



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa
Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche,
Giuridiche e Studi Internazionali

Corso di Dottorato di Ricerca di Diritto Internazionale
e Diritto Privato e del Lavoro
- XXXII Ciclo -

IL CONCETTO DI CONTROVERSIA NELLA GIURISDIZIONE INTERNAZIONALE

Coordinatore: Ch.mo Prof. Arianna Fusaro

Supervisore: Ch.mo Prof. Andrea Gattini

Dottorando: Marco Dimetto

Indice

INTRODUZIONE GENERALE.....	7
PRIMA PARTE	12
1.1 Elementi costitutivi della controversia nel sistema delle Corti Mondiali....	13
1.1.1 La giurisprudenza sviluppata dalla CPGI.....	14
1.1.2 La costituzione della Corte Internazionale di Giustizia.....	29
1.1.2.1 La giurisprudenza della CIG in relazione alle controversie <i>ex art.</i> 36 dello Statuto.....	30
1.1.2.2 La giurisprudenza della CIG in relazione alle controversie <i>ex art.</i> 60 dello Statuto.....	44
1.1.2.3 Assenza di una previa controversia: questione di ammissibilità o di giurisdizione?	47
1.2 Elementi costitutivi della controversia nel sistema dell'OMC.....	50
1.2.1 Premesse metodologiche e definizione del campo di indagine.....	50
1.2.2 Controversie giuridiche nel sistema dell'Intesa.....	52
1.2.3 Controversie esecutive nel sistema dell'Intesa.....	63
1.3 Elementi costitutivi della controversia nel sistema dell'arbitrato d'investimento ICSID.....	73
1.3.1 Premesse metodologiche e definizione del campo di indagine.....	73
1.3.2 Controversie giuridiche tra investitore e Stato.....	75
1.3.3 Controversie interpretative tra investitore e Stato	85
1.4 Elementi costitutivi della controversia: i frutti della comparazione.....	90
PARTE SECONDA.....	94
2.1 Il perimetro della controversia al tempo della instaurazione del procedimento davanti alla CIG.....	95
2.1.1 Cenni procedurali.....	95
2.1.2 Il perimetro materiale della controversia.....	99
2.1.2.1 Disaccordo sulla natura dell'oggetto della controversia nel caso di accordo <i>ad hoc</i>	100
2.1.2.2 Disaccordo sull'estensione dell'oggetto della controversia nel caso di domanda unilaterale.....	102
2.1.2.3 Disaccordo qualitativo sull'oggetto nel caso di domanda unilaterale.....	106
2.1.3 Il perimetro temporale della controversia.....	113
2.1.4 Il perimetro personale della controversia.....	125
2.1.4.1 I procedimenti con pluralità di parti.....	126
2.1.4.2 Il principio della c.d. terza parte necessaria.....	133
2.1.4.3 La protezione diplomatica delle persone giuridiche.....	141
2.2 Il perimetro della controversia al tempo della instaurazione del procedimento nell'OMC.....	144
2.2.1 Cenni sul procedimento.....	144
2.2.2 Il perimetro materiale della controversia.....	150
2.2.2.1 L'indicazione delle specifiche misure oggetto di contestazione.....	151
2.2.2.2 La breve presentazione delle basi giuridiche della pretesa idonee a presentare chiaramente il problema.....	158

2.2.3 Il perimetro temporale della controversia.....	166
2.2.4 Il perimetro personale della controversia.....	168
2.2.4.1 I procedimenti con pluralità di parti.....	168
2.2.4.2 Il principio della c.d. terza parte necessaria.....	171
2.3 Il perimetro della controversia al tempo della instaurazione del procedimento ICSID.....	173
2.3.1 Cenni sul procedimento.....	173
2.3.2 Il perimetro materiale della controversia.....	178
2.3.2.1 Determinazione del <i>petitum</i>	179
2.3.2.2 Determinazione della <i>causa petendi</i>	183
2.3.3 Il perimetro temporale della controversia.....	194
2.3.4 Il perimetro personale della controversia.....	200
2.3.4.1 I procedimenti con pluralità di parti.....	201
2.3.4.2 Il principio della c.d. terza parte necessaria.....	209
2.4 La controversia al momento della instaurazione del procedimento contenzioso: i frutti della comparazione.....	217
 PARTE TERZA.....	 224
3.1 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento innanzi alla CIG.....	225
3.1.1 Cenni sulle modalità di celebrazione del procedimento.....	225
3.1.2 Mutamenti delle domande attoree nel corso del procedimento.....	227
3.1.2.1 Decremento della controversia ad opera dell'attore.....	227
3.1.2.2 Incremento della controversia ad opera dell'attore.....	228
3.1.3 Alterazioni perimetrali ad opera del convenuto.....	233
3.1.3.1 Domande riconvenzionali.....	233
3.1.3.2 Condotte extraprocessuali del convenuto idonee a privare la controversia del suo oggetto.....	242
3.1.4 L'intervento del terzo nel procedimento.....	244
3.2 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento nel sistema rimediabile dell'OMC.....	255
3.2.1 Cenni sulle modalità di celebrazione del procedimento.....	255
3.2.2 Mutamenti delle domande attoree nel corso del procedimento.....	258
3.2.2.1 Decremento della controversia ad opera dell'attore.....	258
3.2.2.2 Incremento della controversia ad opera dell'attore.....	260
3.2.3 Alterazioni perimetrali ad opera del convenuto.....	265
3.2.3.1 Domande riconvenzionali.....	265
3.2.3.2 Difese del convenuto fondate su norme esterne all'OMC.....	266
3.2.3.3 Condotte extraprocessuali del convenuto idonee a privare la controversia del suo oggetto.....	271
3.2.4 L'intervento del terzo nel procedimento.....	277
3.3 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento innanzi al Tribunale d'investimento	283
3.3.1 Cenni sulle modalità di celebrazione del procedimento.....	283
3.3.2 Mutamenti delle domande attoree nel corso del procedimento.....	289
3.3.2.1 Decremento della controversia ad opera dell'attore.....	289
3.3.2.2 Incremento della controversia ad opera dell'attore.....	289
3.3.3 Domande riconvenzionali.....	295
3.3.4 L'intervento del terzo nel procedimento.....	305

3.4 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento: considerazioni frutto della comparazione.....	307
PARTE QUARTA.....	311
4.1 Risoluzione della controversia innanzi alla CIG.....	312
4.1.1 Estinzione e risoluzione delle controversie internazionali.....	312
4.1.2 La <i>res iudicata</i> nella giurisprudenza della CIG.....	315
4.1.2.1 Gli atti da cui deriva l'effetto di cosa giudicata.....	316
4.1.2.2 La portata della cosa giudicata nel sistema della CIG.....	317
4.1.3 Il procedimento di revisione innanzi alla CIG.....	324
4.1.4 L'estinzione del procedimento.....	328
4.2 La risoluzione della controversia nel sistema rimediale dell'OMC.....	334
4.2.1 Cenni procedurali.....	334
4.2.2 La <i>res iudicata</i> nel sistema rimediale dell'OMC.....	336
4.2.3 Il procedimento davanti all'Organo di Appello.....	343
4.2.4 L'estinzione del procedimento.....	349
4.3 La risoluzione della controversia nel sistema ICSID.....	359
4.3.1 Cenni procedurali.....	359
4.3.2 La <i>res iudicata</i> nel sistema ICSID.....	360
4.3.2.1 Gli atti da cui deriva l'effetto di cosa giudicata.....	360
4.3.2.2 La portata della cosa giudicata nella giurisprudenza ICSID.....	369
4.3.3 Il procedimento di revisione nel sistema ICSID.....	376
4.3.4 L'estinzione del procedimento ICSID.....	380
4.4 Risoluzione della controversia: considerazioni frutto della comparazione.....	384
Conclusioni Generali.....	390
Summary.....	397
Indice dei casi citati.....	398
Bibliografia.....	413

Introduzione generale

In tempi di notevole frammentazione nell'esercizio della funzione giudiziaria internazionale¹, concetti classici continuano a presentare concrete difficoltà applicative. Tra questi, certamente si rinviene quello di "controversia", elemento che costituisce presupposto necessario e imprescindibile per l'esercizio dei poteri giurisdizionali da parte di Corti e Tribunali internazionali².

Il presente lavoro prende le mosse dallo studio del risalente dibattito sulla dicotomia tra "controversie giuridiche" e "controversie politiche", ovvero tra "controversie giustiziabili" e "controversie non giustiziabili"³. Invero, tale dibattito, presente già nella metà del XVIII secolo, periodo in cui risuonavano le riflessioni di Vattel sulla impossibilità di ricorrere ad arbitrato quando fosse in gioco la salvezza della Nazione⁴, è mutato nel tempo, così come è mutato il modo di intendere le categorie testé menzionate.

Alcuni in dottrina hanno tentato di distinguere tra controversie giuridiche e controversie politiche sulla base delle questioni disputate: le seconde si distinguerebbero dalle prime per il fatto di avere ad oggetto questioni idonee ad incidere su interessi vitali degli Stati che sono parti della controversia⁵. Altri hanno tentato di operare una distinzione a seconda che esistano, o meno, norme di diritto internazionale idonee a risolvere il caso concreto⁶. Altri ancora hanno assunto una posizione mediana, la quale evidenzia come gli Stati non siano disposti a mettere a

¹ Il tema della frammentazione del diritto internazionale è da decenni un "common refrain" in dottrina. Sul tema, *ex multis*, si consideri Abi-Saab G., "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), a pag. 919 e ss.

² Hafner G., "The Physiognomy of Disputes and the Appropriate Means to Resolve Them", in *International Law as a Language for International Relations - Proceedings of United Nations Congress on Public International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), a pag. 560.

³ Sul rapporto tra controversie giuridiche e controversie giustiziabili conviene dare credito alla posizione secondo cui "the two terms, legal and justiciable, are, however, technically distinct, the former referring more properly to the nature or character of the question, while the latter refers to the extrinsic fact that in consequence of such nature the question is suitable for arbitration or judicial settlement". Così Fenwick C. G., "The Distinction between Legal and Political Questions", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), a pag. 45.

⁴ Vattel riteneva che "l'arbitrage est un moyen très-raisonnable et très-conforme à la loi naturelle, pour terminer tout différend qui n'intéresse pas la salut de la Nation" (Vattel E., *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à le Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, (Parigi: Guillaumin et C. Libraries), 1758, a pag. 306).

⁵ *Ex multis*, si vedano Balch T. W., "Différends Juridiques et Politiques dans les Rapports des Nations", *Revue Général de Droit International Public*, vol. 21 (1914), a pag. 181; Borchard E. M., "The Distinction between Legal and Political Questions", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), a pag. 53;

⁶ *Ex multis*, Fenwick C. G., "The Distinction between Legal and Political Questions", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), a pag. 46: "In contrast with legal questions, political questions appear to be questions in respect to which there is no definite rule of international law marking the rights and the duties of the parties to a given dispute".

repentaglio loro interessi essenziali quando il diritto internazionale non risulti pienamente sviluppato in relazione alle questioni controverse⁷.

A queste ricostruzioni se ne sono affiancate altre, maggiormente convincenti, che hanno avanzato alternative interessanti alle summezionate dicotomie. Nello specifico, vanno valorizzate le riflessioni di Verzijl, il quale – già nel 1925 – sosteneva che le controversie internazionali dovessero essere divise in due gruppi: da una parte, le controversie giuridiche, che si danno quando le parti basino le loro pretese su ragioni giuridiche *prima facie* fondate; dall'altra, in tutti gli altri casi, le controversie non giuridiche⁸.

Un approccio a maglie ancora più larghe è quello di Castberg, secondo cui il criterio più adeguato per comprendere se una controversia sia giuridica “doit être cherché dans la manière dont les parties elles-mêmes ont posé les questions qui font l’objet du différend”, senza che si richieda che gli argomenti in diritto delle parti risultino fondati *prima facie*⁹.

Tali ricostruzioni, in ogni caso, sembrano subordinare il carattere giuridico della controversia alla volontà di entrambe le parti, con la conseguenza che se anche una sola di esse, pur non contestando la fondatezza degli argomenti in diritto adoperati dalla controparte, affermasse la propria volontà di prescindere dalla applicazione di norme di diritto internazionale, la controversia non potrebbe più dirsi giuridica¹⁰.

In tempi più recenti, autorevole dottrina è infine giunta a subordinare la natura giuridica della controversia alla manifestazione di volontà di una sola parte¹¹.

⁷ Wright Q., “*The Distinction between Legal and Political Questions with Especial Reference to the Monroe Doctrine*”, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), a pag. 60: “Until the law has become more completely developed, we may expect states to reserve the right to refuse submission of claims which they feel are economically, politically or morally justifies but not yet recognized by international law. That, as I understand it, is the meaning of the reservation, usually found in arbitration treaties, of vital interest and national honor”.

⁸ Verzijl J. H. W., “*La Classification des Différends Internationaux et la Nature du Litige Anglo-Turc*”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 6 (1925), alle pagg. 752 e ss: “Rentrent dans la première catégorie, les différends ou les parties, de part et d’autre, s’appuient sur des arguments qui donnent lieu à des doutes, *prima facie* raisonnables, sur le point de savoir si le droit international objectif reconnaît, ou non, l’existence des droits subjectifs invoqués par une partie et contestés par l’autre ou les autres. Tous les autres différends rentrent dans la seconde catégorie”.

⁹ Castberg F., “*La compétence des Tribunaux internationaux*”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 6 (1925), a pag. 160. Sulla stessa linea, in ordine al ruolo giocato dalla volontà delle parti nella identificazione della natura della controversia: Mulder A., “*L’Arbitrage International et les Différends Politiques*”, *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques, politiques et sociales*, vol. 3 (1925), a pag. 86; Salvio G., “*Controversia Giuridica e Controversia Politica in Diritto Internazionale*”, *Studi di Diritto Pubblico e Comparato* (1928), a pag. 249; Williams J. F., “*Justiciable and Other Disputes*”, *The American Journal of International Law*, vol. 26 (1932), a pag. 36.

¹⁰ Gihl T., “*“The Subjective Test” as a Means of Distinguishing Between Legal and Political Disputes*”, *Acta Scandinavica Iuris Gentium*, vol. 8 (1937), alle pagg. 102 e ss.

¹¹ *Ex multis*, Morelli G., “*Controversia Internazionale, Questione, Processo*”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 60 (1977), a pag. 7: “[...] lo Stato, che avanza una pretesa, che contesta la pretesa altrui o che eleva una protesta, indica la ragione della pretesa, della contestazione o della protesta, cioè ne afferma la conformità a dati criteri o date esigenze. A seconda che i criteri, ai quali lo Stato si riferisce, siano costituiti da norme giuridiche ovvero consistano in criteri di altra natura [...], la ragione avrà il carattere di di ragione giuridica o di ragione politica. È poi sul carattere giuridico o

In verità, tutte le predette considerazioni sulla natura, giuridica o politica, della controversia hanno senso solamente quando siano messe in rapporto all'esercizio della funzione giudiziaria internazionale. In altre parole, occorre chiedersi se la qualificazione di una controversia come non giuridica, o politica, possa di per sé in qualche modo impedire all'organo giurisdizionale adito di risolverla. Orbene, il presente lavoro muove dalla ferma, fondata e diffusa convinzione che quando una parte abbia dedotto in giudizio innanzi ad un organo giurisdizionale una controversia esistente, la quale sia stata formulata in termini giuridici, mai sarà possibile per l'organo adito, giurisdizionalmente competente, astenersi dal deciderla per il sol fatto di considerarla una controversia politica¹².

In effetti, è inevitabile che ogni controversia formulata in termini giuridici, e dedotta innanzi ad un organo giurisdizionale, contenga in sé dei fattori politici, più o meno rilevanti¹³. Tuttavia, questa circostanza non è mai stata considerata, perlomeno dagli organi giurisdizionali oggetto di studio nell'ambito del presente lavoro, come motivo ostativo a una pronuncia nel merito.

La fondatezza di queste considerazioni risulta chiara sol considerando la giurisprudenza consolidata sviluppata sul punto dalla Corte Internazionale di Giustizia, la quale ha costantemente negato che la compresenza di questioni politiche e di questioni giuridiche potesse giustificare l'astensione di pronuncia nel merito¹⁴.

Medesime considerazioni valgono anche per il sistema rimediabile dell'OMC. Infatti, nonostante una dottrina minoritaria abbia affermato in astratto la possibilità di

politico della ragione [...] che si fonda la classificazione delle controversie internazionali in controversie giuridiche e controversie politiche”.

¹² Lauterpacht H, “*La théorie des différends non justiciables en droit international*”, *Académie de Droit International – Recueil des Cours*, vol. IV (1930), alle pagg. 648 e ss.; Higgins R., “*Policy Considerations and the International Judicial Process*”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17 (1968), a pag. 74: “*The terms “political dispute” and “legal dispute” refer to the decision-making process which is to be employed in respect of them, and not to the nature of the dispute itself*”; Jennings R., “*Reflections on the Term ‘Dispute’*”, in Macdonald J., *Essays in Honour of Wang Tzeya* (Londra: Martinus Nijhoff, 1993), a pag. 403: “*A “legal dispute” in a technical and realistic sense is accordingly, one which has been thus processed, or reduced, into a form suitable for decision by a court of law*”.

¹³ Sugihara T., “*The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues*”, in Muller A.S., Raič D., Thuránszky J. M., *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years* (The Hague, Boston, Londra: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), a pag. 118.

¹⁴ La giurisprudenza della Corte è consolidata sul punto. Ad esempio, nel caso *Aegean Sea Continental Shelf* tra Grecia e Turchia, pur avendo la seconda sostenuto che la controversia fosse “*of a highly political nature*”, la Corte concluse limitandosi ad affermare che “*legal rights lie at the root of the dispute*” (*Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, al par. 31). Ancora più esplicita fu la sentenza nel caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran*, ove la Corte evidenziò come “*never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to the Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them. Nor can any basis for such a view of the Court's functions or jurisdiction be found in the Charter or the Statute of the Court; if the Court were, contrary to its settled jurisprudence, to adopt such a view, it would impose a far-reaching and unwarranted restriction upon the role of the Court in the peaceful solution of international disputes*” (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980*, al par. 37).

adoperare il sistema per la risoluzione di controversie meramente politiche¹⁵, si è dimostrato come la distinzione tra controversie giuridiche e controversie politiche non abbia rilevanza alcuna innanzi agli organi del DSU¹⁶.

