini*, rilevabile nella decisione sulla giurisdizione della controversia *Salini v. Giordania*, esprime il timore che le precauzioni adottate dagli arbitri, dirette a

---

[900] *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 103;

[901] *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 120;

[902] ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 393; REINISCH August, "Maffezini v. Spain Case", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2007, para. 15;

[903] Si veda: *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic (Camuzzi v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/7, Decision on Objections to Jurisdictions, 10 giugno 2005, para. 34; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic (Gas Natural v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 giugno 2005, para. 49; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic (Vivendi v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2006, para. 59; quest'ultima conforme a *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (Suez v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 maggio 2006, para. 57

delimitare l'estensione della clausola MFN, si rivelino difficili da applicare nella pratica, aggiungendo elementi di ulteriore incertezza al rischio di *"treaty shopping"*.[904]

La questione emersa nella pronuncia citata riguarda, specificamente, la possibilità di accertare la sussistenza della giurisdizione ICSID, relativamente ad una controversia basata sul contratto di investimento mediante l'applicazione della clausola MFN.[905] Il Tribunale ICSID, dopo aver preso dettagliatamente in considerazione le pronunce citate dallo Stato convenuto, con particolare riferimento al caso *Ambatielos*[906] e alla pronuncia *Maffezini*, ritiene che le circostanze della presente controversia siano differenti. Specificamente, la clausola MFN nel BIT tra Italia e Giordania, mediante la quale l'investitore invocava l'applicazione della previsione relativa all'arbitrato ICSID del BIT tra Giordania e Stati Uniti, è formulata in modo tale da non permettere l'estensione alla risoluzione delle controversie. In secondo luogo, l'investitore non ha presentato alcun argomento dal quale potrebbe essere rilevata una comune intenzione delle parti di applicare la clausola MFN alla risoluzione delle controversie, diversamente, dalla formulazione del BIT sembra emergere un'intenzione contraria. Infine, l'attore non cita neanche alcuna pratica tra la Giordania e l'Italia a sostegno della sua posizione.[907] Il collegio, pertanto, conclude escludendo l'applicabilità della clausola alla risoluzione delle controversie. Mediante una rigorosa applicazione delle norme relative all'interpretazione dei trattati, oltre alla specifica formulazione della clausola, nell'accertamento effettuato gli arbitri attribuiscono un notevole rilievo alla comune intenzione delle parti, nonché alla pratica sviluppata tra i due Stati coinvolti.

Il ricorso alla clausola MFN viene effettuato anche allo scopo di rilevare il consenso all'arbitrato ICSID prestato da parte dello Stato convenuto in un BIT stipulato con Stati terzi, al fine di estenderlo alla controversia insorta da un diverso BIT. È questo il caso della pronuncia sulla giurisdizione della controversia *Plama v. Bulgaria*. Il Tribunale esclude tale possibilità partendo, anche in questo caso,

---

[904] *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. the Hashemite Kingdom of Jordan (Salini v. Jordan)*, ICSID Case n. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 29 novembre 2004, para. 115;

[905] In termini analoghi, la medesima questione si pone anche nella controversia tra Impregilo e Pakistan, tuttavia non viene espressamente affrontata dal Tribunale ICSID, il quale ritiene che i contratti sui quali si fondava la controversia siano stati conclusi dall'investitore privato non con lo Stato, ma con una diversa entità, e pertanto nega parzialmente la propria giurisdizione, *Impregilo S.p.a. v. Islamic Republic of Pakistan (Impregilo v. Pakistan)*, ICSID Case n. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 aprile 2005, para. 220-223;

[906] *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, Judgment on the Merits, 19 maggio 1963, ICJ, "Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders", 1953, p. 10 e ss.;

[907] *Salini v. Jordan*, Decision on Jurisdiction, para. 118-119;

dalla formulazione della clausola MFN invocata, contenuta nel BIT tra Bulgaria e Cipro.[908] In particolare, interpreta l'espressa previsione di eccezioni a supporto della considerazione che quanto non è stato nelle stesse previsto rientra nell'ambito di applicazione della clausola e, pertanto, anche la risoluzione delle controversie.[909] Tuttavia, ritiene che con altrettanta forza si potrebbe sostenere la posizione contraria, rilevando che il termine *"privileges"* possa condurre ad applicare la clausola solo alla protezione sostanziale degli investimenti. Parimenti, il ricorso al contesto e la considerazione dell'oggetto e dello scopo del BIT, nonché gli altri criteri di interpretazione dei trattati non aiutano il collegio a propendere per l'una o per l'altra conclusione.[910]

Considerando l'argomento avanzato dall'investitore, il Tribunale esclude la possibilità che previsioni attinenti alla risoluzione delle controversie siano considerate parte del BIT base in quanto incorporate in esso tramite la clausola MFN: un volontà in questo senso delle parti non può considerarsi espressa in modo chiaro e non ambiguo semplicemente mediante il riferimento a quest'ultima.[911] La diversa conclusione sarebbe, inoltre, complicata dalla difficoltà di applicare un test oggettivo per identificare quale sia il trattamento più favorevole. Il Tribunale, infatti, afferma *"it is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favourable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism."*[912]

Dopo una severa critica alla pronuncia del caso *Maffezini*, il Tribunale riprende la decisione della controversia *Salini* considerandola in linea con le sue conclusioni. Pertanto, nega non solo la possibilità di interpretare la clausola MFN nel senso di fornire il consenso a sottoporre una controversia insorta dal BIT tra Cipro e Bulgaria ad arbitrato ICSID, ma anche la stessa possibilità per l'investitore di fare affidamento sulle previsioni relative alla risoluzione delle controversie disciplinate in altri BIT di cui la Bulgaria è parte.[913]

---

[908] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (Plama v. Bulgaria)*, ICSID Case n. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 febbraio 2005, para. 189-190;

[909] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 191;

[910] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 192-194;

[911] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 199-208;

[912] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 209;

[913] *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 218-227; alla conclusione a cui giunge il collegio arbitrale in *Plama v. Bulgaria* aderisce anche il Tribunale ICSID nel lodo relativo alla controversia *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary (Telenor v. Hungary)*, ICSID Case n. ARB/04/15, Award, 13 settembre 2006, para. 90 e ss.;

La medesima conclusione viene espressa anche nella pronuncia relativa alla controversia *Witershall v. Argentina*, ove il Tribunale ICSID afferma come il consenso per iscritto, sancito all'Articolo 25 della Convenzione ICSID, costituisca *"the corner stone of jurisdiction of the Centre"*.[914] Il requisito dei diciotto mesi nelle corti interne viene considerato *"essential preliminary step"* per l'istituzione dell'arbitrato ICSID quale parte integrante del consenso dello Stato ospitante, ai sensi del BIT tra Argentina e Germania. Considerando tale trattato, il Tribunale ritiene che non sia presente alcuna clausola MFN generale, applicabile a tutti gli articoli nello stesso contenuti.[915] Per questa ragione e per la rilevanza attribuita dagli Stati contraenti al requisito sopra menzionato, è esclusa l'applicabilità della previsione invocata dall'investitore alla risoluzione delle controversie. Infatti, il collegio arbitrale, anche mediante il riferimento al criterio *eiusdem generis*, ritiene che la clausola MFN, così come formulata nel BIT tra Argentina e Germania, sia applicabile solo ai diritti sostanziali degli investitori, nella mancanza di un linguaggio o contesto che suggeriscano il contrario.[916]

Il Tribunale, tuttavia, non esclude in linea di principio la possibilità di applicare la clausola MFN al fine di aggirare il requisito dei diciotto mesi nelle corti interne mediante l'estensione di diritti o benefici previsti in altri BIT; bensì, richiamando e condividendo la pronuncia *Maffezini*, subordina questa possibilità alla rilevabilità di una chiara e non ambigua intenzione delle parti contraenti dal testo della clausola.[917] Pertanto, secondo questa pronuncia, la chiave di volta per la risoluzione della questione sarebbe determinata dalla formulazione della clausola MFN all'intero del BIT applicabile.

Contraria al ricorso alla clausola MFN al fine di stabilire la giurisdizione ICSID è, anche, la posizione del Tribunale ICSID nella controversia *Tza Yap Shum v. Perù*. Il collegio arbitrale, riprendendo i passi dell'analisi effettuata dagli arbitri del caso *Plama*, afferma che la clausola MFN non può essere

---

914 *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (Wintershall v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/04/14, Award, 8 dicembre 2008, para. 160(2); la qualificazione del requisito dei diciotto mesi nelle corti interne quale aspetto attinente alla giurisdizione e parte integrante del consenso e non mero requisito procedurale o relativo all'ammissibilità è affermata anche nel lodo arbitrale relativo alla controversia *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (Daimler v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/05/1, Award, 22 agosto 2012, para. 194: il Tribunale ICSID nega la sussistenza della propria giurisdizione ritenendo non applicabile la clausola MFN con riferimento all'aspetto menzionato, con una pronuncia che ricalca l'approccio utilizzato dal collegio arbitrale del caso *Wintershall*;

915 *Wintershall v. Argentina*, Award, para. 162;

916 *Wintershall v. Argentina*, Award, para. 168-170;

917 *Wintershall v. Argentina*, Award, para. 172;

interpretata quale mezzo per estendere la giurisdizione del Tribunale ICSID o quale fonte indipendente della stessa.[918]

Sebbene la conclusione a cui giunge il Tribunale nel caso *Plama v. Bulgaria* sia opposta alla decisione *Maffezini*, un aspetto elaborato in quest'ultima e specificato nella decisione del caso *Siemens*, appare comune anche al primo caso menzionato: la specifica negoziazione di previsioni all'interno del trattato escluderebbe la possibilità di ricorrere alla clausola MFN per ottenere l'estensione di un trattamento diverso. Questo aspetto appare essere ripreso anche nella pronuncia del caso *Hochtief*, che conduce il Tribunale al medesimo esito del caso *Plama* con riferimento al consenso all'arbitrato, ma ad affermare la possibilità di applicare la clausola MFN al fine di aggirare il requisito dei *"diciotto mesi nelle corti interne"* previsto dal BIT base.

Nella controversia *Hochtief v. Argentina* la difformità della precedenti pronunce arbitrali sulla questione comporta la possibilità per ciascuna parte di trovare precedenti a sostegno della propria posizione, con la conseguenza che spetta al Tribunale il compito di considerare i diversi approcci elaborati al fine di interpretare correttamente la previsione invocata.[919]

In ragione della formulazione della clausola MFN, prevista all'Articolo 3.2 del BIT tra Argentina e Germania, il Tribunale si interroga sulla possibilità di qualificare la risoluzione delle controversie quale *"activity in connection with investments in its territory"*. L'elencazione, contenuta nella norma, relativa a quest'ultima espressione, viene considerata non esaustiva, ma semplicemente indicativa del riferimento ad una gamma di attività connesse con l'operatività commerciale dell'investimento. A parere del Tribunale, la risoluzione delle controversie vi rientra quale aspetto della gestione dell'investimento e, specificamente, *"the ("procedural") right to enforce another ("substantive") right is one component of the bundles of rights and duties that make up the legal concept of what property is"*.[920] Il Tribunale, invero, sottolinea come la clausole che disciplinano la risoluzione delle controversie altro non siano che *"an essential component"* dei diritti di proprietà, la cui tutela è

[918] *Sr. Tza Yap Shum v. Republica del Perù (Tza Yap Shum v. Perù)*, ICSID Case n. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 giugno 2009, para. 189 e ss.;

[919] *Hochtief A.G. v. The Argentine Republic (Hochtief v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 ottobre 2011;

[920] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 66;

propriamente lo scopo dei BIT.[921] Pertanto, ritiene che la clausola MFN, in via di principio, sia applicabile alle procedure di risoluzione delle controversie.[922]

Affermata questa conclusione, la seguente domanda che si pone il collegio arbitrale attiene agli effetti che l'attribuzione del trattamento MFN può produrre sulla giurisdizione del Tribunale. Dopo aver sottolineato che la clausola opera solo in relazione al *"subject matter"* che gli Stati avevano in mente nel momento in cui hanno inserito la clausola nel trattato, il collegio specifica in modo incisivo e chiaro le modalità di funzionamento della stessa: *"the MFN clause stipulates how investors must be treated when they are exercising the rights given to them under the BIT but does not purpot to give them any further rights in addition to those given to them under the BIT."*[923] La clausola MFN prevede uno standard di trattamento e lo definisce mediante il riferimento al trattamento di parti terze, ma non crea nuovi diritti ove prima non esistevano. Il principio è applicabile all'esercizio di diritti e doveri effettivamente assicurati dal BIT in cui la clausola è inserita.[924] In linea con l'interpretazione fornita, il Tribunale appare escludere che attraverso il ricorso alla clausola MFN sia possibile ricavare il consenso all'arbitrato ove questo non sia previsto nel BIT base, in quanto verrebbe creato un diritto non esistente, incidendo in tal modo sulla giurisdizione disciplinata dal trattato. Diversamente, invocando la distinzione tra *"jurisdiction"* e *"admissibility"*, il requisito dei *"diciotto mesi nelle corti interne"* si limita ad interporre un periodo di tempo in cui le parti possono definire e riflettere sulle proprie posizioni prima di procedere per via arbitrale, stabilendo una procedura per accedere alla giurisdizione, ma non avente alcun impatto sulla sua estensione. Definito, pertanto, quale modalità di esercizio di un diritto, quest'ultimo requisito può essere interessato dall'applicazione della clausola MFN.[925]

La pronuncia da ultimo richiamata sembra fornire coerenza all'apparente contrasto delle precedenti decisioni: mentre nelle controversie *Maffezini v. Spagna* e *Siemens v. Argentina* il ricorso alla clausola MFN era diretto ad aggirare ostacoli di natura procedurale, nelle controversie *Plama v. Bulgaria* e

---

[921] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 67-68;

[922] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 72;

[923] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 79;

[924] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 81;

[925] *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 86 e ss; la conclusione del Tribunale ICSID è criticata mediante la *Separate and Dissenting Opinion of J. Christopher Thomas, Q.C.*, il quale, nel criticare l'approccio alla clausola MFN complessivamente utilizzato dal collegio, al para. 42 in particolare, sostiene che il requisito dei diciotto mesi nelle corti interne sia qualificabile quale aspetto attinente alla giurisdizione e non all'ammissibilità, distinzione che tuttavia non si approfondisce nella presente trattazione in quanto eccedente il contesto;

Salini v. Spagna l'invocazione della medesima clausola è diretta ad instaurare la giurisdizione ICSID che altrimenti non sussisterebbe. Pertanto, ritenendo che la clausola MFN definisca uno standard di trattamento, quale espressione del principio di non discriminazione, ma non possa essere utilizzata al fine di creare nuovi diritti non esistenti nel BIT, si giunge alla conclusione di rispondere positivamente alla prima questione, ma di negare la possibilità avanzata con la seconda.

Conferma la soluzione elaborata nel caso *Hochtief* la pronuncia del Tribunale ICSID nel lodo arbitrale relativo alla controversia *AMC v. Ungheria*, ove il convenuto invocava il trattamento MFN con riferimento all'espropriazione.[926] Il collegio, infatti, sottolinea come le clausole MFN non siano e non debbano essere interpretate o applicate per creare nuovi fondamenti per azioni oltre a quelli in relazione ai quali le parti hanno prestato il loro consenso all'arbitrato.[927] Poiché, mediante l'invocazione della clausola in questione, il Tribunale rileva come l'investitore tenti di allargare la giurisdizione degli arbitri, afferma *"an investor may properly rely only on rights set forth in the basic treaty, meaning the BIT to which the investor's home state and the host state of the investment are directly parties, but no more than that"*.[928] La questione, ritiene il collegio, è piuttosto stabilire se i diritti e i benefici ricercati mediante la clausola MFN siano inclusi all'interno dell'ambito arbitrabile del BIT base. Il Tribunale ICSID, pertanto, delimita l'applicabilità della clausola sia con riferimento a questioni sostanziali, sia relativamente a trattamenti di tipo procedurale, riprendendo la distinzione effettuata dalla precedente pronuncia del caso *Hochtief* e sottolineando il suo valore anche per quanto concerne i primi.

Sembrerebbe confermare questa conclusione anche il lodo arbitrale ICSID relativo alla controversia *MMEA v. Senegal*.[929] La peculiarità di questa pronuncia si rileva nel tentativo dell'investitore privato di ricorrere alla clausola MFN contenuta nell'Articolo II del GATS al fine di instaurare la giurisdizione ICSID mediante l'estensione del consenso all'arbitrato prestato dallo Stato convenuto all'interno dei BIT tra Senegal e Paesi Bassi, nonché tra Senegal e Regno Unito. La ricostruzione effettuata dall'attore, la cui artificiosità è rilevata anche dal Tribunale nella sua pronuncia, è, ad ogni modo, testimone della possibilità di intersecare strumenti disciplinanti ambiti apparentemente diversi

---

[926] *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedöhàz Vagynkezelö Zrt. V. Hugary (AMC v. Hugary)*, ICSID Case n. ARB/12/3, Award, 17 aprile 2015;

[927] *AMC v. Hugary*, Award, para 73;

[928] *AMC v. Hugary*, Award, para. 74;

[929] *Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. v. Republic of Senegal (MMEA v. Senegal)*, ICSID Case n. ARB/15/21, Award, 5 agosto 2016;

che, tuttavia, possono presentare interconnessioni nella loro applicazione concreta. Astenendosi dall'effettuare un'analisi approfondita della norma MFN richiamata, il collegio arbitrale precisa, in particolare, come le statuizioni pronunciate non costituiscano conclusioni relativamente alla questione della violazione dell'Articolo II del GATS ad opera del Senegal o sulla possibilità stessa per il Tribunale di pronunciarsi in qualunque maniera sull'esistenza di una tale violazione, tenuto conto della competenza del DSB.[930]

Interrogandosi sulla possibilità di ritenere che l'articolo menzionato implichi l'opportunità per i fornitori di servizi di avvalersi dell'offerta di arbitrato inclusa in BIT o in altri trattati internazionali di cui non sono parti, il Tribunale riconosce le considerevoli conseguenze che una conclusione in questo senso produrrebbe, quale la possibilità di scegliere le previsioni da estendere mediante tale meccanismo, ignorandone altre.[931] Dopo aver analizzato i negoziati relativi al GATS, il Tribunale conclude ritenendo difficilmente concepibile che gli Stati potessero dare il loro consenso *"éclairé et non-équivoque"* all'applicazione delle clausole arbitrali contenute nei BIT[932] e, pertanto, conclude negando la propria competenza ai fini della decisione della controversia tra MMEA e Senegal. A conferma delle precedenti, questa pronuncia non nega direttamente l'estendibilità del consenso all'arbitrato mediante il ricorso alla clausola MFN, bensì analizza la possibilità di affermare la sussistenza di una volontà in questo senso in capo alle parti contraenti il GATS.

Un'ulteriore questione di particolare interesse, sollevata dall'attore e idonea ad incidere in modo decisivo sulla risoluzione della controversia, attiene proprio alla capacità delle norme contenute nel GATS di produrre un effetto diretto nei confronti di parti private e, specificamente, alla possibilità per queste ultime di invocare tali diritti dinanzi ad una giurisdizione internazionale. Tuttavia, non rientrando nella sua competenza, il collegio arbitrale non si pronuncia sulla questione.[933]

I cambiamenti di posizione, le considerazioni effettuate e le interpretazioni elaborate dai diversi collegi arbitrali che hanno affrontato la questione non appaiono inquadrabili secondo una linea

---

[930] *MMEA v. Senegal*, Award, para. 141, footnote n. 120;

[931] *MMEA v. Senegal*, Award, para. 145;

[932] *MMEA v. Senegal*, Award, para. 149;

[933] Un'analisi della pronuncia è effettuata da GHITTI Laura, "Investment Arbitration. ICSID. Most-Favored-Nation Clause. Consent. GATS. WTO.", Jurisprudencia Estatal Interantional Comentada, RBA 56, 2017, pp. 143-162;

cronologica, né sembra possibile identificare dei criteri univoci che consentano di tracciare una distinzione nel ricorso all'una piuttosto che all'opposta conclusione.

Una delle ragioni della discrepanza delle pronunce arbitrali sulla questione oggetto di esame appare sicuramente individuabile nella diversa formulazione della clausola MFN contenuta nei BIT di volta in volta applicabili nella risoluzione della controversia. Questo aspetto emerge chiaramente dalle pronunce esaminate, ove il collegio arbitrale investito della questione relativa all'applicabilità della clausola, si sofferma in primo luogo ad esaminare la concreta formulazione della norma richiamata, interrogandosi sul significato da attribuire a ciascun termine alla luce delle norme sull'interpretazione dei trattati. Un ulteriore elemento che accomuna alcune pronunce è rilevabile nella considerazione e definizione del *"subject matter"* del BIT di riferimento, quale seconda fase dell'analisi diretta ad accertare l'applicabilità della clausola MFN. A questo aspetto si riconnette un terzo elemento, la cui importanza viene rilevata pressoché uniformemente dai Tribunali investiti della questione: l'accertamento del rapporto di similarità tra le situazioni, espressione del criterio *eiusdem generis*, costituisce carattere imprescindibile del ricorso alla clausola MFN, sebbene la sua mancanza talvolta venga considerata quale determinante l'inesistenza della violazione della clausola medesima, mentre secondo altre pronunce comporta la sua inapplicabilità. Indipendentemente da tale differenziazione, il risultato concretamente prodotto è analogo.

Un'ultima fase dell'analisi relativa all'applicazione della clausola MFN, individuata da alcuni Tribunali, è diretta ad accertare che il trattamento invocato mediante la stessa sia effettivamente più favorevole di quello previsto nel trattato base. Questo carattere si connette direttamente con la distinzione elaborata nelle ultime pronunce menzionate che appare ricondurre relativamente ad unità gli approcci precedenti: la clausola può essere invocata per ottenere l'estensione di un trattamento sul presupposto che esso sia presente anche all'interno del trattato base, sebbene previsto in termini meno favorevoli; al contrario, mediante la stessa non è possibile acquistare diritti non incusi in alcun modo nel BIT direttamente applicabile.

Una conclusione, pertanto, appare rilevabile: sembra possibile escludere la possibilità di ricorrere alla clausola MFN al fine di esportare il consenso all'arbitrato ICSID fornito da uno Stato in un BIT concluso con uno Stato terzo al fine di instaurare la giurisdizione relativamente ad una controversia sorta dall'applicazione di un diverso BIT, in mancanza di una volontà delle parti in questo senso. Al contrario, il ricorso alla stessa può essere effettuato al fine di aggirare requisiti procedurali che non

hanno un impatto sull'estensione della giurisdizione. Il problema che permane, tuttavia, attiene alla riconduzione delle questioni concrete al primo piuttosto che al secondo aspetto.

Diversamente, con riferimento alla possibilità di ricorrere alla clausola MFN al fine di estendere obbligazioni di natura sostanziale mediante il ricorso al trattamento nella stessa previsto, appare possibile rilevare una certa uniformità nelle pronunce arbitrali ICISD, sebbene con le dovute differenziazioni determinate dal caso concreto e, in particolare, dalla formulazione specifica della previsione all'interno del BIT base.[934] Innegabilmente, all'interno delle linee di distinzione tracciate, sono comunque rilevabili approcci dei Tribunali ICSID maggiormente restrittivi e altri più flessibili.

In ultima analisi, un elemento che deve essere considerato nell'indagine delle pronunce ICSID è costituito anche dalla composizione del collegio arbitrale chiamato a pronunciarsi sulla questione concreta. La presenza di determinati arbitri, infatti, in ragione delle posizioni dottrinali di cui gli stessi sono portatori, nonché dei precedenti collegi a cui hanno preso parte, può influenzare la decisione finale del Tribunale. Un esempio a tale proposito è costituito dalle pronunce sulla giurisdizione delle controversie *Salini v. Giordania* e *Impregilo v. Pakistan*: l'adesione della seconda decisione all'interpretazione fornita dalla prima si ritiene, almeno in parte, riconducibile alla coincidenza di due dei tre arbitri che componevano il collegio. Anche le pronunce sulla giurisdizione delle controversie *Camuzzi v. Argentina*, *Gas Natural v. Argentina*, *Vivendi v. Argentina* e *Suez v. Argentina*, vedono ripetersi nella composizione del collegio la presenza di alcuni arbitri.

6.2.3 – Considerazioni.

Dall'analisi delle clausole MFN previste nel sistema multilaterale del commercio dagli Accordi OMC e nell'ambito degli investimenti internazionali all'interno dei BIT, nonché dalle pronunce rispettivamente del DSB e dei Tribunali ICSID, emergono alcuni punti di contatto, pur nella permanenza di differenziazioni.

In primo luogo, lo scopo alla cui realizzazione la clausola è diretta appare essere conforme nei due sistemi: assicurare eguali opportunità di concorrenza, evitando discriminazioni in ragione della diversa origine rispettivamente per i prodotti nel sistema OMC e per gli investimenti e gli investitori.

---

[934] La conferma di questa considerazione è rilevabile anche nel lodo arbitrale relativo alla controversia *Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova (Arif v. Moldova)*, ICSID Case n. ARB/11/23, Award, 8 aprile 2013, para. 396;

Tuttavia, mentre nel commercio internazionale questa garanzia è assicurata, anche e soprattutto, con riferimento alla fase di ingresso del prodotto all'interno del territorio di uno Stato diverso da quello di origine, nel sistema degli investimenti, l'estensione della medesima varia in ragione della volontà degli Stati contraenti, espressa mediante la formulazione della clausola all'interno del BIT. Questa possibilità di diversificare il divieto di non discriminazione nel settore degli investimenti stranieri, non solo è esclusa a priori nell'ambito dell'OMC, ma risulterebbe anche contrastante con la *ratio* insita nella stipulazione degli accordi diretta alla liberalizzazione del commercio al fine di promuovere lo sviluppo economico dei Paesi Membri. Al contrario, lo scopo che i BIT sono diretti a realizzare è propriamente quello di rendere il territorio statale attrattivo per gli investimenti stranieri prevedendo una tutela degli stessi; conseguentemente, lo spazio per una contenuta discriminazione non appare difforme rispetto al menzionato obiettivo.