Lo stesso vale, infine, per il sistema arbitrale ICSID, in relazione al quale si è provato come la natura giuridica di una controversia non dipenda dalle circostanze fattuali del caso bensì dalla posizione assunta dal ricorrente¹⁷, e ciò alla luce di una giurisprudenza coerente¹⁸.

Superate le problematiche concernenti eventuali connotazioni politiche della controversia che sia già stata dedotta in giudizio, il presente lavoro si prefigge il generale obiettivo di verificare se possa essere identificato un concetto unitario di controversia nei diversi sistemi giurisdizionali internazionali indagati oppure se le peculiarità assunte in ciascuno dei predetti sistemi lo impediscano. Evidentemente, l'analisi risulterà altresì utile per incrementare la conoscenza dei differenti ambiti in cui ha luogo la giurisdizione internazionale.

Per realizzare tale generale obiettivo sarà necessario suddividere l'analisi in quattro parti, ciascuna delle quali presuppone lo studio e la comprensione delle modalità attraverso cui viene instaurato e si snoda il procedimento giurisdizionale.

La prima parte del lavoro cercherà di comprendere quali siano, nei diversi sistemi giurisdizionali indagati, gli elementi costitutivi della controversia internazionale. In altre parole, ci si chiederà quali sono le circostanze che devono essere concretamente accertate perché l'organo giurisdizionale possa giungere alla conclusione che la controversia, per la cui risoluzione è stato adito, è esistente nel tempo anteriore alla instaurazione del procedimento contenzioso.

¹⁵ Luff D., *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, (Bruxelles: Bruylant – L.G.D.J.), 2004, a pag. 782: “*Ainsi, une action pour toute action pourrait être intentée contre des orientations politiques générales affectant le commerce ou les objectifs des accords de l'OMC ou contre le risque de résurgence de mesures restrictives au commerce qui ne sont plus en vigueur [...]. Sans doute en raison de la nature essentiellement politique de ce genre d'action, la procédure est moins contraignante que dans le cadre des deux autres actions.*”

¹⁶ *Ex multis*, si consideri Ruiz Fabri H., “*Drawing a Line of Equilibrium in a Complex World*”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), a pag. 137: “*In WTO case-law, there is no trace of the distinction between political disputes and legal disputes, a distinction routinely brought up before the International Court of Justice (ICJ) to persuade it not to exercise its jurisdiction. Such an argument would not be admissible before the WTO adjudicatory bodies.*”

¹⁷ Schreuer C., “*What is a Legal Dispute?*”, in Buffard I., Crawford J., Pellet A., Wittich S., *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, (Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), a pag. 970: “[...] *the legal nature of the dispute depends not on the factual circumstances of a case but on the position taken by the claimant. If the claimant presents its claim in terms of rights and legal remedies, the argument that the dispute is not legal will be to no avail.*”

¹⁸ L'analisi della giurisprudenza è coerente, come dimostrato – ad esempio – dalla pronuncia del Tribunale in *CSOB v. Slovakia*, ove il collegio ha chiaramente affermato che: “*While it is true that investment disputes to which a State is a party frequently have political elements or involve governmental actions, such disputes do not lose their legal character as long as they concern legal rights or obligations or the consequences of their breach*” (*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla giurisdizione del 24 maggio 1999, (Thomas Buergenthal [Presidente], Piero Bernardi, Andreas Bucher), al par. 61).

La seconda parte dell'opera si concentrerà sulle modalità di instaurazione del procedimento contenzioso, per comprendere appieno come la controversia venga perimetrata sotto i diversi profili materiale (o contenutistico), temporale e personale. Nel corso dell'indagine, peraltro, ci si interrogherà su quale sia il tipo di rapporto intercorrente tra la controversia esistente nel tempo antecedente al procedimento e quella plasmata in occasione della instaurazione di quest'ultimo.

La terza parte si focalizzerà sugli eventi che, nel corso del procedimento contenzioso possono mutare il perimetro della controversia. Invero, tali mutamenti possono avere luogo per tramite dell'attività dell'attore, del convenuto o di terze parti intervenienti. Per questo, saranno oggetto di indagine, rispettivamente, le domande addizionali, le domande riconvenzionali e l'istituto dell'intervento del terzo.

Infine, la quarta parte avrà ad oggetto le modalità attraverso cui la controversia viene risolta per tramite della pronuncia della decisione vincolante, nonché quali siano gli effetti prodotti sulla controversia dall'estinzione del procedimento. Inoltre, in questa sede saranno indagati i procedimenti diversi da quelli celebrati innanzi ai giudici "di prime cure".

Saranno infine svolte delle generali conclusioni per chiarire se sia possibile, alla luce delle peculiarità assunte nei diversi sistemi, identificare un concetto univoco di controversia ovvero se le divergenze tra i settori indagati siano così ampie da non consentire di raggiungere tale obiettivo.

Giova formulare un'ultima chiosa per manifestare le ragioni che hanno indotto a concentrare l'analisi sulla CIG, sul sistema rimediale dell'OMC e su quello arbitrale dell'ICSID. Sulla prima non è necessario dilungarsi, giacché la CIG è, da sempre, riconosciuta come organo di primaria importanza nell'accertamento e nella definizione del diritto internazionale¹⁹. Per quanto concerne, invece, il sistema rimediale dell'OMC e il sistema d'arbitrato ICSID, è innegabile come tali sistemi, pur strutturalmente diversi, abbiano progressivamente assunto un rilievo sempre maggiore, in termini di quantità di procedimenti instaurati e di autorevolezza delle decisioni pronunciate, stagliandosi con forza nel panorama dei fori deputati alla risoluzione delle controversie internazionali, nel più vasto ambito del diritto internazionale dell'economia. In buona sostanza, si è ritenuto che l'analisi di tali fori, unitamente a quello della CIG, potesse consegnare una "fotografia", se non assolutamente completa, sicuramente attendibile su come il diritto internazionale concepisca attualmente il concetto di controversia, a seconda che questa insorga nei rapporti tra Stati o in quelli tra Stati e individui.

¹⁹ Sul punto si vedano Abi-Saab G., "The International Court as a World Court", in *Fifty Years of the International Court of Justice*, in Lowe V. and Fitzmaurice M., *Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), alle pagg. 7 e ss.; D'Aspremont J., *The International Court of Justice and the Irony of System-Design*, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, 2017, a pag. 371, ove l'Autore qualifica la Corte come un "an architect malgré elle"; sul ruolo della Corte per l'accertamento del diritto internazionale consuetudinario: Gattini A., "Le Rôle du Juge International et du Juge National et la Coutume Internationale", in Alland V., Chetail V., de Frouville O. and Vinuales J., *Unity and Diversity of International Law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2014), alle pagg. 254 e ss.

PARTE PRIMA

**ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA
CONTROVERSA INTERNAZIONALE**

1.1 Elementi costitutivi della controversia nel sistema delle Corti Mondiali

L'obiettivo delle pagine che seguono è quello di indagare la giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale (CPGI) e del suo successore, la Corte Internazionale di Giustizia (CIG), per verificare se queste siano riuscite a definire chiaramente e compiutamente gli elementi costitutivi di una controversia internazionale interstatale.

Pur non contestando la perdurante validità del dictum della CPGI nella decisione del caso *Mavrommatis*, secondo cui una controversia altro non sarebbe che un “un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes”²⁰, sin da ora è opportuno evidenziare come il fine dell'analisi stia nella dimostrazione che la controversia internazionale non possa che consistere in un conflitto di volontà, giuridicamente connotato, tra due soggetti di diritto internazionale (nel caso delle due Corti Mondiali, è evidente che le parti della controversia non possano che essere Stati). L'adozione di una nozione di controversia più ristretta rispetto a quella fatta propria dalla CPGI nel 1924 si impone sol che si abbia riguardo allo sviluppo giurisprudenziale che sarà immediatamente analizzato.

Risulta però necessaria una precisazione preliminare. Nonostante lo scontro di volontà che sostanzia la controversia sia concettualmente distinto dall'oggetto della divergenza, dovendosi ovviamente considerare il primo come contenitore e il secondo come contenuto, è opportuno sottolineare come solo l'analisi del secondo possa consentire la verifica dell'esistenza del primo. In altre parole, nonostante la distinzione concettuale tra controversia e suo oggetto, distinzione che sarà estremamente rilevante nell'analisi del capitolo sulla determinazione del “perimetro” materiale, temporale e personale della controversia, è chiaro che solo la determinazione del contenuto “cristallizzato” della controversia possa permettere di verificare che quest'ultima possa dirsi effettivamente esistente.

²⁰ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment*, 30 agosto 1924, *Series A - no 2*, a pag. 11.

1.1.1 La giurisprudenza sviluppata dalla CPGI

La Corte Permanente di Giustizia Internazionale si è occupata in diverse occasioni del tema dell'esistenza della controversia senza tuttavia riuscire, almeno secondo una certa autorevole dottrina, a sviluppare una giurisprudenza priva di contraddizioni e orientata teleologicamente²¹.

Prima di vagliare la fondatezza di una posizione così netta, risulta opportuno precisare come la giurisdizione della Corte potesse essere esercitata in relazione ad almeno due distinte categorie di controversie, disciplinate in “luoghi” diversi nello Statuto della CPGI.

Le prime erano appunto le controversie aventi natura giuridica, *différends d'ordre juridique* nella versione francese e *legal disputes* in quella inglese, la cui disciplina era rinvenibile nell'art. 36²². Tali controversie costituivano l'oggetto “normale” della attività giurisdizionale, dal momento che attraverso tali procedimenti contenziosi la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla fondatezza nel merito delle pretese attoree e, conseguentemente, di quelle del convenuto.

La seconda categoria, disciplinata all'art. 60 dello Statuto, “copriava” tutte le controversie, *contestations* nella versione francese e *disputes* in quella inglese, insorte tra le parti e aventi ad oggetto il significato e/o la portata di sentenze precedentemente pronunciate dalla Corte²³. In relazione a queste, il potere della Corte era chiaramente finalizzato alla elaborazione di una interpretazione “autentica” di proprie precedenti statuizioni, idonea a chiarire la materia oggetto di divergenza tra le parti.

Correndo il rischio di affermare cose ovvie, le quali risultano comunque necessarie per introdurre l'argomento, occorre riferire che mentre nel primo caso l'operato della Corte comprendeva *ex novo* una indagine nel merito di una controversia (per addivenire alla sua risoluzione), nel secondo l'attività della Corte era finalizzata alla risoluzione di uno scontro di volontà tra le parti che avesse un oggetto specifico, decisamente più ristretto, e costituito “solamente” dal significato e/o dalla portata da attribuire allo strumento giuridico già adoperato dalla Corte per risolvere la controversia originaria. Si chiarirà nel prosieguo se tale differenziazione del dato testuale francese dello Statuto (*différend* e *contestation*) avesse o meno qualche rilevanza in relazione all'identificazione delle condizioni che dovevano sussistere perché una controversia tra Stati possa dirsi esistente. La questione non è puramente teorica ma ha un risvolto

²¹ Cassese A., “The Concept of “Legal Dispute” in the Jurisprudence of the International Court”, in *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), a pag. 190.

²² L'art. 36 dello Statuto della CPGI recitava: “*The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in Treaties and Conventions in force. The Members of the League of Nations and the States mentioned in the Annex to the Covenant may, either when signing or ratifying the Protocol to which the present Statute is adjoined, or at a later moment, declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other Member or State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all or any of the classes of legal dispute concerning: a) the interpretation of a treaty; b) any question of international law; c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation. The declaration referred to above may be made unconditionally or on condition of reciprocity on the part of several or certain Members or States, or for a certain time*”.

²³ L'art. 60 dello Statuto della CPGI recitava: “*The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party*”.

pratico notevole, in ragione del fatto che la distinzione terminologica nel testo francese, tra *contestation* e *différend*, è sopravvissuta anche nello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

La tesi qui sostenuta è che sia ragionevole ritenere che la Corte abbia dapprima delineato gli elementi costitutivi della controversia internazionale nell'ambito applicativo dell'art. 36 e che successivamente li abbia adoperati anche nei casi oggetto dell'art. 60. Al fine di dimostrare quanto appena asserito, si propone di seguito una analisi, ricomprendente le primissime pronunce rilevanti della CPGI sia per l'art. 36 che per l'art. 60.

La prima pronuncia che rileva ai fini dell'identificazione degli elementi costitutivi di una controversia internazionale nell'ambito dell'art. 36 è quella concernente le questioni giurisdizionali nella controversia concernente *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*²⁴. L'attore aveva identificato come base di giurisdizione l'art. 23 della Convenzione polacco-tedesca sull'Alta Slesia del 15 maggio 1922, conclusa a Ginevra, il quale articolo prevedeva che, nel caso di insorgenza di "differenze di opinioni" ("*differences of opinion*") tra i governi degli Stati contraenti, in relazione alla realizzazione e alla applicazione di alcune disposizioni convenzionali, queste sarebbero state sottoposte alla CPGI. La Polonia, convenuta, aveva eccepito la carenza della giurisdizione della Corte proprio per la mancata esistenza di tale divergenza di opinioni anteriormente al momento di proposizione della domanda attorea.

Secondo la Corte, chiamata a chiarire le circostanze necessarie perché una tale divergenza potesse dirsi esistente, l'accesso alla tutela giurisdizionale sarebbe stato garantito anche quando solamente una sola delle parti avesse considerato esistente una tale differenza di opinioni²⁵. Tuttavia, la Corte si spinse anche oltre perché, al di là della "differenza di opinioni" (la quale doveva reputarsi esistente quando anche uno solo dei governi coinvolti avesse evidenziato che l'attitudine della controparte confliggeva con la propria opinione), se anche l'articolo 23 della Convenzione avesse espressamente richiesto l'esistenza di una "controversia definita", quest'ultima condizione già sarebbe stata sicuramente soddisfatta per tramite della mera proposizione della domanda da parte dello Stato attore²⁶.

²⁴ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Judgment, 25 agosto 1925, Series A – no. 6*. In questo caso, il governo tedesco aveva convenuto quello polacco per l'asserita violazione delle previsioni del Trattato di Versailles e della Convenzione di Ginevra. I fatti all'origine della controversia, come noto, consistevano nella adozione, da parte delle autorità polacche, di misure di espropriazione aventi ad oggetto la fabbrica di nitrato di Chorzow e l'insieme dei beni immateriali appartenenti alla società gestore della fabbrica, da un lato, e la notifica, da parte del governo, di voler provvedere all'esproprio di vaste aree agricole, dall'altro.

²⁵ Secondo la Corte, infatti, "[...] *under art. 23 recourse may be had to the Court as soon as one of the Parties considers that a difference of opinion arising out of the construction and application of Articles 6 to 22 exists*", ivi pag. 14.

²⁶ *Ibidem*, letteralmente: "*Now a difference of opinion does exist as soon as one of the Governments concerned points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views. Even if, under art. 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant party*".

Se questa era l'atteggiamento della Corte in relazione ai requisiti perché una controversia potesse dirsi esistente ai sensi dell'art. 36, ci si deve interrogare sui criteri utilizzati dalla Corte per identificare una controversia nell'ambito applicativo dell'art. 60. La prima decisione significativa per effettuare tale indagine è quella (immediatamente successiva) del caso dell'Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (The Chorzów Factory)²⁷. Avendo il convenuto, ancora una volta la Polonia, sollevato una eccezione *ad hoc*, bisognava appunto verificare l'esistenza di una controversia tra le parti in relazione al significato e alla portata dei giudizi emessi dalla Corte, secondo quanto prescritto dall'art. 60 dello Statuto della CPGI.

La CPGI ha anzitutto evidenziato come non fosse necessario che la manifestazione dell'esistenza della controversia assumesse modalità specifiche o particolari formalità. Ciò che invece andava considerato come sufficiente era il fatto che i due governi coinvolti avessero manifestato visioni opposte in merito all'interpretazione o all'ambito di una sentenza della Corte²⁸. Nonostante questo, e senza timore di cadere in contraddizione, la Corte richiamò poi anche il precedente nella sentenza relativa a Certain German Interests in Polish Upper Silesia, confermando la validità dell'assunto circa la superfluità del ricorso a negoziati diplomatici e, in maniera più rilevante, il fatto che la Corte potesse essere adita anche quando fosse soltanto una delle parti a ritenere esistente una differenza di opinioni. È ragionevole credere che l'aver fatto valere nell'ambito dell'art. 60 quanto già elaborato in relazione all'art. 36 manifestasse la consapevole adozione, da parte della Corte, di un concetto unitario di controversia interstatale, valevole sia per le controversie da risolvere *ex novo* sia per quelle "interpretative", aventi un oggetto chiaramente più ristretto rispetto alle prime.

Invero, la mancata differenziazione tra i requisiti richiesti per l'insorgenza della *différend* di cui all'art. 36 e quelli richiesti per l'insorgenza della contestation di cui all'art. 60 non solo non può in alcun modo dirsi contrastante con la già citata definizione di controversia internazionale data dalla CPGI nella risoluzione del caso *Mavrommatis*²⁹, bensì anche risulta con quella più coerente. Con tale definizione, infatti, è evidente che la Corte volesse fornire una nozione di controversia non solo in senso lato³⁰ ma anche unitaria, senza preoccuparsi di dover distinguere tra le diverse categorie eventualmente derivabili dallo Statuto. Non prova il contrario la circostanza, segnalata da *Abi Saab*³¹, che molti in dottrina e in giurisprudenza abbiano indicato una differenziazione nell'impiego dei termini "*différend*" – "*divergence d'opinion*" –

²⁷ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Judgments Nos. 7 & 8 (Interpretation), Judgment, 16 dicembre 1927, Series A – No. 13*. In questo caso, la Corte era stata chiamata dalla Germania all'interpretazione di alcune sentenze rese in precedenza tra questa e la Polonia.

²⁸ *Ivi* a pag. 11, la Corte si esprimeva in favore dell'esistenza della controversia "*if the two Governments have in fact shown themselves as holding opposite views in regard to the meaning or scope of a judgment of the Court*" (*Judgments Nos. 7 & 8 (Interpretation), Judgment*, a pag. 11).