Ad ogni buon conto, in nessuno dei due sistemi esaminati, la discriminazione risulta vietata in modo assoluto, bensì è ammessa purché giustificata sulla base di ragioni obiettive. Sia nel commercio multilaterale che nel sistema degli investimenti, infatti, la clausola MFN opera sul presupposto della conformità al criterio *eiusdem generis*, espresso mediante la richiesta della sussistenza di un rapporto di similarità. Questo rapporto nel primo contesto ha come termini di paragone i prodotti ai quali è attribuito il trattamento invocato, mentre nel secondo l'accertamento dello stesso è richiesto non tanto con riferimento agli investimenti o agli investitori coinvolti, bensì in ragione delle circostanze o situazioni in presenza delle quali il trattamento più favorevole è accordato. La diversità dei prodotti ammette, nel commercio multilaterale, trattamenti differenti, così come la diversità di situazioni nell'ambito degli investimenti internazionali ammette la previsione di discriminazioni.

Un'ulteriore differenza è determinata dalla formulazione della clausola oggetto di analisi. L'ampiezza della stessa rilevabile nell'Articolo I del GATT 1994, ha come contraltare una molteplicità di modelli attraverso i quali è espressa all'interno dei BIT. Questa diversità, insita nel sistema degli investimenti internazionali, è la ragione principale dei diversi approcci e delle diverse interpretazioni che sono state elaborate dai Tribunali ICSID nella risoluzione delle controversie loro sottoposte.

La medesima problematica attinente alla formulazione della clausola non sorge, infatti, nel contesto del sistema del commercio multilaterale considerata la univoca previsione della stessa all'interno di trattati, multilaterali appunto. L'unica diversità nella formulazione può essere rilevata negli accordi che disciplinano differenti materie, ma anch'essi negoziati multilateralmente. L'applicazione della clausola MFN nella disciplina degli accordi OMC, pertanto, è uniforme considerando il trattato

all'interno del quale è prevista, può diversificarsi solo in ragione della considerazione di accordi diversi che ugualmente la prevedono, rimanendo uguale la sua interpretazione indipendentemente dagli Stati coinvolti nella controversia. Tale uniformità, al contrario, non è rilevabile nel sistema degli investimenti fondato su accordi bilaterali, frutto di negoziati tra due Stati portatori di interessi tra loro contrapposti, il cui esito è determinato da compromessi di cui, talvolta, la clausola MFN ne costituisce espressione. Emerge, pertanto, in quest'ultimo settore, l'esigenza dei Tribunali ICSID di appellarsi ai criteri di interpretazione dei trattati previsti dalla Convezione di Vienna, cercando di ricostruire l'effettiva volontà delle parti contraenti il BIT, che non coincidono con le parti della controversia, anche mediante il ricorso alla pratica sviluppata dalle stesse e all'analisi del contesto, oltre alla considerazione dell'oggetto e dello scopo del trattato.

La distinzione che viene effettuata tra questioni di tipo sostanziale ed aspetti procedurali o giurisdizionali che emerge nell'applicazione della clausola MFN nell'ambito degli investimenti internazionali non sembra configurabile alla stessa stregua nel settore del commercio multilaterale. La ragione di questa differenza appare, in primo luogo, riconducibile alla previsione di un sistema centralizzato e uniforme per la risoluzione delle controversie sorte dall'applicazione degli accordi in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio. L'esistenza del DSU, con la sua giurisdizione esclusiva, si contrappone alla molteplicità di meccanismi ai quali è possibile fare ricorso per la risoluzione delle controversie insorte dall'applicazione di un BIT, di cui il sistema ICSID ne costituisce solo una alternativa, sebbene il consenso alla sua giurisdizione sia frequentemente previsto.

La possibilità di ritenere applicabile la clausola MFN ad altri aspetti di carattere procedurale, non attinenti alla giurisdizione, dipende dalla qualificazione degli stessi. Nel commercio multilaterale il carattere procedurale del beneficio appare circoscrivibile a procedure interne che agevolano la circolazione, l'importazione o l'esportazione di un prodotto proveniente da uno Stato, riconducibile a una delle tipologie indicate dalla norma che prevede la clausola stessa. Diversamente, nell'ambito del sistema degli investimenti, la soluzione della questione è diversificata in ragione della volontà degli Stati manifestata attraverso la formulazione della clausola, nonché dell'approccio del Tribunale ICSID investito della controversia.

Lo sviluppo di una giurisprudenza costante in seno all'OMC, determinato dall'esistenza di un organo di appello permanente, costituisce senza dubbio un elemento di stabilità che consente una elevata uniformità nell'interpretazione della clausola MFN. La natura *ad hoc* dell'arbitrato, accompagnata

dall'inesistenza di un organo di appello e dalle differenti formulazioni delle previsioni contenute nei BIT, come già menzionato, incide sulla stabilità delle interpretazioni fornite dai Tribunali ICSID, sebbene sia possibile, in una limitata misura, individuare delle linee guida uniformi a cui gli stessi fanno ricorso nella risoluzione di questioni analoghe.

In entrambi i sistemi, il fulcro dell'applicazione della clausola MFN è costituito dall'esigenza che il trattamento invocato mediante la previsione che la disciplina, attribuito allo Stato terzo, sia effettivamente più favorevole di quello attribuito allo Stato o all'investitore di nazionalità dello Stato che invoca la clausola. Pertanto, in entrambi i sistemi, al giudice chiamato a risolvere la controversia è assegnato il compito di accertare la sussistenza del requisito menzionato, escludendo l'applicabilità della clausola qualora non risulti provato che il trattamento invocato produca un vantaggio maggiore di quello attribuito.

Infatti, il test che è stato elaborato in seno all'OMC relativamente all'applicazione della clausola in questione, appare in parte coincidere con gli interrogativi che i Tribunali ICISD hanno affrontato. Alla riconducibilità della misura nell'ambito di applicazione dell'Articolo I GATT corrisponde l'analisi della formulazione della clausola MFN all'interno dei BIT al fine di verificare quali siano le attività a cui fa riferimento, accompagnata dall'identificazione del *"subject matter"* del Trattato medesimo. A tale aspetto fa seguito l'accertamento della conformità al criterio *eiusdem generis*, secondo le rispettive formulazioni esaminate, con successiva valutazione della effettiva vantaggiosità del trattamento invocato. È assente nel sistema degli investimenti, il requisito della immediata ed incondizionata estensione del vantaggio, previsto dall'Articolo I del GATT.

Infine, analogamente al sistema multilaterale del commercio, anche nel settore degli investimenti gli Stati tendono a prevedere eccezioni e riserve all'applicazione del trattamento MFN che consento di controllare e delimitare lo standard accordato, in ragione dell'esigenza di tutelare possibili interessi divergenti che vengono in gioco. A differenza della corrispondente previsione nell'ambito dell'OMC in cui le eccezioni sono previste in via generale per tutti gli Stati Membri, nell'ambito degli investimenti, ciascuno Stato ha la possibilità di controllare entro una certa misura l'ambito di applicazione della clausola decidendo liberamente il trattamento da accordare alla nazione maggiormente favorita e negoziando le eccezioni alla sua applicabilità.[935] La possibilità di controllare l'estensione della clausola, pur astrattamente configurabile anche nel sistema del commercio, risulta

[935] ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 369;

concretamente più difficile da applicare in ragione del carattere multilaterale e non bilaterale delle negoziazioni.

CAPITOLO VII

IL TRATTAMENTO NAZIONALE

7.1 INTRODUZIONE: IL TRATTAMENTO NAZIONALE COME ESPRESSIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE.

Il principio di non discriminazione, considerato anche nella sua espressione positiva mediante il principio di eguaglianza, ha origini molto remote. Riconosciuto e formulato in numerose costituzioni moderne, nonché all'interno di documenti internazionali che disciplinano i diritti fondamentali dell'uomo, il principio ha una rilevanza primaria in molti settori del diritto, tra questi anche il commercio e gli investimenti internazionali.

L'Articolo 3 della Costituzione Italiana, gli Articoli 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'Articolo 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) sono solo alcuni degli esempi nei quali si trova espresso il principio di eguaglianza, oppure, come nell'ultimo caso, il principio di non discriminazione. Dalla lettura degli stessi, emerge come le previsioni menzionate siano dirette a garantire l'uguaglianza o vietare le arbitrarie discriminazioni connesse a determinati fattori specificamente elencati nelle norme stesse: il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali, il colore della pelle o l'origine etnica o nazionale, le caratteristiche genetiche, il patrimonio o la ricchezza, la nascita, le tendenze sessuali. La formulazione contenuta nella CEDU, inoltre, lascia aperta la possibilità di ricondurvi altri tipi di fattori, mediante l'espressione conclusiva *"qualsiasi altra condizione"*.

Una delle questioni fondamentali che il diritto internazionale si preoccupa di disciplinare attiene alla possibilità e alle modalità mediante le quali uno Stato sovrano si rapporta ad un soggetto straniero, qualora quest'ultimo rientri nell'ambito della giurisdizione del primo.[936] Una connotazione

[936] WEILER Todd, "The Interpretation of International Investment Law – Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, p. 1;

fondamentale che il principio di non discriminazione assume, infatti, è specificamente riferita al trattamento degli stranieri all'interno del territorio di uno Stato diverso da quello di propria nazionalità. In particolare, la *ratio* sottostante a questa concezione, è riconducibile alla visione secondo la quale gli stranieri possono aspettarsi un'eguaglianza di trattamento in base alle normative interne dello Stato in cui si trovano, in ragione della loro sottoposizione al rispetto delle ordinamento nazionale, con i pesi e i benefici che ne derivano.[937] Conformemente, questa connotazione permane ad esprimere il principio di non discriminazione anche nell'ambito del commercio e degli investimenti internazionali.

Il Trattamento Nazionale, previsione fondamentale nei trattati che disciplinano gli ambiti in analisi, costituisce espressione positiva del generale principio di non discriminazione in ragione della nazionalità. Nessun'altra tipologia di discriminazione, sia diretta o indiretta, è infatti riconducibile al principio in analisi nella sua formulazione nell'ambito degli investimenti e del commercio internazionale.[938] Parimenti alla clausola MFN, anche il Trattamento Nazionale è volto ad impedire discriminazioni sia *de jure* che *de facto*, intese queste ultime come quelle misure apparentemente neutrali che, tuttavia, nella loro applicazione concreta risultano differenziare il trattamento applicabile in ragione della nazionalità straniera.

In termini generali, l'obbligazione del Trattamento Nazionale proibisce ad uno Stato di discriminare uno Stato diverso, relativamente a persone, entità, beni, servizi o investimenti collocati in situazioni similari. Le ragioni sottostanti a queste previsioni, sia di carattere economico che di natura politica, rilevano come i trattamenti non discriminatori, rispettivamente, assicurano che il mercato interno non sia isolato dalla competizione internazionale, nonché promuovono relazioni multilaterali prevenendo l'insorgere di conflitti.[939]

Nell'ambito dell'OMC tale obbligazione è sancita con riferimento al commercio sia di beni che di servizi, nonché nell'ambito dell'Accordo TRIPS.[940] Inoltre, previsioni dirette ad evitare differenze di

---

[937] Riprende la concezione elaborate da I. Brownlie SACCO Sabina, FERNANDEZ-FONSECA Monica, "National Treatment in Investment Arbitration", in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 239, a p. 241;

[938] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?", p. 82;

[939] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 147-148;

[940] GATT, Art. III; GATS, Art. XVII; TRIPS, Art. 3;

trattamento tra i prodotti stranieri e quelli interni in ragione della nazionalità sono rilevabili anche in altri Accordi OMC. Il Trattamento Nazionale, infatti, rileva nella considerazione del rapporto tra beni importati e prodotti localmente, tra servizi forniti da stranieri e nazionali, nonché con riferimento a diritti di proprietà intellettuale di Stati esteri e domestici, ma anche nell'ambito di discipline che regolano aspetti connessi al commercio quali le barriere tecniche (Accordo TBT) e le misure di investimento (Accordo TRIMS).[941] Nondimeno, questa clausola trova la propria declinazione anche nell'ambito degli accordi che disciplinano gli investimenti, quale standard di protezione diretto ad evitare e sanzionare eventuali condotte statali che discriminano gli investitori e gli investimenti stranieri, nel rapporto con i corrispettivi nazionali, all'interno dello Stato ospitante.

L'obbligazione del Trattamento Nazionale, anch'essa di carattere relativo parimenti al trattamento MFN, non sancisce alcuno standard assoluto o minimo, al contrario costituisce una scatola vuota il cui contenuto sostanziale è determinato in relazione al trattamento offerto a qualcosa o a qualcun altro.[942] Lo standard richiesto, infatti, dipende dal trattamento applicabile ai termini nazionali definiti nel trattato che lo prevede.

Parimenti alla clausola MFN, l'analisi diretta a verificare l'applicazione del Trattamento Nazionale comporta anch'essa la comparazione tra due fattori, costituiti in questo contesto da un elemento nazionale e da uno straniero, entrambi individuati nel trattato. In secondo luogo, l'ulteriore presupposto che accomuna le due tipologie di trattamento è costituto dalla sussistenza di un rapporto di similarità tra i termini della comparazione. Tale rapporto riferito al Trattamento Nazionale, nei due sistemi oggetto di esame, ha determinato l'insorgere di questioni parzialmente coincidenti a quelle esaminate nella considerazione della clausola MFN, sebbene con alcune distinzioni, in particolare rilevabili nell'analisi della disciplina dettata negli Accordi OMC.

L'analisi del trattamento e la sua configurazione quale *"less favourable"* costituiscono ulteriori elementi che accomunano le discipline delle due clausole. Questi parallelismi hanno determinato

---

[941] PARCERO HERRERA Tania, "National Treatment in WTO Litigation", in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 223, a p. 223;

[942] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 148; SACCO, FERNANDEZ-FONSECA, "National Treatment in Investment Arbitration", p. 243;

l'estensione dell'approccio elaborato nell'ambito dell'analisi relativa al trattamento MFN anche al Trattamento Nazionale, sebbene con le dovute precisazioni in entrambi i sistemi.[943]

L'elemento intenzionale della discriminazione costituisce una differenziazione nell'analisi del principio sia rispetto alla clausola MFN, sia anche all'interno della disciplina prevista dal GATT e considerando le previsioni contenute nei Trattati Bilaterali relativi agli investimenti.

Il Trattamento Nazionale, analogamente alla clausola MFN, altresì si pone in correlazione con l'autonomia normativa degli Stati.[944] Il primo, infatti, può fungere da limite alla discrezionalità dello Stato di adottare misure che si sostanziano in trattamenti differenti tra i propri nazionali e soggetti stranieri.[945] In particolare, il Trattamento Nazionale costituisce la declinazione del principio di non discriminazione che presenta l'impatto più significativo con l'autonomia normativa degli Stati, in quanto pone un limite sostanziale nell'adozione di regolamentazioni interne.[946]

Questa problematica trova temperamento mediante la previsione di eccezioni all'obbligo del Trattamento Nazionale che consentono il bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'effettività della non discriminazione e l'attuazione di politiche nazionali di rilievo primario, espresse in apposite disposizioni derogatorie. Mentre tale sistema di pesi e contrappesi trova esplicita e generale previsione nell'ambito dell'OMC, in particolare attraverso l'Articolo XX del GATT che prevede le eccezioni generali, nella disciplina degli investimenti internazionali la possibilità di derogare all'obbligo del Trattamento Nazionale comporta la considerazione del singolo BIT applicabile, essendo eventuali eccezioni oggetto di negoziati ad opera degli Stati parte del medesimo.

7.2 IL TRATTAMENTO NAZIONALE.

Il Trattamento Nazionale, espressione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità del prodotto, è sancito dall'Articolo III del GATT 1994, che ricalca l'originaria formulazione inserita

---

[943] FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1336, 1449;

[944] HUERTA-GOLDMAN Jorge A., "Cross-cutting Observations on National Treatment", in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", p. 263, a p. 268;

[945] VINUESA Raul E., "National Treatment, Principle", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, para. 66;

[946] DIEBOLD Nicolas F., "Non-Discrimination in International Trade in Services", Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 17;

nell'Accordo antecedente del 1947. Infatti, questa previsione, parimenti alla clausola MFN, costituisce uno dei principi fondativi, nonché un pilastro della disciplina multilaterale del commercio.[947]

Il medesimo trattamento costituisce anche uno dei numerosi standard inseriti all'interno dei moderni accordi che disciplinano gli investimenti internazionali, diretto a tutelare gli investitori da discriminazioni determinate in ragione della nazionalità.

7.2.1 – Il Trattamento Nazionale nella risoluzione delle controversie OMC.

Nel sistema OMC, gli Stati Membri sono tenuti ad accordare ai prodotti provenienti dagli altri Stati Membri un trattamento fiscale e regolamentare non meno favorevole di quello previsto per i prodotti similari nazionali. La formulazione contenuta nella norma si articola in dieci paragrafi di cui le disposizioni centrali ai fini dell'identificazione del trattamento oggetto di analisi sono contenute nei paragrafi primo, secondo e quarto, mentre i rimanenti si occupano di disciplinare l'applicazione dell'obbligo a particolari tipologie di misure.

L'importanza primaria della norma contenuta nell'Articolo III GATT è rilevabile anche in considerazione della sua frequente invocazione nei procedimenti dinnanzi agli organi di risoluzione delle controversie OMC, con il conseguente sviluppo di un'ampia giurisprudenza in materia.

Scopo del Trattamento Nazionale, complementare a quello del trattamento MFN, è di evitare l'adozione ad opera degli Stati Membri di misure interne di carattere protezionistico al fine di assicurare l'eguaglianza delle condizioni di concorrenza tra prodotti importati e prodotti similari nazionali.[948] Il primo paragrafo dell'Articolo III GATT, mediante la statuizione del trattamento in termini generali, sottolinea proprio la volontà di evitare l'adozione di condotte di tipo protezionistico, che si pongono in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione del mercato a livello globale sanciti nel Preambolo dell'Accordo. Infatti, l'ulteriore scopo che il Trattamento Nazionale è diretto a realizzare mira a garantire che l'adozione di misure interne non si sostanzi in una vanificazione delle

---

[947] KURTZ, "The WTO and International Investment Law – Converging Systems", p. 80;

[948] *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 October 1996, p. 16; *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (Korea – Alcoholic Beverages)*, WT/DS75, 84/AB/R, Report of the Appellate Body, 18 January 1992, para. 120; *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, para. 98;

concessioni tariffarie negoziate dagli Stati con l'adesione all'OMC,[949] sebbene la norma in analisi si applichi anche con riferimento a quei prodotti per i quali tali concessioni non sono state negoziate.[950]

Nondimeno, il Trattamento Nazionale non è diretto a proteggere le aspettative relative al volume di commercio. La violazione della norma, invero, è indipendente dall'effetto sul commercio della misura nazionale, la cui prova non è richiesta. La misura non risulterà conforme alla clausola anche se l'effetto prodotto dalla prima sul volume delle importazioni è insignificante o inesistente, non costituendo quest'ultimo un elemento dell'analisi.[951] Questa costruzione, infatti, è conforme all'obiettivo del sistema multilaterale del commercio di liberalizzare e accrescere gli scambi quali strumento di crescita di ogni singolo Stato e dell'economia globale.[952]

Nonostante la terminologia utilizzata per l'identificazione della clausola, la norma non richiede la previsione di un trattamento dei prodotti esteri coincidente con quello dei prodotti nazionali, bensì postula che questi ultimi non siano trattati in modo meno favorevole dei primi, lasciando uno spazio per un'eventuale discriminazione al contrario.[953]

A questi fini, la previsione dell'Articolo III obbliga gli Stati Membri a prevedere l'uguaglianza delle opportunità di concorrenza per i prodotti importati e per quelli nazionali, proteggendo in tal modo le aspettative di un rapporto concorrenziale equo, una volta che il prodotto importato ha fatto ingresso nel mercato interno.[954]

Il riferimento al primo paragrafo dell'articolo in esame, sebbene non gli sia riconosciuto uno specifico ed autonomo ambito applicativo, risulta di primaria rilevanza nell'interpretazione delle previsioni che seguono al fine di identificare la corretta applicazione del trattamento in analisi. L'Articolo III, infatti, si differenzia dalla previsione della clausola MFN ove quest'ultima, il cui ambito di applicazione è più ampio, si estende anche ai dazi doganali e a tutte le misure ad essi assimilabili. Al contrario, come esplicitato nei successivi paragrafi dell'Articolo III, l'obbligo del Trattamento Nazionale si applica

---

[949] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties:", p. 59-60; HORN Henrik, "National Treatment in the GATT", The American Economic Review, vol. 96, issue n. 1, 2006, p. 394, a p. 398;

[950] VAN DEN BOSSCHE, ZDUOC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 345;

[951] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 16;

[952] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 61;

[953] FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1331;

[954] VAN DEN BOSSCHE, ZDUOC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 345, 412; WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 128;

solo alle misure interne allo Stato. A facilitare la distinzione tra queste ultime e misure di altro tipo, non sempre di agevole soluzione, interviene la nota all'Articolo III: sebbene risulti indicativo il dato temporale, le misure nazionali che si applicano sia al prodotto importato che a quello similare domestico anche se sono eseguite al momento dell'importazione, restano misure interne.[955] L'obbligazione di pagare una somma, invero, deve sorgere in ragione di un evento interno affinché la misura che la prevede rientri nell'ambito di applicazione dell'Articolo III GATT.

La parziale complementarietà del Trattamento Nazionale e della clausola MFN, dirette ad evitare in modo quanto più ampio possibile la discriminazione dei prodotti, risulta accentuata dalla lettura combinata delle due norme. Mentre l'Articolo I mira a sancire il divieto di discriminazione mediante l'imposizione di barriere all'ingresso o all'uscita del prodotto dal territorio di uno Stato Membro, il Trattamento Nazionale è volto a garantire la medesima condizione in una fase successiva, riferita alla circolazione interna dei beni. L'ulteriore aspetto del carattere complementare emerge considerando che la seconda previsione è volta ad assicurare l'eguaglianza nelle condizioni di concorrenza dei prodotti importati e di quelli similari nazionali, mentre la prima assicura la parità con riferimento ai prodotti similari provenienti da tutti gli Stati Membri OMC.

Specificamente, le misure interne di cui si occupa l'Articolo III sono di due tipologie: misure di natura fiscale, disciplinate dal paragrafo 2, e misure di natura normativa, oggetto del paragrafo 4. Mediante questa distinzione, viene ulteriormente chiarita la differenza dell'ambito applicativo del Trattamento Nazionale rispetto alla clausola MFN, regolata al primo Articolo dell'Accordo. Evidente è la maggiore circoscrizione dell'Articolo III, in ragione anche della specifica indicazione delle misure che sono considerate in quest'ultimo, rispetto all'ampiezza e genericità della previsione precedentemente esaminata. Inoltre, mentre il Trattamento Nazionale considera esclusivamente i prodotti importati all'interno di uno Stato Membro, le misure che sono oggetto della disciplina della clausola MFN si riferiscono anche all'esportazione di prodotti.

La maggiore precisione della previsione ora in analisi emerge anche dalla diversa disciplina dettata per le due tipologie di misure interne regolate, dedicando a ciascuna un paragrafo distinto. Ne è conseguita l'elaborazione di test parzialmente differenti per l'accertamento della conformità della

[955] WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 126; *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts (China – Auto Parts)*, WT/DS339, 340, 342/AB/R, Report of the Appellate Body, 15 December 2008, para. 162;

misura contestata, sebbene resti immutata la struttura dell'analisi, che ricalca quella elaborata dalla giurisprudenza nell'applicazione della clausola MFN.[956]

Considerando le misure di natura fiscale, il paragrafo 2 dell'Articolo III distingue ulteriormente in ragione del rapporto sussistente tra il prodotto nazionale e il prodotto importato. L'applicazione della prima parte della norma richiede la sussistenza di un rapporto di similarità, diversamente, la seconda parte considera la discriminazione mediante l'imposizione di misure di natura fiscale tra prodotti direttamente concorrenziali o sostituibili.[957]

Per quanto riguarda, invece, l'applicazione di misure normative, il rapporto tra i prodotti considerato ai fini dell'applicazione della norma è esclusivamente di similarità, non essendo previsto alcun riferimento alla natura concorrenziale o sostituibile del prodotto nazionale rispetto a quello importato.[958] La discriminazione di prodotti dell'ultima tipologia menzionata mediante l'applicazione di misure di tipo normativo, pertanto, non è vietata dal GATT. Conseguentemente, appare possibile affermare come la disciplina prevista dall'Accordo non sia diretta ad evitare qualsiasi genere di discriminazione basata sulla nazionalità del prodotto, bensì l'ambito di applicazione del divieto è soggetto ad alcune delimitazioni determinate in ragione della natura della misura, della sua tipologia e del rapporto sussistente tra i prodotti nazionali e quelli importati.

Le misure di natura fiscale sono indicate nel paragrafo 2 con l'espressione generica *"internal taxes or other internal charges of any kind"*, comprendendo potenzialmente un'ampia gamma di tipologie di tassazioni che possono essere adottate dai governi degli Stati Membri. Ad incrementare la genericità delle misure considerate dalla previsione è il riferimento all'applicazione sia diretta che indiretta delle medesime. Questa genericità, che spesso accompagna la formulazione delle previsioni negli Accordi, è espressione dell'esigenza di comprendere nell'ambito di applicazione misure e condotte che possono essere adottate da tutti gli Stati Membri dell'OMC. La diversità di questi ultimi determinata da differenti gradi di sviluppo, forme di governo, ordinamenti interni, richiede l'elaborazione di norme capaci di adattarsi alle peculiarità di ogni Stato, tutelando ciascuno di essi nel perseguimento delle finalità proprie del sistema multilaterale del commercio.

---

[956] WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 129, 137, 143; VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 351, 365, 376;

[957] GATT, Articolo III, paragrafo 2 e *Ad* Articolo III, paragrafo 2;

[958] GATT, Articolo III, paragrafo 4;

La qualificazione di una misura interna prescinde dalla sua definizione nello Stato Membro in cui è stata adottata, bensì è autonomamente effettuata ai fini dell'applicazione della norma in esame. Gli organi di risoluzione delle controversie OMC, infatti, hanno precisato come misure non definite tasse di per sé, ai sensi del paragrafo 2 possono risultare tali in quanto in grado di imporre un peso pecuniario e di creare *"a liability to pay money"*.[959]

Sono state considerate misure di natura fiscale ai fini dell'applicazione del paragrafo 2 dell'Articolo III GATT imposte sul valore aggiunto,[960] imposte sulle vendite,[961] accise.[962] Inoltre, sono stati ricondotti all'ambito di applicazione dell'Articolo III.2 anche gli adeguamenti fiscali alle frontiere.[963]

Al contrario, è stata esclusa la qualificazione ai sensi del paragrafo 2 di sanzioni pecuniarie per l'attuazione di leggi nazionali[964]e di imposte sul reddito in quanto, tra gli altri argomenti elaborati, non riferite al commercio di beni,[965] potendo essere entrambe ricondotte, invece, a misure di carattere normativo ai sensi del paragrafo 4. Sono state ritenute misure fiscali di applicazione indiretta, inoltre, le tassazioni imposte a materie prime utilizzate nel procedimento di realizzazione di altri prodotti.[966] La qualificazione della misura, infatti, è effettuata su base casistica, richiedendo l'analisi delle caratteristiche e delle circostanze del caso concreto.[967]

Sono considerate misure normative secondo la previsione dell'Articolo III.4 *"laws, regulations and requirements"*. Specificamente, la terminologia utilizzata dalla previsione, mediante l'espressione *"affecting"*, è stata interpretata nel senso di richiedere che le misure interne rilevanti ai fini

---

[959] *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather (Argentina – Hides and Leather)*, WT/DS155/R, Report of the Panel, 19 December 2000, para. 11.143;

[960] *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes form the Philippines (Thailand – Cigarettes (Philippines))*, WT/DS371/R, Report of the Panel, 15 November 2010, para. 7.412 e ss.;

[961] *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sales of Cigarettes (Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes)*, WT/DS302/R, Report of the Panel, 26 November 2004, para. 7.327 e ss.;

[962] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Panel Report, para. 6.11 e ss.; *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals (Canada – Periodicals)*, WT/DS31/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 June 1997, p. 20 e ss.;

[963] Working Party Report, "Border Tax Adjustments", L/3464, 20 November 1970;

[964] *United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco (US – Tobacco)*, GATT BISD DS44/R, Report of the Panel, adopted by the Council 4 October 1994, para. 80;

[965] *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (Article 21.5 – EC) (US – FSC)*, WT/DS108/RW, Report of the Panel, 20 August 2001, para. 8.145;

[966] *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/R, Report of the Panel, 7 October 2005, para. 8.152;

[967] *China – Auto Parts*, Appellate Body Report, para. 171, 194;

dell'applicazione della norma abbiano un effetto sulla vendita, l'offerta di vendita, l'acquisto, il trasporto, la distribuzione o l'utilizzo dei prodotti.[968] Ulteriormente, interpretando la norma alla luce dello scopo del Trattamento Nazionale, sono state ricondotte alla previsione in analisi anche quelle misure normative in grado di modificare le condizioni di concorrenza nel mercato di riferimento.[969]

Tuttavia, l'ampiezza degli scopi della misura interna indicati dalla previsione, nonché il generico riferimento a norme, regolamenti e requisiti, ha indotto la giurisprudenza a considerare riconducibili all'ambito della norma misure piuttosto diversificate. Sono state considerate misure normative ai sensi dell'Articolo III.4 GATT, ad esempio, requisiti interni relativi alla commercializzazione di sigarette importate,[970] normative disciplinanti i canali di distribuzione di quotidiani e periodici importati,[971] normative relative alla distribuzione di licenze per l'importazione di prodotti tra gli operatori all'interno del mercato di riferimento,[972] requisiti di contenuto locale rivolti agli operatori economici al fine dell'ottenimento di vantaggi interni.[973]

La definizione del rapporto di similarità tra il prodotto importato e quello nazionale, richiesta ai fini dell'applicazione sia della prima frase del paragrafo 2 che del successivo paragrafo 4, non è definita né all'interno della previsione, né altrove negli Accordi OMC. Come già esaminato nel capitolo precedente, la qualificazione del rapporto muta in ragione della norma che deve essere applicata, inoltre, la giurisprudenza uniforme adotta un approccio casistico ai fini dell'accertamento del rapporto, che porta con se un elemento di discrezionalità nella conduzione del giudizio.[974] È stato affermato come l'analisi del rapporto di similarità sia fondamentalmente una determinazione relativa alla natura e all'entità della relazione di concorrenza tra prodotti.[975]

---

[968] *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, Report of the Appellate Body, 9 September 1997, para. 220;

[969] *US – FSC (Article 21.5 – EC)*, Appellate Body Report, para. 210

[970] *Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes*, Panel Report, para. 7.170; *Thailand – Cigarettes (Philippines)*, Panel Report, para. 7.665;

[971] *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications and Audiovisual Products)*, WT/DS363/R, Report of the Panel, 12 August 2009, para. 7.1513;

[972] *EC – Bananas III*, Appellate Body Report, para. 211;

[973] *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (India – Solar Cells)*, WT/DS456/R, Report of the Panel, 24 February 2016, para. 7.88;

[974] *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 101;

[975] *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 99*; Philippines – Taxes on Distilled Spirits (Philippines – Distilled Spirits)*, WT/DS396, 403/AB/R, Report of the Appellate Body, 21 December 2011, para. 170;

Sebbene i criteri adottati per tale accertamento siano gli stessi, applicati altresì in relazione all'Articolo I GATT, il risultato a cui conducono può risultare diverso, anche in considerazione della differente finalità delle due previsioni. La volontà di evitare condotte protezionistiche nell'applicazione di misure interne di natura fiscale o normativa, infatti, è richiamata esplicitamente solo dal secondo paragrafo dell'articolo in esame, mentre il quarto non contiene alcun riferimento al principio generale sancito nel primo paragrafo, nondimeno deve ritenersi che tale principio informi l'interpretazione anche di quest'ultimo.[976]

Riprendendo la metafora espressa dall'organo di appello nel caso *Japan – Alcoholic Beverages II*, la fisarmonica della similarità si estende in modo differente nel paragrafo 4 rispetto al paragrafo 2 dell'Articolo III.[977] Ne è conseguita una diversa interpretazione del rapporto di similarità, ritenendo la definizione del prodotto similare contenuta nel paragrafo 4 più ampia di quella della prima frase del secondo paragrafo, ma più ristretta di quella determinata dalla combinazione di entrambe le frasi di quest'ultimo.[978] Ad ogni buon conto, a parere dell'AB, i due paragrafi, con riferimento a tale requisito, non possono essere ritenuti significativamente differenti, considerato anche che le tipologie di misure rispettivamente disciplinate sono spesso utilizzate per realizzare i medesimi obiettivi.[979]

Precisamente, il rapporto di similarità tra i prodotti è interpretato in modo molto restrittivo nella prima frase del paragrafo 2, in ragione della seconda frase della medesima previsione ove viene fatto riferimento ad un diverso tipo di rapporto tra i prodotti, identificato con l'espressione *"directly competitive or substituable"*. In particolare, i prodotti similari sono considerati un sottoinsieme di questi ultimi, mentre sono identificati direttamente concorrenti o sostituibili prodotti tra loro intercambiabili o che offrono modalità alternative per soddisfare un particolare bisogno o gusto.[980] Ai fini della determinazione di quest'ultimo rapporto sono valutate non solo la domanda e le preferenze attuali dei consumatori, ma anche quelle potenziali, mantenendo rilevanza primaria nell'analisi la considerazione dell'oggetto e dello scopo dell'Articolo III. I criteri considerati per

---

[976] Questa considerazione è analizzata in ROESSLER Frieder, "The Scope of Regulatory Autonomy of WTO Members under Article III.4 of the GATT: A Critical Analysis of the Jurisprudence of the WTO Appellate Body", Robert Schuman Center for Advance Studies, RSCAS Policy Paper 2015/4, European University Institute, 2015, p. 1, 3;

[977] *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 96;

[978] *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 95-99;

[979] Sul rapporto di similarità in modo approfondito si veda DIEBOLD, "Non-Discrimination in International Trade in Services", p. 104-117; della questione si occupa anche con riferimento al rapporto di diretta concorrenza e sostiuibilità CHOI, "Like Products in International Trade Law";

[980] *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 115-120;

l'accertamento di questo rapporto, parimenti effettuato su base casistica, ricalcano parzialmente quelli descritti per la verifica della similarità dei prodotti, ai quali si aggiunge l'esame dell'elasticità incrociata dei prezzi nel mercato di riferimento, nonché la possibilità di considerare anche la situazione dei medesimi beni in altri mercati.[981]

L'ulteriore elemento che differenzia l'analisi delle previsioni contenute nell'Articolo III GATT è diretto ad individuare la discriminazione sussistente tra il prodotto importato e il prodotto nazionale. Tale discriminazione è qualificata con l'utilizzo di tre terminologie diverse. Nella prima parte del secondo paragrafo della norma il Trattamento Nazionale è violato se la misura fiscale interna comporta una tassazione del prodotto importato eccedente (*"in excess of"*) rispetto a quella applicata al prodotto nazionale similare.[982] Diversamente, nella seconda parte del medesimo paragrafo si rimanda direttamente al principio generale, tuttavia lo specifico elemento che identifica la discriminazione, indicato nella nota aggiunta all'articolo, si riferisce ad una tassazione non similare (*"not similarly taxed"*) dei prodotti considerati nella previsione.[983] Infine, affinché non sia sussistente una violazione del principio di non discriminazione ai sensi del quarto paragrafo, al prodotto importato deve essere accordato un trattamento non meno favorevole (*"no less favourable"*) rispetto al prodotto nazionale.[984]

Apparentemente, pertanto, il principio di non discriminazione tra un prodotto importato e un prodotto nazionale riceve tre declinazioni diverse in ragione della misura interna considerata, nonché del rapporto sussistente tra i prodotti medesimi. Tuttavia, la domanda che sorge è se questa distinzione rimanga solamente sul piano della formulazione o trovi una corrispettiva differenziazione nell'applicazione concreta delle diverse previsioni.

Con riferimento alla prima formulazione del divieto di discriminazione è stato espressamente escluso che con essa sia sancito uno standard minimo: qualsiasi variazione in eccesso nella tassazione del prodotto importato rispetto al prodotto similare nazionale è idonea a costituire una violazione del

---

[981] *Philippines – Distilled Spirits*, Appellate Body Report, para. 198 e ss.; *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 137; un'analisi critica dei criteri adottati per l'accertamento dei rapporti disciplinati nell'art. III.2 si trova in HORN Henrik, MAVROIDIS Petros C., "Still Hazy after All These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination", European Journal of International Law, vol. 15, 2004, p. 39, a p.59-67;

[982] GATT, Articolo III.2, prima frase;

[983] GATT, *Ad* Articolo III, paragrafo 2;

[984] GATT, Articolo III.4;

Trattamento Nazionale.[985] Non rileva in alcun modo un eventuale bilanciamento del maggiore livello di tassazione del prodotto importato in alcune situazioni con un minor livello di tassazione del medesimo in altre, in quanto la violazione del Trattamento Nazionale viene accertata in considerazione di ogni importazione.[986]

Diversamente, affinché sia violata la seconda parte del secondo paragrafo è necessario che la variazione nella tassazione dei due prodotti considerati sia maggiore del minimo rilevato nella prima parte della norma.[987] Tuttavia quando una differenza nella tassazione superi o meno il requisito *de minimis* è determinato caso per caso, in relazione alla fattispecie concreta.[988]

Infine, ai sensi del paragrafo 4, non è sufficiente una qualsiasi differenza formale nel trattamento accordato al prodotto importato rispetto al prodotto similare nazionale affinché sia sussistente una violazione della norma.[989] L'analisi del requisito espresso in questa previsione appare ricalcare maggiormente quella elaborata nell'applicazione dell'Articolo I con riferimento al trattamento MFN. Infatti, la concessione del trattamento non meno favorevole è stata interpretata come l'attribuzione al prodotto importato di eguali opportunità di concorrenza rispetto al prodotto similare nazionale.[990] Pertanto, una violazione del trattamento nazionale, secondo questa previsione, è direttamente connessa all'adozione di misure normative che producono effetti pregiudizievoli, anche potenziali,[991] sulla concorrenza a danno del prodotto importato.

Analogamente alla prima parte del secondo paragrafo, con riferimento a questa previsione non è idoneo ad evitare l'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale ad opera della misura normativa nazionale un eventuale bilanciamento tra il trattamento meno favorevole accordato ad

---

[985] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 26-27; *Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, para. 11.245;

[986] *Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, para. 11.260;

[987] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 27; *Canada – Periodicals*, Appellate Body Report, para. 474;

[988] HORN, MAVROIDIS, "Still Hazy after All These Years", p.51;

[989] *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/R, Report of the Panel, 29 January 1996, para. 6.25;

[990] *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 100; *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Various Measures on Beef)*, WT/DS161, 169/AB/R Appellate Body Report, 11 December 2000, para. 137;

[991] *Thailand – Cigarettes (Philippines)*, Appellate Body Report, para. 135;

alcuni prodotti importati e un trattamento più favorevole di altri.[992] Anche nell'analisi del paragrafo 4, emerge la sufficienza della presenza di un impatto minimo della misura interna sulle condizioni di concorrenza affinché sia accertata la violazione dell'obbligo posto in capo allo Stato Membro che ha adottato la medesima,[993] purché sia sussistente un rapporto autentico tra la prima e l'effetto negativo sulle seconde.[994]

La presenza di eventuali giustificazioni legittime che hanno indotto lo Stato Membro ad adottare misure interne in violazione dell'obbligo di Trattamento Nazionale non ha alcuna rilevanza discriminante nell'accertamento della violazione stessa, salvo il caso in cui sia verificata la riconducibilità di tali giustificazioni ad una delle eccezioni disciplinate dall'Articolo XX GATT.[995] Qualora questa eventualità sia accertata viene meno la violazione dell'Articolo III GATT, parimenti a quanto affermato con riferimento all'analisi della clausola MFN.

La formulazione dei due paragrafi, pertanto, appare graduare in modo decrescente la discriminazione dei prodotti necessaria affinché si possa ritenere violata la clausola del Trattamento Nazionale. Mentre nel caso di misure fiscali è sufficiente che sia generata una qualsiasi variazione anche minima tra il prodotto importato e il prodotto nazionale similare affinché sia sussistente una discriminazione, qualora siano coinvolti prodotti che si trovano in un rapporto di diretta concorrenza o sostituibilità la modifica deve superare un livello minimo, non definito dalla norma, ma determinato in ragione del caso concreto dagli organi investiti della risoluzione della controversia. Infine, l'analisi condotta nell'applicazione del quarto paragrafo porta a ritenere che, sebbene sia sufficiente la presenza di un margine di distinzione tra il prodotto importato e quello nazionale similare anche minimale, una discriminazione mediante l'adozione di misure di carattere normativo richiede l'ulteriore

---

[992] *US – Gasoline*, para. 6.14, che riprende *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 (US – Section 337)*, GATT BISD L/6439-36S/345, Report by the Panel adopted on 7 November 1989, para. 5.14; *Thailand – Cigarettes (Philippines)*, Appellate Body Report, para. 139;

[993] *Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain (Canada – Wheat Exports and Grain Imports)*, WT/DS276/R, Report of the Panel, 6 April 2004, para. 6.190;

[994] Sintetizza l'interpretazione del paragrafo 4 dell'Articolo III GATT: *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC – Seal Products)*, WT/DS400, 401/AB/R, Report of the Appellate Body, 22 May 2014, para. 5.101;

[995] *Canada – Wheat Exports and Grain Imports*, Panel Report, para. 6.209 e ss.; HORN, MAVROIDIS, "Still Hazy after All These Years", p. 52, 55; per un'analisi critica della giurisprudenza OMC relativa al rapporto tra l'art. III e l'art. XX GATT con riferimento alle normative nazionali si veda ROESSLER, "The Scope of Regulatory Autonomy of WTO Members under Article III.4 of the GATT", p. 2 e ss.;

accertamento della produzione di un effetto negativo, anche meramente potenziale, sulle opportunità di concorrenza.

Nell'applicazione delle diverse disposizioni dell'Articolo III, la prova dell'attribuzione di un trattamento meno favorevole di prodotti importati rispetto al trattamento accordato a prodotti similari nazionali, talvolta, ha determinato la presunzione della riconducibilità di questa differenza alla nazionalità, con il conseguente venir meno dell'esigenza della prova di questo elemento. In questi casi, tuttavia, resta riconosciuta la possibilità per lo Stato convenuto di provare che il trattamento diverso è l'effetto secondario di una norma il cui fondamento non è costituito dall'origine nazionale del prodotto.[996]

I tre test che sono stati elaborati ai fini di accertare se la misura contestata costituisca una violazione del Trattamento Nazionale confermano questa distinzione. La conformità della misura fiscale interna con l'Articolo III.2 richiede, innanzitutto, di esaminare se la misura rientri tra quelle disciplinate, ossia sia una tassa interna o un'altra imposizione interna sul prodotto. In secondo luogo, deve essere accertata la sussistenza del rapporto di similarità tra il prodotto importato e quello nazionale. Infine, il primo deve essere tassato in eccesso rispetto al secondo. La presenza di un intento protezionistico non costituisce elemento autonomo dell'analisi, bensì è sufficiente a tal fine l'accertamento della presenza dei requisiti menzionati.[997]

L'analisi relativa alla seconda parte del paragrafo 2 ricalca quella appena illustrata con riferimento alla prima fase. In secondo luogo è richiesto l'accertamento del rapporto di diretta concorrenza o sostituibilità tra il prodotto importato e quello nazionale, seguito dalla verifica della diversa tassazione imposta che deve essere applicata al fine di proteggere la produzione nazionale. Questa parte della previsione richiede, pertanto, un accertamento esplicito della natura non neutrale della misura interna.[998] Ne deriva che una tassazione dissimilare di prodotti nazionali e prodotti importati direttamente concorrenti o sostituibili non solo è possibile, ma non costituisce neanche violazione del Trattamento Nazionale nel limite in cui non sussiste il menzionato elemento. A tale proposito,

---

[996] DIMASCIO, PAUWELY, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 84;

[997] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 28-29; *Argentina – Hides and Leather*, Panel Report, para. 11.137; per un'analisi di alcune pronunce che affrontano la questione si veda HORN, MAVROIDIS, "Still Hazy after All These Years", a p. 48-49;

[998] *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 28-29; *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages (Chile – Alcoholic Beverages)*, WT/DS87, 110/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 December 1999, para. 71; con riferimento a questo aspetto si veda anche HORN, MAVROIDIS, "Still Hazy after All These Years", p. 47-48;

l'organo di appello ha precisato come la verifica di questo aspetto non comporti un'indagine dell'intenzione del legislatore relativamente all'adozione della misura interna, bensì un'analisi della modalità con cui quest'ultima è applicata.[999] Si tratta, pertanto, di un aspetto di carattere oggettivo strettamente connesso all'operatività della misura e non di carattere soggettivo.

Infine, l'analisi condotta ai sensi del paragrafo 4 dell'Articolo III richiede, innanzitutto, la verifica che la misura contestata sia *"a law, regulation or requirement"*. In secondo luogo, deve essere sussistente il rapporto di similarità tra il prodotto importato e quello nazionale. Qualora siano integrati i primi due requisiti, la violazione sussiste se è accertato il trattamento meno favorevole del primo rispetto al secondo prodotto, comprensivo dell'indagine relativa all'effetto negativo sulle opportunità di concorrenza.[1000] Non è necessario in tal caso verificare la sussistenza dell'effetto protezionistico sulla produzione nazionale della misura interna.

Dall'analisi della disciplina del Trattamento Nazionale dettata nel GATT emerge come la declinazione del principio di non discriminazione tra prodotti nazionali e prodotti importati comporti la considerazione di diversi fattori che contribuiscono a delimitare la sua applicazione. Non appare, infatti, possibile affermare l'esistenza di una previsione uniforme volta ad evitare differenze di trattamento dei prodotti nel sistema multilaterale del commercio. Al contrario, l'analisi porta a confermare la natura di scatola vuota della clausola del Trattamento Nazionale, il cui contenuto sostanziale è determinato dalla combinazione di diversi elementi.[1001] Ogni singolo prodotto è tutelato da discriminazioni non in quanto tale, bensì in ragione del rapporto in cui si trova rispetto al prodotto nazionale,[1002] nonché della tipologia della misura interna che viene in rilievo nel caso concreto. Specificamente, se la misura nazionale che colpisce il prodotto importato non è qualificata come fiscale o normativa ai sensi delle previsioni dell'Articolo III, non è prevista alcuna tutela avverso la discriminazione. Parimenti, lo stesso indice che costituisce la discriminazione non è determinato in modo assoluto ed uguale a livello internazionale, bensì dipende dal trattamento interno che ricevono prodotti nazionali in relazione ai quali il prodotto importato si trova nel rapporto indicato dalla

---

[999] *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 149-150; la problematica attinente a questo aspetto viene evidenziata in HORN, MAVROIDIS, "Still Hazy after All These Years", p. 58-59;

[1000] VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 390-91;

[1001] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 148, sebbene l'affermazione sia effettuata con riferimento ai Trattati relativi agli investimenti, il suo carattere generale porta a considerarla estendibile anche al Trattamento Nazionale previsto nei Trattati che disciplinano il commercio;

[1002] FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1337;

previsione. Ne consegue che a parità di rapporto tra i prodotti, l'adozione di misure analoghe ad opera di Stati Membri diversi può integrare la violazione del Trattamento Nazionale in alcuni casi e non in altri, appunto in dipendenza del trattamento accordato al prodotto interno.

7.2.2 – Il Trattamento Nazionale negli arbitrati ICSID.

L'inserimento di clausole che prevedono il Trattamento Nazionale all'interno dei trattati relativi agli investimenti trova inizialmente la propria giustificazione nell'appoggio dei sostenitori della dottrina Clavo, sviluppata e diffusa tra gli Stati dell'America Latina.[1003] Tra gli altri corollari che ne discendono, questa dottrina sancisce in capo agli Stati ospitanti e nei confronti degli investimenti e degli investitori stranieri presenti all'interno del proprio territorio, il riconoscimento esclusivamente dei medesimi diritti e trattamenti previsti per gli investimenti e gli investitori nazionali.[1004] Gli Stati sostenitori di tale dottrina, in aperto contrasto con lo sviluppo e l'imposizione di standard minimi internazionali, contestavano l'attribuzione di uno statuto speciale agli stranieri che operavano all'interno del proprio territorio, che poteva risultare in un migliore trattamento ad essi garantito rispetto a quello attribuito ai propri nazionali. Mediante l'invocazione del Trattamento Nazionale, tali Stati, prevalentemente importatori di capitali, inoltre, miravano a garantire l'attuazione del proprio sistema giuridico quale corollario della sovranità territoriale.[1005]

Il Trattamento Nazionale, infatti, è diretto a garantire che gli investitori e gli investimenti stranieri siano trattati in modo non meno favorevole rispetto agli investitori e investimenti nazionali. Tuttavia, il corretto ambito di applicazione e l'esatta estensione del divieto di discriminazione dipendono dalla concreta formulazione della clausola all'interno dei Trattati,[1006] infatti appaiono valide anche in questo contesto le considerazioni svolte con riferimento alla clausola MFN, come approfondito in seguito.

[1003] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 66;

[1004] VINUESA, "National Treatment, Principle", para. 13-16;

[1005] Per un'approfondita analisi dello sviluppo storico del Trattamento Nazionale nell'ambito dei trattati sugli investimenti stranieri si veda WEILER, "The Interpretation of International Investment Law", p. 333 e ss.;

[1006] Questo aspetto è rilevato anche da SARZO Matteo, "The National Treatment Obligation", in GATTINI Andrea, TANZI Attila, FONTANELLI Filippo, "General Principles of Law and International Investment Arbitration", Koninklijke Brill, Leiden, 2018, p. 378, a p. 382;

Nell'ambito dei BIT il trattamento in analisi ha come ulteriore scopo quello di garantire l'eguaglianza delle opportunità di concorrenza tra l'investitore e l'investimento straniero e i corrispondenti nazionali, analogamente alla disciplina OMC.[1007] Infatti, il rapporto di concorrenza quale requisito al fine dell'applicazione del Trattamento Nazionale, mantiene la propria rilevanza anche nel contesto ora in esame. Specificamente, riprendendo l'espressione che sintetizza questo aspetto, il trattamento in questione mira a garantire "*equality before the law and equal administration of the law and equal protection of the law"*.[1008] Al fine della realizzazione di tale scopo, la garanzia si estende alle discriminazioni determinate dalla nazionalità siano esse *de jure* o *de facto*.

Nell'analisi del Trattamento Nazionale nelle controversie instaurate secondo il procedimento previsto dalla Convenzione ICSID la considerazione che appare immediata è una minore contestazione della sua violazione in comparazione con la notevole frequenza con cui l'Articolo III del GATT è invocato dinnanzi agli organi di risoluzione delle controversie OMC. Nondimeno, le controversie ICSID in cui viene esaminata la norma disciplinante il Trattamento Nazionale appaiono crescere negli ultimi decenni, in linea con l'esponenziale espansione del ricorso all'arbitrato disciplinato dalla Convenzione.[1009] L'ulteriore ragione di questa tendenza è individuabile anche nella maggiore diffusione della clausola che prevede il Trattamento Nazionale all'interno dei BIT, connessa all'innalzamento al di sopra degli standard minimi internazionali dei livelli di tutela degli investitori nazionali offerti dagli Stati importatori di capitali, prevalentemente in via di sviluppo, che induce anche gli Stati esportatori di capitali ad un atteggiamento favorevole verso l'inserimento della clausola nei Trattati negoziati bilateralmente.[1010] La previsione, infatti, viene inserita all'interno dei BIT quale completamento degli obiettivi di non discriminazione sanciti mediante il Trattamento della Nazione Maggiormente Favorita.