²⁹ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment, 30 agosto 1924, Series A - no 2*, a pag. 11.

³⁰ Conforti B., *Diritto Internazionale*, XI ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, a pag. 458; Jennings R., *Reflections on the Term "Dispute"*, in (a cura di) R. St. J. Macdonald, *Essays in Honour of Wang Tieya*, Londra, 1993, a pag. 402.

³¹ *Abi-Saab G., Les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale – étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre*, (Parigi: Paris – Editions A. Pedone), 1967, a pag. 121.

“contestation”, dal momento che molte di tali riflessioni sono state elaborate in un tempo successivo rispetto a quello qui oggetto di indagine³².

In dottrina vi è chi ha criticato la Corte a causa della presunta incompatibilità delle due statuizioni contenute nella decisione relativa a *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*³³.

In primo luogo, infatti, non sarebbe possibile affermare, da una parte, la necessità che per adire la Corte serva un manifesto “scontro tra opinioni” e, dall’altra, ritenere che uno Stato possa adire la Corte sol che ritenga unilateralmente esistente la controversia, così prescindendo dalla verifica relativa alla sussistenza dello scontro tra posizioni. In secondo luogo, l’autore ha ritenuto che sussistesse un’altra contraddizione nel rapporto intercorrente tra le anzidette conclusioni e la struttura del ragionamento successivamente sviluppato dalla Corte. Infatti, pur avendo affermato la potenziale esclusiva rilevanza della condotta del solo attore, la Corte ha poi dato dettagliatamente conto del trascorso dei rapporti intercorsi tra la Germania e la Polonia.

Tali critiche sono logicamente fondate. Tuttavia, è ragionevole ritenere che la presa di posizione della CPGI sulla configurabilità della controversia già sol in presenza di una domanda unilaterale era fondata su almeno due circostanze, di cui si darà conto dopo aver concluso l’analisi della giurisprudenza successiva della Corte.

La CPGI tornò ad occuparsi della questione nel caso *Pajzs, Csàky, Esterhàzy*³⁴. Nello specifico, l’Ungheria aveva convenuto innanzi la CPGI la Jugoslavia, impugnando le decisioni con cui il Tribunale Arbitrale Misto Ungaro-Jugoslavo aveva declinato la propria giurisdizione nei casi sollevati da alcuni cittadini ungheresi che lamentavano la violazione del proprio diritto a un trattamento pari a quello nazionale, in occasione dell’adozione di provvedimenti espropriativi da parte dalle autorità jugoslave. Inoltre, l’Ungheria aveva richiesto alla Corte di dichiarare la condotta del convenuto come costituente violazione delle disposizioni degli Accordi di Parigi del 1930, relativi alla soluzione delle questioni concernenti la riforma agraria in Jugoslavia. Questi ultimi, infatti, contenevano diverse clausole compromissorie (plurime, perché previste da ciascuno degli Accordi), attivabili in caso di controversia relativa alla interpretazione e alla applicazione di tali strumenti convenzionali³⁵. Lo Stato convenuto aveva eccepito

³² Secondo l’autore citato, l’unica voce che in seno alla giurisprudenza della CPGI aveva segnalato una distinzione nell’uso di tali espressioni era quella del giudice Rolin-Jacquemyns il quale, nella sua opinione dissenziente in Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Interpretation of the Statute of the Memel Territory, Judgment, 24 giugno 1932, Series A/B No. 47*, a pag. 258, aveva scritto: “*l’action des quatre Gouvernements tend à amener la Cour à intervenir dans une simple divergence de vues, sans qu’il en soit résulté jusqu’à présent un différend juridique proprement dit...*”.

³³ Cassese A., “*The Concept of “Legal Dispute” in the Jurisprudence of the International Court*”, in *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), a pag. 187 e 188.

³⁴ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Pajzs, Csàky, Esterhàzy Case, Judgment, 16 dicembre 1936, Series A/B*.

³⁵ Più specificamente, la base di giurisdizione della Corte era stata individuata nell’art. XVII dell’*Agreement II* (“*In the event of any difference as to the interpretation or application of the present Agreement and failing agreement between the Parties interested on the choice of a single arbitrator, any State interested shall be entitled to address itself, by written application, to the Permanent Court of International Justice, and shall not be barred by any decision of the Mixed Arbitral Tribunal under Article I of the present Agreement?*”) e nell’art. 22 dell’*Agreement III* (“*In the event of any difference as to the interpretation or application of the present Agreement, and failing agreement between the Parties interested on the choice of a single arbitrator, any State interested shall be entitled to address itself, by written application, to the Permanent Court of International Justice?*”).

l'insussistenza della giurisdizione della Corte proprio per la carenza dei requisiti indicati in tali clausole.

Alla luce di ciò, la Corte era chiamata all'individuazione di tali requisiti, evidenziando come questi fossero (1) l'esistenza di una controversia relativa all'interpretazione e alla applicazione del Trattato e (2) il fatto che le parti non fossero riuscite a concludere un accordo sulla scelta di un singolo arbitro cui devolvere la controversia, nonostante l'esperimento di alcuni tentativi diplomatici aventi tale finalità.

Limitando l'indagine alla prima delle obiezioni, la Corte – nel tentativo di seguire (e forse anche rafforzare) la sua precedente giurisprudenza – affermò che l'esistenza della controversia era difficilmente negabile, solo considerando la proposizione della domanda da parte dell'attore e il deposito delle memorie difensive da parte del convenuto³⁶. Dal punto di vista teorico, ancora una volta, assumeva esclusiva rilevanza l'attività processuale dell'attore e del contenuto, senza che potesse dirsi in qualche modo significativo il trascorso tra le parti.

Dalla giurisprudenza sinora citata emerge come la CPGI avesse fatto proprio, almeno nella prima fase della sua esistenza, un approccio assai diverso rispetto a quello successivamente adottato nel suo ultimo periodo di attività e, quindi, dalla Corte Internazionale di Giustizia (di cui si darà conto nelle pagine che seguono). Infatti, oltre che considerare come fungibili le controversie di cui all'art. 36 e quelle di cui all'art. 60, nelle sue prime decisioni la CPGI sembra anche muoversi nella direzione di provocare una notevole abbassamento della rilevanza, e quasi una nullificazione, della condizione dell'esistenza di una previa controversia tra gli Stati coinvolti.

In altre parole, pare che la Corte si comportasse tendenzialmente come agiscono le Corti e i Tribunali nella grande maggioranza degli ordinamenti processuali nazionali. Infatti, ciò che ivi è idoneo a ingenerare la controversia è la mera proposizione di una domanda giudiziale, essendo pressoché irrilevanti, per l'accertamento della giurisdizione della corte o del tribunale adito, che gli "scambi di vedute" previamente intercorsi tra le parti consentano o meno di denotare l'esistenza di una controversia. Ovviamente, tale requisito risulta essere concettualmente distinto da quelli (diversamente plasmati in ogni ordinamento) della legittimazione o dell'interesse ad agire perché, mentre in questo ultimo caso la competenza dipende da requisiti concernenti una sola delle parti, nel primo è subordinata all'accertamento positivo dell'esistenza di uno o più fatti.

Nonostante in questa sede non risulti possibile svolgere una approfondita analisi degli ordinamenti processuali civili di tutti i diversi Paesi di nazionalità dei giudici al tempo della "prima fase" di attività della Corte, una rapida panoramica di questi – sia quelli appartenenti alla tradizione anglosassone di common law sia quelli continentali (non solo europei ma anche extraeuropei) di civil law – consente appunto di rilevare come, se pure tutti richiedessero la sussistenza di una certa legittimazione o di un certo interesse all'azione, in nessuno si sia mai stagiato come requisito giurisdizionale

³⁶ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Pajzs, Csàky, Esterházy Case, Judgment, 16 dicembre 1936, Series A/B*, a pag. 61 e ss.: "The proceedings instituted by the Hungarian Government and the counter-arguments presented by the Yugoslav Government make it difficult to deny that the present case constitutes a difference of opinion between Hungary and Yugoslavia as to the interpretation and application of the Agreements [...]".

autonomo quello che richiede l'esistenza di una previa controversia tra le parti, quest'ultima intesa come scontro di volontà.

Probabilmente per questo, in via del tutto tendenziale, l'introduzione di eventuali obblighi o facoltà di "contatto" pre-giudiziale tra le parti, più o meno strutturato e a fini giurisdizionali o di ammissibilità, è emersa solo più recentemente, e solo in alcuni (sebbene rilevanti) ordinamenti processuali, principalmente alla luce della necessità di evitare un immediato ricorso alle strutture giurisdizionali interne che, in considerazione del notevole incremento del loro carico di lavoro, devono oggi necessariamente essere considerate come *extrema ratio* nel dirimere le controversie tra i privati. In relazione a quest'ultima questione, lo scenario è differenziato a seconda che si tratti di ordinamenti di common law, quale quello britannico (con le CPR del 1999)³⁷, o di civil law, quali quello francese, italiano, svizzero, spagnolo, brasiliano, danese, olandese e giapponese³⁸.

³⁷ Nell'ambito del diritto processuale britannico non è richiesto che la parte ricorrente dimostri l'esistenza di uno scontro di volontà con la controparte. A questo proposito, conviene senz'altro riferire dell'esperienza dei cc.dd. "pre-action protocols", introdotti nell'ordinamento inglese solamente nel 1999, i quali "prescribe "obligations" which the prospective parties and their legal representatives must satisfy before commencing formal proceedings" e che "are intended to promote efficient exchange of information between the parties" (così in Andrews N., *The Modern Civil Process*, (Tübingen: Mohr Siebeck), 2008, alle pagg. 98 e 99). In altre parole, "one of the working objectives for the new system of civil litigation would be for the parties to settle their disputes before resorting to the courts, whenever it was reasonable for them to do so", così in Loughlin P., Gerlis S., *Civil Procedure*, (Londra: Routledge), 2004, a pag. 6.

³⁸ Nell'ordinamento processuale civile francese attualmente vigente esistono in effetti dei casi particolari in cui sulle parti incombe l'onere di ricorrere ad una conciliazione o una mediazione, prima che una di queste possa richiedere al giudice di risolvere la controversia (come notato in dottrina, è peraltro assai complesso distinguere con chiarezza l'istituto della conciliazione da quello della mediazione, le quali finiscono per confondersi nella misura in cui la seconda non sarebbe altro che una modalità di applicazione della prima, come statuito in una decisione della Corte di Cassazione Francese del 16 giugno 1993 (si veda in proposito Bolze A., "La Notion de Litige Juridique", in Aubert J.-L. et al., *Études Offertes à Jacques Dupichot – Liber Amicorum* (Bruxelles: Bruylant, 2004): "A prendre les deux modèles les plus importantes, qui sont la conciliation et la médiation, on éprouve en effet de la peine à les distinguer. Ainsi, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 16 juin 1993 que la médiation n'était qu'une modalité d'application de la conciliation de l'article 21 nouv. Code pr. Civ., ce qui laisse entendre que la conciliation serait un modèle et la médiation une variante de ce modèle". Tuttavia, questi casi – su cui non ci si soffermerà in questa sede – sono comunque assai limitati e, in ogni caso, come testimoniato dal testo degli articoli che compongono il Titolo VI del Libro I del Code, la celebrazione della conciliazione o della mediazione (siano queste richieste dalle legge, frutto dell'accordo delle parti ovvero disposte dal giudice) non avrebbero altro effetto che quello di sospendere il procedimento contenzioso pendente davanti all'organo giudiziario, senza tuttavia pregiudicarne la giurisdizione né pregiudicando l'ammissibilità della domanda. In ogni caso, questi strumenti – chiaramente finalizzati all'alleggerimento del carico giudiziario – sono stati introdotti negli anni Novanta. Nel sistema di diritto processuale civile italiano, l'assenza del requisito dell'esistenza di un previo scontro di volontà come requisito giurisdizionale si evince dalla lettura dei grandi processualcivili del passato, come Chiovenda G., *Principi di Diritto processuale civile*, (Napoli: Casa Tipografica – Editrice N. Jovene e C.), 1923, il quale, alle pagg. 149 e ss., nell'identificazione delle condizioni generali perché potesse essere pronunciata una sentenza positiva di accoglimento, enunciava solamente l'affermazione dell'esistenza di un diritto, la legittimazione ad agire e l'esistenza dell'interesse ad agire (nessuna di queste categorie può dirsi idonea a "contenere" l'esistenza di una controversia tra le parti al momento dell'instaurazione del procedimento). Al contrario, la necessità che si verifichi un contatto tra le parti, prima dell'instaurazione del procedimento, è emersa solamente in tempi recentissimi, dapprima con il d.l. 28/2010 e quindi con il d.l. 69/2013. La legge che regola il procedimento civile in Svizzera è tra le

È ragionevole credere che tale approccio della Corte fosse peraltro sostenuto da plurime ragioni, di seguito considerate.

In primo luogo, infatti, non bisogna dimenticare che, se pure esperti di diritto internazionale, i giudici della CPGI risentivano comunque della formazione giuridica ricevuta nell'ambito del diritto processuale interno³⁹. Tale circostanza è ben evidente sol che si pensi a quanto affermato dal giudice Altamira che, nell'ambito dei lavori per la revisione del regolamento della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, aveva presentato un *avant-project*, serenamente ammettendo come “*mon système découle principalement de la loi espagnole*”⁴⁰.

più giovani in Europa: infatti, è stata adottata il 1° gennaio del 2011 e ha sostituito le previgenti ventisei leggi di procedura civile cantonali. Ad oggi, questo ordinamento processuale conosce effettivamente casi in cui è necessario esperire il c.d. “*tentative préalable de conciliation*” (per una trattazione notevolmente più approfondita si veda Bohnet F., *Procédure Civile*, (Basilea: Helbing Lichtenhahn), 2014, alle pagg. 235 e ss.). Nell'ordinamento processuale civile spagnolo ancora oggi conciliazione e mediazione non sono imposte alle parti come condizioni per adire gli organi giurisdizionali competenti. Neppure è possibile rinvenire quello dell'esistenza di uno scontro di volontà tra le parti come requisito giurisdizionale autonomo: si veda Cucarella Galiana L. A., “*La Solución No Jurisdiccional de los Litigios de Derecho Privado*”, in Ortelles Ramos M., *Derecho Procesal Civil*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2016), alle pagg. 63 e ss. Nonostante ciò, se una delle due è in corso, il procedimento contenzioso vero e proprio non può essere attivato da una parte. Attualmente anche l'ordinamento processualciviltico olandese non sembra conoscere né un autonomo requisito circa la necessaria esistenza di una controversia prima che sia instaurato il procedimento contenzioso né obblighi e facoltà di negoziato nella fase pre-contenziosa: si veda Van Hooijdonk M., Eijvoogel P., *Litigation in the Netherlands – Civil Procedure, Arbitration and Administrative Litigation*, (The Hague: Wolters Kluwer), 2012, alle pagg. 37 e ss. Per l'ordinamento processuale civile danese si vedano Lindencrone Petersen L., Werlauff E., *Civil Procedure in Denmark*, (The Hague: Wolters Kluwer, 2017), a pag. 83, ove gli autori evidenziano come “*There is no obligatory conciliation or mediation phase preceding legal action in Denmark. The party that decides that negotiations are futile is free to decide to take legal action. Neither it is necessary to document to the court that everything possible was done before proceedings were brought in order to settle the case amicably*”. Anche qui, non sembra che sia richiesto all'attore di dimostrare l'esistenza di una controversia con la controparte. Nell'ordinamento processuale civile giapponese non si riviene alcun requisito relativo alla dimostrazione dell'esistenza di una previa controversia e, d'altra parte, nemmeno oggi è chiesta la celebrazione di negoziati o tentativi di conciliazione tra le parti. Piuttosto, questi ultimi possono assumere una qualche rilevanza nella fase della c.d. “*inquiry*”. Si veda in proposito Goodman C. F., *Justice and Civil Procedure in Japan*, (New York: Oxford University Press), 2004, alle pagg. 283 e ss. Infine, l'ordinamento processuale brasiliano già vigente nei primi anni del novecento, retto dal *Regulamento 737* (dapprima applicabile per il solo processo commerciale e quindi esteso al processo civile: si veda a questo proposito Liebman E. T., “*Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*”, in *Ricerche sul Processo – 4. Il processo civile brasiliano*, Rimini: Maggioli Editore, 1988, a pag. 22) prevedeva come tendenzialmente necessaria la celebrazione di una fase conciliativa (rilevava a questo proposito quanto prescritto dall'art. 23 del *Regulamento*).

³⁹ Questo fenomeno è ben descritto in dottrina. Si consideri Gaja G., *L'Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internazionale*, (Milano: Giuffrè Editore), 1967, a pag. 197: “Gli arbitri ed i giudici tendono a configurare come regole di logica giuridica o comunque ad applicare, pur astraendo dal tecnicismo che spesso caratterizza le norme processuali interne, i principi che valgono nell'ambito dell'ordinamento rispetto al quale si è costituita la loro esperienza personale di giuristi”; Stone J., *Legal Controls of International Conflict – A Treatise on the Dynamics of Disputes and War-Law*, (Londra: Stevens & Sons Limited), 1954, a pag. 87; Witenberg J., “*La Recevabilité des Réclamations devant les Jurisdictions Internationales*”, *Recueil des Cours*, vol. III (1932), a pag. 16.

⁴⁰ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Publications, Série D, n° 2*, a pag. 275.

In generale, il fenomeno dell'utilizzo cosciente nell'ambito del processo innanzi alla CPGI di argomenti provenienti dal diritto interno è stato approfonditamente analizzato in dottrina⁴¹. È stato evidenziato che, perlomeno in quello che si è definito come "foundational period" (tra il 1922 e il 1924), sono state numerose le occasioni in cui alcuni giudici (soprattutto provenienti dal continente europeo) avevano tentato di far sì che la Corte facesse propri approcci tipici degli ordinamenti processuali nazionali⁴². Ciò sembra sostenuto anche da Rosenne, secondo cui questa prima fase sperimentale e preliminare avrebbe avuto come "punto di partenza" i modelli processuali degli ordinamenti nazionali⁴³. Senza contare che, come dimostrato dalle vicende relative alla costituzione della CPGI, la comunità dei giuristi aveva percepito estremamente auspicabile la creazione di una corte avente giurisdizione obbligatoria e non facoltativa, proprio come accade negli ordinamenti processuali nazionali⁴⁴.