Tale complementarietà è rilevabile nella considerazione delle disposizioni dei BIT: il Trattamento Nazionale e quello della Nazione Maggiormente Favorita sono frequentemente disciplinati mediante la medesima disposizione. Le formulazioni utilizzate, contenenti le rispettive obbligazioni, variano nei singoli Trattati Bilaterali, tuttavia in linea generale sanciscono che ogni Stato parte garantisca agli

---

[1007] KURTZ, "The WTO and International Investment Law", p 85;

[1008] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 151;

[1009] BJORKLUND Andrea K., "National Treatment", in REINISCH August, "Standards of Investment Protection", Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 29, a p. 36;

[1010] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 67;

investimenti, agli investitori e alle attività ad essi associate un trattamento non meno favorevole di quello accordato in situazioni o circostanze similari agli investimenti, agli investitori e alle attività dei propri cittadini o di cittadini di qualsiasi Stato terzo.[1011] Mentre quest'ultimo richiamo agli Stati terzi identifica il trattamento MFN, il riferimento ai cittadini propri degli Stati parte è espressione del Trattamento Nazionale. Il requisito del trattamento *"no less favourable"* e il presupposto della sussistenza del rapporto di similarità, dettato attraverso l'espressione *"like situations"* o *"like circumstances"*, costituiscono, infatti, caratteri comuni nell'applicazione delle due clausole.[1012] In ragione di queste analogie, nonché delle contestuali formulazioni dei trattamenti MFN e Nazionale, molte delle considerazioni che sono state sviluppate nel precedente capitolo con riferimento alla disciplina degli investimenti stranieri possono essere richiamate anche nella presente analisi.

Il Trattamento Nazionale costituisce uno degli standard di trattamento che ha assunto maggiore rilevanza negli accordi che disciplinano gli investimenti internazionali.[1013] Introdotto come incentivo ad un'ampia e completa protezione degli investimenti e degli investitori, è inserito all'interno dei BIT quale strumento diretto a promuovere la circolazione di capitali tra gli Stati nell'ottica di favorire lo sviluppo economico, assicurando la protezione contro normative interne discriminatorie su base nazionale.[1014] L'obiettivo della negoziazione di accordi relativi agli investimenti stranieri, infatti, è quello di tutelare i singoli investimenti e investitori al fine di favorire la circolazione del capitale. Sebbene lo scopo finale che le parti mirano a realizzare con tali Trattati consista nell'accrescimento dello sviluppo economico di ciascuno Stato, parzialmente in analogia con il sistema multilaterale del commercio, la garanzia di non discriminazione in questo contesto è volta alla tutela dei singoli, investimenti o investitori, e non a favore della globalità degli Stati, alla quale invece è diretta l'intera disciplina OMC.[1015] La pronuncia del Tribunale ICISD nella controversia *Champion Trading v. Egypt*, è esemplare nel sottolineare questo aspetto, precisando come lo scopo del Trattamento Nazionale *"is to promote foreign investment and to guarantee the foreign investor that his investment*

[1011] *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (Parkerings v. Lithuania)*, ICSID Case n. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 367;

[1012] SACCO, FERNANDEZ-FONSECA, "National Treatment in Investment Arbitration", p. 239;

[1013] UNCTAD, "National Treatment", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, p.1;

[1014] VINUESA, "National Treatment, Principle", para. 69;

[1015] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 69;

will not because of his foreign nationality be accorded a treatment less favourable than that accorded to others in like situations".[1016]

Questa parziale distinzione nella determinazione dello scopo a cui il Trattamento Nazionale è diretto nei due diversi sistemi oggetto di analisi comporta un diverso approccio nell'accertamento della violazione della norma che lo disciplina. Nell'ambito della tutela degli investimenti internazionali, infatti, non assumono una rilevanza centrale le astratte opportunità di concorrenza, elemento fondamentale, invece, all'interno del sistema multilaterale del commercio in conformità all'obiettivo di liberalizzazione.[1017] Al contrario, il principio di non discriminazione nell'ambito degli investimenti è diretto a proteggere i singoli investitori da azioni in grado di incidere negativamente sull'eguaglianza delle condizioni di concorrenza.[1018] Infatti, di primaria importanza, affinché sia sussistente una violazione del trattamento, così come in linea generale degli standard previsti all'interno dei BIT, è la sussistenza di un danno nei confronti dell'investimento o dell'investitore. La configurazione di questo elemento non solo non è contemplata quale elemento dell'analisi diretta all'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale nelle diverse declinazioni previste dall'Articolo III GATT, ma non ha alcun rilievo nel sistema multilaterale del commercio OMC, ove il procedimento di risoluzione delle controversie non è tanto diretto a porre rimedio al danno eventualmente subito dagli Stati Membri in ragione delle violazioni commesse da altri, quanto piuttosto a ristabilire gli equilibri sanciti negli Accordi attraverso l'eliminazione o la modifica della misura con essi contrastante. Il rimedio ultimo garantito mediante il ricorso all'arbitrato in tema di investimenti, diversamente, consiste proprio nel risarcimento del danno subito dall'investitore in ragione della violazione subita.

L'oggetto del Trattamento Nazionale nell'ambito degli investimenti stranieri è costituito, a seconda della formulazione della previsione, dall'investimento, dall'investitore o da entrambi. Indipendentemente dal termine indicato, il trattamento in questione non si riferisce esclusivamente a determinate misure interne, bensì copre qualsiasi genere di condotta che può essere adottata dallo Stato ospitante in grado di incidere sull'oggetto della tutela. Diversamente dal sistema OMC, infatti, le clausole che definiscono il Trattamento Nazionale all'interno dei BIT non delimitano l'ambito di

---

[1016] *Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt (Champion Trading v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/02/9, Award, 27 October 2006, para. 126;

[1017] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 70;

[1018] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 188;

applicazione a determinate tipologie di misure interne, bensì contengono una formulazione ampia a generica, che può variare in relazione allo specifico accordo considerato. Ne deriva, pertanto, che la garanzia di non discriminazione nella tutela degli investimenti stranieri è potenzialmente più ampia e generica di quella prevista per i prodotti importati secondo la disciplina dettata dal GATT.

Le diverse modalità mediante le quali è formulato il Trattamento Nazionale all'interno dei BIT, invero, appaiono riconducibili a due tipologie: alcune previsioni contengono una specifica elencazione delle attività in relazione alle quali la non discriminazione è garantita;[1019] altre, invece, contengono un riferimento generico alle attività connesse all'investimento alla cui tutela è volto il trattamento.[1020]

Questa diversa formulazione da un lato comporta la considerazione, in apparenza scontata, che la violazione della clausola possa essere lamentata solo con riferimento ad un investimento o ad una attività ad esso relativa, o specificamente riconducibile ad una di quelle elencate, nel caso in cui la previsione rientri nella prima tipologia menzionata. Il secondo aspetto che emerge in questo contesto è riferito alla condotta interna dello Stato ospitante l'investimento: la violazione del trattamento nazionale richiede che il danno lamentato dall'investitore sia determinato da una condotta riconducibile allo Stato.

Pertanto, in riferimento alla prima questione, emerge nuovamente l'esigenza di qualificare l'operazione realizzata dal soggetto privato. Se costituisce un investimento e, parimenti, il soggetto può essere identificato come investitore, e, conseguentemente, se l'attività rientra tra quelle elencate, allora l'analisi può proseguire al fine di verificare la sussistenza della violazione. Viceversa, nel caso in cui questa qualifica non sia integrata, la contestazione fuoriesce dall'ambito di applicazione della norma e il soggetto privato non ha diritto alle tutele previste nel BIT.

Con riferimento a questo aspetto della formulazione della clausola, anche nel contesto del Trattamento Nazionale è ripresa la distinzione esaminata nel capitolo precedente relativa all'estensione temporale della garanzia. Infatti, il divieto di discriminazione dell'investitore o

---

[1019] Esempi di una formulazione di questo tipo sono il Canada Model BIT, 2004, art. 3 e US Model BIT, 2012, art. 3: il Trattamento Nazionale è garantito, in modo analogo nei due modelli, *"with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory"*;

[1020] Costituiscono esempi di questo genere il German Model BIT, 2008, art. 3 e French Model BIT, 2006, art. 4: l'indicazione in questi due casi è rispettivamente, nel primo modello *"as regards their activity in connection with investments"* e, nel secondo modello, *"with respect to their investments and activities related to the investments"*;

dell'investimento straniero, a seconda della formulazione della clausola nel BIT di riferimento, può essere esteso a comprendere il diritto di ingresso e di stabilimento all'interno dello Stato ospitante, applicandosi anche alle condizioni di accesso, conformemente al modello *pre-entry*. [1021] Tuttavia, nella maggior parte dei casi, l'obbligo di garantire il trattamento nazionale è previsto con riferimento ad una fase successiva all'ingresso dell'investimento nel territorio dello Stato, subordinando l'accesso al rispetto delle condizioni sancite dalla legge nazionale, secondo il modello *post-entry*.[1022] In questi casi, pertanto, le normative nazionali potranno prevedere condizioni differenti per l'investimento straniero rispetto a quello nazionale. Viene così delimitata l'estensione del divieto di discriminazione soltanto alla fase relativa all'operatività dell'investimento straniero, mentre la fase antecedente è sottratta alla disciplina prevista nel trattato internazionale e sottoposta alla normativa nazionale.

Analogamente, il corrispondente trattamento sancito all'interno del GATT è riferito esclusivamente alle norme interne, con esse escludendosi quelle applicabili in ragione dell'ingresso del prodotto nel territorio nazionale. Tale considerazione, tuttavia, non implica una delimitazione della garanzia di non discriminazione del prodotto importato rispetto a quello nazionale similare nella fase di ingresso nel territorio di uno Stato Membro, proprio in ragione della disciplina dei dazi doganali e delle barriere nazionali ad essi assimilabili contenuta negli Articoli I e II del medesimo accordo.

Il secondo aspetto menzionato, richiede propriamente una qualificazione della condotta interna dello Stato ospitante l'investimento. Se, da un lato, è indubbia l'accennata potenziale ampiezza delle condotte statali che possono costituire violazione del Trattamento Nazionale, dall'altro è comunque necessario che la medesima sia in grado di incidere sull'operazione condotta dall'investitore straniero. Tuttavia, l'accertamento di questo elemento non è considerato in modo autonomo dai Tribunali arbitrali, bensì appare implicito nell'analisi complessiva della norma e, in modo più specifico, riconducibile alle ulteriori fasi del procedimento, di seguito analizzate. Diversamente, nell'ambito del sistema OMC la qualificazione della misura contestata è fondamentale, innanzitutto per poter individuare la norma che disciplina la fattispecie concreta e, conseguentemente, ai fini dell'applicazione del test adeguato all'accertamento della violazione.

[1021] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 158; esempi di modelli *pre-entry* sono costituiti dal Canada Model BIT, 2004, art. 3; US Model BIT, 2012, art. 3;

[1022] Costituiscono esempi di una formulazione del Tattamento Nazionale secondo il modello post-entry: German Model BIT, 2008, art. 3.1; French Model BIT, 2006, art. 4.1; Dutch Model BIT, 2004, art. 3.2; Italy Model BIT, 2003, art. III.1; infine, anche il Modello Inglese rientra in questa categoria poiché l'elencazione delle attività in esso contenute non si estende a comprendere la fase di ingresso dell'investimento, UK Model BIT, 2008, art. 3;

L'aspetto evidenziato emerge distintamente dalla pronuncia del Tribunale ICSID nel già citato lodo *Champion Trading v. Egypt*. Dopo aver affermato che l'applicazione della clausola richiede l'esistenza di un investimento o di una attività ad esso connessa effettuato da un soggetto straniero nel territorio di uno Stato contraente, il collegio ritiene che il requisito del trattamento non meno favorevole tra un investimento straniero ed uno nazionale, richieda la determinazione *"whether the parties involved ... were in like situations, and then to compare the treatment being received by foreign investments with the treatment received by local investors ..."*.[1023] Nessuna menzione è esplicitamente effettuata alla riconducibilità del trattamento allo Stato, ma la considerazione appare ovvia nell'indicazione del secondo elemento.

Analogamente alla disciplina dettata nell'ambito del GATT, anche l'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale ad opera dei Tribunali degli investimenti richiede la sussistenza di un rapporto di similarità. Tuttavia, nel contesto degli investimenti internazionali i termini della comparazione sono individuati non tanto negli oggetti del trattamento, indentificati nel prodotto importato e in quello nazionale, bensì nelle situazioni o circostanze in ragione delle quali il trattamento viene accordato.

Inoltre, questo rapporto di similarità è un ulteriore elemento che accomuna la disciplina del Trattamento Nazionale anche nell'ambito degli investimenti, a quella prevista per la clausola MFN. Alcun riferimento nei BIT è effettuato alla sussistenza di rapporti di altro tipo, quali quelli di diretta concorrenza o sostituibilità previsti nella disciplina OMC, privi di rilevanza nell'ambito degli investimenti proprio in ragione del termine di paragone individuato. Non è idonea ad inficiare questa considerazione, la pronuncia del Tribunale ICSID relativa alla controversia *RFCC v. Morocco*, ove il collegio arbitrale ritiene che l'accertamento che deve essere condotto richieda la sussistenza di una relazione tra le situazioni non di similarità, bensì di identità (*"identique"*), identificando in questa la principale difficoltà nell'applicazione della norma.[1024] Tuttavia, la sussistenza di differenze oggettive porta il Tribunale a escludere la violazione del principio di non discriminazione, senza ulteriori approfondimenti relativi all'interpretazione del requisito menzionato.

[1023] *Champion Trading v. Egypt*, Award, para. 127-128; il medesimo schema dell'analisi è confermato anche dal Tribunale ICSID nella pronuncia relativa alla controversia *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (Bayindir v. Pakistan)*, ICSID Case n. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 389-390;

[1024] *Consortium RFCC v. Royaume Du Maroc (RFCC v. Morocco)*, ICSID Case n. ARB/00/6, Award, 22 December 2003, para. 53, 74-75;

In quanto espressione del principio di non discriminazione, parimenti alla clausola MFN, anche il Trattamento Nazionale non impedisce allo Stato l'adozione di misure che si sostanzino in differenti trattamenti. La clausola, infatti, è violata solo nel caso in cui siano trattate in modo dissimile situazioni analoghe,[1025] l'eventuale differenza delle medesime costituisce, infatti, elemento che determina la non applicabilità del divieto. L'assenza di una specifica indicazione della necessaria sussistenza del rapporto di similarità nella norma che prevede il Trattamento Nazionale all'interno dei BIT non può essere interpretata nel senso di escludere un accertamento del requisito ai fini della violazione della clausola.[1026] Invero, è connaturata al divieto di discriminazione la necessità della comparabilità delle situazioni e, pertanto, la sussistenza di un rapporto di similarità tra le medesime.[1027]

Una conferma di questa interpretazione è espressamente rilevabile nella decisione del Tribunale ICSID relativa alla controversia *Total v. Argentina*. Il collegio arbitrale, nell'approcciarsi ad accertare la presenza del trattamento discriminatorio lamentato dall'investitore privato, afferma *"in economic matters the criterion of "like situation" or "similarly-situated" is widely followed because it requires the existence of some competitive relation between those situations compared that should not be distorted by the State's intervention against the protected foreigner. This is inherent in the very definition of the term "discrimination" under general international law …"*.[1028]

L'individuazione del termine di paragone e l'indagine sulla sussistenza del rapporto di similarità costituiscono le questioni maggiormente complesse nell'accertamento della violazione. Molte delle controversie portate all'attenzione dei Tribunali ICSID in cui è stata affrontata la questione, infatti,

---

[1025] Nonostante la considerazione possa apparire evidente, l'aspetto è esplicitato nelle pronunce dei Tribunali arbitrali, ne costituisce esempio in ambito ICSID *Champion Trading v. Egypt*, Award, para. 130;

[1026] Ritiene, al contrario che la mancanza dell'indicazione dell'espressione *"like circumstances"* o *"like situations"* non richieda l'accertamento del rapporto di similarità, bensì denota un ambito di applicazione più ampio della clausola SARZO, "The National Treatment Obligation", p. 383;

[1027] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 161, in particolare l'opera richiama "Draft Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text", OECD, 22 April 1998, DAFFE/MAI(98)8/REV1, a p. 11, ove tale aspetto è espressamente menzionato: *"National treatment and MFN treatment are comparative terms. Some delegations believed that the terms for national treatment and MFN treatment implicitly provide the comparative context for determining whether a measure discriminates against foreign investors and their investments; they considered that the words "in like circumstances" were unnecessary and open to abuse. Other delegations believed that the comparative context should be spelled out and thus inclusion of the phrase "in like circumstances". Examples of the inclusion of a specific reference are found in the NTI, some BITs and NAFTA. Examples of no specific reference are found in some other BITS and the ECT"*;

[1028] *Total S.A. v. Argentine Republic (Total v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 210, il concetto viene poi ribadito nel para. 213;

si sono arrestate a questa fase dell'analisi in seguito alla verifica della non similarità delle situazioni, in ragione proprio della difficoltà dell'accertamento positivo di tale requisito.[1029]

La questione di maggiore interesse in questa fase dell'indagine, rilevata nella controversie relative agli investimenti, attiene alla possibilità di ricorrere ai criteri elaborati nell'ambito del commercio internazionale al fine di accertare la sussistenza del rapporto di similarità. Questa possibilità è stata espressamente negata nella pronuncia del Tribunale ICSID relativa alla controversia *Bayindir v. Pakistan*. Il collegio arbitrale è esplicito nell'affermare *"the national treatment clause in Article II(2) must be interpreted in a an autonomous manner independently from trade law considerations"*.[1030]

Nonostante l'esistenza di posizioni apertamente contrastanti conformi a quella menzionata,[1031] l'interrogativo che sorge attiene alla effettiva sussistenza di differenze nei criteri applicati dai Tribunali arbitrali ICSID nell'accertamento del rapporto di similarità rispetto a quelli elaborati dalla giurisprudenza OMC. Con riferimento ad alcuni di questi criteri la risposta appare propendere in senso negativo proprio in ragione della diversità dei termini di paragone rilevanti nei due sistemi, i prodotti nell'uno e le situazioni o circostanze nell'altro. È questo il caso delle caratteristiche fisiche e dell'utilizzo dei prodotti, del gusto e delle abitudini dei consumatori, nonché delle classificazioni tariffarie, sebbene non sia possibile escludere a priori l'eventuale utilità di tali criteri in relazione alla specificità del singolo caso concreto.

Tuttavia, ad una diversa conclusione si potrebbe giungere considerando il rapporto di concorrenza ai fini dell'accertamento del requisito di similarità.[1032] Infatti, non solo questo criterio appare adattarsi anche alla disciplina del Trattamento Nazionale nell'ambito degli investimenti, ma è stato anche preso in considerazione da alcuni collegi arbitrali con l'adozione di posizioni contrastanti relativamente alla

---

[1029] A titolo di esempio si vedano: *RFCC v. Morocco*, Award, para. 74-75; *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 400-411; *De Levi v. Perù*, Award, para. 395-404; la difficoltà della prova della sussistenza del rapporto emerge anche in *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (Urbaser v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, para. 1090-1101;

[1030] *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 389;

[1031] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 75;

[1032] HUERTA-GOLDMAN, "Cross-cutting Observations on National Treatment", a p. 266; BJORKLUND, "National Treatment", p. 39;

sua rilevanza ai fini del rapporto di similarità.[1033] Nondimeno, si rilevano anche alcune pronunce ICSID in cui l'elemento viene preso in considerazione in questa fase dell'analisi.

Sebbene non venga esplicitamente menzionata la sussistenza di una relazione di concorrenza, la considerazione svolta dal Tribunale ICSID nel caso *Champion Trading v. Egypt*, sembra confermare la rilevanza di tale elemento. L'analisi svolta dal collegio è incentrata proprio sulla considerazione di elementi diretti a verificare la configurabilità di un rapporto di concorrenza tra l'investitore straniero e l'operatore nazionale. È proprio la mancanza di questi ultimi che determina la conclusione della non similarità delle situazioni. Infatti, il Tribunale afferma *"although both kinds of companies operate in the same industry and are subject to same kind of rules, there is significant difference between a company which opts to buy cotton from the Collection Centers at fixed prices and a company which opts to trade on the free market, whether or not the company is privately-owned or State-owned or whether the company is national or foreign"*.[1034]

Sono riconducibili all'identificazione di un rapporto di concorrenza anche i criteri utilizzati dal Tribunale ICSID nella pronuncia *De Levi v. Perù*. Il settore di operatività dell'attività e il fatto di essere regolamentata da un ente comune sono considerati quali elementi idonei all'accertamento del rapporto. Quest'ultimo viene dal collegio arbitrale ulteriormente approfondito, considerando le differenze sussistenti in ragione della specifica attività condotta all'interno del settore individuato e, in particolare, del segmento di mercato in cui l'investitore opera che determina l'eventuale sussistenza di un rapporto di concorrenza.[1035] Anche nella già citata pronuncia relativa alla controversia *Total v. Argentina*, viene sottolineata la rilevanza dell'accertamento di un rapporto di concorrenza al fine della sussistenza del requisito della similarità delle situazioni.[1036]

L'analisi del settore economico o di operatività dell'attività condotta costituisce un criterio frequentemente utilizzato in generale nelle pronunce dei Tribunali arbitrali relativi agli investimenti con riferimento all'accertamento del rapporto di similarità e il cui ricorso è conformemente rilevabile

---

[1033] Per un'analisi comparativa delle pronunce arbitrali in cui emerge la considerazione del rapporto di concorrenza nell'accertamento della similarità e le conseguenti differenti posizioni si veda, tra gli altri, KURTZ, "The WTO and International Investment Law", pp. 95-108;

[1034] *Champion Trading v. Egypt*, Award, para. 154;

[1035] *De Levi v. Perù*, Award, para. 396;

[1036] *Total v. Argentina*, Decision on Liability, para. 210;

anche nelle pronunce ICSID.[1037] La coincidenza del settore in cui gli investimenti sono effettuati, infatti, determina l'esistenza di una relazione di concorrenza tra l'operatore straniero e quello nazionale.

Tuttavia, non è possibile far coincidere l'accertamento del rapporto di similarità esclusivamente con la verifica della sussistenza di una relazione di concorrenza, bensì è opportuna una considerazione più ampia dell'intera situazione concreta.[1038] Infatti, il positivo accertamento della seconda relazione non determina automaticamente la sussistenza del requisito sancito dalla norma.

Altri criteri che sono stati presi in considerazione dai Tribunali ICSID al fine di accertare il rapporto di similarità sono costituiti dai termini delle relazioni contrattuali accordate dallo Stato rispettivamente all'investitore straniero e ad investitori nazionali,[1039] dall'ampiezza e importanza dell'operazione condotta,[1040] da considerazioni di natura sociale o di politica pubblica.[1041] In un'altra pronuncia, il Tribunale ICSID ritiene che la similarità delle circostanze debba essere materiale, in particolare l'operatore nazionale deve essere in possesso delle stesse o similari approvazioni e deve condurre la stessa o una similare condotta materiale dell'investitore straniero.[1042]

Alla luce delle pronunce ICSID esaminate, non appare possibile escludere a priori la rilevanza dei criteri elaborati in seno alla giurisprudenza OMC nell'ambito dell'analisi relativa al Trattamento Nazionale negli investimenti, sebbene il ricorso ad alcuni di essi non emerga nei lodi arbitrali pubblicati.[1043] Giustifica questa considerazione anche l'assenza di una definizione di investimento

---

[1037] *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada (S. D. Myers v. Canada)*, NAFTA, Partial Award, 13 November 2000, para. 250;

[1038] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Invesetment Treaties", p. 164-165; DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 72; DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 200; questo aspetto è espressamente sottolineato nella considerazione di Ronald Cass relativamente alla controversia *United Parcel Services of America Inc. v. Canada (UPS v. Canada)*, ICSID Case n. UNCT/02/1, Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, Award on Merits, 24 May 2007, para. 16; una considerazione delle circostanze del caso concreto nella determinazione del rapporto è rilevabile, ad esempio, nel lodo ICSID *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 402-411;

[1039] *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 403-411;

[1040] *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala (RDC v. Guatemala)*, ICSID Case n. ARB/07/23, Award, 29 June 2012, para. 153;

[1041] *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1097;

[1042] *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Homan (Al Tamimi v. Oman)*, ICSID Case n. ARB/11/33, Award, 3 November 2015, para. 463;

[1043] La possibile rilevanza dei criteri elaborati dalla giurisprudenza OMC nell'ambito degli investimenti internazionali è afferamata anche in NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 173;

secondo la Convenzione ICSID con la conseguente riconducibilità a tale concetto di un'ampia gamma di operazioni. La diversità di queste ultime, di volta in volta portate all'attenzione dei Tribunali arbitrali, ha condotto all'elaborazione di criteri differenti nell'accertamento del rapporto di similarità, in ragione delle esigenze del caso concreto. L'approccio casistico, affermato dalla giurisprudenza OMC con riferimento al requisito in analisi, invero, è rilevabile anche nell'ambito delle pronunce dei Tribunali ICSID.[1044]

L'essenza del Trattamento Nazionale quale espressione del principio di non discriminazione emerge specificamente nell'analisi successiva all'accertamento del rapporto di similarità, diretta ad indagare la condotta posta in essere dallo Stato ospitante l'investimento. In particolare, una discriminazione sussiste nel caso in cui lo Stato accordi un trattamento differente all'investitore straniero rispetto a quello previsto per l'investitore nazionale, a danno del primo.

Tale requisito del trattamento in analisi presenta una diversa formulazione in relazione al BIT considerato. Nella maggior parte dei casi la norma che disciplina il Trattamento Nazionale richiede l'attribuzione agli investitori o investimenti stranieri di un trattamento *"no less favourable"*[1045] oppure proibisce il trattamento *"less favourable"*.[1046] Tuttavia, possono essere utilizzate anche espressioni quali *"same treatment"* o *"treatment as favourable as"*, sebbene meno frequenti.[1047] Questa seconda tipologia di formulazione della clausola richiede un standard maggiormente rigoroso di uguaglianza tra gli investitori stranieri e quelli nazionali, non ammettendo neanche discriminazioni al contrario mediante l'attribuzione di un trattamento preferenziale ai primi. Diversamente, le prime formulazioni citate lasciano aperta la possibilità di trattamenti nazionali maggiormente favorevoli per gli investitori stranieri rispetto a quelli nazionali.[1048] È questo il caso in cui lo Stato ospitante l'investimento accordi ai propri nazionali in situazioni similari agli investitori stranieri un trattamento di livello inferiore allo standard minimo internazionale.

[1044] A favore di un approccio casistico all'accertamento del rapporto di similarità nella disciplina del Trattamento Nazionale propende anche il documento elaborato dall'UNCTAD, "National Treatment", p. 33;

[1045] US Model BIT, 2012, art. 3; Canada Model BIT, 2004, art. 3; French Model BIT, 2006, art. 4; Dutch Model BIT, 2004, art. 3.2; Italy Model BIT, 2003, art. III.1;

[1046] UK Model BIT, 2008, art. 3; German Model BIT, 2008, art. 3.2;

[1047] UNCTAD, "National Treatment", p. 35;

[1048] DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 198;

Secondo il Tribunale ICSID, nel lodo *Siemens v. Argentina*, mediante la previsione del BIT che disciplina il Trattamento Nazionale, ciascuna parte contraente assume l'obbligo di trattare i cittadini dell'altra parte contraente in modo non meno favorevole al trattamento accordato ai propri investitori. Ai fini della determinazione della discriminazione, il collegio individua come elemento di primaria rilevanza l'impatto della misura adottata dallo Stato sull'investimento.[1049]

Il fulcro dell'analisi, invero, è costituito del risultato concreto realizzato dal trattamento. A differenza del sistema OMC, ove la misura contestata è analizzata indipendentemente dell'esito prodotto che può essere anche solo potenziale, nelle controversie portate all'attenzione dei Tribunali ICSID rileva l'effetto della condotta dello Stato sull'investimento o sull'investitore.[1050] Si tratta, pertanto, di una valutazione diretta ad indagare la situazione concreta realizzata, a nulla rilevando risultati o effetti meramente potenziali.

Questo aspetto dell'analisi è chiaramente espresso nel lodo ICSID del caso *Al Tamini v. Oman*, ove il Tribunale arbitrale al fine dell'accertamento di una violazione del Trattamento Nazionale previsto nell'accordo tra Stati Uniti e Oman, formulato mediante l'espressione *"treatment no less favourable"*, richiede la prova di una disparità di trattamento. Specificamente, l'investitore *"must show that the treatment he and his investment received differed materially and substantially from that received by other domestic Omani investors or their investments"*.[1051] Sebbene sia rilevabile implicitamente nella statuizione riportata, il collegio afferma espressamente l'esigenza che la differenza di trattamento accertata sia riconducibile alla nazionalità dell'investitore.

L'esigenza della prova materiale o sostanziale della discriminazione e, conseguentemente, del danno sofferto dall'investitore straniero è un elemento trasversale delle pronunce ICSID dirette all'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale.[1052] Il trattamento accordato all'investitore straniero risulta essere più o meno favorevole in ragione dell'attribuzione di vantaggi o dell'imposizione di pesi.

[1049] *Siemens A.G. v. The Argentine Republic (Siemens v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para. 320-321;

[1050] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 182; DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 70;

[1051] *Al Tamimi v. Oman*, Award, para. 457-458, 467;

[1052] Si veda *Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova (Arif v. Moldova)*, ICSID Case n. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, para. 509; *De Levi v. Perù*, Award, para. 401; *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1088; *Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine (Alpha Projektholding v. Ukraine)*, ICSID Case n. ARB/07/16, Award, 8 November 2010, para. 426;

Pertanto, il significato dell'espressione *"less favourable treatment"* risulta strettamente ancorato al dato oggettivo della discriminazione tra investitore nazionale e investitore straniero effettivamente generata dalla condotta statale, configurabile sia come azione che come omissione data la generica formulazione della clausola con riferimento a quest'ultimo aspetto. Riprendendo la pronuncia del Tribunale ICSID relativa alla controversia *Alpha Projektholding v. Ukraine,* che riassume e conferma questa connessione, *"in order to prove a national treatment violation, it is necessary first and foremost to establish that a government action or inaction has discriminated between domestic and foreign investors, i.e., that it has accorded "less favourable" treatment to foreign as opposed to domestic investors."*[1053]

Questa configurazione del requisito fulcro della non discriminazione determina, ulteriormente, l'indubbia possibilità che la violazione del Trattamento Nazionale possa essere determinata sia mediante misure interne che esplicitamente discriminano tra investitori nazionali e investitori stranieri, sia tramite condotte statali non apertamente discriminatorie ma che realizzano tale effetto in ragione della modalità con cui sono applicate, secondo la distinzione tra discriminazioni *de jure* e *de facto*.[1054]

Sebbene questa declinazione del principio di non discriminazione sia prevista anche nell'ambito del commercio multilaterale, la necessità di fornire la prova concreta della discriminazione porta ad un restringimento del Trattamento Nazionale negli investimenti rispetto alla sua interpretazione e applicazione nell'OMC. Infatti, differenze meramente formali o tecniche possono non risultare in un concreto trattamento meno favorevole, con la conseguenza che l'astratta possibilità che le stesse realizzino una discriminazione non determina una violazione della clausola nell'ambito della controversie ICSID, diversamente può comportare una pronuncia di non conformità della misura interna che le prevede con l'Articolo III GATT.

Le condotte nazionali in relazione alle quali è stata lamentata una violazione del Trattamento Nazionale portata all'attenzione dei Tribunali ICSID sono molto varie e differenti tra loro. La contestazione dell'attuazione di misure interne dirette a fronteggiare crisi dell'industria del cotone,[1055]

[1053] *Alpha Projektholding v. Ukraine*, Award, para. 426;

[1054] *Alpha Projektholding v. Ukraine*, Award, para. 426;

[1055] *Champion Trading v. Egypt*, Award;

di procedure di gara e pratiche amministrative,[1056] di misure di intervento statale su banche in dissesto,[1057] di condotte statali adottate in conseguenza del presunto inadempimento a normative interne[1058] sono solo alcuni degli esempi che testimoniano la menzionata eterogeneità.

La sussistenza di un intento protezionistico o discriminatorio nella condotta dello Stato ospitante l'investimento non è necessaria né sufficiente ai fini della violazione del Trattamento Nazionale.[1059] L'analisi di questo trattamento, infatti, è di carattere oggettivo,[1060] analogamente all'approccio adottato nel sistema OMC. Un eventuale intento protezionistico, pertanto, deve essere accompagnato dalla presenza degli ulteriori requisiti del rapporto di similarità e del trattamento meno favorevole affinché la condotta contestata sia contrastante con la clausola in analisi.[1061]

Di particolare rilevanza a tale proposito, sebbene si tratti di una controversia sorta dall'applicazione del NAFTA sottoposta al Tribunale ICSID in base alle *Additional Facilities*, è la decisione relativa al caso *Corn Products v. Mexico*. Il Tribunale sottolinea come, anche se l'intento di discriminare non sia stato mostrato, il fatto che gli effetti sfavorevoli dell'imposta interna siano percepiti esclusivamente da produttori e fornitori di sciroppo di fruttosio (HFCS), di proprietà straniera, a beneficio dei produttori di zucchero, la cui maggioranza è di proprietà di cittadini messicani, è sufficiente a dimostrare il requisito del trattamento meno favorevole.[1062]

Diversa è, invece, la questione attinente alla presenza di giustificazioni come elemento che determina il venir meno della violazione del Trattamento Nazionale, specificamente presa in considerazione in alcune pronunce. A questo proposito, una distinzione preliminare si rende necessaria: in alcune

---

[1056] *Bayindir v. Pakistan*, Award;

[1057] *De Levi v. Perù*, Award;

[1058] *Al Tamimi v. Oman*, Award.

[1059] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 174; *S. D. Myers v. Canada*, Partial Award, 13 November 2000, para. 254; tra le pronunce dei Tribunali ICSID si veda *Siemens v. Argentina*, Award, para. 321;

[1060] È esplicito nell'affermare il carattere oggettivo il Tribunale ICSID nella pronuncia relative alla controversia *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 390, il quale nell'enunciare tale concetto, oltre a fare riferimento alla norma che prevede il Trattamento Nazionale all'interno del BIT applicabile, richiama la pronuncia del caso *Marvin Feldman v. Mexico (Feldman v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 183;

[1061] DIMASCIO, PAUWELY, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 77; sostiene, al contrario, l'esigenza di accertare l'intento protezionistico dello Stato nell'adozione della misura contestata ai fini della violazione del Trattamento Nazionale KURTZ, "The WTO and International Investment Law", pp. 126-134;

[1062] *Corn Products International Inc. v. The United Mexican States (Corn Products v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008, para. 138;

controversie l'analisi della presenza di giustificazioni espressamente condotta dal Tribunale ICSID è riconducibile alla formulazione della clausola in analisi nel BIT di riferimento; in altri casi, invece, la considerazione effettuata non è connessa ad una espressa menzione nella norma applicabile.

In particolare, alla prima categoria è riconducile la pronuncia del Tribunale ICSID della controversia *Urbaser v. Argentina*. Il principio di non discriminazione nella formulazione contenuta nel BIT tra Argentina e Spagna è violato se, in presenza degli altri requisiti esaminati, la misura discriminatoria non è giustificata da sufficienti ragioni.[1063] Pur riconoscendo la difficoltà di definire il concetto di misure ingiustificate, il collegio arbitrale sottolinea come tale previsione comporti una restrizione della protezione accordata solo con riferimento a discriminazioni determinate dall'adozione da parte dello Stato di misure non giustificate. Tuttavia, questo concetto viene ampliato dal Tribunale ritendendo che la giustificazione richiesta non debba necessariamente essere di natura legale, ma possa essere costituita da motivi di altro tipo, quale l'equità o la buona fede. In particolare vengono rigettati gli argomenti dell'attore che connetteva la sussistenza di giustificazioni della misura alla compatibilità della stessa con le aspettative dell'investitore privato.[1064]

Alla seconda categoria è, invece, riconducibile il lodo ICSID relativo alla controversia *Alpha Projektholding v. Ukraine*. Sebbene il Trattamento Nazionale previsto dal BIT applicabile alla controversia non contempli un esame delle ragioni quali giustificazione della condotta nazionale discriminatoria, il Tribunale arbitrale ne prende in considerazione l'eventuale presenza. In particolare, con l'affermazione "*the government's motives in taking the action giving rise to the dispute may have had a legitimate objective, but … the method adopted by the government in achieving that objective was inconsistent with its obligations under the treaty"*, gli arbitri sembrano negare la possibilità che giusitificazioni legittime escludano una violazione del trattamento.[1065]

L'indagine circa la sussistenza di ragioni legittime e non protezionistiche che giustificano differenze di trattamento costituirebbe l'ultima fase dell'analisi relativa al Trattamento Nazionale,[1066] con la conseguenza che l'eventuale accertamento delle stesse sarebbe in grado di determinare il venir meno

---

[1063] *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1088-1089;

[1064] *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1102-1108;

[1065] *Alpha Projektholding v. Ukraine*, Award, para. 427;

[1066] DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 199, 202; SACCO, FERNANDEZ-FONSECA, "National Treatment in Investment Arbitration", p. 246-247;

del carattere discriminatorio della misura nazionale.[1067] Poiché l'obiettivo della clausola è di proteggere da discriminazioni fondate sulla nazionalità, affinché una giustificazione possa essere considerata legittima non deve essere connessa in alcun modo alla nazionalità dell'investitore o dell'investimento.[1068]

Secondo una tesi, questa indagine richiederebbe anche una valutazione dello scopo normativo della norma, aspetto che viene considerato fondamentale, in particolare anche nella fase dell'analisi attinente all'individuazione del termine di paragone e all'accertamento della similarità delle circostanze.[1069] Tuttavia, una valutazione dello scopo normativo in questa prima fase non solo appare complicare ulteriormente un'analisi già critica, ma comporta anche l'inserimento di un elemento soggettivo che contrasta con la struttura oggettiva dell'approccio adottato dai Tribunali ICSID nell'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale. Inoltre, se lo scopo normativo non è oggettivato nella norma, si rischia il verificarsi di una eccessiva intrusione del giudice internazionale in un ambito strettamente connesso alla sovranità statale. Infatti, se ciò che rileva ai fini della configurabilità di una violazione della clausola è l'effetto discriminatorio prodotto, si finirebbe per negare un dato oggettivo in ragione della sussistenza di una volontà non discriminatoria del legislatore nazionale.[1070] Altra è, invece, la conclusione qualora l'indagine sia diretta a verificare la presenza di ragioni legittime e non protezionistiche che giustificano differenze di trattamento, poiché in questo caso non è negata la sussistenza di una discriminazione, bensì si accerta la presenza di ragioni legittime non fondate sulla nazionalità dell'investimento o dell'investitore. La stessa opinione richiamata, tuttavia, riconosce la mancanza di una chiara e uniforme giurisprudenza relativa all'aspetto menzionato.

[1067] DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 72; nelle pronunce del Tribunali ICISD analizzate, questo elemento non viene preso in considerazione di frequente, questa carenza è comprensibile se si considera che le analisi del Trattamento Nazionale spesso si fermano alternativamente alla prima fase, in seguito alla verifica della non similarità delle circostanze, oppure alla seconda fase con l'affermazione della mancanza della prova dell'effettiva differenza di trattamento;

[1068] SACCO, FERNANDEZ-FONSECA, "National Treatment in Investment Arbitration", p. 259;

[1069] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 176; SACCO, FERNANDEZ-FONSECA, "National Treatment in Investment Arbitration", p. 254;

[1070] È conforme a questa considerazione la pronuncia del Tribunale ICSID nella controversia *Corn Products v. Mexico*, Decision on Responsibility, para. 142: *"discrimination does not cease to be discrimination, nor to attract the international liability stemming therefrom, because it is undertaken to achieve a laudable goal or because the achievement of that goal can be described as necessary"*;

Differente è, invece, il caso in cui i BIT prevedano eccezioni agli standard disciplinati al loro interno, che costituiscono il frutto di negoziazioni connesse alla volontà degli Stati di mantenere la possibilità di adottare misure nazionali dirette all'attuazione di politiche interne e per il perseguimento di determinati interessi e obiettivi.[1071] Ne consegue che, analogamente agli Accordi OMC, anche nell'ambito degli investimenti, la realizzazione di obiettivi legittimi nazionali che determinano discriminazioni tra gli investitori o gli investimenti stranieri e quelli nazionali può non costituire violazione del Trattamento Nazionale nella misura in cui la condotta statale rientra nell'ambito di applicazione di norme eccezionali previste dagli Stati all'interno dei Trattati.[1072] Le eccezioni formulate nell'Articolo XX GATT e nell'ambito dei BIT possono, inoltre, essere coincidenti, in ragione della trasversalità degli interessi e obiettivi che gli Stati mirano a tutelare e perseguire nel settore degli investimenti e in quello del commercio internazionale mediante la loro previsione.

Concludendo, la struttura dell'analisi del Trattamento Nazionale nell'ambito degli investimenti internazionali richiede, innanzitutto, la sussistenza di un investimento e la riconducibilità dell'operazione realizzata a quelle previste dalla specifica norma del BIT che disciplina la clausola, sia con riferimento al dato temporale, sia per quanto attiene alla sua considerazione sostanziale. La fase in cui si sviluppa l'accertamento della conformità della condotta statale al trattamento in esame, comporta, successivamente, l'analisi della similarità delle situazioni o circostanze. Se la verifica si conclude con esito positivo, la seconda parte dell'analisi richiede l'indagine relativa al trattamento accordato all'investitore o all'investimento straniero, rispetto a quello previsto per i corrispettivi nazionali. Qualora sia accertata una differenza di trattamento a danno del primo soggetto, in alcuni casi è stata esclusa la violazione del Trattamento Nazionale allorché sia presente una ragione legittima che giustifica la discriminazione. Si tratta di un'ulteriore fase dell'analisi che, tuttavia, non è uniformemente condivisa nell'ambito delle pronunce relative a controversie sugli investimenti stranieri.

La struttura complessiva dell'analisi del Trattamento Nazionale nell'ambito degli investimenti, pertanto, ricalca parzialmente quella elaborata nell'applicazione dell'Articolo III GATT. Tuttavia,

---

[1071] UNCTAD, "National Treatment", p. 43;

[1072] NEWCOMBE, PARADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 190 sottolinea come le eccezioni che vengono spesso formulate siano riferite a particolari settori strategici per lo Stato contraente dal punto di vista sociale, politico o economico, quali l'energia, la difesa nazionale o specifici ambiti dell'industria interna; si veda a tale proposito anche UNCTAD, "National Treatment", p. 43-50 ove sono considerate le varie tipologie di eccezioni inserite nei trattati relativi agli investimenti;

una differenza considerevole è rilevabile: la sussistenza di ragioni legittime che giustificano il trattamento discriminatorio non ha alcuna rilevanza ai fini del venir meno della violazione nel sistema OMC, nel limite in cui non sia integrata una delle eccezioni previste dagli Accordi. Diversamente nelle pronunce dei Tribunali ICSID la presenza di giustificazioni è stata presa in considerazione quale elemento il cui accertamento può determinare il venir meno della violazione, sebbene con l'adozione di interpretazioni non uniformi.

7.2.3 – Considerazioni.

L'analisi complessiva delle norme che disciplinano il Trattamento Nazionale, nonché delle decisioni degli organi giudicanti relativamente a controversie in cui ne è stata lamentata la violazione conduce ad alcune riflessioni. In primo luogo, l'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale come interpretato dai Tribunali ICSID, e in generale nel settore degli investimenti, appare complessivamente più rigoroso rispetto all'analisi svolta nel sistema OMC.[1073] Nell'ambito del primo, infatti, risulta più difficile il superamento di tutte le fasi dell'analisi e la complessiva dimostrazione della violazione; diversamente, nel secondo sistema la positiva conclusione del procedimento risulta più frequente. Questa considerazione può trovare una conferma sia nella diversa costruzione del rapporto di similarità, sia in ragione della prova dell'effettiva discriminazione richiesta nell'ambito degli investimenti, con la conseguente necessità che la condotta nazionale contestata produca effetti concreti. Al contrario, nell'ambito del commercio multilaterale è sufficiente una discriminazione astratta affinché si possa considerare violata la clausola. Ne deriva che la tutela offerta con la previsione del Trattamento Nazionale avverso discriminazioni appare risultare più ampia nell'ambito del commercio rispetto al settore degli investimenti: nel primo è, infatti, sufficiente una discriminazione meramente potenziale ai fini della violazione della previsione, mentre nel secondo questa eventualità non ha alcuna rilevanza.

Il secondo ordine di riflessioni che possono emergere dall'indagine svolta induce ad individuare la ragione della differenza nella maggiore facilità con cui può essere attuata una discriminazione su base nazionale nell'ambito del commercio rispetto al verificarsi della medesima situazione nel settore degli investimenti internazionali. Questa possibilità potrebbe essere ricondotta alla presenza di criteri maggiormente uniformi che consentono di accertare il rapporto di similarità, nonché

[1073] Alla medesima conclusione giunge SARZO, "The National Treatment Obligation", p. 384;

all'individuazione più immediata dell'effetto potenzialmente discriminatorio che la misura interna adottata dallo Stato produce sul prodotto importato, nell'ambito del commercio. Diversamente, non è rilevabile alcuna uniformità nei criteri adottati dai Tribunali degli investimenti in generale, è specificamente negli arbitrati ICSID, ai fini dell'accertamento della similarità delle situazioni. Secondariamente, emerge una certa difficoltà a rilevare e provare la diversità di trattamento subita dall'investitore straniero rispetto a quello nazionale, anche in ragione dell'ampiezza e genericità delle condotte con cui si concretizza, spesso generate da una misura specificamente adottata con riferimento al singolo investitore. La definizione di misure interne di natura fiscale o normativa, oggetto della disciplina OMC, induce a ritenere una maggiore portata nell'applicazione delle stesse, dirette a colpire non tanto una specifica e singola situazione concreta, ma dotate di applicazione generale. Infatti, l'analisi della violazione della norma del GATT richiede la considerazione più ampia del prodotto nel mercato di riferimento. Al contrario, negli arbitrati ICSID oggetto della considerazione è il singolo e specifico investimento o investitore straniero.[1074] Questa differenza è, inoltre, riconducibile anche alla diversità dei soggetti legittimati a stare in giudizio secondo i due meccanismi di risoluzione delle controversie: gli Stati secondo il DSU, mentre un soggetto privato ed un'entità statale in base alla Convenzione ICSID. Alla luce dell'analisi svolta, tuttavia, non appare possibile escludere la coincidenza della misura nazionale che potrebbe integrare una violazione del Trattamento Nazionale in entrambi i sistemi esaminati, al contrario, situazioni di questo tipo possono concretamente verificarsi. Un esempio è costituito dalle controversie instaurate secondo il meccanismo previsto dal DSU tra Stati Uniti e Messico,[1075] da un lato, e investitori statunitensi avverso il medesimo Stato sulla base delle previsioni contenute nel NAFTA,[1076] dall'altro, ove in entrambi i procedimenti veniva contestata la violazione del Trattamento Nazionale ad opera della medesima misura normativa adottata dal governo messicano.

[1074] Ritiene, al contrario, sia maggiormente adatta, anche ai fini dell'applicazione del Trattamento Nazionale nell'ambito degli arbitrati sugli investimenti, la considerazione del gruppo e non limitata al singolo nell'accertamento del requisito del trattamento meno favorevole KURTZ, "The WTO and International Investment Law", p. 116-121;

[1075] *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, Panel Report e Appellate Body Report; *Mexico – Anti-Dumping Investigation on High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Products)*, WT/DS132, Report of the Panel, 28 January 2000, Report of the Panel (Art. 21.5), 22 June 2001, Report of the Appellate Body (Art. 21.5), 22 October 2001;

[1076] *Corn Products International Inc. v. The United Mexican States (Corn Products v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United American States (ADM v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007;

Non necessariamente questi due ordini di considerazioni devono ritenersi alternativi. Infatti, è ben possibile che la seconda menzionata sia riconducibile alla diversa ampiezza del Trattamento Nazionale.

Lo sviluppo di una giurisprudenza uniforme, inoltre, è sicuramente un elemento che contribuisce non solo all'elaborazione di uno schema e di criteri maggiormente chiari e definiti, ma fornisce anche maggiore certezza nella decisione della controversia. L'assenza di questo elemento e la natura *ad hoc* dei Tribunali ICSID comporta l'esigenza per gli arbitri investiti della questione concreta di individuare, di volta in volta e in ragione delle peculiarità dei casi concreti della cui risoluzione sono investiti, i criteri per l'accertamento della violazione, prendendo in considerazione la specifica formulazione della clausola all'interno del BIT applicabile. Sebbene, con riferimento al Trattamento Nazionale sia rilevabile una maggiore omogeneità nella formulazione rispetto ad altri standard,[1077] un'analisi casistica si rende necessaria in questo contesto anche nell'approccio alla stessa norma, questione che invece non è rilevabile nell'ambito OMC in ragione del carattere multilaterale e accentrato del sistema. Infatti, a fronte di una diversificazione delle formulazioni delle clausole che disciplinano il Trattamento Nazionale all'interno dei BIT, è presente un'unica norma applicabile con riferimento alle misure interne in seno al GATT.[1078]

La possibilità di influenze tra i due sistemi nell'analisi del Trattamento Nazionale è rilevabile, ma appare unilaterale e non reciproca. Infatti, è stata evidenziata nel corso della trattazione la considerazione ad opera dei Tribunali arbitrali dei criteri elaborati dalla giurisprudenza OMC, in particolare con riferimento all'accertamento del rapporto di similarità, diversamente non sono emersi esempi della situazione inversa.

Sebbene in entrambi i sistemi il Trattamento Nazionale sia diretto ad accertare la sussistenza di discriminazioni determinate dalla nazionalità, non sempre di quest'ultimo elemento né richiesta la prova. Infatti, sia nell'analisi svolta nell'applicazione dell'Articolo III GATT che in quella delle corrispondenti previsioni all'interno dei BIT, il cuore dell'accertamento del carattere discriminatorio della misura contestata ruota attorno all'esame del rapporto di similarità e del differente trattamento previsto per l'elemento straniero rispetto a quello nazionale. La specifica indagine circa l'effettiva

---

[1077] DOLZER, SCHREUER, p. 199;

[1078] Questa considerazione è rilevata anche in HUERTA-GOLDMAN, "Cross-cutting Observations on National Treatment", a p. 264;

riconducibilità di questa differenza esclusivamente alla nazionalità non viene espressamente presa in considerazione in alcuno dei due sistemi, bensì viene rilevata, si potrebbe ritenere quasi implicitamente, mediante il positivo accertamento degli altri requisiti dell'indagine.

L'analisi complessiva porta a rilevare la presenza di un nucleo comune ai due sistemi del Trattamento Nazionale. La parziale coincidenza dello scopo che la previsione è diretta a realizzare nell'ambito degli investimenti e in quello del commercio multilaterale, nonché la struttura dell'analisi sviluppata nelle diverse fasi, facilitano l'individuazione di tale nucleo. La possibile coincidenza della misura nazionale contestata, la sussistenza del rapporto di similarità e l'esigenza di un differente trattamento tra l'elemento straniero e quello nazionale, invero, sono elementi comuni ad entrambi i sistemi. Parimenti, sia nel GATT che all'interno di alcuni BIT sono previste eccezioni all'applicazione del trattamento, alcune delle quali coincidenti, determinate dalla volontà degli Stati di perseguire obiettivi e tutelare interessi nazionali trasversali ai due ambiti.

Concludendo, il Trattamento Nazionale sia nell'ambito del commercio che degli investimenti internazionali è volto all'eliminazione di discriminazioni determinate dalla nazionalità, con conseguente elaborazione a tal fine di indagini quanto più possibile oggettive, evitando l'intrusione degli organi giudicanti in ambiti strettamente connessi alla sovranità statale. Tuttavia, l'elemento della nazionalità non appare esplicitamente e specificamente considerato quale autonoma fase dell'analisi, bensì è ricondotto all'accertamento degli altri requisiti esaminati. Nondimeno, alla luce della sempre crescente diffusione della previsione esaminata all'interno dei BIT, nonché della sua complementarietà con la clausola MFN, anche nell'ambito delle controversie sottoposte ai Tribunali ICSID, non sembra possibile negare l'esistenza di un complessivo principio di non discriminazione in base alla nazionalità nella disciplina degli investimenti internazionali, sebbene la sua declinazione mediante il Trattamento Nazionale non abbia ancora assunto una configurazione chiara e uniforme.