⁴¹ Ci si riferisce a Spiermann O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice, the Rise of the International Judiciary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2005, a pag. 134.

⁴² L'autore appena citato riferisce, ad esempio, quanto lamentato dai giudici Anzillotti e Huber i quali, in occasione della decisione relative al celebre caso *Mavrommatis*, avevano commentato l'attitudine di "M. Loder et quelques autres anciens juges, qui auraient voulu modeler la Cour sur les tribunaux nationaux" (ci si riferisce alla corrispondenza di Anzillotti a Hammarskjöld).

⁴³ Rosenne S., *The World Court: What It Is and How It Works*, (Leyden: A. W. Sythoff), 1962, a pag. 23: "The Permanent Court, after an experimental and tentative start, also made tremendous advances in international judicial procedure. Using as its point of departure the models of procedure in the domestic courts (especially the highest courts), international judicial procedure is today a completely autonomous institution of international law and practice having only superficial resemblances to domestic legal procedure".

⁴⁴ La ragione alla base della decisione di costituire una Corte permanente a vocazione universale fu la volontà di perseguire la pace mondiale per il tramite della proceduralizzazione dei così sopiti conflitti interstatali, nel tentativo di superare il meccanismo, assai insoddisfacente, previsto dalle Convenzioni dell'Aja (Si veda Hudson Manley O., *The Permanent Court of International Justice*, The Macmillan Company, New York, 1934, a pag. 85 e ss). Tuttavia, è necessario anche rivolgere lo sguardo alle vicende che ne hanno determinato la nascita (si consideri Fachiri A. P., *The Permanent Court of International Justice*, Oxford University Press, Londra, 1925, a pag. 1 e ss). Dapprima, infatti, il Consiglio della SDN, ai sensi dell'art. 14 del Patto della Società, aveva invitato alcuni celebri e distinti giuristi a costituire un Comitato i cui lavori fossero volti alla preparazione di una bozza, da inviare successivamente al Consiglio, contenente un progetto di Corte. Una delle questioni più delicate fu certamente quella della decisione circa la natura della giurisdizione della Corte. L'alternativa era tra una giurisdizione obbligatoria, frutto del consenso prestato da tutti i Membri della SDN, nel qual caso qualsiasi Stato avrebbe potuto convenirne unilateralmente un altro davanti la Corte, e il classico sistema richiedente il consenso puntuale delle Parti della controversia in relazione a una data controversia o a una data categoria di potenziali controversie, perché la Corte potesse dirsi giurisdizionalmente competente. Il Comitato dei giuristi optò per la prima delle alternative, temperandola con la previsione dell'obbligatorietà del previo esperimento dei mezzi diplomatici (solo quando questi ultimi si fossero rivelati inidonei al raggiungimento di una soluzione condivisa, ciascuna delle parti avrebbe potuto adire la Corte) e facendo salva la possibilità per gli Stati coinvolti di optare per un altro organo giurisdizionale, diverso dalla CPGI. Il Consiglio prendeva atto del progetto elaborato dal Comitato dei giuristi e tuttavia se ne discostava, dopo avere raccolto le opinioni di diversi governi. A dire il vero, è necessario evidenziare come il Consiglio non avesse manifestato una opposizione netta al principio della giurisdizione obbligatoria *tout court*, riconoscendolo anzi come uno sviluppo estremamente utile nell'ambito della risoluzione delle controversie tra Stati (Cf. *League of Nations Official Journal*, novembre – dicembre 1920, a pag. 15), bensì avesse semplicemente ritenuto che i tempi non erano maturi per una svolta così radicale nell'esercizio della funzione giurisdizionale nel diritto internazionale e che la proposta dei giuristi poteva potenzialmente presentare dei problemi di compatibilità con il dettato dell'art. 14 del Patto della SDN. Con tale grande modifica rispetto al progetto partorito dalla Commissione

Tutto ciò non è smentito da quanto sostenuto in dottrina, ossia che, nel trattare la problematica della giurisdizione nell'ambito del diritto internazionale, bisogna accantonare nozioni di diritto interno, dal momento che, mentre negli ordinamenti nazionali è l'autorità pubblica a definire, con proprie norme, il potere proprio dei giudici interni, nell'ordinamento internazionale l'esercizio della funzione giudiziale è un atto volontario e collettivo da parte di Stati sovrani e coordinati che acconsentono al sacrificio del loro diritto di farsi giustizia da sé nella misura in cui tale sacrificio consente la costituzione e il funzionamento di una corte internazionale⁴⁵. In buona sostanza, ciò che in un ambito è reso possibile dalla vigenza di un ordinamento articolato, nell'altro è consentito solo se esista un atto delle parti che manifesti la loro disponibilità a che un terzo risolva la controversia, facendo applicazione di norme giuridiche.

Tale ultima posizione dottrinale, derivante dall'analisi del sistema di risoluzione delle controversie per come è oggi, non pregiudica la fondatezza di quanto sostenuto in relazione ai primi casi trattati dalla Corte, ovverosia che l'essersi formati in un ordinamento del primo tipo potrebbe aver spinto i giudici della CPGI all'adozione, nell'ordinamento del secondo, del medesimo approccio.

In secondo luogo, è opportuno evidenziare come la CPGI fosse in effetti il primo vero organo internazionale permanentemente deputato alla risoluzione delle controversie tra gli Stati che ne avessero accettato la giurisdizione. Anteriormente alla sua costituzione, infatti, l'unico strumento per provvedere alla risoluzione delle

dei giuristi, il rapporto del Consiglio, con altre piccole modificazioni, fu approvato e trasmesso all'Assemblea. Quest'ultima, per una migliore trattazione della questione, decise di costituire un Comitato (il c.d. *Third Committee*), formato da 36 membri, il quale a sua volta affidò la trattazione della questione a un *sub-committee*, i cui lavori si svolgevano contemporaneamente a quelli del comitato. I lavori del *sub-committee* portarono quindi alla approvazione di un rapporto, frutto del tentativo di definire e meglio precisare quanto già incluso nel testo elaborato dal Consiglio, confermando la scelta di escludere dal testo la giurisdizione obbligatoria. Tale testo fu poi analizzato dal Comitato che, confermando le determinazioni già adottate dal *sub-committee*, decise però di includere un emendamento che affermava la giurisdizione della Corte solo se gli Stati, in occasione dell'adesione allo Statuto della Corte, avessero manifestato la volontà di accettare tale giurisdizione come obbligatoria e senza la necessità di particolari accordi, almeno in alcune categorie di controversie. Questo emendamento è da considerare come l'embrione di ciò che è oggi previsto dall'art. 36 della CIG, in materia di dichiarazioni unilaterali di accettazione della giurisdizione. Quindi, nel dicembre del 1920, lo schema prodotto dal *Third Committee* venne presentato all'Assemblea plenaria della Società delle Nazioni e ivi adottato (con modestissime modifiche di cui non è opportuno dare conto in questa sede), all'esito di un dibattito vivace segnato dal rammarico per l'abbandono dell'idea di dotare la Corte di una giurisdizione obbligatoria e tuttavia nella consapevolezza che tale scelta era stata dettata dalla necessità di raggiungere l'unanimità in sede di votazione. Lo Statuto della Corte entrò quindi in vigore prima della seconda adunanza dell'Assemblea, una volta raggiunto il numero di ratifiche richiesto (la maggioranza dei Membri della Società). Questo breve *excursus* è utile per mettere in luce come il bisogno di una Corte avente una giurisdizione obbligatoria – quindi, con un meccanismo di funzionamento simile a quello di qualsiasi corte o tribunale interno – fosse sentito non solo dalla comunità dei giuristi ma anche da larga parte dei soggetti della comunità internazionale mentre la scelta di optare per un sistema pressoché identico a quello utilizzato ancora oggi fu operata solamente in ragione della necessità di raccogliere attorno al progetto di corte mondiale il consenso unanime degli Stati appartenenti alla Società delle Nazioni.

⁴⁵ Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, a pag. 537 e ss.

controversie consisteva nell'arbitrato internazionale, fondamentalmente basato su clausole arbitrali incluse in trattati internazionali e su accordi interstatali specificamente finalizzati alla risoluzione di controversie.

Come noto, la storia dell'arbitrato internazionale ha conosciuto diverse fasi, che ne hanno caratterizzato lo sviluppo⁴⁶. La prima di queste, che grosso modo va dal 1794⁴⁷, passa per il 1871⁴⁸, e giunge sino al secondo dopoguerra, è quella dominata dalla presenza di clausole compromissorie e trattati generali di arbitrato non completi. Attraverso questi trattati, le parti assumevano sì l'obbligo di ricorrere ad arbitrato per le controversie che potessero eventualmente sorgere in relazione all'applicazione o all'interpretazione di un dato accordo internazionale, ma tale obbligo era de contrahendo, nel senso che per la successiva celebrazione del procedimento giudiziale risultava comunque necessaria la conclusione di un ulteriore accordo che definisse puntualmente la composizione del Tribunale e le norme (sostanziali e processuali) che questo avrebbe dovuto rispettare. È evidente che solo qualora entrambe le parti avessero ritenuto sussistente una controversia, avrebbero potuto stipulare un compromesso per devolverla alla cognizione degli arbitri.

È parimenti evidente che il Tribunale arbitrale o l'Arbitro designato dalle parti mai si sarebbero potuti pronunciare sull'esistenza o meno della controversia, essendo quest'ultima il presupposto specifico per la conclusione dell'accordo *ad hoc* e per l'attivazione della procedura arbitrale. Ovviamente, è cosa diversa il fatto che le parti avessero posto dei limiti all'esercizio della giurisdizione da parte dell'organo.

Queste argomentazioni valgono ovviamente anche per la Corte Permanente di Arbitrato, istituita nel 1899 all'esito dei lavori della Prima Conferenza dell'Aja, i quali erano culminati con l'adozione della Convenzione per la Risoluzione Pacifica delle Controversie Internazionali⁴⁹. Nell'ambito della risoluzione delle controversie interstatali, l'analisi della giurisprudenza arbitrale della CPA, sin dal 1902, non consente (e questo è ovvio per le ragioni anzidette) di individuare casi in cui il convenuto eccepisse l'inesistenza della controversia, ancora una volta perché, in tutti i casi decisi

⁴⁶ Conforti B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, XI ed., Napoli, 2014, a pag. 468 e ss.

⁴⁷ Anno di conclusione del *Jay Treaty Arbitration*, un Trattato concluso tra Regno Unito e Stati Uniti d'America che predisponeva la costituzione di tre Commissioni Miste. Mentre la prima era stata designata come commissione d'inchiesta per la risoluzione di alcune controversie su questioni di delimitazione territoriale, la seconda e la terza erano competenti a conoscere di domande proposte, rispettivamente, da cittadini britannici e statunitensi in relazione a diverse condotte dello Stato. Cf. Verzijl J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1976, Vol. VIII, a pag. 276 e ss.; Pietrobon A., *Il Giudizio nell'Arbitrato tra Stati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, a pag. 35 e ss.; Indlekofer M., *International Arbitration and the Permanent Court of Justice*, Wolters Kluwer Law & Business, The Hague, 2013, a pag. 24 e ss.

⁴⁸ Anno di istituzione del Tribunale Arbitrale nel caso Alabama, coinvolgente il Regno Unito e gli Stati Uniti, sulla eventuale responsabilità internazionale del primo per violazione dell'obbligo di neutralità, avendo questo costruito ed equipaggiato, in porti inglesi, delle imbarcazioni poi utilizzate nel corso della guerra civile statunitense. Tra queste, la più famosa era proprio l'Alabama, da cui il nome dell'arbitrato. Cf. Pietrobon A., *Il Giudizio nell'Arbitrato tra Stati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, a pag. 37 e ss.; Indlekofer M., *International Arbitration and the Permanent Court of Justice*, Wolters Kluwer Law & Business, The Hague, 2013, a pag. 27 e ss.

⁴⁹ Si veda Hudson M. O., "Present Status of The Hague Conventions of 1899 and 1907", *The American Journal of International Law*, vol. 25 (1931), alle pagg. 114 e ss.

tra il 1902 e il 1919, erano state le parti a volere compromettere la controversia in arbitri con accordo *ad hoc*⁵⁰.

Questo breve *excursus* dimostra come fosse assai difficile poter immaginare che nell'adempimento delle loro funzioni i giudici della CPGI potessero o volessero allontanarsi da tale prassi arbitrale, che mai aveva revocato in dubbio l'esistenza stessa della controversia.

Esposte le ragioni che inducono a credere che quello della Corte fosse uno schema più o meno consapevolmente rispettato, è significativo che questo si sia mantenuto coerente nel tempo, almeno sino alla decisione del caso della Electricity Company of Sofia and Bulgaria del 1939⁵¹, l'ultimo caso trattato dalla CPGI prima della sospensione dei lavori dovuta allo scoppio della seconda guerra mondiale⁵².

Il retroterra fattuale e giuridico della controversia era complesso e la materia del contendere, che aveva scatenato una articolata querelle giudiziaria, riguardava principalmente le modalità per la corretta determinazione della tariffa che le autorità locali bulgare avrebbero dovuto rimborsare alla società elettrica⁵³.

Nel corso di tali vicende giudiziarie interne, il legislatore bulgaro – su iniziativa governativa – aveva introdotto una nuova imposta sui redditi e la società. A tal proposito, ritenendo che nel testo della legge vi fosse un errore circa la determinazione dell'imponibile per il calcolo della tassazione, la società elettrica aveva richiesto al Governo di verificare la correttezza sostanziale dei dati e di procedere conseguentemente alla loro correzione.

⁵⁰ A tale proposito è opportuno richiamare l'attenzione sull'art. 31 della Convenzione dell'Aja del 1899 che recitava: “*The Powers who have recourse to arbitration sign a special Act (compromis), in which the subject of the difference is clearly defined, as well as the extent of the Arbitrators' powers*”. La Convenzione del 1907 aveva apportato alcune modifiche e, per quanto concerne la necessità di concludere un *compromis*, è opportuno richiamare quanto statuito dall'art. 52: “*The Powers which have recourse to arbitration sign a 'Compromis', in which the subject of the dispute is clearly defined, the time allowed for appointing Arbitrators, the form, order, and time in which the communication referred to in Article 63 must be made, and the amount of the sum which each party must deposit in advance to defray the expenses*”.

⁵¹ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection), Judgment, 4 aprile 1939, Series A/B*.

⁵² Dubisson M., *La Cour International de Justice, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Parigi, 1964, a pag. 13.

⁵³ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection), Judgment, 4 aprile 1939, Series A/B*. Precedentemente alla prima guerra mondiale, la società al centro del contendere, incorporata nell'ordinamento belga, era titolare di una concessione per la distribuzione di energia elettrica nel territorio della municipalità di Sofia. Durante il conflitto, il Belgio e la Bulgaria avevano combattuto su fronti opposti e, per tale ragione, tutti i beni e le attività della società erano stati confiscati dalle autorità statuali. Concluso il conflitto, un accordo internazionale aveva stabilito che tutte le decisioni nel merito delle restituzioni, dei risarcimenti e del contenuto da dare al contratto di concessione dovessero essere deferite a un Tribunale Arbitrale Misto, appositamente costituito. Quest'ultimo, pertanto, aveva determinato con sentenza tutti i profili patrimoniali della concessione, fissando i fattori per pervenire alla fissazione del prezzo di vendita dell'energia. Dopo qualche tempo, era insorta una controversia tra la società e le autorità municipali di Sofia in relazione alla corretta determinazione di uno degli appena menzionati fattori, ovvero quello per la corretta determinazione del prezzo del carbone.

L'esercizio della protezione diplomatica da parte del Belgio aveva dato origine alla controversia interstatale. Infatti, nel giugno del 1937, prima della decisione finale da parte della Cassazione bulgara, il Governo belga aveva trasmesso a quello bulgaro l'opinione per cui la Corte d'Appello di Sofia avesse pronunciato una sentenza lesiva dei diritti della società belga, diritti statuiti dal Tribunale Arbitrale Misto. Pertanto, il Belgio evidenziava come questa vicenda costituisse una controversia che, ai sensi degli artt. 4 e 6 del Trattato concluso tra i due Stati nel 1931 ("Treaty on conciliation, arbitration and judicial settlement"), doveva essere portata innanzi alla CPGI, salvo l'accordo delle parti per deferirla a un tribunale arbitrale. Dal canto suo, la Bulgaria rigettava la pretesa belga (reiterata nel tempo), evidenziando che ad essere competenti nel merito della vicenda erano solo le Corti nazionali bulgare. Con la stessa nota, inoltre, la Bulgaria provvedeva alla denuncia del Trattato.

Qualche mese dopo rispetto a questa comunicazione, il Belgio depositava la propria domanda giudiziale, indicando come base di giurisdizione della CPGI la dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione da parte dei due paesi coinvolti. Nella domanda, il governo belga richiedeva alla Corte di accertare l'illiceità della condotta della Bulgaria non solo in virtù della lesione ai diritti della società in relazione alla determinazione del quantum del prezzo della tariffa da applicare, ma anche per l'approvazione della nuova legge che introduceva nuove imposte reddituali, a svantaggio delle persone giuridiche come la Società elettrica.

D'altra parte, la Bulgaria sollevava un'eccezione preliminare per contestare l'ammissibilità della seconda domanda, poiché la questione della non conformità al diritto internazionale della nuova normativa tributaria non era mai stata oggetto di scambi tra i due Paesi che, secondo il convenuto, avevano trattato solamente dello scontro tra la società e le autorità municipali di Sofia.

In effetti, come dimostrato dalla vicenda sopra esposta, è evidente che tale questione non era mai stata oggetto di scambi tra le due parti e, proprio per tale ragione, la Corte confermò la fondatezza della eccezione del convenuto, espressamente affermando che il governo Belga avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza di una controversia avente un tale oggetto. In conclusione, per dismettere parte della domanda attorea, la Corte evidenziò come l'attore non fosse riuscito a soddisfare lo standard di prova richiesto per la dimostrazione dell'esistenza della controversia.

Tale pronuncia impone alcune riflessioni, poiché in essa la Corte operò un *revirement* in relazione alle condizioni di esistenza di una controversia internazionale.