CONCLUSIONI

Il sistema di risoluzione delle controversie previsto all'interno dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, disciplinato nel DSU, e l'arbitrato relativo agli investimenti regolato dalla Convenzione ICSID costituiscono due procedimenti di carattere internazionale inseriti all'interno di settori diversi, ma tra loro complementari. In epoca moderna il commercio internazionale e gli investimenti, infatti, non possono essere considerati come due ambiti tra loro indipendenti, totalmente autonomi ed impermeabili ad influssi esterni.

L'analisi condotta degli aspetti procedurali e di alcuni principi sostanziali ha portato ad evidenziare non solo le caratteristiche proprie di ciascun sistema tali da differenziarlo e renderlo unico nel contesto internazionale, ma anche di punti di contatto ed interconnessioni che consentono di delineare e qualificare il rapporto sussistente tra gli stessi.

La possibile coincidenza della misura che può costituire l'oggetto dei procedimenti OMC e di arbitrati ICSID, infatti, costituisce il punto di partenza nell'individuazione del rapporto sussistente tra i due meccanismi di risoluzione delle controversie. L'ampiezza delle misure potenziali oggetto di procedimenti OMC, così come definite all'interno del DSU secondo la tripartizione analizzata, trova un corrispettivo nella mancanza della definizione del concetto di investimento all'interno della Convenzione ICSID. Invero, la libertà di qualificare un'operazione come investimento prevista e delimitata in quest'ultima Convenzione, da un lato, e l'estesa competenza del DSB affiancata alla notevole quantità di accordi disciplinanti i vari settori del commercio che rientrano nella giurisdizione di quest'ultimo, dall'altro, costituiscono un elemento di intersezione dei due sistemi. Non solo un investimento che rientra nella giurisdizione ICSID può essere riconducibile ad uno dei settori regolamentati dagli Accordi OMC, ma anche misure non conformi a questi ultimi possono integrare violazioni di BIT o di contratti di investimento.

Lo sviluppo dell'analisi ha indotto ad effettuare una preliminare distinzione che permea l'indagine dei procedimenti: se da un lato, la fondamentale considerazione dello scopo cui ciascuno dei due sistemi è diretto, sancito nei rispettivi preamboli, consente l'individuazione di analogie rilevanti,

dall'altro lato, l'esame dei soggetti che possono prendere parte ai procedimenti comporta l'emergere di una differenza non solo apprezzabile con riferimento a ciascuno degli aspetti considerati, ma che incide anche sull'organizzazione e sul funzionamento complessivo dei meccanismi di risoluzione delle controversie.

Nell'individuazione degli scopi che sono dirette a realizzare rispettivamente l'Organizzazione Mondiale del Commercio e la Convenzione ICSID, un ruolo fondamentale è svolto dai Preamboli. Il loro esame porta ad individuare delle affinità con riferimento sia ai settori in cui i due sistemi si prefiggono di operare, a conferma della interconnessione dei medesimi, sia propriamente all'obiettivo finale. La comune ambizione di promuovere lo sviluppo economico, infatti, si differenzia nella declinazione che viene sviluppata in ciascun sistema: mentre l'OMC si preoccupa del commercio in generale, la Convenzione ICSID disciplina questo obiettivo nella considerazione della sua dipendenza dagli investimenti internazionali privati. Nel primo sistema la volontà di creare e mantenere un clima positivo per lo sviluppo delle relazioni commerciali viene concepito come strumento per l'innalzamento degli standard di vita, la piena occupazione, l'aumento del volume del reddito, nonché l'espansione della produzione e del commercio dei beni e dei servizi. Diversamente, la seconda si inserisce nel contesto diretto alla predisposizione di meccanismi di tutela dell'investitore privato, al fine di favorire la circolazione di capitali tra gli Stati consentendo lo sviluppo economico. In entrambi i settori, tuttavia, la necessità di una cooperazione internazionale costituisce un aspetto fondamentale che concorre alla realizzazione del comune scopo sancito.

L'esigenza a cui sono diretti a rispondere specificamente i meccanismi di risoluzione delle controversie disciplinati in ciascun sistema si inquadra nel generale scopo esaminato, ma assumendo connotazioni differenti. La volontà di assicurare una risoluzione della controversia non solo positiva, ma anche il più possibile condivisa dalle parti e coerente con il sistema costituisce elemento caratterizzante l'intero procedimento disciplinato dal DSU. La finalità complessiva perseguita, infatti, è di consentire la prosecuzione delle relazioni nella permanenza di un clima favorevole agli scambi commerciali e di reciproca fiducia tra i membri dell'Organizzazione, garantendo sicurezza e prevedibilità al sistema multilaterale. Diversamente, la Convenzione ICSID, con la creazione di un Tribunale arbitrale, è diretta alla predisposizione di un meccanismo di risoluzione della controversia mediante l'analisi e l'applicazione delle norme violate, primariamente al fine di accertare e porre rimedio al danno subito dall'investitore privato ed evitando che l'autore tragga profitto dalla violazione commessa. In questo contesto non assume rilevanza alcuna l'esigenza di consentire la

prosecuzione del rapporto tra le parti, in ragione del venir meno della reciproca fiducia tra le stesse determinata dalla violazione lamentata.

Questa differenza è strettamente correlata alla diversità dei soggetti che possono prendere parte ai procedimenti disciplinati, che, necessariamente, influenza le modalità di risoluzione della controversia con riferimento alle forze che vengono in gioco. Specificamente, il carattere stato-centrico del meccanismo predisposto dal DSU comporta l'assunzione di una connotazione politica che permea l'intero procedimento, dalla volontà dello Stato di promuoverne l'istaurazione alla effettiva esecuzione della decisione pronunciata in esito al procedimento. Al contrario, la volontà di depoliticizzare la controversia rappresenta un elemento costitutivo del sistema predisposto dalla Convenzione ICSID. Invero, la creazione di un foro neutrale che consente il diretto ricorso degli investitori privati contro gli Stati ospitanti, permette di allontanare la controversia dall'ingresso di forze politiche e diplomatiche in grado di influenzarne la risoluzione.

La considerazione dello scopo alla cui realizzazione ciascuno dei due sistemi è diretto e la rilevanza della distinzione tra le parti e, conseguentemente, delle forze che vengono poste in campo, costituiscono non solo il punto di partenza dell'analisi dei differenti aspetti considerati, ma influenzano anche lo svolgimento dei procedimenti oggetto di esame, nonché il loro esito complessivo.

Nella diversa disciplina dettata dai due sistemi con riferimento alla legge applicabile, un punto di contatto emerso nell'analisi condotta è costituito dal ruolo svolto dal diritto internazionale. Sebbene non espressamente previsto e dibattuto nell'ambito delle controversie in seno all'OMC, la considerazione della natura statale delle parti della controversia contribuisce a propendere a favore dell'applicabilità delle norme di diritto internazionale. Nonostante la natura privata di una parte della controversia, nel contesto degli arbitrati ICSID questa possibilità è espressamente prevista e disciplinata dalla stessa Convenzione, mentre l'oggetto del dibattito si sposta sul ruolo che il diritto internazionale è chiamato a svolgere. Il possibile ricorso alla medesima fonte di diritto ai fini della risoluzione delle controversie secondo la disciplina dettata dal DSU e ad opera dei Tribunali ICSID può costituire elemento di convergenza nelle decisioni rispettivamente pronunciate. Parimenti, anche la possibilità e l'effettivo ricorso a precedenti pronunce di organismi internazionali diversi, ammesso nel sistema ICSID mentre difficilmente accettato nell'OMC, appare configurabile quale strumento che consentirebbe di incrementare la coerenza complessiva.

L'elemento politico che caratterizza l'intero meccanismo disciplinato dal DSU emerge sin dal momento della decisione dello Stato di instaurare il procedimento. La mancanza di riconoscimento di effetti diretti all'intera normativa OMC con la conseguente esclusione degli individui dalla sfera dei destinatari diretti, non comporta tuttavia l'assoluta assenza di questi ultimi dal procedimento disciplinato. Invero, appare configurabile un ruolo, sebbene indiretto, dei privati operatori del commercio i quali possono fungere da impulso e guida celata dello Stato nella risoluzione della controversia. A questo elemento politico interno, se ne aggiunge uno di esterno determinato dalla natura e tipologia dei rapporti sussistenti tra gli Stati nel contesto internazionale, che incidono necessariamente sulle scelte operate da ciascuno di essi nel corso dell'intero procedimento. Queste valutazioni politiche, assenti nella maggior parte delle fasi dell'arbitrato ICSID, possono tuttavia riemergere qualora si renda necessario l'intervento dello Stato di nazionalità dell'investitore in ragione della mancata esecuzione del lodo che ne costituisce l'esito. Infatti, nel prevedere la possibilità di un ingresso di quest'ultimo Stato nella fase di esecuzione, la disciplina dettata dalla Convenzione ICSID comporta il reinserimento di valutazioni di carattere politico volutamente escluse nelle fasi antecedenti. Appare emergere, specificamente, come anche nell'ambito degli investimenti sia qualificabile un ruolo dello Stato di nazionalità dell'investitore privato ai fini dell'ottenimento di una completa ed effettiva tutela a favore di quest'ultimo soggetto. Tale ruolo, che avvicina i due meccanismi di risoluzione delle controversie oggetto di esame e imprescindibile nell'ambito del procedimento OMC, è qualificabile nella disciplina dettata dalla Convenzione ICSID non tanto in termini di necessità, bensì di conveniente opportunità.

Nella fase relativa all'esecuzione della decisione, invero, è rilevabile in entrambi i sistemi un'esigenza di collaborazione dello Stato che ha commesso la violazione. L'effettiva esecuzione della decisione e la completa soddisfazione della parte vincitrice, in ultima analisi, dipendono dalla volontà dello Stato soccombente. In entrambi i sistemi sono assenti meccanismi coercitivi rivolti direttamente all'ottenimento di quanto dovuto in ragione della pronuncia emessa, bensì si rende indispensabile una volontaria attuazione della condotta sancita nella decisione. La possibilità di sospendere le concessioni e l'attuazione di misure ritorsive previste dal DSU, infatti, costituiscono strumenti meramente indiretti, volti ad esercitare pressioni nei confronti dello Stato violatore affinché si conformi agli obblighi internazionali. Parallelamente, sebbene il lodo ICSID nella maggior parte dei casi venga spontaneamente eseguito, la sua assimilazione alla sentenza definitiva interna a fini esecutivi, non costituisce nella pratica garanzia della sua attuazione concreta. Un ulteriore ostacolo che potrebbe frapporsi alla effettiva esecuzione della decisione ICSID è costituito, inoltre,

dall'immunità dei beni statali dalla medesima. Parimenti, spontaneamente eseguite sono nella maggior parte dei casi anche le decisioni OMC, tuttavia nella pratica l'attuazione delle stesse dipende da valutazioni operate dallo Stato soccombente, il quale può ritenere maggiormente conveniente mantenere in vigore la violazione accertata per un lasso di tempo e subire le conseguenze di tale scelta, piuttosto che dare esecuzione alla decisione. Invero, si rileva altresì nell'autonomia attribuita allo Stato soccombente in questa fase del procedimento in entrambi i meccanismi considerati, l'esigenza di evitare una eccesiva interferenza con la sfera della sovranità nazionale.

Nonostante la terminologia utilizzata dalle disposizioni, la natura vincolante delle decisioni è sancita in entrambi i sistemi, specificamente, in modo espresso all'articolo 53 della Convenzione ICSID, mentre ricavata in via interpretativa dalla lettura del DSU. A fronte di una espressa disciplina della natura e degli effetti che derivano dal lodo arbitrale pronunciato dai Tribunali ICSID, non è presente alcuna norma che sancisca gli effetti prodotti da una raccomandazione degli organi del sistema OMC. Inoltre, mentre il lodo ICSID è in grado di produrre effetti nei confronti di tutti gli Stati contraenti, indipendentemente dal loro essere parti o meno anche del procedimento in esito al quale è stato pronunciato, il report del Panel o dell'AB non produce alcun effetto nei confronti degli Stati che non hanno preso parte alla controversia. Tale distinzione è conforme al contenuto stesso della decisione pronunciata: accertata la difformità della misura contestata con gli Accordi OMC, l'esigenza che emerge è quella di eliminare il contrasto mediante la riconduzione della condotta statale in conformità agli obblighi OMC, secondo lo scopo stesso dell'intero sistema; diversamente, la violazione dei trattati o dei contratti relativi agli investimenti determina, nella maggior parte dei casi e in conformità alla richiesta delle parti, la pronuncia diretta a riparare nella maggior misura possibile l'illecito commesso, principalmente mediante obbligazioni risarcitorie di natura pecuniaria.

Il carattere limitato al futuro del rimedio disciplinato dal DSU e la riparazione integrale del danno cagionato dall'illecito commesso, esito dei procedimenti arbitrali ICSID, costituiscono un ulteriore elemento che induce a qualificare come complementari i due sistemi.

Anche la composizione degli organi diretti alla risoluzione della controversia nell'ambito OMC presenta elementi che lasciano permanere la configurabilità del carattere politico, al contrario, totalmente assenti nell'ambito ICSID. Il procedimento di nomina dei componenti dell'Organo di Appello, nonché il meccanismo di adozione delle decisioni mediante il c.d. *negative consenus* ad opera del DSB, costituiscono esempi della permanenza del carattere menzionato. Diversamente, l'influenza che possono esercitare gli Stati contraenti nel procedimento di nomina dei componenti dei

Comitati d'annullamento *ad hoc* dell'ICSID è piuttosto limitata e, parimenti, l'adozione delle decisioni non è dipendente in alcun modo da manifestazioni di volontà delle parti della controversia né degli altri Stati, ma rimessa totalmente allo stesso organo chiamato a pronunciarsi sulla questione.

L'esame svolto con riferimento agli aspetti procedurali e all'applicazione dei principi di natura sostanziale considerati, ha condotto ad attribuire un ruolo rilevante allo sviluppo di una giurisprudenza costante. Questo aspetto è strettamente connesso a due elementi procedurali: la formazione degli organi deputati alla risoluzione delle controversie, nonché la presenza di meccanismi di revisione della decisione adottata dall'organo investito in via primaria della decisione. Invero, è emerso come lo sviluppo di una prassi giurisprudenziale incida nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi esaminati.

In entrambi i procedimenti oggetto di esame, l'organo investito in via primaria è nominato appositamente per la risoluzione della specifica controversia insorta, mediante la scelta dei suoi componenti ad opera delle parti. Il carattere *ad hoc*, mantenuto nella composizione dell'organo investito della richiesta di annullamento secondo la Convenzione ICSID, costituisce un elemento che ostacola la creazione di una giurisprudenza conforme e coerente nell'ambito dei lodi arbitrali. Invero, nell'indubbia mancanza di un obbligo di rispettare il precedente, il carattere *ad hoc* dei Tribunali arbitrali e dei Comitati di annullamento ha comportato lo sviluppo di interpretazioni differenti con riferimento a questioni analoghe insorte nell'ambito delle controversie relative agli investimenti, in grado di minare la prevedibilità della decisione e, conseguentemente, di incidere sulla definizione e applicazione di principi sostanziali. Al contrario, il carattere permanente dell'Organo di Appello del sistema OMC contribuisce non solo a favorire la creazione di una giurisprudenza e lo sviluppo del diritto OMC, ma anche a garantire l'uniformità e quindi la prevedibilità delle decisioni.

La distinzione da ultimo menzionata è riconducibile anche alla diversità degli istituti dell'appello e dell'annullamento disciplinati rispettivamente dal DSU e dalla Convenzione ICSID. La differente funzione che ciascuno di essi svolge, infatti, costituisce elemento che incide non solo sulla risoluzione della controversia e sulla possibilità di favorire la creazione di una giurisprudenza, ma è anche conforme al sistema complessivamente disciplinato. Mentre la possibilità di proporre appello avverso le decisioni pronunciate dai Panels OMC è diretta a costituire garanzia della correttezza sostanziale della pronuncia di primo grado, l'istituto dell'annullamento regolato dalla Convenzione ICSID è volto ad assicurare l'integrità del procedimento decisorio, conformemente alla disciplina meramente procedurale dettata da quest'ultima, escludendo totalmente la possibilità di un riesame nel merito

della decisione impugnata. In secondo luogo, a fronte della potenziale ampiezza dei motivi che giustificano l'appello secondo il procedimento OMC, si configura la necessaria limitatezza delle ragioni che consentono l'impugnazione del lodo ICSID. Infine, in ragione della natura dei rispettivi istituti, mentre l'AB ha il potere di sostituire la propria decisione nel merito a quella impugnata, ai Comitati *ad hoc* è consentita esclusivamente la demolizione della *res judicata*, senza possibilità di crearne una nuova. Questa distinzione costituisce un ulteriore elemento che induce non tanto a rilevare una contrapposizione dei due sistemi, quanto a confermare la loro natura complementare.

Il ruolo giocato dalla configurabilità di una linea giurisprudenziale chiara è emerso in modo evidente nell'analisi comparata di alcuni principi sostanziali, incidendo nella delineazione e interpretazione concreta di questi ultimi. Senza dubbio, la presenza o assenza di una normativa sostanziale che disciplina il principio considerato condiziona ulteriormente l'applicazione concreta del medesimo, comportando inoltre, nel secondo caso, l'esigenza della sua preliminare ricostruzione. La maggiore frammentazione nell'interpretazione e applicazione dei principi sostanziali ad opera dei Tribunali ICSID è, invero, sicuramente riconducibile anche alla disciplina meramente procedurale dettata dalla Convenzione di Washington e alla conseguente esigenza di ricercare la presenza dei primi all'interno degli strumenti che regolano gli investimenti internazionali, in primo luogo i BIT. La molteplicità di questi ultimi, assieme alla loro natura prevalentemente bilaterale, comporta la possibilità di una diversificazione dei principi che possono assumere, pertanto, sfumature differenti. Questa eventualità non solo è esclusa nell'ambito dell'OMC in ragione del carattere multilaterale degli Accordi, che dettano una regolamentazione univoca e uniforme dei principi, ma risulterebbe anche contrastante con la *ratio* di liberalizzazione del commercio e l'esigenza di garantire certezza e prevedibilità al sistema multilaterale.

Queste considerazioni risultano apprezzabili chiaramente nell'esame del principio di proporzionalità. Sebbene quest'ultimo permei interamente la disciplina sostanziale del commercio multilaterale non risulta menzionato in alcuna norma degli Accordi OMC, ma ricavato in via interpretativa dall'analisi di alcune disposizioni e applicato espressamente o implicitamente nelle pronunce degli organi del DSU. Considerazioni analoghe sono rilevate con riferimento al medesimo principio anche nell'ambito degli arbitrati ICSID. Invero, negli investimenti internazionali, il principio non riceve disciplina espressa. Nondimeno, nei due sistemi considerati, sono individuabili dei settori tra loro corrispondenti nei quali viene operato il ricorso all'analisi proporzionale, mediante modalità di applicazione tra loro comparabili, nonché sviluppato attraverso fasi sovrapponibili.

Lo scopo che ciascun principio sostanziale esaminato è diretto a realizzare appare conforme nei due sistemi, sebbene riceva declinazioni diverse. Tuttavia, tale corrispondenza non costituisce garanzia di una applicazione analoga del medesimo principio ad opera degli organi del DSU e degli arbitri ICSID. La diversa formulazione contenuta rispettivamente negli Accordi OMC e nei BIT, in particolare con riferimento alla clausola della Nazione Maggiormente Favorita e al Trattamento Nazionale esaminati, determina infatti differenti approcci ed interpretazioni nella risoluzione delle controversie. Inoltre, alcune delle problematiche che si sono sviluppate nelle pronunce dei Tribunali ICSID non trovano un corrispondente nei procedimenti dinnanzi agli organi disciplinati dal DSU. Ciononostante, l'esigenza di garantire una tutela avverso discriminazioni sia esterne che interne allo Stato non solo è rilevata e disciplinata in entrambi i sistemi, ma anche i test elaborati ai fini dell'applicazione delle clausole da ultimo menzionate in seno ai Panels OMC appaiono corrispondere agli interrogativi affrontati dai Tribunali ICSID. L'esito a cui i due procedimenti possono condurre nella considerazione della medesima situazione, nondimeno, può essere divergente in ragione della diversa rigorosità nell'applicazione del principio rilevante, generalmente maggiore nell'ambito degli arbitrati ICSID.

Tale maggiore rigorosità nell'applicazione dei principi sostanziali appare, in parte, rapportabile alla valutazione dell'ambito di applicazione della misura contestata. Mentre nel commercio multilaterale la violazione viene accertata mediante la considerazione ampia del mercato di riferimento, nel settore degli investimenti ciò che rileva è il singolo e specifico investimento o investitore straniero, con la conseguenza che risulta più facile l'accertamento di una condotta contrastante con il principio rilevante nel primo caso rispetto al secondo. Tale distinzione, senza dubbio, è riconducibile anche alla diversità di soggetti legittimati a stare in giudizio, nel permanere della possibile coincidenza della misura nazionale che può integrare una violazione del principio in entrambi i sistemi esaminati.

L'esigenza di salvaguardare la sovranità statale, mediante la previsione di eccezioni e riserve ai fini di tutelare interessi pubblici nazionali di primario rilievo, rappresenta un elemento che ulteriormente accomuna l'applicazione di principi sostanziali nell'ambito del commercio e degli investimenti internazionali. Il ricorso al medesimo principio di proporzionalità costituisce strumento per delimitare l'esercizio del potere statale in ragione dell'obiettivo perseguito, consentendo in entrambi gli ambiti di distinguere le misure legittime e ammissibili da quelle che costituiscono violazioni inammissibili degli obblighi internazionali assunti dagli Stati. Si inserisce nel medesimo contesto anche la previsione di eccezioni all'applicazione di trattamenti sostanziali: non solo alcune delle medesime sono sancite in termini coincidenti in entrambi i sistemi, ma inoltre la loro disciplina presenta notevoli

corrispondenze. La ragione di questa analogia è rilevabile nella volontà degli Stati di perseguire obiettivi e tutelare interessi nazionali trasversali ai due ambiti. Gli approcci utilizzati con riferimento all'esigenza menzionata appaiono contribuire alla creazione di un margine di coerenza nella considerazione complessiva dei due sistemi di risoluzione delle controversie, favorendo la conformità delle soluzioni prospettate relativamente ad aspetti rilevanti, quali la delimitazione della sovranità statale nonché il suo rapporto con l'estensione della funzione di risoluzione delle controversie attribuita agli organi giudicanti internazionali.

Infine, sono state rilevate influenze reciproche che costituiscono elemento di convergenza tra i due sistemi nella risoluzione delle controversie con riferimento all'applicazione di principi sostanziali. Tali influenze, nondimeno, appaiono qualificabili come unilaterali in ragione della considerazione ad opera dei Tribunali arbitrali ICSID dei criteri e delle interpretazioni elaborate in seno all'OMC, mentre la situazione inversa difficilmente è rilevabile. Anche l'elemento da ultimo considerato contribuisce alla qualificazione in termini di complementarietà del rapporto sussistente tra i due meccanismi di risoluzione delle controversie.

Nella considerazione da ultimo menzionata si inserisce un ulteriore elemento rilevato nel corso dell'indagine e tenuto presente nell'analisi condotta con riferimento alle pronunce considerate: la composizione concreta degli organi che si sono pronunciati nelle rispettive controversie può incidere sulla decisione finale. La presenza di determinati soggetti a comporre il collegio giudicante, infatti, non solo influenza la decisione in ragione delle posizioni dottrinali di cui i medesimi sono portatori nonché dei precedenti collegi a cui hanno preso parte, ma contribuisce alla influenza reciproca tra i due sistemi di risoluzione delle controversie. Invero, non è infrequente la nomina dei medesimi individui chiamati a pronunciarsi quali componenti dei Panel o dell'Organo di Appello OMC e quali arbitri ICSID.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

- ARAI-TAKAHASHI Yutaka, "The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR", Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2002;
- ARISTOTELE, "Etica a Nicomaco", Libro V;
- ATTERITANO Andrea, "L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale", Giuffrè Editore, Milano, 2009;
- BENEDETTELLI Massimo V., CONSOLO Claudio, RADICATI DI BRONZOLO Luca G., "Commentario Breve al Diritto dell'Arbitrato Nazionale e Internazionale", CEDAM, Padova, 2010;
- BISHOP Doak R., MARCHILI Silvia M., "Annulment under the ICSID Convention", Oxford University Press, Oxford, 2012;
- BROWNLIE Ian, "Principles of Public International Law", Seventh Edition, Oxford University Press, New York, 2008;
- BÜCHELER Gebhard, "Proportionality in Investor-State Arbitration", Oxford University Press, Oxford, 2015;
- CANNIZZARO Enzo, "Il Principio della Proporzionalità nell'ordinamento Internazionale", Giuffrè Editore, Milano, 2000;
- CARREAU Dominique, MARRELLA Fabrizio, "Diritto Internazionale", Giuffrè Editore, Milano, 2016;
- CHOI Won-Mog, "Like Products in International Trade Law – Towards a Consistent GATT/WTO Jurisprudence", Oxford University Press, New York, 2003;
- CHRISTOFFERSEN Jonas, "Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights", Mrtinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009;
- CORTEN Olivier, KLEIN Pierre (Eds.), "The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary", Oxford University Press, New York, 2011, Volume I;

- CÔTÉ Charles-Emmanuel, “La participation des Personnes Privées au Règlement des Differéends Internationaus Économique: l’Élagissement du Droit de Porte Plainte à l’OMC”, Bruylant Bruxelles, Bruxelles, 2007;
- CRAWFORD James, “The International Law Commission Articles on States Responsibility: Introduction, Text and Commentaries”, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- DE BRABANDERE Eric, “Investment Treaty Arbitration as Public International Law – Procedural Aspects and Implications”, Cambridge University Press, Cambridge, 2014;
- DIEBOLD Nicolas F., “Non-Discrimination in International Trade in Services”, Cambridge University Press, Cambridge, 2010;
- DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, “Principles of International Investment Law”, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- DORDI Claudio, “La discriminazione commerciale nel diritto internazionale”, Giuffrè Editore, Milano, 2002;
- DUGAN Christopher F., WALLACE Don Jr., RUBINS Noah D., SABAHI Borzu, “Investor-State Arbitration”, Oxford University Press, New York, 2008;
- FOCARELLI Carlo, “Trattato di Diritto Internazionale”, UTET Giuridica, Milano, 2015;
- GAILLARD Emmanuel, “Legal Theory of International Arbitration”, Martinus Nijhoff Publishrs, Leiden-Boston, 2010;
- HACKWORTH Green H., “Digest of International Law”, United States Government Printing Office, Washington, 1942, vol. III;
- HENCKELS Caroline, “Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration”, Cambridge University Press, Cambridge, 2015;
- KURTZ Jürgen, “The WTO and International Investment Law – Converging Systems”, Cambridge University Press, Cambridge, 2016;
- MARRELLA Fabrizio, “La nuova lex mercatoria – Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale”, CEDAM, Padova, 2003;
- MATSUSHITA Mitsuo, SCHOENBAUM Thomas J., MAVROIDIS Petros C., HAHN Michael, “The World Trade Organization – Law, Practice and Policy”, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015;
- MAVROIDIS Petros C., “The General Agreement on Tariffs and Trade: a Commentary”, Oxford University Press, New York, 2005;

- MITCHELL Andrew D., “Legal Principles in WTO Law”, Cambridge University Press, Cambridge, 2008;
- NEWCOMBE Andrew, PARADELL Lluís, “Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment”, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2009;
- NEWTON Michael, MAY Larry, “Proportionality in International Law”, Oxford University Press, New York, 2014;
- ORTINO Federico, “Basic Legal Instruments for the Liberalization of Trade: a Comparative Analysis of EC and WTO Law”, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004;
- PADELLETTI Maria Luisa, “La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, Giuffrè Editore, Milano 2003;
- PALMETER David, MAVROIDIS Petros C., “Dispute Settlement in the World Trade Organization”, Cambridge University Press, Cambridge, 2004;
- PAUWELYN Joost, “Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to others Rules of International Law”, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- PICONE Paolo, LIGUSTRO Aldo, “Diritto dell’Organizzazione Mondiale del Commercio”, Cedam, Padova, 2002;
- SABAHI Borzu, “Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration – Principles and Practice”, Oxford University Press, New York, 2011;
- SCHILL Stephan W., “The Multilateralization of International Investment Law”, Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
- SCHREUER Christoph H., “The ICSID Convention: a Commentary”, Second Edition, Cambridge University Press, New York, 2009
- SHADIKHODJAEV Sherzod, “Retaliation in the WTO Dispute Settlement System”, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherland, 2009;
- SHANY Yuval, “The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals”, Oxford University Press, Oxford, 2003;
- SORNARAJAH Muthucumaraswamy, “The International Law on Foreign Investment”, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004;
- TREVES Tullio, “Diritto Internazionale – Problemi Fondamentali”, Giuffrè Editore, Milano, 2005;
- VAN DEN BOSSCHE Peter, ZDOUC Werner, “The Law and Policy of the World Trade Organization – Text, Cases and Materials”, Cambridge University Press, Cambridge, 2017;

- VAN HARTEN Gus, "Investment Treaty Arbitration and Public Law", Oxford University Press, New York, 2007;
- WEERAMANTRY Romesh J., "Treaty Interpretation in Investment Arbitration", Oxford University Press, Oxford, 2012
- WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, HESTERMEYER Holger (Eds.), "WTO – Trade in Goods", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2011;
- WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, KAISER Karen (Eds.), "WTO – Institutions and Dispute Settlement", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006;
- WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, SEIBERT-FOHR Anja (Eds.), "WTO – Technical Barriers and SPS Measures", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007;

ARTICOLI E CAPITOLI

- ACCONCI Pia, "Most-Favoured-Nation Treatment", in MUCHLINCKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph (Eds.), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, 2008, p. 363;
- ALEXANDROFF Alan S., LAIRD Ian A., "Compliance and Enforcement", in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SHREUER Christoph (Eds.), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford University Press, New York, 2008, p. 1171;
- ALEXANDROV Stanimir A., "Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention", in BINDER Christina, KRIEBAUM Ursula, REINISCH August, WITTICH Stephan (Eds.), "International Investment Law for the 21st Century", Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 322;
- ALEXY Robert, "On the Structure of Legal Principles", Ratio Juris, vol. 13, 2000, p. 294;
- ALLEN Brooks E., SOAVE Tommaso, "Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration", in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), "WTO Litigation, investment Arbitration and Commercial Arbitration", Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 45;
- ALVAREZ José E., "Beware – Boundary Crossing", in KAHANA Tsvi, SCOLNICOV Anat (Eds), "Boundaries of State, Boundaries of Rights", Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 43;

- ALVAREZ José E., BRINK Tegan, “Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v. Argentina”, in SAUVANT Karl P. (Ed.), “Yearbook on International Investment Law and Policy 2010-2011”, Oxford University Press, New York, 2012, p. 319;
- ALVAREZ José E., KHAMS Kathryn, “The Argentine Crisis and Foreign Investors: a Glimpse into the Hearth of the Investment Regime” in SAUVANT Karl P. (Ed.), “Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009”, Oxford University Press, New York, 2009, p. 379;
- ANDENAS Mads, ZLEPTNIG Stefan, “Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective”, Texas International Law Journal, vol. 42, 2007, p. 371;
- ARATO Julian, “The Margin of Appreciation in International Investment Law”, Virginia Journal of International Law, vol. 54, 2014, p. 545;
- BAGWELL Kyle, STAIGER Robert W., “Reciprocity, Non-discrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System”, European Journal of Political Economy, vol. 17, 2001, p. 281;
- BALDWIN Edward, KANTOR Mark, NOLAN Michael, “Limits to Enforcement of ICSID Awards”, Journal of International Arbitration, vol. 23, 2006, p. 1;
- BARAK Aharon, “Proportionality (2)”, in ROSENFELD Michel, SAJO Andras (Eds.), “The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law”, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 738;
- BARTEL Lorand, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, Journal of World Trade, vol. 35, 2001, p. 499;
- BELLO Judith H., “The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More”, The American Journal of International Law, vol. 90, 1996, p. 416;
- BERGAMINI Laura, “La controllabilità interna ed esterna dei lodi ICSID”, Rivista dell’Arbitrato, vol. 1/2002, 2002, p. 139;
- BERMANN George A., “The Principle of Proportionality”, American Journal of Comparative Law Sup., vol. 26, 1977-1978, p. 415;
- BERNARDINI Piero, “La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington”, Diritto del Commercio Internazionale, vol. 26, 2012, p. 3;
- BERNAUER Thomas, MANFRED Elsig, PAUWELYN Joost, “The Dispute Settlement Mechanism – Analysis and Problems” in NARLIKAR Amrita, DAUNTON Martin, STERN

Robert M. (Eds.), "The Oxford Handbook on the World Trade Organization", Oxford University Press, New York, 2012, p. 485;

- BERNINI Giorgio, VAN DEN BERG Albert J., "The Enforcement of Arbitral Awards Against State: the Problem of Immunity from Executions", in LEW Julian D. M. (Ed.), "Contemporary Problems in International Arbitration", Springer Science Business Media, Dordrecht, 1987;
- BJORKLUND Andrea K., "National Treatment", in REINISCH August, "Standards of Investment Protection", Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 29;
- BJORKLUND Andrea K., "State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Award", in BINDER Christina, KRIEBAUM Ursula, REINISCH August, WITTICH Stephan (Eds.), "International Investment Law for the 21st Century", Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 203;
- BREWSTER Rachel, "The Remedy Gap: Institutional Design, Retaliation and Trade Law Enforcement", The George Washington Law Review, vol. 80, 2001, p. 102;
- BROCHES Aron, "Awards Render Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement and Execution", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 2, 1987, p. 287;
- BURKE-WHITE William W., "The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System", Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y, vol. 3, 2008, p. 199;
- BURKE-WHITE William, VON STADEN Andreas, "The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations" in SCHILL Stephan (Ed.), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, New York, 2010, p. 689;
- BURKE-WHITE Williams, VON STADEN Andreas, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", Virginia Journal of International Law, vol. 48, 2008, p. 307;
- CANNIZZARO Enzo, "The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures", European Journal of International Law, Vol. 12, 2001, p. 889;
- COHEN-ELIYA Moshe, PORAT Iddo, "Proportionality and the Culture of Justification", The American Journal of Comparative Law, vol. 59, 2011, p. 463;

- CRAWFORD Emily, “Proportionality”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2011;
- DE BIEVRE Dirk, POLETTI Arlo, YILDIRIM Aydin, “About the Melting Iceberg – Political and Economic Determinants in Dispute Initiation and Resolution in the WTO”, in ELSIG Manfred, HOEKMAN Bernard, PAUWELYN Joost (Eds.), “Assessing the World Trade Organization – Fit for Purpose?”, Cambridge University Press, Cambridge, 2017;
- DESMEDT Axel, “Proportionality in WTO Law”, Journal of International Economic Law, vol. 4, 2001, p. 441;
- DIEBOLD Nicolas F., “Standards of Non-Discrimination in International Economic Law”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 60, 2011, p. 831;
- DIMASCIO Nicholas, PAUWELYN Joost, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, The American Journal of International Law, vol. 102, 2008, p. 48;
- DOLZER Rudolf, “Indirect Expropriation: New Developments?”, New York University Environmental Law Journal, vol. 11, 2002, p. 64;
- EHLERMANN Claus-Dieter, “Some Personal Experience as a Member of the Appellate Body of the WTO”, Policy Paper RSC n. 02/9, The Robert Schuman Center for Advanced Studies, European University Institute, 2002;
- ENGLE Eric, “The History of the General Principle of Proportionality: an Overview”, Dartmouth Law Journal, vol. 10, issue n. 1, 2012, p. 1;
- FACCIO Sondra, “The Application of the Principle of Proportionality to Assess Compensation: Some Reflection Arising from the Case of Joseph Charles Lemire v. Ukraine”, Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 13, 2014, p. 199;
- FORTIER Yves L., DRYMER Stephen L., “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 19, 2004, p. 293;
- FUENTES Ximena, “Proportionality Analysis and Disproportionate Damages: Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador”, The Journal of World Investment and Trade, vol 16, 2015, p. 315;
- GAILLARD Emmanuel, YAS Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 18, 2003, p. 375;

- GAUHRODGER David, “The Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: a Scoping Paper”, OECD Working Papers on International Investment, 2017/02, OECD Publishing, Paris;
- GEIβ Robin, HILF Meinhard, “Most-Favoured-Nation Clause”, Max Plank Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2014;
- GHITTI Laura, “Investment Arbitration. ICSID. Most-Favored-Nation Clause. Consent. GATS. WTO.”, Jurisprudencia Estatal Interantional Comentada, RBA 56, 2017, p. 143;
- GRIERSON-WEILER Todd, LAIRD Ian A., “Standards of Treatment”, in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph (Eds.), “The Oxford Handbook of International Investment Law”, Oxford University Press, New York, 2008, p. 259;
- HILF Meinhard, “Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law?”, Journal of International Economic Law, vol. 4, 2001, p. 111;
- HORLICK Gary M., “Problems With the Compliance Structure of the WTO Dispute Resolution Process”, in KENNEDY Daniel L.M., SOUTHWICK James D. (Eds.), “The Political Economy of International Trade Law – Essay in Honor of Robert E. Hudec”, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 636;
- HORN Henrik, “National Treatment in the GATT”, The American Economic Review, vol. 96, 2006, p. 394;
- HORN Henrik, MAVROIDIS Petros C., “Still Hazy after All These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination”, European Journal of International Law, vol. 15, 2004, p. 39;
- HOWSE Robert, ESSERMAN Susan, “The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System, and the Politics of Multilateralism”, in SACERDOTI Giorgio, YANOVICH Alan, BOHANES Jan (Eds.), “The WTO at Ten: the Contribution of the Dispute Settlement System”, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 64;
- HUERTA-GOLDMAN Jorge A., “Cross-cutting Observations on National Treatment”, in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), “WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 263;
- JACKSON John H., “International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?”, The America Journal of International Law, Vol. 98, 2004, p. 109;

- JACKSON John H., "The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation", The American Journal of International Law, vol. 91, issue n. 1, 1997, p. 60;
- JANS Jan H., "Proportionality Revisited", Legal Issues of Economic Integration, vol. 27, 2000, p. 239;
- KINGSBURY Benedict, SCHILL Stephan W., "Public Law Concept to Balance Investors' Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality", in SCHILL Stephan (Ed.), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, New York, 2010, p. 75;
- KRIEBAUM Ursula, "Indirect Expropriation: a Comparative Approach", in GATTINI Andrea, TANZI Attila, FONTANELLI Filippo (Eds.), "General Principles of Law and International Investment Arbitration", Kroninklijke Brill, Leiden, 2018, p. 429;
- KRIEBAUM Ursula, "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State", The Journal of World Investment and Trade, vol. 8, 2007, p. 717;
- KURTZ Jürgen, "The Merits and Limits of Comparativism: National Treatment in International Investment Law and the WTO", in SCHILL Stephan (Ed.), "International Investment Law and Comparative Public Law", Oxford University Press, New York, 2010, p. 243;
- LAUTERPACHT Elihu, "The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes", in "Recueil d'ètudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim", Tribune De Genève, Gèneve, 1968, p. 643;
- LEITNER Kara, LESTER Simon, "WTO Dispute Settlement 1995-2014 – A Statistical Analysis", Journal of International Economic Law, vol. 18, 2015, p. 203;
- LESTER Simon, "WTO Dispute Settlement 1995-2014 – A Statistical Analysis", Journal of International Economic Law, vol. n. 18, 2015, p. 203;
- LIBERTI Lahra, "Arbitrato ICSID, clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione", Rivista dell'Arbitrato, vol. 3/2004, 2004, p. 561;
- LIBERTI Lahra, "The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in Assessing Compensation", in DUPUY Pierre-Marie, FRANCIONI Francesco, PETERSMANN Ernst-Ulirch (Eds), "Human Rights in International Investment Law and Arbitration", Oxford University Press, New York, 2009, p. 557;

- LOWE Vaughan, “Arbitrary and Discriminatory Treatment” in KINNEAR Meg, FISCHER Geraldine R., MINGUEZ ALMEIDA Jara, TORRES Luisa Fernanda, URAN BIDEGAIN Mairée (Eds.), “Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID”, Wolters Kluwer, The Netherland, 2016;
- MALINTOPPI Loretta, HAERI Hussein, “The Non-Disputing State Party in Investment Arbitration”, in CARON David D., SCHILL Stephan W., SMUTNY Abby Cohen, TRIANTAFILOU Epaminontas E. (Eds.), “Practising Virtue – Inside International Arbitration”, Oxford University Press, New York, 2015, p. 565;
- MARBOE Irmgard, “Compensation and Damages in International Law – The Limits of Fair Market Value”, Journal of World Investment and Trade, vol. 7, 2006, p. 723;
- MARCEAU Gabrielle, TRACHTMAN Joel, “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods”, Journal of World Trade, vol. 36, 2002, p. 811;
- MARCEAU Garbielle, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions – The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, Journal of World Trade, vol. 35, 2001, p. 1081;
- MATSUSHITA Mitsuo, “The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems”, in NARLIKAR Amrita, DAUNTON Martin, STERN Robert M. (Eds.), “The Oxford Handbook on the World Trade Organization”, Oxford University Press, New York, 2012, p. 507;
- MAVORIDIS Petros C., “Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place”, European Journal of International Law, vol. 11, 2000, p. 763;
- MCRAE Donald, “GATT Article XX and the WTO Appellate Body”, in BRONKERS Marco, QUICK Reinhard (Eds.), “New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John Jackson”, Kluwer Law International, Deventer, 2000, p. 219;
- MCRAE Donald, “MFN in the GATT and the WTO”, Asian journal of WTO and International Health Law and Policy, vol. 7, 2012, p. 1;
- MCRAE Donald, “The WTO Appellate Body: a Model for an ICSID Appeals Facility”, Journal of International Dispute Settlement, vol. 1, 2010, p. 371;

- MITCHELL Andrew D., HENCKLES Caroline, "Variations on a Theme: Comparing the Concept of Necessity in International Investment Law and WTO Law", Chicago Journal of International Law, vol. 4, 2013, p. 93;
- MOWBRAY Alastair, "A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", Human Rights Law Review, vol. 10, 2010, p. 289;
- NASSAR Nagla, "Internationalization of State Contracts: ICSID, the Last Citadel", Journal of International Arbitration, vol. 14, 1997, p. 185;
- NEUMANN Jan, TÜRK Elisabeth, "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines", Journal of World Trade, vol. 37, 2003, p. 199;
- OECD, "´Indirect Expropriation` and the ´Right to Regulate` in International Investment Law", OECD Working Paper on International Investment, 2004/04, OECD Publishing, Paris;
- OESCH Matthias, "Standards of Review in WTO Dispute Resolution", Journal of International Economic Law, vol. 6, 2003, p. 635;
- ORLUNMEHIELLE Vincent O., "Enforcing Arbitration Award under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)", Annual Survey of International & Comparative Law, vol. 7, 2001, p. 21;
- PALMETER David, ALEXANDROV Stanimir A., "´Inducing Compliance` in WTO Dispute Settlment", in KENNEDY Daniel L.M., SOUTHWICK James D. (Eds.), "The Political Economy of International Trade Law – Essay in Honor of Robert E. Hudec", Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 646
- PALMETER David, MAVROIDIS Petros, "The WTO Legal System: Sources of Law", American Journal of International Law, vol. 92, 1998, p. 398;
- PARCERO HERRERA Tania, "National Treatment in WTO Litigation", in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 223;
- PARRA Antonio R., "Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated under Investment Treaties", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 16, 2001, p. 20;
- PAUWELYN Joost, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a more Collective Approach", The American Journal of International Law, vol. 94, 2000, p. 335;

- PETERSMANN Ernst-Ulrich, “The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948”, Common Market Law Review, vol. 31, 1994, p. 1157;
- POLÁŠEK Petr, TONOVA Sylvia T., “Enforcement against State: Investment Arbitration and WTO Litigation”, in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), “WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration”, Kluwer Law International BV, The Netherland, 2013, p. 357;
- POSNER Eric C., YOO John C., “Judicial Independence in International Tribunals”, California Law Reiview, vol. 93, issue n. 1, p. 1;
- RANJAN Prabhash, “Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection with Regulation in International Investment Law: a Critical Appraisal”, Cambridge Journal of International and Comparative Law, vol. 3, 2014, p. 853;
- REECE Rupert, MASSOT Alexis, BARTOLI Marie-Hélène “Searching for the Applicable Law in WTO Litigation, Investment and Commercial Arbitration” in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), “WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration”, Kluwer Law International BV, The Netherland, 2013, p. 199;
- REINISCH August, “Expropriation”, in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph (Eds.), “The Oxford Handbook of International Investment Law”, Oxford University Press, New York, 2008, p. 407;
- REINISCH August, “Maffezini v. Spain Case”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2007;
- REISMAN Michael W., “The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 15, 2000, p. 362;
- RIVERS Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, Cambridge Law Journal, vol. 65, 2006, p. 174;
- ROBERTS Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Arbitration: The Dual Role of States”, American Journal of International Law, vol. 104, 2010, p. 179;
- ROBERTS Anthea, “The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration”, 16 International Council for Commercial Arbitration Congress Series, 2011, p. 170;

- ROESSLER Frieder, “The Scope of Regulatory Autonomy of WTO Members under Article III.4 of the GATT: A Critical Analysis of the Jurisprudence of the WTO Appellate Body”, Robert Schuman Center for Advance Studies, RSCAS Policy Paper 2015/4, European University Institute, 2015;
- RUIZ FABRI Hélène, “Is There a Case – Legally and Politically - for Direct Effect of WTO Obligations?”, The European Journal of International Law, vol. 25, 2014, p. 151;
- SABAHI Borzu, BIRCH Nicholas J., “Comparative Compensation for Expropriation”, in SCHILL Stephan, “International Investment Law and Comparative Public Law”, Oxford University Press, New York, 2010, p. 755;
- SABAHI Borzu, DUGGAL Kabir, “Occidental Petroleum v. Ecuador (2012) – Observation on Proportionality, Assessment of Damages and Contributory Fault”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 28, 2013, p. 279;
- SACCO Sabina, FERNANDEZ-FONSECA Monica, “National Treatment in Investment Arbitration”, in HUERTA-GOLDMAN Jorge, ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), “WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 239;
- SACERDOTI Giorgio, “Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law and Review of Awards”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol 19, 2004, p. 24;
- SACERDOTI Giorgio, “The WTO Dispute Settlement System – Consolidating Success and Confronting new Challenges”, in ELSIG Manfred, HOEKMAN Bernard, PAUWELYN Joost (Eds.), “Assessing the World Trade Organization – Fit for Purpose?”, Cambridge University Press, Cambridge, 2017;
- SACERDOTI Giorgio, RECANATI Matilde, “From Annulment to Appeal in Investor-State Arbitration: is the WTO Appeal Mechanism a Model?” in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), “WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 327;
- SARZO Matteo, “The National Treatment Obligation”, in GATTINI Andrea, TANZI Attila, FONTANELLI Filippo (Eds.), “General Principles of Law and International Investment Arbitration”, Koninklijke Brill, Leiden, 2018, p. 378;

- SAUVANT Karl P., “International Investment Agreements: Key Issues”, UNCTAD, New York e Geneva, 2004, p. 191;
- SCHILL Stephan W., “Crafting The International Economic Order: the Public Law Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of Arbitrator”, Leiden Journal of International Law, vol. 23, 2010, p. 401;
- SCHILL Stephan W., “Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law”, in SCHILL Stephan (Ed.), “International Investment Law and Comparative Public Law”, Oxford University Press, New York, 2010, p. 151;
- SCHLINK Bernhard, “Proportionality (1)”, in ROSENFEL Michel, SAJO Andras (Eds.), “The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law”, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 718;
- SCHREUER Christoph, “Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, Arbitration International, vol. 20, 2004, p. 325;
- SCHREUER Christoph, WEINIGER Matthew, “A Doctrine of Precedent?”, in MUCHLINSKI Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christoph (Eds.), “The Oxford Handbook of International Investment Law”, Oxford University Press, New York, 2008, p. 1188;
- SCHWARTZ Warren F., SYKES Alan O., “The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization”, The Journal of Legal Studies, vol. 31, 2002, p. S179;
- SCHWARZEBERGER Georg, “The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice”, British Yearbook of International Law, vol. 22, 1945, p. 96;
- SEBASTIAN Thomas, SINCLAIR Anthony, “Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons”, in HUERTA-GOLDMAN Jorge A., ROMANETTI Antoine, STIRNIMANN Franz X. (Eds.), “WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, The Netherland, 2013, p. 273;
- SHEPERD Jordan, SOKOLONOVA Maria V., WAKJIRA Wagari Negassa, “Effective Compliance in the DSU: The Mechanism of Monetary Compensation as a Form of Reparation”, Trade and Investment Law Clinic Papers, Center for Trade and Economic Integration, Geneva, 2012;

- SHIHATA Ibrahim F.I., PARRA Antonio R., "Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", in VAN DEN BERG Albert J. (Ed.), "Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration", ICCA, Congress Series n. 7, Kluwer Law International, 1994, p. 294;
- SHIHATA Ibrahim, "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 1, 1986, p. 1;
- SPAMANN Holger, "Standard of Review for World Trade Organization Panels in Trade Remedy Case: A Critical Analysis", Journal of World Trade, vol. 38, 2004, p. 503;
- SPEARS Suzanne A., "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", Journal of International Economic Law, vol. 13, 2010, p. 1037;
- STEINBERG Richard H., "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints", The American Journal of International Law, vol. 28, 2004, p. 247;
- STONE SWEET Alec, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", Law & Ethics of Human Rights, vol. 4, 2010, p. 46;
- STONE SWEET Alec, DELLA CANANEA Giacinto, "Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: a Response to José Alvarez", Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper n. 4994, 2014, p. 928;
- STONE SWEET Alec, MATHEWS Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 47, 2008, p. 72;
- SYKES Alan O., "Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the status quo)", in BOWN Chad P., PAUWELYN Joost (Eds.), "The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement", Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 339;
- SYKES Alan O., "Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy", Journal of Legal Studies n. 34, 2015, p. 631;
- SYKES Alan O., "The Dispute Settlement Mechanism: Ensuring Compliance?", in NARLIKAR Amrita, DAUNTON Martin, STERN Robert M. (Eds.), "The Oxford Handbook on the World Trade Organization", Oxford University Press, New York, 2012, p. 560;
- TITI Catharine, "Police Powers Doctrine and International Investment Law", in GATTINI Andrea, TANZI Attila, FONTANELLI Filippo (Eds.), "General Principles of Law and International Investment Arbitration", Koninklijke Brill, Leiden, 2018, p. 323;

- TRACHTMAN Joel P., “Bananas, Direct Effect and Compliance”, The European Journal of International Law, vol. 10, 1999, p. 655;
- TRACHTMAN Joel P., “The Domain of WTO Dispute Resolution”, Harvard International Law Journal, vol. 40, 1999, p. 333;
- TRACHTMAN Joel P., MOREMEN Philp M., “Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right Is It Anyway”, Harvard International Law Journal, vol. 44, 2003, p. 232;
- UNCTAD, “Most-Favoured-Nation Treatment”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2010;
- UNCTAD, “National Treatment”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999;
- UNCTAD, “Taking of Property”, Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York and Geneva, 2000;
- UNITED NATIONS, “Yearbook of the International Law Commission 2001”, vol. 2, part. II New York – Geneva, 2007, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2);
- VAN DEN BOSSCHE Peter, “From Afterthought to Centerpiece: the WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System”, in SACERDOTI Giorgio, YANOVICH Alan, BOHANES Jan (Eds.), “The WTO at Ten: the Contribution of the Dispute Settlement System”, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 312;
- VINUESA Raul E., “National Treatment, Principle”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011;
- VON BOGANDY Armin, “Doctrine of Principles”, Jean Monnet Working Paper n. 9/03, 2003;
- WÄLDE Thomas W., SABAHI Borzu, “Compensation, Damages and Valuation” in MUCHLINSKY Peter, ORTINO Federico, SCHREUER Christopher (Eds.), “Oxford Handbook of International Investment Law”, Oxford University Press, New York, 2008, p. 1049;
- WEILER Todd, “The Interpretation of International Investment Law – Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context”, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013;

- WORLD BANK (Ed.), "Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment. Report to the Development Committee and Guidelines for the Treatment of Foreign Direct Investment", International Legal Materials, vol. 31, 1992;
- WTO, "Decision-Making in the DSB – Legal Effects of Panels and Appellate Body Reports", il documento si trova online al sito www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e;
- ZLEPTNIG Stefan, "The Standards of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority", European Business Law Review, vol. 13, 2002, p. 456.