È nostra opinione che tale mutamento derivi da una seria riconsiderazione del ruolo che la Corte era chiamata a svolgere. Oramai archiviata l'illusione di poter agire come una Corte interna, le mutate condizioni storiche potrebbero aver indotto la Corte a un atteggiamento di maggior cautela al fine di ridurre il proprio ambito di intervento, contrariamente a quanto fatto sino ad allora. In buona sostanza, al fine di tutelare quanto più possibile l'effettività della CPGI, e con essa l'esistenza stessa di un meccanismo accentrato di esercizio della funzione giurisdizionale a livello mondiale, era forse opportuno assumere una posizione più rispettosa delle sovranità nazionali di entrambe le parti della controversia⁵⁴. Quindi, a seguito dell'adozione di questo nuovo

⁵⁴ È evidente che il mutato clima politico nel continente europeo avesse negativamente inciso l'ideale che i conflitti interstatali potessero essere pacificamente risolti attraverso procedure giurisdizionali, quali quelle proprie della CPGI o di arbitrati *ad hoc*. Sul punto si veda Gattini A.,

paradigma, l'esistenza di un valido ed efficace titolo di giurisdizione, perché la Corte potesse decidere di una controversia, era sì un requisito necessario ma non più sufficiente. In questa nuova prospettiva, quindi, posta l'esistenza di un consenso in qualche modo manifestato dagli Stati, bisognava verificare che entrambe le parti (attore e convenuto) avessero effettivamente disputato in relazione a tutte le questioni portate innanzi alla Corte.

Quanto sostenuto è evidente sol che si presti attenzione all'analisi di Spiermann, cui si è già precedentemente fatto un rapido cenno: l'autore ha fondatamente e ragionevolmente diviso l'attività della CPGI in tre periodi distinti.

Il primo (c.d. "foundational period", cui già ci si è riferiti), che va dal 1922 al 1924, è quello in cui a Corte avrebbe cercato di formare una sua propria identità, tuttavia senza grande successo⁵⁵.

Il secondo periodo, tra il 1925 e il 1930, è quello in cui la Corte sarebbe riuscita, se pure attingendo a strumenti tecnico-giuridici provenienti dagli ordinamenti processuali nazionali, a costruire una sua propria identità, come Corte chiamata a dirimere, in maniera pienamente imparziale e secondo diritto, controversie internazionali⁵⁶. Sarebbe questa la fase in cui l'attività della Corte risulterebbe dominata da celeberrimi giuristi quali Huber, Anzillotti e Moore, particolarmente attenti alla redazione di sentenze diffusamente motivate, anche al fine di sostanziare una giurisprudenza coerente⁵⁷. In relazione a questo argomento (e per sostenerne la validità), è opportuno dare conto di una critica, chiaramente infondata ma comunque significativa, sollevata da parte di un diplomatico francese e indirizzata ai giuristi appena menzionati: "les professeurs, dont M. Anzillotti et M. Huber sont les personnifications les plus représentatives, montrent parfois une indifférence excessive aux réalités politiques sur lesquelles ils opèrent et semblent raffiner sur la beauté abstraite du droit"⁵⁸.

Il terzo periodo, tra il 1931 e il 1940, è quello in cui si assisterebbe ad una "spinta" di segno opposto rispetto a quella avutasi nel secondo periodo. Precisamente, sarebbe una fase di maggiore "cautela giudiziale" tra l'altro dimostrata dalla riduzione nel contenuto delle decisioni della Corte⁵⁹, quest'ultima concretizzantesi nella maggiore scarsità delle motivazioni poste a fondamento della decisione (si pensi che, addirittura, nel caso dei Phosphates in Morocco, la Corte ha ommesso di esporre la vicenda fattuale) e nella assenza di pronunce aventi grande rilevanza sul piano giuridico. Oltre a ciò, è da evidenziare il fatto che, sempre in questa terza fase di vita della Corte, avesse assunto maggiore rilevanza l'attività di giudici come Fromageot e Hurst (quest'ultimo

"Souveraineté et Procès International dans les Opinions Individuelles et Dissidents d'Anzillotti à la Cour Permanente de Justice Internationale", in *Grandes Pages du Droit International – La Justice*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2019), a pag. 12. In dottrina (Grewe W. G., *The Epochs of International Law*, Berlino – New York: Walter de Gruyter, 2000 a pag. 611) si è infatti evidenziato come vi fosse stato – dopo il 1933 – un fortissimo declino nell'utilizzo, da parte degli Stati, di procedure di arbitrato per la risoluzione di controversie, senza che a questo corrispondesse un incremento significativo dell'attività contenziosa.

⁵⁵ Spiermann O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice, the Rise of the International Judiciary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2005, a pag. 206 e ss.

⁵⁶ *Ivi* a pag. 292 e ss.

⁵⁷ *Ivi* a pag. 295.

⁵⁸ *Ivi* a pag. 293.

⁵⁹ *Ivi* a pag. 385.

Presidente tra il 1934 e il 1936), più sensibili alle istanze politico-diplomatiche piuttosto che a quelle puramente giuridiche (sostenute da giudici come Huber e Anzillotti)⁶⁰.

Tanto considerato, ci si dovrebbe chiedere per quali ragioni in occasione di questo revirement giurisprudenziale, perfettamente ricadente nel terzo periodo, la Corte abbia fatto valere l'insussistenza della controversia come causa di inammissibilità e non di carenza di giurisdizione.

Per comprendere sino in fondo le ragioni della Corte, è opportuno spendere qualche parola per tratteggiare in modo sintetico le due distinte figure della giurisdizione e della ammissibilità. Tralasciando la confusione ad oggi esistente tra i concetti di giurisdizione e competenza⁶¹, resta fermo che il concetto di giurisdizione attenesse al potere dell'organo giudiziario di rendere giustizia tra le parti. Viceversa, come successivamente riconosciuto dalla CIG nel caso delle Oil Platforms, quello di ammissibilità concernere l'esistenza di circostanze o ragioni che impediscono all'organo di entrare nel merito di una data controversia, nonostante questo abbia positivamente accertato la propria giurisdizione⁶². Per questo, salvo eccezionali casi, è usuale che, nell'ordine di trattazione delle questioni preliminari fatte valere dalle parti, emergano dapprima quelle giurisdizionali e solo successivamente, quando la giurisdizione sia stata positivamente accertata, quelle relative all'ammissibilità della domanda⁶³.

Sulla base di quanto detto sino ad ora è chiara la ragione per cui, dal punto di vista processuale, solo le questioni attinenti la giurisdizione della Corte, maggiormente rilevanti in quanto incidenti sul nocciolo del potere proprio di questa, possano tendenzialmente essere rilevate e trattate *ex officio* dalla Corte. Al contrario, quelle relative all'ammissibilità della domanda, meno rilevanti in quanto relative a circostanze altre rispetto alle fondamenta dell'esercizio del potere giurisdizionale, possono essere oggetto di indagine solo in quanto fatte valere da una delle parti in causa.

Nel caso della Electricity Company la CPGI qualificò l'assenza di una previa controversia come causa di inammissibilità della domanda principalmente per due ragioni. La prima, perché reputava di non dover cadere in contraddizione rispetto alla giurisprudenza che aveva sino ad allora sviluppato. Infatti, se la Corte avesse da subito qualificato la sussistenza di una previa esistenza della controversia come questione di giurisdizione avrebbe disvelato l'attitudine descritta nelle precedenti pagine, e questo

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Alcuni autori in dottrina evidenziano come tra queste figure in realtà non intercorra alcuna differenza (come Kolb R., *The International Court of Justice*, Oxford: Hart Publishing, 2013, a pag. 211 e 212) mentre altri (come Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, vol. II, *Jurisdiction*, Leiden: Brill Nijhoff, 2016, a pag. 542 e 543) evidenziano come in realtà le figure si distinguano dal momento che mentre il concetto di giurisdizione indica solamente "*the capacity of the Court to decide a particular case with final and binding force*", quello di competenza avrebbe una connotazione più soggettiva, includendo questo "*both jurisdiction and the propriety of the Court's exercising its jurisdiction in the particular circumstances*".

⁶² Questa è la definizione che sarà fatta propria dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso delle *Oil Platforms*. Si veda *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment*, I. C. J. *Reports* 2003, par. 27.

⁶³ Per una critica a questa impostazione si consideri Fontanelli F., *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration – The Practice and the Theory*, (Leiden – Boston: Brill), 2018, a pagg. 124 e ss.

avrebbe recato pregiudizio alla sua credibilità, perché avrebbe dimostrato che le preve decisioni erano state pronunciate in assenza di potere giurisdizionale. La seconda, perché se tale modifica giurisprudenziale si doveva all'intenzione di tutelare le sfere di sovranità delle parti in causa, era teoricamente più opportuno che fossero queste ad argomentare, senza che la Corte potesse procedere autonomamente a un esame della questione. Infatti, se lo avesse fatto in assenza di argomenti delle parti, la Corte avrebbe finito inevitabilmente per favorirne una a pregiudizio dell'altra, tradendo così il fine che aveva giustificato la modificazione del precedente approccio. Insomma, era una partita che solo le parti avrebbero potuto giocare, senza interferenze da parte della Corte, la quale avrebbe solamente dovuto limitare la sua attività alla valutazione delle prove volte alla dimostrazione dell'esistenza di una previa controversia tra le parti.

Risulta dunque necessaria una chiosa finale sul rapporto intercorrente tra il contenuto della nozione di controversia nell'ambito della giurisdizione *ex art. 36* e quello della nozione di controversia nell'ambito della giurisdizione *ex art. 60*. Infatti, considerato il revirement giurisprudenziale in relazione al primo avvenuto nell'ultima fase di attività della CPGI, ci si potrebbe chiedere se questo abbia determinato un mutamento di approccio da parte della Corte anche in relazione al secondo.

Considerato che la decisione relativa al caso della Electricity Company fu l'ultima pronunciata dalla CPGI, l'indagine per rispondere a tale domanda non può che avere ad oggetto le prime pronunce della CIG che si riferiscano a controversie interpretative o applicative di cui all'art. 60 dello Statuto.

1.1.2 La costituzione della Corte Internazionale di Giustizia

Conclusa la terribile esperienza del secondo conflitto mondiale e ancor prima dei lavori del Comitato dei Giuristi in seno alle Nazioni Unite del 1944 e della Conferenza di San Francisco del 1945, furono gli Alleati ad interrogarsi sul destino della Corte mondiale, alla luce del crollo dell'intero sistema della Società delle Nazioni. Soprattutto in seno al Foreign Office britannico era molto sentita la necessità di immaginare una nuova architettura istituzionale da dare alla società internazionale nel dopoguerra⁶⁴. Su iniziativa del Foreign Office britannico che a Londra, nel gennaio del 1943, si aprirono i lavori di una commissione informale di giuristi per la redazione di un progetto sulle caratteristiche da dare alla corte mondiale⁶⁵. I lavori del comitato, conclusi con un rapporto e condivisi con altri governi, furono quasi totalmente ignorati in occasione dei lavori della Conferenza di Dumbarton Oaks e del Comitato dei Giuristi del 1945, stabilito dalle Nazioni Unite⁶⁶. Tuttavia, è utile evidenziare come, in relazione alla natura della giurisdizione della Corte, ancora una volta venisse confermata la scelta di escludere la giurisdizione obbligatoria, perché questo avrebbe messo in pericolo la più ampia adesione alla futura organizzazione internazionale⁶⁷.

In seno al Comitato dei Giuristi, la questione della natura della giurisdizione della Corte non fu chiaramente definita, nonostante la maggior parte dei membri di questo si fosse apertamente schierata per l'adozione della giurisdizione obbligatoria⁶⁸. Mentre, in generale, allo Statuto della CPGI, considerato come base per lo Statuto della CIG, venivano apportate solamente alcune modifiche di natura tecnica o di coordinamento linguistico tra l'inglese e il francese⁶⁹, la questione della natura della giurisdizione della Corte era stata determinata tramite la proposta di due versioni alternative dell'art. 36, la prima simile alla norma dello Statuto della CPGI (con una giurisdizione non obbligatoria), la seconda che viceversa affermava l'obbligatorietà della giurisdizione della Corte⁷⁰. Come evidenziato da Rosenne, il vero problema consisteva appunto nel

⁶⁴ Marston G., "The London Committee and the Statute of the International Court of Justice", in Lowe V. e Fitzmaurice M., *Fifty Years of International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), a pag. 44 e ss.

⁶⁵ Tale comitato di giuristi era composto da Malkin, allora consigliere giuridico del *Foreign Office*, e da altri nove giuristi, provenienti dai Paesi alleati e, comunque, non dipendenti, nell'ambito dei lavori della Commissione, dai rispettivi Governi. Notabile l'assenza dell'Unione Sovietica, non avendo questa mai risposto all'invito britannico, e degli Stati Uniti, che si erano comunque limitati ad acconsentire allo svolgimento dei lavori. Cf. Marston G., "The London Committee and the Statute of the International Court of Justice", in Lowe V. e Fitzmaurice M., *Fifty Years of International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), a pag. 48 e ss.

⁶⁶ *Ivi* a pag. 58 e ss.

⁶⁷ *Ivi* a pag. 50 e ss.

⁶⁸ Come risulta chiaro dalle parole di Basdevant: "It does not seem doubtful that the majority of the Committee was in favour of compulsory jurisdiction, but it has been noted that, in spite of this predominant sentiment, it did not seem certain, nor even probable, that all the nations whose participation in the proposed International Organization appears to be necessary, were now in a position to accept the rule of compulsory jurisdiction, and that the Dumbarton Oaks Proposals did not seem to affirm it [...]", U.N.C.I.O. Doc., Vol. XIV, p. 840.

⁶⁹ Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016, a pag. 58.

⁷⁰ "The Members of The United Nations and States parties to the present Statute recognise as among themselves the jurisdiction of the Court as compulsory ipso facto and without special agreement in any legal dispute concerning [...]", UNCIO Doc. vol. XIV, a pag. 821.

decidere se l'accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte dovesse essere una condizione per la partecipazione dello Stato all'ONU⁷¹.

La soluzione relativa alla scelta tra l'una e l'altra possibilità non poteva che essere fornita dalla Conferenza di San Francisco. I lavori della IV Commissione, assistita da un'ulteriore sottocommissione (IV/I), portarono all'adozione di un rapporto, che richiamava in larga parte le disposizioni del vecchio Statuto del 1920, successivamente incorporato nella Carta⁷². Per quanto concerne la natura della giurisdizione della Corte, la scelta fu quella di omettere disposizioni che vincolassero le parti all'obbligatorietà di specifici mezzi di risoluzione pacifica delle controversie⁷³, scelta ancora una volta dovuta a ragioni di natura politica⁷⁴. A prescindere dalla soluzione finalmente adottata, ancora una volta era palese come l'opinione prevalente in seno alla comunità internazionale e in capo alla maggioranza degli Stati fosse in favore dell'affermazione della giurisdizione obbligatoria della CIG⁷⁵.

Fornite queste premesse sulle circostanze che hanno condotto alla creazione della Corte Internazionale di Giustizia, è opportuno ora dare conto della sua giurisprudenza, per verificare se, effettivamente, questa abbia confermato l'orientamento giurisdizionale introdotto dalla CPGI nell'ultima sua fase di vita e per capire come lo abbia sviluppato. In primo luogo si analizzerà la giurisprudenza che ha toccato il tema degli elementi costitutivi di una controversia internazionale ai sensi dell'art. 36 dello Statuto. In secondo luogo, quella che ha trattato della questione degli elementi costitutivi di una controversia interpretativa ai sensi dell'art. 60 dello Statuto.

1.1.2.1. La giurisprudenza della CIG in relazione alle controversie ex art. 36 dello Statuto

La prima pronuncia sull'esistenza della controversia è quella inclusa nel parere consultivo relativo all'Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania del 1950⁷⁶. Nonostante la Corte non fosse stata chiamata a pronunciarsi in

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ivi* a pag. 62.

⁷³ *Ivi* a pag. 64.

⁷⁴ Nell'ambito del subcommittee, "the point of view which finally prevailed was that stated by the delegate of the U.K., who pointed out that his Government, as a signatory to the Optional Clause, was not opposed to compulsory jurisdiction. He observed, however, that two states who had not been members of the old Court and whose co-operation was essential to the new Court were not prepared to go beyond the provisions of art. 36. The wisest course, therefore, would be to retain the optional form, and to leave to those states time in which to consider their future positions", in Anand R.P., *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Londra: Asia Publishing House), 1961, a pag. 43; anche se il *First Committee* aveva approvato la scelta di conservare la disposizione sulla giurisdizione facoltativa, si deve notare come molti degli Stati, che avevano manifestato la propria preferenza per la giurisdizione obbligatoria, decisero di votare in favore della *Optional Clause* "per ragioni di armonia", *ibidem* a pag. 44.

⁷⁵ "International opinion as a whole was in favour of compulsory jurisdiction being conferred on the Court", Anand R.P., *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Londra: Asia Publishing House), 1961, a pag. 48.

⁷⁶ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p.74.

relazione al merito di una data controversia interstatale, trattandosi di un un procedimento consultivo, la decisione ha una estrema rilevanza proprio per via della natura dei quesiti formulati dal Segretario Generale delle Nazioni Unite su autorizzazione dell'Assemblea Generale.

Con il primo, infatti, si richiedeva se uno scambio diplomatico avvenuto tra Bulgaria, Ungheria e Romania, da una parte, e le Potenze Alleate e Associate, dall'altra, avesse originato controversie assoggettabili alle disposizioni dell'art. 36 del Trattato di Pace con la Bulgaria, dell'art. 40 del Trattato di Pace con l'Ungheria e dell'art. 38 del Trattato di Pace con la Romania⁷⁷. Nel caso di specie, i primi tre Stati erano stati accusati dalle Potenze Alleate non solo di aver compiuto violazioni gravi di diritti umani e di libertà fondamentali, vietate dal dettato dei Trattati di Pace, ma anche di aver ostacolato e impedito la costituzione delle Commissioni, previste da quegli accordi internazionali, per la risoluzione di controversie interpretative e applicative dei Trattati. D'altra parte, Bulgaria, Ungheria e Romania ritenevano di non aver commesso alcuna violazione delle norme sopra citate perché, secondo loro, non esisteva alcun obbligo di procedere alla nomina della Commissione.