DECISIONI

OMC

- *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather (Argentina – Hides and Leather)*, WT/DS155/R, Report of the Panel, 19 December 2000;
- *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, WT/DS453/R, Report of the Panel, 30 September 2015;
- *Argentina – Safeguard Measures on Import of Footwear (Argentina – Footwear Safeguard)*, WT/DS121/AB/R, Report of the Appellate Body, 14 December 1999;
- *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging (Australia – Tobacco Plain Packaging)*, WT/DS434, WT/DS435, WT/DS441, WT/DS458 e WT/DS467;
- *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (Australia – Salmon)*, WT/DS18/RW, Recourse to art. 21(5), Panel Report, 18 February 2000;
- *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (Australia – Salmon)*, WT/DS18/AB/R, Report of the Appellate Body, 20 October 1998;

- *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather (Australia – Automotive Leather)*, WT/DS126/RW, Report of the Panel art. 21(5) DSU, 21 January 2000;
- *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges (Brazil – Taxation)*, WT/DS472, 497/R, Report of the Panel, 30 August 2017;
- *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft (Brazil – Aircraft),* WT/DS46/ARB, Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrators, 28 August 2000;
- *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres (Brazil – Retreaded Tyres)*, WT/DS332/16, Arbitration under art. 21(3), 29 August 2008;
- *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Canada – Autos)*, WT/DS139, 142/AB/R, Report of the Appellate Body, 31 May 2000;
- *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals (Canada – Periodicals)*, WT/DS31/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 June 1997;
- *Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft (Canada - Aircraft Credits and Guarantees)*, WT/DS222/ARB, Recourse to Arbitration by Canada under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrators;
- *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Diary Products (Canada – Dairy)*, WT/DS103, 113/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 October 1999;
- *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products (Canada – Pharmaceutical Patents)*, WT/DS114/R, Report of the Panel, 17 March 2000;
- *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (Chile – Price Band System)*, WT/DS207/13, Arbitration under art. 21(3), 17 March 2003;
- *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages (Chile – Alcoholic Beverages)*, WT/DS87, 110/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 December 1999;
- *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts (China – Auto Parts)*, WT/DS339, 340, 342/AB/R, Report of the Appellate Body, 15 December 2008;

- *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications and Audiovisual Products)*, WT/DS363/R, Report of the Panel, 12 August 2009;
- *Colombia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry (Colombia – Ports of Entry)*, WT/DS366/16, Arbitration under art. 21(3), 2 October 2009;
- *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sales of Cigarettes (Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes)*, WT/DS302/R, Report of the Panel, 26 November 2004;
- *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones (US))*, WT/DS26/R, Report of the Panel, 18 August 1997;
- *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones)*, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R, Report of the Appellate Body, 16 January 1998;
- *European Community – Measures Concerning Meat and Meat Products (EC – Hormones (US))*, WT/DS26/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 12 July 1999;
- *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India (EC – Bed Linen)*, WT/DS141/AB/RW, Recourse to Art. 21.5 DSU by India, Report of the Appellate Body, 8 April 2003;
- *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India (EC – Bed Linen)*, WT/DS141/RW, Recourse to art. 21(5), Panel Report, 29 November 2002;
- *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries (EC – Tariff Preferendces)*, WT/DS246, Report of the Panel, 1 December 2003 e Report of the Appellate Body, 7 April 2004;
- *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (EC-Computer Equipment)*, WT/DS/62, 67, 68/AB/R, Report of the Appellate Body, 5 June 1998;
- *European Communities – Export Subsidies on Sugar (EC – Export Subsidies on Sugar)*, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14, Arbitration under art. 21(3), 28 October 2005;

- *European Community – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/R, Report of the Panel, 18 September 2000;
- *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 March 2001;
- *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products (EC-Poultry)*, WT/DS69/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 July 1998;
- *European Communities – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (EC – Commercial Vessels)*, WT/DS301/R, Report of the Panel, 22 April 2005;
- *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products (EC – Seal Products)*, WT/DS400, 401/AB/R, Report of the Appellate Body, 22 May 2014;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC-Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, Report of the Appellate Body, 9 September 1997;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution od Bananas (EC–Bananas III (Ecuador))*, WT/DS27/ARB/ECU, Recourse to Arbitration by the European Communities under art. 22(6), 24 March 2000;
- *European Communities – Trade Description of Sardines (EC – Sardines)*, WT/DS231/R, Report of the Panel, 29 May 2002;
- *Guatemala – Antidumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico (Guatemala – Cement)*, WT/DS60/R, Report of the Panel, 19 June 1998;
- *Guatemala – Anti-Dumping investigation Regarding Portland Cement from Mexico (Guatemala – Cement I)*, WT/DS60/AB/R, Report of the Appellate Body, 25 November 1998;
- *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (India – Solar Cells)*, WT/DS456/R, Report of the Panel, 24 February 2016;
- *India – Measures Affecting the Automotive Sector (India – Autos)*, WT/DS146, 175/R, Report of the Panel, 21 December 2001;

- *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry (Indonesia – Autos)*, WT/DS54, 55, 59, 64/R, Report of the Panel, 2 July 1998;
- *Japan – Measures Affecting Agricultural Products (Japan – Agricultural Products II)*, WT/DS76/AB/R, Report of the Appellate Body, 22 February 1999;
- *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (Japan – Film)*, WT/DS44/R, Report of the Panel, 22 April 1998;
- *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples (Japan – Apples)*, WT/DS245/AB/R, Report of the Appellate Body, 26 November 2003;
- *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 October 1996;
- *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 October 1996;
- *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Various Measures on Beef)*, WT/DS161, 169/AB/R Appellate Body Report, 11 December 2000;
- *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (Korea – Alcoholic Beverages)*, WT/DS75, 84/AB/R, Report of the Appellate Body, 18 January 1999;
- *Mexico – Anti-Dumping Investigation on High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Syrup),* WT/DS132/R, Report of the Panel, 28 January 2000;
- *Mexico – Anti-Dumping Investigation on High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Syrup),* WT/DS132/AB/RW, Arbitration under art. 21.5, Appellate Body Report, 22 October 2001;
- *Mexico – Anti-Dumping Investigation on High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Products)*, WT/DS132/RW, Report of the Panel (Art. 21.5), 22 June 2001;
- *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/R, Report of the Panel, 7 October 2005;

- *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/AB/R, Report of the Appellate Body, 6 March 2006;
- *Philippines – Taxes on Distilled Spirits (Philippines – Distilled Spirits)*, WT/DS396, 403/AB/R, Report of the Appellate Body, 21 December 2011;
- *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes form the Philippines (Thailand – Cigarettes (Philippines))*, WT/DS371/R, Report of the Panel, 15 November 2010;
- *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products (Turkey – Textiles)*, WT/DS34/R, Report of the Panel, 31 May 1999;
- *United Stated – Anti-Dumping Act of 1916 (US – 1916 Act (EU))*, WT/DS136/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Decision by the Arbitrators, 24 February 2004;
- *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (US – COOL)*, WT/DS384/AB/R e WT/DS386/AB/R, Report of the Appellate Body, 29 June 2012;
- *United States – Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China (US – Poultry)*, WT/DS392/R, Report of the Panel, 29 September 2010;
- *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US – Offset Act (Byrd Amendament))*, WT/DS217/14 e WT/DS234/22, Arbitration under art. 21(3)(c), 13 June 2003;
- *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities (US – Wheat Gluten)*, WT/DS166/AB/R, Report of the Appellate Body Report, 19 January 2001;
- *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico (US – Stainless Steel)*, WT/DS344/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 April 2008;
- *United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities (US – Certain EC Products)*, WT/DS165/AB/R, Report of the Appellate Body, 11 December 2000;
- *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimps)*, WT/DS58/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 October 1998;

- *United States – Imposition of Coutervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom (US – Lead and Bismuth)*, WT/DS138/AB/R, Appellate Body report, 10 May 2000;
- *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/ARB, Arbitration under art. 22(6), 21 December 2007;
- *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US – Clove Cigarettes)*, WT/DS406/R, Report of the Panel, 2 September 2011;
- *United States – Measures Affectiong Importa of Woven Wool Shirts and Blouses form India (US – Wool Shirts and Blouses)*, WT/DS33/AB/R, Report of the Appellate Body, 25 April 1997;
- *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sales of Tuna and Tuna Products (US –Tuna II)*, WT/DS381/R, Report of the Panel, 15 September 2011;
- *US – Measure Concerning the Importation, Marketing and Sales of Tuna and Tuna Products (US – Tuna II)*, WT/DS381/AB/R, Report of the Appellate Body, 16 May 2012;
- *United States – Section 211 Omnibus Appropriation Act of 1998 (US – Section 211 Appropriation Act)*, WT/DS176/AB/R, Report of the Appellate Body, 2 January 2002;
- *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/R, Report of the Panel, 29 January 1996;
- *United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, Report of the Appellate Body, 29 April 1996;
- *United States – Subsidies on Upland Cotton (US – Upland Cotton)*, WT/DS267/AB/R, Report of the Appellate Body, 3 March 2005;
- *Unites States – Subsidies on Upland Cotton (US – Upland Cotton)*, WT/DS267/ARB/I, Arbitration under art. 22(6), 31 August 2009;
- *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (US – FSC)*, WT/DS108/RW, Recourse to arbitration under Art. 21.5 DSU, Report of the Panel, 20 August 2001;

- *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" (US – FSC)*, WT/DS108/ARB, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision of the Arbitrator, 30 August 2002;
- *United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn form Pakistan (US – Cotton Yarn),* WT/DS192/AB/R, Report of the Appellate Body, 8 October 2001;
- *United States-Antidumping Act of 1916 (US – Anti-dumping Act)*, WT/DS/162/R, Report of the Panel, 29 May 2000;
- *US – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (US – Zeroing)*, WT/DS294/AB/R, Report of the Appellate Body, 18 April 2006;
- *US – Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia (US – Lamb Meat)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, Report of the Appellate Body, 1 May 2001;
- *US-Section 129(C)(1) of the Uruguay Agreement Act (US – Section 129)*, WT/DS221/R, Report of the Panel, 15 July 2002;

GATT 1947:

- *Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber (Japan – SPF Dimension Lumber)*, BISD 36S/167, Report of the Panel, 19 July 1989;
- *Spain – Tariff treatment of Unroasted Coffee (Spain – Unroasted Coffee)*, BISD 28S/102, Report of the Panel, 27 April 1981;
- *United States – Anti-dumping duties on Grey Portland Cement and Cement Clinker from Mexico*, ADP/82, 7 September 1992;
- *United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco (US – Tobacco)*, GATT BISD DS44/R, Report of the Panel, adopted by the Council 4 October 1994;
- *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930 (US – Section 337)*, GATT BISD L/6439-36S/345, Report by the Panel adopted on 7 November 1989;

ICSID

- *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedöhàz Vagynkezelö Zrt. V. Hugary (AMC v. Hugary)*, ICSID Case n. ARB/12/3, Award, 17 April 2015;
- *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary (ADC c. Ungheria)*, ICSID Case n. ARB/03/16, Award, 2 October 2006;
- *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Homan (Al Tamimi v. Oman)*, ICSID Case n. ARB/11/33, Award, 3 November 2015;
- *AES Corporation v. The Argentine Republic (AES v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005;
- *AIG Capital Partners Inc. and another v. Republic of Kazakshtan*, High Court, Queen's Bench Division, 20 October 2005;
- *Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine (Alpha Projektholding v. Ukraine)*, ICSID Case n. ARB/07/16, Award, 8 November 2010;
- *Amco Asia Corporation and others v. Indonesia (Amco I)*, ICSID Case n. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986;
- *Amco v. Republic of Indonesia (Amco I)*, ICSID case n. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988;
- *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire (AMT c. Zaire)*, ICSID Case n. ARB//93/1, Award, 21 February 1997;
- *Antoine Goetz et Consorts v. Republique du Burundi (Goetz v. Burundi)*, ICSID case n. ARB/95/3, Award, 10 February 1999;
- *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. The United Mexican States (ADM v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/05, Award, 21 November 2007;
- *Asian Agricultural Product Ltd v. Republic of Sri Lanka (AAPL v. Sri Lanka)*, ICSID Case n. ARB/87/3, Award, 27 June 1990;

- *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan (ATA Construction v. Jordan)*, ICSID case n. ARB/08/2, Award, 18 May 2010;
- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic (Azurix v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/12, Award, 14 July 2006;
- *Azurix Corp v. Argentine Republic (Azurixv. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/12, Decision on Annulment, 1 September 2009;
- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (Bayindir v. Pakistan)*, ICSID Case n. ARB/03/29, Award, 27 August 2009;
- *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (Benvenuti & Bonfant v. Congo)*, ICSID Case n. ARB/77/2, Unpublished Award, 15 August 1980;
- *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic (Camuzzi v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/7, Decision on Objections to Jurisdictions, 10 June 2005;
- *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (Caratube v.. Kazakhstan)*, ICSID Case n. ARB/13/13, Award, 27 September 2017;
- *Cargill, Inc. v. United Mexican States (Cargill v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009;
- *CDC Group plc v. Seychelles (CDC)*, ICSID Case n. ARB/02/14, Decision on Annulment, 29 June 2005;
- *Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt (Champion Trading v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/02/9, Award, 27 October 2006;
- *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID case n. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003;
- *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (CMS c. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 May 2005;
- *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007;

- *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic (Transgabonais)*, ICSID case n. ARB/04/5, Decision on Annulment, 11 May 2010;
- *Compañía de Agua del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi v. Argentina)*, ICSID case n. ARB/97/3, Decision on the challenge to the President of the Committee, 3 October 2001;
- *Compañìa de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (Vivendi I)*, ICSID case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002;
- *Compañìa de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Annulment, 10 August 2010;
- *Consortium RFCC v. Royaume Du Maroc (RFCC v. Morocco)*, ICSID Case n. ARB/00/6, Award, 22 December 2003;
- *Continental Casualty Company v. The Republic of Argentine (Continental Casualty v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/9, Award, 5 September 2008;
- *Corn Products International Inc. v. The United Mexican States (Corn Products v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008;
- *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (Daimler v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/05/1, Award, 22 August 2012;
- *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Partecipationes Argenitas S.A. v. Argentine Republic (EDF)*, ICSID case n. ARB/03/23, Decision on Annulment, 5 February 2016;
- *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (El Paso v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB03/15, Award, 31 October 2011;
- *Emilio Augustìn Maffezini v. Kingdom of Spain (Maffezioni v. Spain)*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000;
- *Emilio Augustín Maffezini v. the Kingdom of Spain (Maffezini v. Spain)*, ICSID Case n. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000;

- *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (Enron v. Argentina)*, ICSID case n. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004;
- *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP v. The Argentine Republic (Enron v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/3, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, 7 October 2008;
- *Enron Corporation and Poderosa Assets L.P. v. The Argentine Republic (Enron c. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/01/3, Decision on Annulment, 30 June 2010;
- *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Repubblic of the Philippines (Fraport)*, ICSID Case n. ARB/03/25, Decision on Annulment, 23 December 2010;
- *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic (Gas Natural v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005;
- *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexic States, Talsud S.A. v. The United Mexican States (Gemplus c. Messico)*, ICSID case n. ARB(AF)/04/3 e ARB(AF)/04/4, Award, 16 June 2010;
- *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt (Helnan v. Egypt)*, ICSID case n. ARB/05/19, Award, 3 July 2008;
- *Helnan International Hotels A/S v. Egypt (Helnan v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/05/19, Decision on Annulment, 14 June 2010;
- *Hochtief A.G. v. The Argentine Republic (Hochtief v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 October 2011;
- *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (Soufraki)*, ICSID Case n. ARB/02/7, Decision on Annulment, 5 June 2007;
- *Içkale Inşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan (Ickale v. Turkmenistan)*, ICSID Case n. ARB/10/24, Award, 8 March 2016;
- *Impregilo S.p.a. v. Islamic Republic of Pakistan (Impregilo v. Pakistan)*, ICSID Case n. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005;

- *Ioan Micula and others v. Romania (Micula v. Romania)*, ICSID case n. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008;
- *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (Lemire v. Ucraina)*, ICSID Case n. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010;
- *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (Lemire c. Ucraina)*, ICSID case n. ARB/06/18, Award, 28 March 2011;
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Klöckner I)*, ICSID Case n. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985;
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Klöckner II)*, ICSID Case n. ARB/81/2, Decision on Annulment, 17 May 1990;
- *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic (LG&E c. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006;
- *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc, v. Argentine Republic (LG&E c. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/1, Award, 25 July 2007;
- *Malaysian Historical Salvors SDH, BHD v. The Government of Malaysia (Malaysian Historical Salvors v. Malaysia)*, ICSID case n. ARB/05/10, Award, 17 May 2007;
- *Maritime International Nominees Establishment v. Government of Guinea (MINE v. Guinea)*, ICSID case n. ARB/84/4, Interim Order n. 1, 12 August 1988;
- *Maritime International Nominees Establishment v. Government of Guinea (MINE v. Guinea))*, ICSID Case n. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989;
- *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States (Feldmand c. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002;
- *Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. v. Republic of Senegal (MMEA v. Senegal)*, ICSID Case n. ARB/15/21, Award, 5 August 2016;

- *Metalclad Corp. v. United Mexican States (Metalclad v. Mexico)*, NAFTA, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000;
- *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt (Middle East Cement v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/99/6, Award, 12 April 2002;
- *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova (Arif v. Moldova)*, ICSID case n. ARB/11/23, Award, 8 April 2013;
- *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (MTD c. Chile*), ICSID Case n. ARB/01/7, Award, 25 May 2004;
- *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Chile (MTD)*, ICSID Case n. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007;
- *Noble Ventures, Inc. v. Romania (Noble Ventures v. Romania)*, ICSID Case n. ARB/01/11, Award, 12 October 2005;
- *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploitation and Production Company v. The Republic of Ecuador (Occidental Petroleum c. Equador)*, ICSID case n. ARB/06/11, Award, 5 October 2012;
- *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (Parkerings v. Lithuania)*, ICSID Case n. ARB/05/8, Award, 11 September 2007;
- *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (Mitchell)*, ICSID Case n.. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006;
- *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos v. Oriental Republic of Uruguay (Philip Morris v. Uruguay)*, ICSID Case n. ARB/10/7, Award, 8 July 2016;
- *Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic (Phoenix v. Czech Republic)*, ICSID case n. ARB/06/5, Award, 15 April 2009;
- *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada (RSM v. Grenada)*, ICSID case n. ARB/10/6, Award, 10 December 2010;

- *Rafat Ali Rizvi v. The Republic of Indonesia (Rizvi v. Indonesia)*, ICSID Case n. ARB/11/13, Award on Jurisdiction, 16 July 2016;
- *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala (RDC v. Guatemala)*, ICSID Case n. ARB/07/23, Award, 29 June 2012;
- *Saipem S.p.a. v. The People's Republic of Bangladesh (Saipem v. Bangladesh)*, ICSID case n. ARB/05/07, Award, 30 June 2009;
- *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. The Hashemite Kingdom of Jordan (Salini v. Jordan)*, ICSID Case n. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004;
- *Salini Costruttori Spa e Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco (Salini v. Morocco)*, ICSID case n. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001;
- *Sempra Energy International v. Argentine Republic (Sempra v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/16, Award, 28 September 2007;
- *Sempra Energy International v. Argentine Republic (Sempra v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/16, Decision on Annulment, 29 June 2010;
- *Siemens A.G. v. The Argentine Republic (Siemens v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/8, Award, 6 February 2007;
- *Souther Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (SPP v. Egypt)*, ICSID Case n. ARB/84/3, Award, 20 May 1992;
- *Sr. Tza Yap Shum v. Republica del Perù (Tza Yap Shum v. Perù)*, ICSID Case n. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009;
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (Suez v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006;
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic and Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Aguas S.A. v. Argentine Republic (Vivendi v. Argentina II)*, ICSID case n. ARB/03/17 e ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 12 May 2008;

- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic (Vivendi v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 August 2006;
- *Tecnica Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States (Tecmed v. Messico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003;
- *Teinver S.A., Transportes de Cecanias S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic (Teinver c. Argentina)*, ICSID Case ARB/09/1, Award, 21 July 2017;
- *Telenor Mobile Communications S.A. v. The Republic of Hungary (Telenor c. Hungary)*, ICSID Case n. ARB/04/15, Award, 13 September 2006;
- *Tidewater Inc., Tidewater Investment S.r.l., Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C., Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. v. The Bolivarian Republic of Venezuela (Tidewater v. Venezuela)*, ICSID case n. ARB/10/5, Decision on the Proposal of Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 23 December 2010;
- *Total S.A. v. Argentine Republic (Total v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010;
- *UAB Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia (UAB v. Latvia)*, ICSID Case n. ARB/12/33, Award, 22 December 2017;
- *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (Urbaser v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/07/26, Award, 8 December 2016;
- *Wena Hotels Limited v. Republic of Egypt (Wena)*, ICSID case n. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002;
- *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (Wintershall v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/04/14, Award, 8 December 2008;

ALTRE CORTI

Corte Permanente di Giustizia Internazionale e Corte Internazionale di Giustizia:

- *Mavrommatis Palestine Concessions,* Corte Permanente di Giustizia Internazionale, n. 2 del 30 August 1924;
- *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgio c. Spagna)*, ICJ, Judgment 5 February 1970;
- *Attività Militari e Paramilitari in e contro il Nicaragua* (Nicaragua c. USA), ICJ, Judgment of 10 May 1984;
- *Nauru*, ICJ, Judgment of 26 June 1992;
- *North Seas Continental Shelf Cases (Repubblica Federale Tedesca c. Danimarca, Repubblica Federale Tedesca c. Paesi Bassi)*, ICJ, Judgment of 20 February 1969;
- *Continental Shelf Case (Tunisia c. Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ, Judgment of 24 February 1982;
- *Gulf of Maine Case, Continental Shelf Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, ICJ, Judgment of 3 June 1985;
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), ICJ, Advisory Opinion of 8 July 1996;
- *Military and Paramilitary Activities against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America*), ICJ, Judgment of 27 June 1986;
- *Case concerning the Gabcikovo – Nagymaros Project (Ungheria c. Slovacchia)*, ICJ, Judgment of 52 September 1997;
- *LG&E v. Argentina*, Decision on Liability, para. 146 che riprende la sentenza *ELSI Elettronica Sicula S.p.a. (United States of America v. Italy)*, ICJ Report 1989 RLA 56, 20 July 1989;
- *Case Concerning Rights of Nationals of The United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment of 27 august 1952, ICJ, "Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders";

- *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, Judgment on the Merits, 19 May 1963, ICJ, "Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders", 1953;

Corte Europea dei Diritti Umani:

- *Case of Golder v. The United Kingdom*, European Court of Human Right, Application n. 4451/70, Judgment of 21 February 1975;
- *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, European Court of Human Rights, Application n. 7151/75, 7152/75, Judgment of 23 September 1982;
- *In the case of James and Others v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application n. 8793/79, judgment of 21 February 1986, n. 50;
- *Case of Mellacher and Others v. Austria*, European Court of Human Rights, Application n. 10522/83, 11011/84, 11070/84, Judgment of 19 December 1989;
- *Case of Beneficio Cappella v. San Marino*, European Court of Human Rights, Application n. 40789/98, Judgment of 13 July 2004;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

- *Fedon v. Council and Commission*, Eruopean Court of First Instance, T-135/01, Judgement, 14 December 2005;
- Case C-341/05, *Laval un PartneriL td v. Svenska Byggnadsarbetareforbundeta nd Others,* 2007, Corte di Giustizia UE, Judgment of 18 December 2007;
- Case 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, 1979, ECR 649, Judgment of 20 February 1979;

Altre corti e tribunal arbitrali:

- *Liberian Easter Timber Co. v. Government of Liberia* (*LETCO v. Liberia)*, 650 F.Sup. 63 (S.D.NY 1986), riportata in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 2, 1987;

- *Philip Morris Asia Ltd v. Commonwealth of Australia*, PCA Case n. 21012 -12, Award on jurisdiction and admissibility, 17 December 2015;
- *Methanex Corp. V. United States of America (Methanex v. USA)*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005;
- *RosInvestCo UK Ltd v. The Russian Federation (RosInvest v. Russia)*, SCC Case n. V079/2005;
- *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada (S. D. Myers v. Canada)*, NAFTA, Partial Award, 13 November 2000;
- *United Parcel Services of America Inc. v. Canada (UPS v. Canada)*, ICSID Case n. UNCT/02/1, Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, Award on Merits, 24 May 2007;
- *SOABI v. Senegal* (Cour d'Appel, Parigi, 5 December 1989, 2 ICSID Reports, p. 337 e Cour de Cassation, 11 June 1991, 2 ICSID Reports, p. 341);
- *Benvenuti & Bonfant v. Congo* (Tribunal de Grande Istance, 13 January 1981, 1 ICSID Reports, p. 369 e Cour d'Appel, Parigi, 26 June 1981, 1 ICSID Reports, p. 369).