Dopo aver respinto tutte le osservazioni sollevate da Bulgaria, Ungheria e Romania⁷⁸, la Corte risolse il primo quesito indicando come l'esistenza di una controversia internazionale fosse questione da determinarsi oggettivamente, sottolineando come la mera negazione dell'esistenza di una controversia non ne provasse l'inesistenza. Nel merito, l'analisi degli scambi intercorsi tra le parti aveva fatto emergere l'accusa, da parte del Regno Unito e degli Stati Uniti, nei confronti di Bulgaria, Romania e

⁷⁷ Queste tre disposizioni prevedevano che ogni controversia relativa all'interpretazione o all'esecuzione del Trattato di Pace, non risolta né per il tramite di negoziati né con l'intervento dei "Three Heads of Mission", dovesse essere deferita, fatta salva la possibilità di scegliere un altro mezzo pacifico di risoluzione delle controversie, a una Commissione composta da un rappresentante per ciascuna delle Parti e da un membro, cittadino di un paese terzo, individuato con il consenso di entrambe. Nel caso le parti non trovassero l'accordo relativamente alla nomina del terzo membro nel termine di un mese, ciascuna delle parti poteva richiedere al Segretario Generale delle Nazioni Unite di provvedere alla nomina.

⁷⁸ La CIG dapprima respingeva sia l'obiezione preliminare secondo cui la questione sarebbe stata riservata alla *domestic jurisdiction* degli Stati ribadendo che, in realtà, il quesito mirava all'ottenimento di chiarimenti relativi all'applicazione della procedura per la risoluzione delle controversie sia, successivamente, quella che puntava alla paralisi del procedimento davanti alla Corte, perché quest'ultimo avrebbe sostituito quelli da istituire ai sensi dei Trattati. La Corte riteneva quest'ultima infondata, dal momento che, al contrario, l'opera della CIG avrebbe facilitato lo svolgimento e l'esecuzione dei procedimenti previsti dai Trattati e non si sarebbe in alcun modo sostituita a questi. Da ultimo, la Corte rigettava l'obiezione per cui la procedura sarebbe stata viziata per carenza del consenso degli Stati coinvolti, esponendo le sostanziali differenze sostanziali tra la procedura contenziosa (tra Stati) e quella mirante alle "advisory opinions". Infatti, secondo la CIG, solo nella prima è richiesto che gli Stati prestino il loro consenso, che costituisce una base essenziale per la giurisdizione della Corte. Conseguentemente, questo procedimento deve essere nettamente distinto da quello che realizza la funzione consultiva della Corte, proprio perché la finalità di quest'ultima non è quella di pervenire a decisioni vincolanti per le parti ma solo quella di fornire dei chiarimenti e delle precisazioni, utili all'organo richiedente (in questo caso, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite). In ogni caso, la Corte ribadiva che questo procedimento concerneva solamente l'applicazione di disposizioni per la risoluzione delle controversie e non toccava il merito della controversia né pregiudicava l'operato delle Commissioni che avrebbero deciso non solo il merito della controversia ma, anzitutto, l'esistenza di eventuali cause di carenza della loro giurisdizione.

Ungheria, di violazioni delle disposizioni dei Trattati di pace che vincolavano al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Tale accusa veniva ovviamente respinta da parte dei Governi dei tre Stati est-europei. L'interazione tra le parti appena esposta consentì alla Corte di concludere in favore dell'esistenza di una controversia internazionale, sulla base della circostanza per cui lo scambio diplomatico tra le parti aveva palesato una divergenza di opinioni (nelle parole della Corte, gli Stati "hold clearly opposite views") relativamente alla questione dell'adempimento o inadempimento di alcune obbligazioni derivanti dai Trattati.

Con tale opinione è evidente come fosse intenzione della Corte non solo di confermare quanto precisato nella decisione del caso della Electricity Company of Sofia and Bulgaria ma di sviluppare questa nuova tendenza giurisprudenziale. Infatti, è tesi qui sostenuta che l'opinione abbia non solo delineato il metodo proprio dell'indagine che la Corte deve svolgere, nell'ambito della procedura contenziosa, per la verifica dell'esistenza della controversia interstatale, ma anche che ne abbia definito l'oggetto.

Per quanto concerne il metodo, l'oggettiva determinabilità implica lo svolgimento di un'indagine che vada oltre la mera presentazione di atti processuali, prendendo in considerazione quanto accaduto, in senso ampio, nel tempo antecedente rispetto all'attivazione della procedura giudiziaria (*rectius*, del deposito della domanda attorea). In buona sostanza, è necessario che la Corte prescindendo dalle mere affermazioni delle parti circa l'esistenza o l'inesistenza della controversia e che, al contrario, svolga una indagine sul trascorso fattuale, così come descritto nel corso del processo.

Per quanto concerne l'oggetto, nell'ambito di tale trascorso fattuale sembra necessario dover attribuire una rilevanza pressoché assoluta alle manifestazioni di volontà delle parti, costituendo queste ultime i veri elementi costitutivi della controversia. In altre parole, si dà l'esistenza di una controversia internazionale solamente quando appaiano come confliggenti le opinioni (ciascuna delle quali esprima una determinata pretesa) manifestate dalle parti, in relazione alla medesima questione.

Dal punto di vista teorico, in conclusione, tale ricostruzione conferma come l'espressa manifestazione di volontà (confliggenti) da parte di entrambe le parti in giudizio sia un presupposto logico imprescindibile per l'instaurazione e lo svolgimento del procedimento contenzioso.

Tale modello fu poi confermato dalla Corte nella successiva decisione delle questioni preliminari nei casi del South West Africa del 1962⁷⁹. Alla luce dell'analisi delle posizioni espresse dalle parti in giudizio⁸⁰, la Corte, nel toccare una questione

⁷⁹ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 319.

⁸⁰ L'Etiopia e la Liberia lamentavano la violazione, da parte del Sudafrica, delle obbligazioni derivanti dall'art. 2 del Mandato relativo al Sud Ovest Africano e dell'art. 22 della Convenzione della Società delle Nazioni poiché il Mandatario non solo avrebbe omesso di promuovere quanto più possibile il benessere materiale e morale e il progresso sociale degli abitanti del territorio ma anche avrebbe praticato il c.d. *apartheid*, discriminando nel riconoscimento dei diritti e dei doveri dei soggetti sottoposti alla sovranità dello Stato. Gli attori lamentavano, inoltre, l'adozione, da parte delle autorità Sudafricane, di atti normativi e regolamentari che, per il loro contenuto e per le modalità di applicazione, da una parte risultavano arbitrari, irragionevoli, ingiusti e finanche lesivi della dignità umana, dall'altra incidono negativamente su diritti e libertà degli abitanti,

particolarmente sentita dal giudice Morelli (di cui si dirà immediatamente *infra*) precisò come non potesse dirsi sufficiente, al fine della soddisfazione del requisito della previa esistenza della controversia, la dimostrazione effettiva di un conflitto di interessi tra le parti ma, invero, come dovessero coesistere la pretesa manifestata da uno Stato nei confronti di un altro e, quindi, di una manifesta opposizione a tale pretesa da parte del secondo (si è reputato opportuno tradurre l'espressione in modo più vicino alla versione francese, di "opposition manifeste", nonostante quella inglese, "positively opposed", renda meglio l'idea di una manifestazione concreta di volontà)⁸¹.

A dire il vero, il criterio cui si è appena fatto riferimento non innova sostanzialmente rispetto a quello del contrasto di opinioni. Il suo maggiore pregio è comunque quello di precisare come la controversia sia un fenomeno articolato anche (e soprattutto) dal punto di vista temporale, giacché, nel caso appena toccato dalla Corte, la prima opinione manifestata andrebbe qualificata come "pretesa" ("reclamation", nel testo francese) mentre la seconda andrebbe etichettata come "opposizione" ("opposition"). Pertanto, nonostante la precisazione della scansione temporale degli eventi (consistenti nelle manifestazioni di volontà delle parti), non sembra possibile ascrivere a tale pronuncia alcun rilevante elemento di novità.

È in questo contesto che va indagata l'opinione dissenziente del giudice Morelli, che riprende alcuni suoi scritti risalenti agli anni Trenta⁸². Quest'ultimo avrebbe voluto che

pregiudicando così il regolare sviluppo verso l'auto-governo, oggetto di tutela in quanto finalità implicita del Mandato e della Convenzione *supra* citati, oltretutto degli standard internazionali allora accettati. Secondo l'Etiopia e la Liberia, una tale legislazione da parte del Mandatario avrebbe totalmente ignorato lo *status* internazionale del territorio in questione e, anzi, si sarebbe posta in diretto contrasto con questo, avendo pregiudicato ogni opportunità di auto-determinazione. Gli attori infine lamentavano poi la violazione delle norme relative agli obblighi di informazione da parte del Sudafrica all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e di quelle relative all'obbligo di trasmissione delle petizioni degli abitanti a tale Assemblea. D'altra parte, il Sudafrica lamentava la mancanza di locus standi in capo agli attori e la carenza di giurisdizione della Corte perché, *inter alia*, il conflitto o disaccordo evidenziato da Etiopia e Liberia, in ragione della sua natura e del suo contenuto, non poteva qualificarsi come controversia "coperta" dall'art. 7 del Mandato né poteva dirsi, considerato il suo grado di sviluppo, non risolvibile per il tramite di negoziati, così come previsto dalla norma appena considerata. Più precisamente, il Sudafrica sosteneva che, per riconoscere come sussistente la giurisdizione della CIG, sarebbe stato necessario che la controversia tra il Mandatario e un altro Membro della Società delle Nazioni si riferisse a "*legal rights and interests*" del secondo Stato nella vicenda trattata dalla Corte. Per il convenuto, quindi, non era possibile identificare in capo all'Etiopia e alla Liberia la titolarità di tali situazioni giuridiche.

⁸¹ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962*, alla pag. 328.

⁸² L'argomento che il conflitto di interessi anziché costituire la controversia, ne costituisce il presupposto, era già stato precedentemente in Morelli G., "Nozione ed Elementi Costitutivi della Controversia Internazionale", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 43, 1960, pag. 405. In quello scritto, l'autore evidenziava come non fosse possibile ritenere che il mero conflitto di interesse fosse idoneo, da solo, ad ingenerare la controversia considerata l'esistenza, nella comunità internazionale, di una infinità di conflitti di interesse. Appunto, l'elemento dirimente sarebbe costituito dalla presenza di un conflitto di atteggiamenti tra gli Stati. In opere successive all'opinione dissenziente, l'autore ammette come tale conflitto di interessi possa essere reale o supposto. Si darebbe conflitto reale quando la realizzazione dell'interesse di una delle parti comporti definitivo sacrificio dell'interesse dell'altra parte. D'altro canto, tale conflitto sarebbe supposto se frutto della rappresentazione soggettiva delle parti. È evidente come il pensiero dell'autore sia evoluto, probabilmente nel tentativo di respingere le critiche provenienti da certa parte della dottrina, che

la Corte si dichiarasse incompetente in ragione dell'assenza di alcuna controversia tra le parti, ma ciò che qui assume un rilievo decisivo è l'argomento per cui sarebbe possibile ammettere l'esistenza di controversia anche in casi diversi rispetto a quello della sussistenza di opinioni manifestamente espresse dalle parti (e confliggenti). Infatti, proprio nella sua opinione dissenziente, Morelli dimostra come possa assumere rilievo anche il contrasto di atteggiamenti (nell'originale testo francese, è utilizzata l'espressione "attitudes") diversi rispetto a quelli costituiti da esplicite manifestazioni di volontà. Si dia il caso di una pretesa, manifestata da uno Stato, cui segua una mera condotta, messa in campo dall'altro Stato, contrastante di fatto con la pretesa. Oppure quello in cui uno Stato adotti una certa condotta e, successivamente, la controparte avanzi una protesta formale relativa a quella condotta.

Nella fenomenologia appena descritta, tutte le fattispecie di controversia interstatale, tra loro assai diverse per natura, condividono un elemento in comune: almeno una

non possono essere ignorate. La più aspra, poiché revoca in dubbio il presupposto teorico della ricostruzione di Morelli, è senza dubbio quella proveniente da Quadri (si consideri Quadri R., *Diritto Internazionale Pubblico*, (Napoli: Liguori Editore), 1968, alle pagg. 236 e ss.). Quest'ultimo è lapidario nel denunciare come a fini definitivi e sul piano concettuale, la controversia non consista "in un "conflitto di interessi" comunque "qualificato", poiché le controversie procedono da apprezzamenti subiettivi ai quali possono essere estranei gli "interessi" obiettivamente considerati e un eventuale conflitto di interessi può non porre alcun problema". Per tale ragione, secondo l'autore, il conflitto di interesse non potrebbe mai essere considerato come il presupposto della controversia. Invece, la controversia altro non sarebbe che un concorso di due atteggiamenti contrari, ovvero un "contatto litigioso", composto da "pretesa" e "resistenza" attuose, dotate di effettività e permanenza. Dello stesso avviso è Abi Saab (in Abi-Saab G., *Les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale – étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre*, (Parigi: Paris – Editions A. Pedone), 1967, a pag. 128), che pur apprezzando l'intuizione di Morelli circa la necessità di una manifestazione di volontà perché possa darsi una controversia, critica la premessa per cui debba necessariamente intercorrere una relazione tra il conflitto di interessi e quest'ultima. In sostanza, proprio l'argomento di Morelli secondo cui il conflitto di interesse possa essere solo supposto è idoneo a mettere nel nulla la rilevanza stessa del conflitto di interesse. Nello sviluppo della critica al modello di Morelli, Abi-Saab esclude chiaramente che la mera protesta indirizzata alla previa condotta di un altro Stato possa essere, di per sé, idonea ad ingenerare una controversia internazionale. L'autore propone di ricorrere alla fattispecie della messa in mora. In sostanza, sarebbe possibile immaginare l'insorgenza di una controversia solamente quando uno Stato intimi ad un altro di cessare una certa condotta (o di adottarne una) entro un certo periodo - e in ciò consisterebbe l'atto di messa in mora. Solamente quando lo Stato cui tale intimazione è rivolta, manifesti la propria intenzione di non voler adempiere oppure lasci scadere il termine previsto dallo Stato intimante, tale mise en demeure non accepté comporterebbe l'insorgenza di una controversia internazionale. Come si vedrà *infra*, tale conclusione è stata rigettata *apertis verbis* dalla CIG, che mai ha richiesto l'esistenza della c.d. "prior notification". Secondo Arangio-Ruiz, la tripartizione elaborata da Morelli deve dirsi ammissibile, solo se parzialmente rivisitata (si consideri Arangio-Ruiz G., *Controversie internazionali*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962). Infatti, quest'ultimo, mentre è chiaro nel precisare come non siano affatto problematiche le figure di controversia che consistano in pretesa e opposizione da una parte, e in pretesa e resistenza (intesa, quest'ultima, come comportamento che manifesta un minimo di volontà) dall'altra, rigetta l'ultima delle figure di Morelli (comportamento di uno e protesta dell'altro) in quanto priva di ragion d'essere. In sostanza, Arangio-Ruiz propone di riqualificare la fattispecie comprendente comportamento di A e protesta di B e di includerla nella seconda delle figure (pretesa di uno e resistenza dell'altro). Infatti, secondo l'autore, la protesta verso un comportamento non può che essere qualificata come pretesa. Solo nel caso in cui tale pretesa rimanga successivamente insoddisfatta, a causa del comportamento dello Stato cui è rivolta, allora si avrà controversia internazionale.

delle parti manifesta espressamente la propria volontà mentre l'altra lo può fare, alternativamente, espressamente o per fatti concludenti. Nell'evidenziare questa circostanza, Morelli esprime posizioni più progredite rispetto a quelle fatte proprie dalla giurisprudenza sviluppata sino ad allora dalla Corte, la quale invece si era limitata all'affermazione di come fosse necessario il conflitto tra opinioni precedentemente manifestate. In ogni caso, la triade frutto della categorizzazione trova fondamento comune nel riferimento costante al conflitto di interessi tra gli Stati coinvolti. In altre parole, Morelli evidenzia come tale elemento che, almeno nella definizione in *Mavrommatis*, da solo è sufficiente a costituire una controversia, sia invece insufficiente, costituendo d'altra parte, e solamente, uno tra i presupposti della controversia.

La necessità che almeno una delle parti coinvolte manifesti espressamente la propria volontà, giuridicamente connotata, è indice del fatto che, perché possa insorgere una controversia giuridica internazionale, è necessario che entrambe siano consapevoli del contrasto di posizioni, sussistente tra loro, in relazione a certe questioni. Al di là dell'indiscutibile fattispecie in cui entrambe le parti abbiano manifestato opinioni tra loro divergenti, quando sia una sola parte a manifestare la propria opinione, la controversia verrà ad esistenza quando il destinatario della manifestazione di volontà – nella consapevolezza dell'altrui posizione – assumerà condotte con questa contrastanti. Al contrario, non è possibile ritenere esistente una controversia internazionale quando una delle parti risulti inconsapevole dell'esistenza dello scontro di volontà.

In ordine alla necessità che entrambe le parti debbano dirsi consapevoli dell'esistenza di un contrasto tra loro, occorre dire del procedimento *Certain Phosphate Lands in Nauru v. Australia*⁸³. Il Governo di Nauru aveva convenuto l'Australia perché pretendeva che fosse accertata la responsabilità di quest'ultima in relazione al mancato risarcimento dovuto in ragione dei danni, derivanti dallo sfruttamento dei giacimenti di fosfato, arrecati al suo territorio e alla sua popolazione. Tale sfruttamento era stato praticato per tutta la durata del mandato, nell'ambito della Società delle Nazioni, e del regime di tutela, nel quadro giuridico stabilito dall'ONU. Nel respingere l'obiezione preliminare australiana secondo cui l'estinzione del regime di tutela avrebbe escluso la possibilità per la Corte di conoscere di questioni relative a quel regime, la Corte evidenziò come nessuno potesse negare che, al momento della decisione adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU, esisteva una divergenza di opinioni tra l'autorità di Nauru e gli Stati amministranti (che, oltre all'Australia, erano il Regno Unito e la Nuova Zelanda) circa il ripristino e la bonifica del terreno sfruttate dalle forze amministranti⁸⁴.

La necessità che le parti abbiano consapevolezza dello scontro di volontà risulta evidente specialmente quando sia una sola di quelle a manifestare la propria posizione. Infatti, appare logicamente insostenibile che una parte possa essere consapevole dello

⁸³ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240.

⁸⁴ *Ivi* al par. 30: "The facts set out above show that, when, on the recommendation of the Trusteeship Council, the General Assembly terminated the Trusteeship over Nauru in agreement with the Administering Authority, everyone was aware of subsisting differences of opinion between the Nauru Local Government Council and the Administering Authority with regard to rehabilitation of the phosphate lands worked out before 1 July 1967".

scontro di opinioni quando neppure sia consapevole dell'altrui posizione in relazione a certe questioni.

Nel 1998, la Corte affermò con chiarezza la possibilità che una controversia venga ad esistenza nel caso in cui l'opposizione manifesta non fosse palesata *expressis verbis* ma per fatti concludenti. Infatti, questo tema fu affrontato dalla CIG nella decisione delle obiezioni preliminari nel caso del Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria del 1998⁸⁵. Non essendo necessario dare conto dei dettagli della vicenda, basti qui rammentare che il Camerun aveva convenuto la Nigeria, valendosi delle dichiarazioni unilaterali di accettazione della giurisdizione rese da entrambi gli Stati *ex art. 36* dello Statuto, per richiedere alla Corte di provvedere alla delimitazione del confine marittimo e territoriale. Dal canto suo, la Nigeria aveva sollevato numerose eccezioni preliminari e, tra queste, la quinta e la settima intendevano far valere, rispettivamente, l'inesistenza di controversie delimitative sia del confine terrestre che di quello marittimo⁸⁶.

Nell'ambito della quinta obiezione, la Corte effettivamente riconobbe come non esistesse alcuna espressa contestazione ("challenge") da parte della Nigeria ma che ciò nonostante il disaccordo del convenuto "need not necessarily be stated *expressis verbis*". La Corte precisò inoltre come, nella determinazione dell'esistenza della controversia, così come per altre questioni, la posizione o l'atteggiamento di una parte si possa stabilire tramite inferenza, qualsiasi sia il punto di vista espresso dall'altra parte.⁸⁷

Nel caso di specie, dunque, la Corte rigettò l'obiezione preliminare valorizzando la circostanza per cui l'atteggiamento della Nigeria era stato ambiguo nell'evitare di replicare puntualmente alle richieste avanzate dal Camerun, nonostante la prima fosse a conoscenza delle preoccupazioni del secondo in relazione alla questione della delimitazione del confine territoriale. A dire la verità, le argomentazioni cui ricorre la Corte non sono del tutto convincenti. Infatti, stante la necessità che la controversia debba essere determinata oggettivamente e che questa debba preesistere al procedimento contenzioso, non è dato capire perché la Corte, nell'argomentare il rigetto dell'obiezione, abbia fatto (quasi esclusivamente) riferimento all'ambiguità della Nigeria nel corso del processo. Nello specifico, la Corte ritenne che, nonostante non fosse possibile determinare in quello stadio del procedimento l'esatto contenuto della controversia, in ogni caso una controversia, almeno sulle basi giuridiche relative alla questione della delimitazione territoriale, doveva reputarsi esistente, proprio per via del palesarsi dell'assenza di un accordo tra i due paesi. Dal punto di vista metodologico, il ragionamento della Corte risulta poco preciso. Infatti, anche nel caso in cui gli elementi costitutivi della controversia consistano in pretesa di uno e comportamento dell'altro (nel caso di specie, la pretese del Camerun alla determinazione del confine e l'atteggiamento evasivo della Nigeria), la sussistenza della controversia non potrebbe che determinarsi al momento della proposizione della domanda. In altre parole, la

⁸⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objection, Judgment I.C.J. Reports 1998*, p. 275.

⁸⁶ Per il convenuto, la determinazione di quest'ultimo sarebbe stata possibile solo in conseguenza della risoluzione della controversia sulla titolarità della Penisola di Bakassi e, conseguentemente a questa, sarebbe stato necessario per le parti almeno ricorrere a un tentativo di pervenire ad un accordo, pena l'inammissibilità della domanda.

⁸⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objection, Judgment I.C.J. Reports 1998*, par. 89.

Corte avrebbe dovuto basare la propria decisione sull'analisi del trascorso fattuale tra le parti al fine di accertare se, effettivamente, il Camerun avesse manifestato pretese relativamente al confine territoriale con la Nigeria e se l'atteggiamento serbato da quest'ultima implicasse il rigetto di tali pretese. In quest'ottica, il comportamento processuale del convenuto, lungi dall'essere dirimente nell'accertamento della sussistenza della controversia, potrebbe essere solamente utilizzato per confermare risultanze di un'indagine del trascorso fattuale delle parti e non già per sostituirlle.

Un altro notevole contributo all'analisi è dato dalla decisione della Corte nel caso *LaGrand*, tra Germania e Stati Uniti⁸⁸. Come noto, la controversia era nata in relazione alla vicenda giudiziaria dei due fratelli, Karl e Walter LaGrand, già detenuti e condannati a morte dalle autorità statunitensi per aver commesso efferati crimini. La controversia trovava la propria ragione d'essere nella mancata comunicazione ai due fratelli da parte delle autorità statunitensi dei diritti di assistenza consolare previsti dalla Convenzione di Vienna del 1963. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Oda lamentò una serie di errori che sia le parti sia la Corte avrebbero commesso nel trattare il caso⁸⁹. Primo tra tutti, il giudice evidenziava l'assenza di una controversia nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento da parte della Germania perché mai la Germania aveva rappresentato agli Stati Uniti la violazione della Convenzione sopracitata e questi ultimi erano inconsapevoli dell'esistenza di tale controversia. Al contrario, tale doglianza era stata sollevata, secondo il giudice, solamente nel corso del procedimento⁹⁰.

L'opinione del giudice Oda, che ha il merito di approfondire la questione dell'esistenza di una controversia, appare tuttavia non condivisibile alla luce dei fatti perché la questione della mancata notificazione ai LaGrand dei diritti consolari era stata portata all'attenzione degli Stati Uniti da parte del Governo tedesco due giorni prima dell'esecuzione di Karl. Ciò di per sé dovrebbe dirsi sufficiente per ritenere che la controversia fosse attuale al momento del deposito della domanda attorea.

Il caso risulta però ancora più interessante per altre questioni. Infatti, nel corso del procedimento, la Germania aveva richiesto che fosse accertata in primo luogo la violazione dell'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 da parte degli Stati Uniti. Tale prima pretesa non era mai stata respinta dagli Stati Uniti, giacché sin dall'inizio del procedimento questi avevano pacificamente ammesso la commissione della

⁸⁸ *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 466; la Germania aveva convenuto gli Stati Uniti perché voleva che fosse accertata la loro responsabilità derivante dalla violazione della disciplina prevista dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari (nello specifico, l'art. 36, che prevede in capo ai cittadini privati della propria libertà all'estero il diritto di valersi dell'assistenza consolare per il periodo in cui sono arrestati o detenuti e nel corso del procedimento penale). Infatti, nel caso di specie, le autorità statunitensi (dello Stato dell'Arizona) avevano arrestato, nel 1982, i fratelli LaGrand perché sospettati di aver commesso gravi crimini. Il loro arresto aveva dato origine ad un procedimento penale, culminato con la condanna a morte degli imputati. È da dire che al momento dell'arresto, i fratelli LaGrand non erano a conoscenza di essere cittadini tedeschi mentre, al contrario, secondo la sentenza, le autorità statunitensi erano venute a conoscenza di tale circostanza tra il 1983 e il 1984. Solo qualche anno dopo (precisamente nel 1992) i LaGrand venivano a conoscenza di essere dei cittadini tedeschi, e non grazie ad informazioni provenienti dalle autorità statunitensi bensì grazie all'intervento di soggetti terzi.

⁸⁹ *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, Dissenting Opinion of Judge Oda*, p. 525.

⁹⁰ *Ivi* a pag. 528.

violazione della Convenzione. Ciò che però assume fondamentale rilevanza è che pur non esistendo una controversia tra le parti in relazione alla norma violata (la c.d. norma primaria), tuttavia esisteva una controversia avente ad oggetto le conseguenze di tale violazione (rectius, sul contenuto delle norme secondarie, che regolano le conseguenze dell'illecito). Infatti, mentre la Germania richiedeva che la Corte statuisse in favore dell'obbligo da parte degli Stati Uniti di fornire delle garanzie di non ripetizione, gli Stati Uniti richiedevano che tale domanda fosse rigettata, avendo già fornito adeguata soddisfazione e avendo affermato di avere dato seguito a una serie di iniziative volte a prevenire nuove e ulteriori violazioni delle disposizioni dell'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963.

La Corte, nel trattare la questione, ritenne che gli Stati Uniti avessero effettivamente soddisfatto la pretesa relativa alla prestazione di garanzie di non ripetizione per il tramite della formulazione dell'impegno ad adeguare l'ordinamento giuridico nazionale alle norme di cui al sopracitato art. 36 della Convenzione⁹¹.

A prescindere da questi rilievi di merito, è però necessario sottolineare come la Corte avesse trattato anche della questione della sussistenza della propria giurisdizione in relazione alle misure di non ripetizione che erano state richieste dall'attore. Infatti, gli Stati Uniti avevano obiettato che la giurisdizione della Corte non si potesse estendere alla decisione in materia di rimedi conseguenti alla violazione dell'illecito, fatto salvo il caso in cui la base giurisdizionale preveda specificamente tale potere in capo alla Corte. Nel risolvere la questione, la Corte fu chiara nell'affermare come le controversie concernenti i rimedi attivabili in caso di violazioni sostanziali (una volta che queste siano state accertate) siano implicitamente coperte dal titolo giurisdizionale relativo alla norma primaria⁹².

La Corte è tornata a pronunciarsi sulla necessità della consapevolezza dello scontro di opinioni in *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, tra Georgia e Federazione Russa⁹³. Nel 2008, la Georgia aveva adito la CIG lamentando la violazione operata dalla Russia di diverse obbligazioni derivanti dalla Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione. Tra queste, la Federazione era accusata di aver violato sia obblighi positivi, per aver posto in essere pratiche di discriminazione razziale nei confronti di persone, gruppi di persone ed enti o per averle sponsorizzate o supportate, sia obblighi negativi, per non aver impedito che tali pratiche fossero attuate. Il ricorrente aveva individuato come base di giurisdizione della CIG l'art. 22 della Convenzione sopra citata, che prevedeva la possibilità, purché alcune condizioni fossero soddisfatte, di

⁹¹ *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 516; “The Court [...] takes note of the commitment undertaken by the United States of America to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention; and finds that this commitment must be regarded as meeting the Federal Republic of Germany's request for a general assurance of non-repetition”.

⁹² *Ivi* al par. 48: “The Court considers that a dispute regarding the appropriate remedies for the violation of the Convention alleged by Germany is a dispute that arises out of the interpretation or application of the Convention and thus is within the Court's jurisdiction. Where jurisdiction exists over a dispute on a particular matter, no separate basis for jurisdiction is required by the Court to consider the remedies a party has requested for the breach of the obligation”.

⁹³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 70.

adire la Corte in caso di insorgenza di controversie circa l'interpretazione o l'applicazione della Convenzione. Tra le diverse eccezioni sollevate dal convenuto, ve ne era una relativa all'inesistenza della controversia. Di conseguenza, per indagare se effettivamente tra le parti vi fosse stato uno scambio circa la violazione delle norme della Convenzione, la Corte procette a un'indagine degli scambi intercorsi nel tempo antecedente all'instaurazione del procedimento tra Georgia e Russia. Effettivamente, il collegio evidenziò l'esistenza della consapevolezza della Federazione Russa sulla posizione dell'azione del Parlamento Georgiano e, per questo, ritenne fosse certamente possibile desumere dalle rispettive posizioni delle parti l'esistenza di una controversia⁹⁴.

Tale modello è stato ulteriormente confermato nella decisione della CIG nel caso, del Belgio contro Senegal, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*⁹⁵. In quella circostanza, il Belgio aveva richiesto alla Corte di dichiarare la condotta senegalese come costituente una violazione non solo di diritto pattizio, ossia della Convenzione contro la tortura, ma anche di diritto consuetudinario. E tuttavia, l'analisi dello scambio diplomatico intercorso tra le parti aveva dimostrato come non fosse mai stata avanzata alcuna pretesa da parte del Belgio relativamente alla violazione del diritto consuetudinario e come, conseguentemente, il Senegal non avesse mai preso posizione in relazione a quella⁹⁶. Per tale ragione, la Corte affermò l'inesistenza di controversia in relazione al diritto consuetudinario e decise di escludere dall'ambito materiale della controversia pendente la pretesa di accertamento della violazione di quello. Ragionando per analogia, si potrebbe sostenere che, nel caso di controversia insorgente a seguito di manifestazioni di volontà che giungono solo da una parte, potrebbero essere oggetto di controversia processuale solamente le questioni che, sotto forma di pretese, siano incluse nella manifestazione di volontà dell'unica parte da cui tale manifestazione provenga.

Lo stesso *modus operandi* è peraltro stato seguito in una decisione poco successiva rispetto a quella appena indagata. Ci si riferisce al caso introdotto dal Nicaragua contro la Colombia relativamente a *Alleged Violations of the Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*⁹⁷. In quella sede, il Nicaragua aveva convenuto la Colombia, lamentando la lesione della propria sovranità – nel tratto di mare che le sarebbe spettato ai sensi di una sentenza della CIG del 2012 – a causa di una normativa interna adottata dalla Colombia. Inoltre, l'attore denunciava la minaccia dell'uso della forza, da parte della Colombia, nella commissione di tale violazione.

La Corte concluse in favore dell'esistenza della controversia in relazione alla violazione della sovranità ma esclude che potesse esservene una in relazione alla minaccia dell'uso della forza. Infatti, il fatto che esistessero dichiarazioni rese dai vertici degli Stati coinvolti e che queste fossero di segno opposto – giacché il Capo di Stato del

⁹⁴ *Ivi* al par. 87.

⁹⁵ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 442; il Belgio aveva convenuto il Senegal dinanzi la CIG lamentando la violazione dell'obbligo internazionale dell'*aut dedere aut iudicare*, occasionata dalla mancata attivazione, da parte delle autorità senegalesi, del procedimento volto a perseguire Hissène Habré, già Presidente del Chad, accusato di aver commesso violazioni di diritti umani su larga scala negli anni della sua presidenza.

⁹⁶ *Ivi* al par. 54.

⁹⁷ *Alleged Violations of the Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 3.

Nicaragua aveva chiaramente e pubblicamente manifestato il proprio disaccordo in relazione alla posizione precedentemente manifestata dal Presidente Colombiano – era per la Corte di per sé sufficiente a ritenere che il convenuto fosse consapevole che la propria condotta anteriore era oggetto di manifesta opposizione da parte dell’attore, almeno per quanto concerne la violazione della sovranità del Nicaragua nelle zone marittime che la Corte aveva assegnato al Nicaragua, in occasione della pronuncia del 2012⁹⁸. Viceversa, in nessuna delle dichiarazioni delle parti era possibile individuare manifestazioni circa la minaccia dell’uso della forza. Di conseguenza, il convenuto non poteva dirsi consapevole dello scontro di volontà intercorrente con l’attore sul punto della minaccia dell’uso della forza⁹⁹.

Nel 2016, nel considerare ancora una volta la fattispecie in cui vi siano espresse manifestazioni provenienti da una parte e un mero comportamento omissivo dell’altra, fattispecie che ricomprende sia il caso in cui si combinino pretesa e inadempimento sia quello in cui vi sia protesta a fronte di un previo comportamento, la Corte affermò per la prima volta di non poter esercitare la propria giurisdizione in relazione ad una intera controversia, processualmente dedotta, e non solo in relazione ad alcune delle questioni che la compongono¹⁰⁰. Forse è anche questa la ragione per cui i casi concernenti *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*¹⁰¹, cui ci si sta riferendo, hanno scatenato un vera e propria tempesta in dottrina¹⁰². In quell’occasione, le Isole Marshall avevano convenuto, valendosi delle dichiarazioni unilaterali di accettazione della giurisdizione, il Regno Unito, l’India e il Pakistan, richiedendo alla Corte di accertare la violazione degli obblighi, sia di diritto consuetudinario che di diritto pattizio (derivanti dal Trattato di non proliferazione nucleare), sull’astensione dalla corsa agli armamenti atomici e sui negoziati per pervenire al disarmo nucleare.

⁹⁸ *Ivi* al par. 73.

⁹⁹ *Ivi* al par. 78.

¹⁰⁰ Stoppioni E., “*Decentring the ICJ: a Critical Analysis of the Marshall Islands Judgment*”, *Questions of International Law, Zoom-out* 45, (2017), a pag. 65.

¹⁰¹ *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 255; *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 553; *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 883.

¹⁰² Palestini L., “*Forget about Mavrommatis and Judicial Economy: The Alleged Absence of a Dispute in the Cases Concerning the Obligations to Negotiate the Cessation of the Nuclear Arms Race and Nuclear Disarmament*”, *Journal of International Dispute Settlement*, 8 (2017), a pag. 557 e ss.; Palchetti P., “*Determining the Existence and Content of a Dispute: In Search for Legal Criteria*”, *Questions of International Law, Zoom-out* 45 (2017), a pag. 1 e ss.; Bonafé B., “*Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications*”, *Questions of International Law, Zoom-out* 45 (2017), a pag. 3 e ss.; Oellers-Frahm K., “*The Awareness Requirement and its Problematic Consequences for the Court’s Jurisdiction*”, *Questions of International Law, Zoom-out* 45 (2017), a pag. 33 e ss.; Miron A., “*Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Between Formalism and Verbalism*”, *Questions of International Law, Zoom-out* 45 (2017), a pag. 43 e ss.; Thirlway H., “*Establishing the Existence of a Dispute: a Response to Professor Bonafé’s Criticisms of the ICJ*”, *Questions of International Law, Zoom-out* 45, (2017), a pag. 53 e ss.

La Corte decise in favore dei convenuti circa l'insussistenza della controversia e, per motivare tale conclusione, valorizzò esplicitamente il criterio della consapevolezza dell'esistenza di una controversia. In altre parole, secondo il ragionamento ivi sviluppato, la controversia può considerarsi esistente solamente quando sia dimostrato, sulla base delle prove dedotte in giudizio, che il convenuto era consapevole o non avrebbe potuto dirsi inconsapevole del fatto che le proprie opinioni erano manifestamente opposte dall'attore¹⁰³. Secondo la Corte, tale conclusione doveva desumersi dalla risalente giurisprudenza, già analizzata in questa sede, relativa all'esistenza della controversia. Nel decidere questa questione, tuttavia, la Corte si è divisa e per raggiungere quella decisione è stato determinante il voto prevalente del Presidente. È pertanto comprensibile che siano state molte le opinioni separate e dissenzienti prodotte dai giudici, alcune delle quali contrarie all'elemento della consapevolezza.

Tra le più rilevanti, è forse opportuno riferire la posizione del giudice Crawford, secondo cui la Corte mai avrebbe precedentemente qualificato quello della consapevolezza come un requisito giuridico, bensì piuttosto come un dato meramente fattuale e informale¹⁰⁴. Tale conclusione sarebbe sostenuta da alcune decisioni, anteriori a quelle rese nei procedimenti instaurati dalle Isole Marshall, in cui la Corte aveva manifestamente incluso un riferimento alla consapevolezza, in capo al convenuto, della manifesta opposizione delle proprie posizioni da parte dell'attore. Crawford si riferisce al caso relativo alla Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination e a quello concernente Certain Phosphate Lands in Nauru.

Un'altra opinione dissenziente che è opportuno richiamare è quella dell'allora Vice Presidente Yusuf¹⁰⁵, soprattutto nella parte in cui egli non solo denuncia la novità consistente nella introduzione del criterio della consapevolezza ma afferma come questo contraddica la giurisprudenza della CIG sul concetto di controversia e l'oggettiva determinabilità di questa da parte della Corte¹⁰⁶. Nello specifico, Yusuf pone l'accento sull'apparente inconciliabilità tra oggettiva rilevanza della controversia e la rilevanza di un elemento soggettivo¹⁰⁷. Sulla stessa linea si pongono i giudici Bennouna¹⁰⁸ e Sebutinde¹⁰⁹.

¹⁰³ “As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware or could not have been unaware, that its views were “positively opposed” by the applicant”, *ivi* al par. 41.

¹⁰⁴ *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Judgment, Preliminary Objections, Dissenting Opinion of Judge Crawford, I.C.J. Reports 2016, p. 1093, al par. 5.

¹⁰⁵ Ci si riferisce alla *Dissenting Opinion* allegata a *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 861.

¹⁰⁶ *Ivi* al par. 15.

¹⁰⁷ *Ivi* al par. 23.

¹⁰⁸ *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, I.C.J. Reports 2016, p. 900.

¹⁰⁹ *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, Separate Opinion of Judge Sebutinde, I.C.J. Reports 2016, p. 1039, ai parr. 30 e ss.

La stessa preoccupazione sembra essere condivisa anche dal giudice Robinson, laddove questi, nella sua opinione dissenziente, denuncia l'elemento di incertezza introdotto dal criterio della consapevolezza, dal momento che si tratterebbe di investigare lo "stato mentale" di uno Stato¹¹⁰. Più degli altri giudici precedentemente citati, Robinson evidenzia anche il presunto pericolo che questa pronuncia possa aprire la strada al requisito che subordina l'esistenza di una controversia alla previa notificazione della pretesa da parte dello Stato attore.

In realtà, la maggior parte di queste critiche possono essere rigettate sol che si legga con attenzione il testo delle decisioni indagate. Così quella sul pericolo di surrettizia introduzione del requisito della previa notificazione, considerato che la Corte è stata chiara e netta nel rigettare l'obiezione secondo cui tale requisito sarebbe richiesto dal disposto dell'art. 43 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati¹¹¹. La Corte, a tal fine, valorizza il Commentario della CDI e, precisamente, il commento all'art. 44, secondo cui le disposizioni del Progetto non riguardano questioni giurisdizionali di corti e tribunali internazionali o, in generale condizioni di ammissibilità innanzi tali corti e tribunali¹¹². Pertanto, nel caso in cui la base di giurisdizione della Corte sia costituita dalle dichiarazioni di accettazione *ex art.* 36 dello Statuto CIG, l'esistenza di una previa notificazione (così come l'avvio di negoziati) potrebbe essere richiesta solamente quando sia prevista dal titolo giurisdizionale¹¹³.

Parimenti, le altre argomentazioni possono essere facilmente respinte. Infatti, nel tentativo di mettere in opposizione l'elemento della oggettiva rilevabilità con quello soggettivo della rilevanza del pensiero dello Stato, sia Yusuf che Robinson ignorano che il secondo non è altro che parte del quadro fattuale che la Corte deve comunque considerare per verificare l'esistenza di una effettiva controversia.

Per accertare la fondatezza dell'opinione espressa dalla maggioranza della Corte, secondo cui il requisito della consapevolezza, lungi dal contraddire la previa giurisprudenza della Corte, ne sarebbe la logica conseguenza, è opportuno investigare le obiezioni sollevate nelle opinioni testé citate. In primo luogo, l'argomento di Crawford che valorizza l'alternatività tra giuridicità e fattualità del requisito della consapevolezza deve dirsi capzioso, almeno per due ragioni. Precedentemente, si è evidenziato come la Corte abbia fatto proprio il modello secondo cui, perché esista una controversia, debba esservi esplicita manifestazione di volontà di almeno una delle due parti coinvolte. Ebbene, quale dovrebbe essere il fine della manifestazione di

¹¹⁰ *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Robinson, I.C.J. Reports 2016*, p. 1063, al par. 24. Robinson evidenzia come l'adoperare il criterio della consapevolezza "[...] plunges us, quite unnecessarily, into the murky legal world of the state of mind of a State".

¹¹¹ "Article 43. Notice of claim by an injured State. 1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State. 2. The injured State may specify in particular: (a) the conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing; (b) what form reparation should take in accordance with the provisions of Part Two".

¹¹² *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, al par. 45.

¹¹³ *Ibidem*.

volontà se non quello di ingenerare nel destinatario la consapevolezza di tale volontà? Sarebbe certamente fuorviante affermare che un elemento fattuale e informale non possa assumere una rilevanza giuridica formale. Infatti, sia nella controversia tra Georgia e Federazione Russa sulla Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination sia in quella tra Nauru e l'Australia relativo a Certain Phosphate Lands in Nauru, la Corte non ha fatto altro che fotografare certe situazioni di fatto (nel primo caso l'effettiva conoscenza da parte del governo russo della posizione del parlamento georgiano, nel secondo il fatto che nessuno potesse ignorare la divergenza di opinioni tra le parti) attribuendo loro un significato giuridico, generatore della controversia internazionale. Tale conclusione è supportata anche dal ragionamento del giudice Owada¹¹⁴. Infatti, quest'ultimo sostiene che il criterio della consapevolezza, non potendo caratterizzarsi come nuovo criterio utilizzabile in alternativa ad altri fattori per accertare l'esistenza della controversia, sia piuttosto necessario e vitale per tale accertamento, dal momento che è "l'obiettivo consapevolezza" delle parti che trasforma un disaccordo in una controversia giuridica¹¹⁵. È da notare che proprio il Vice Presidente Yusuf, così strenuamente contrario alla decisione nel caso delle Isole Marshall, abbia invece votato a favore delle conclusioni raggiunte dalla Corte nella controversia tra Nicaragua e Colombia.

Per tali ragioni, a nostro avviso, le tre decisioni nei procedimenti instaurati dalle Isole Marshall non introducono, dal punto di vista meramente teorico, nulla di innovativo nel fare menzione del criterio della consapevolezza del convenuto circa l'esistenza di una controversia. Infatti, quest'ultimo non è altro che una riformulazione dei classici elementi costitutivi della controversia mirante a gettare luce sulla fattispecie in cui solo una parte manifesti *expressis verbis* la propria posizione, mentre l'altra lo faccia per il tramite dell'adozione di un mero comportamento.

Questo è dimostrato anche dalla rilevanza che la Corte attribuisce, a fianco del criterio della consapevolezza, a quello della "colpevole inconsapevolezza". Infatti, mentre è innegabile che la prima sussista quando vi sia un manifesto scambio di punti di vista tra gli Stati, ecco che la seconda si rinviene solamente quando sia solo una delle parti a manifestare la propria volontà, sotto forma di pretesa, nei confronti di un altro. Sarà questa volontà ad essere decisiva per accertare se esista una controversia e, quindi, per costituirne il contenuto. Secondo la Corte, pertanto, la controversia insorgerebbe quando l'intensità della pretesa manifestata dal primo Stato sia idonea ad ingenerare, in quello che la riceve, la consapevolezza della necessità di replicare con una protesta. Qualora lo Stato decida di non replicare con una chiara manifestazione di volontà, la controversia dovrà dirsi già sorta, perché il mero comportamento omissivo, e cioè il permanere in una situazione che sia oggetto di contestazione da parte di un altro Stato, a fronte di una pretesa altrui sarà di per sé idoneo a generare una controversia

¹¹⁴ Ciò traspare anche dalla *Separate Opinion of Judge Owada, Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p. 877, al par. 7, ove è precisato che: "It is this positive opposition manifested between the parties which transforms a mere factual disagreement into a legal dispute susceptible of adjudication".

¹¹⁵ Ivi, al par. 14, Owada conclude che: "The element of awareness therefore constitutes an essential minimum common to all cases where the existence of a dispute is at issue".

internazionale. In questo caso, secondo la giurisprudenza della Corte, l'omesso dovere di reazione da parte di uno Stato è sufficiente per reputare esistente la controversia¹¹⁶.

Esaurita l'analisi concernente gli elementi costitutivi della controversia giuridica nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento giudiziale, così come individuati nella giurisprudenza della CIG, ci si deve ora chiedere quali siano gli elementi costitutivi delle controversie interpretative.

1.1.2.2. La giurisprudenza della CIG in relazione alle controversie *ex art. 60* dello Statuto

La prima pronuncia della CIG nell'ambito dell'art. 60 è quella originata dalla Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum case tra Colombia e Perù¹¹⁷. Senza che vi sia la necessità di dare conto della vicenda, basti ricordare che la prima aveva proposto la domanda di interpretazione nello stesso giorno in cui la Corte aveva pronunciato la decisione la cui interpretazione o applicazione, almeno secondo l'attore, era oggetto di controversia tra le parti.

La Corte decise che la domanda era inammissibile perché non potevano dirsi soddisfatti i requisiti di cui all'art. 60 dello Statuto. Nello specifico, la CIG ritenne che non poteva considerare come controversia quella situazione in cui una sola delle parti reputasse la decisione semplicemente "oscura" o "poco chiara"¹¹⁸. Per questo, i giudicanti non solo ne fecero una questione di mancata dimostrazione dell'esistenza della controversia¹¹⁹ ma anche dedussero che una controversia tra le parti non poteva ancora essersi formata, proprio in ragione del fatto che la domanda di interpretazione era stata depositata il giorno della pronuncia della decisione da interpretare¹²⁰. Questo è sufficiente per dimostrare come l'identificazione del concetto di controversia di cui all'art. 36 abbia condizionato l'identificazione di quello di cui all'art. 60 in ragione, appunto, dell'intenzione della Corte di continuare a rispettare la tradizione, già sposata dalla CPGI, secondo cui le controversie agli artt. 36 e 60 dovessero dirsi fungibili.

La giurisprudenza successiva non sembra discostarsi da questa impostazione. Infatti, nel caso originato dalla Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), la Corte, dopo aver accertato l'esistenza di una controversia (pur

¹¹⁶ Per utilizzare le parole della Corte: "*A dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for*", *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, al par. 30, pag. 84.

¹¹⁷ *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the asylum case, Judgment of November 27th, 1950: I. C. J. Reports 1950*, p. 395.

¹¹⁸ *Ivi* a pag. 403, la Corte ebbe a precisare: "*Article 60 of the Statute provides, moreover, that interpretation may be asked only if there is a "dispute as to the meaning or scope of the judgment". Obviously, one cannot treat as a dispute, in the sense of that provision, the mere fact that one Party finds the judgment obscure when the other considers it to be perfectly clear*".

¹¹⁹ "*Not only has the existence of a dispute between the Parties not been brought to the attention of the Court...*".

¹²⁰ "*... but the very date of the Colombia Government's request for interpretation shows that such a dispute could not possibly have arisen in any way whatever*".

senza dilungarsi eccessivamente nell'esposizione delle ragioni a fondamento di tale conclusione – bisogna comunque rammentare che dopo la prima decisione della Corte era intervenuto uno scambio diplomatico tra le parti), si concentrò piuttosto sul punto se tale controversia avesse effettivamente ad oggetto una differenza di vedute in relazione a ciò che era stato deciso con forza vincolante nel procedimento¹²¹.

Ancora, in relazione alla Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), la Corte ritenne di non doversi pronunciare in merito all'esistenza di una controversia ai sensi dell'art. 60 dello Statuto perché la domanda era stata considerata inammissibile per altre ragioni¹²².

Solo molto più recentemente, la Corte ha tentato di distinguere tra le nozioni di controversia nell'ambito degli artt. 36 e 60 dello Statuto. Ci si riferisce al procedimento scaturito dalla richiesta messicana di interpretazione della decisione, resa dalla CIG il 31 marzo 2004, nel caso Avena tra Messico e Stati Uniti¹²³. In quella sede, l'attore aveva richiesto alla Corte di fornire la corretta interpretazione del paragrafo 153, par. 9, della sentenza, in relazione alla natura dell'obbligo incombente sugli Stati Uniti di "review and reconsideration" della sentenza alla pena capitale comminata a 54 cittadini messicani. Il Messico aveva avanzato una richiesta di misure cautelari, al fine di impedire l'esecuzione capitale di uno di questi cittadini messicani, Medellin, ed è in questo frangente che la Corte si è spesa nella dettagliata trattazione della disposizione dell'art. 60 dello Statuto, rilevando come la già descritta differenziazione terminologica presente nella versione francese dello Statuto della CPGI ("contestation" e "différend") non potesse essere considerata come priva di significato.

La Corte ha precisato come, nonostante in generale entrambi i termini denotino un "contrasto di vedute", il primo abbia una portata più ampia e richieda un'intensità di opposizione inferiore rispetto al secondo¹²⁴. Tutto ciò perché il concetto alla base dell'espressione "contestation" sarebbe più flessibile nella sua applicazione a un caso concreto, non richiedendo la controversia *ex art. 60* la soddisfazione dei medesimi criteri richiesti per la sussistenza della controversia *ex art. 36*¹²⁵.

È ragionevole ritenere che tale distinzione sia stata operata per la prima volta dalla Corte per fornire una giustificazione per la sussistenza *prima facie* della sua giurisdizione, perché altrimenti la Corte non avrebbe potuto ordinare le misure cautelari, richieste *in extremis* dal Messico¹²⁶.

¹²¹ *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamabirya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamabirya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, parr. 46 e ss.

¹²² *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment I.C.J. Reports 1999, p. 39.

¹²³ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 311.

¹²⁴ *Ivi* al par. 53.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Gattini A., "La Corte internazionale di giustizia fra Judicial Activism e Judicial Self-restraint: il curioso caso della richiesta di interpretazione della sentenza resa nell'affare Avena", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 92 (2009), a pag. 478.

A riprova di ciò, conviene infatti ricordare che, nella sentenza resa nel 2009, la Corte ha ritenuto di non doversi pronunciare sull'esistenza effettiva (o meno) di una controversia *ex art. 60* dello Statuto. Questa, infatti, ha escluso di essersi pronunciata, nella decisione oggetto di interpretazione, sulla questione degli effetti propri di una sentenza della CIG negli ordinamenti nazionali e, pertanto, ha escluso che potesse sorgere alcuna controversia interpretativa in relazione a questa questione¹²⁷.

La Corte ha poi confermato e valorizzato l'anzidetta distinzione nel caso della *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*¹²⁸. A dire il vero, in questo caso, l'esistenza di una controversia interpretativa era evidente e, quindi, il richiamo operato dalla Corte deve essere considerato solamente come un'affermazione di principio¹²⁹.

Non si può nascondere come la distinzione concettuale tra le controversie di cui all'art. 36 e quelle di cui all'art. 60 sia senza dubbio un elemento di novità nella giurisprudenza della Corte se si considera che, come si è visto, almeno sino alla decisione sulla richiesta di misure cautelari nel caso *Avena* la nozione di controversia fornita dallo Statuto doveva piuttosto ritenersi unitaria. Tuttavia, non può sfuggire come questa differenziazione risulti non poco problematica.

Con il revirement del 2006, la Corte ha precisato che per l'esistenza di una controversia ai sensi dell'art. 60 dello Statuto non è richiesto che sussistano gli stessi criteri che devono essere soddisfatti per l'esistenza di una controversia ai sensi dell'art. 36 dello Statuto¹³⁰ e sembra averne fatto una questione di intensità nel contrasto tra le parti. In particolare, la Corte ha affermato la superfluità di uno scambio formale tra le parti nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento. Tali criteri non paiono tuttavia sufficienti a distinguere efficacemente tra le due categorie di controversie ed è proprio tale difficoltà nel rivenire gli elementi di discriminazione tra le due figure che deve indurre a ritenere che tale distinzione sia non solo infondata ma neanche irragionevole. Infatti, considerato che gli elementi costitutivi della controversia *ex art. 36* sono stati più dettagliatamente precisati dalla Corte rispetto a quelli della controversia *ex art. 60* e che questi consentono di affermare l'esistenza di una controversia già in presenza di una bassa intensità di opposte vedute, meglio sarebbe stato se la Corte non si fosse avventurata nel tentativo di distinguere ciò che, di fatto, è indistinguibile. Più opportunamente, la Corte avrebbe dovuto confermare la risalente giurisprudenza che aveva, almeno implicitamente, equiparato la natura delle due tipologie di controversia e si sarebbe dovuta limitare ad evidenziare che ciò che distingue le due non è la loro

¹²⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 18.

¹²⁸ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 281.

¹²⁹ Nel caso di specie l'esistenza di una controversia tra le parti era evidente sol considerando le manifestazioni di volontà espresse dalla Cambogia e dalla Thailandia sia in strumenti interni (ad esempio, provvedimenti adottati dal Consiglio dei Ministri della Thailandia) sia in strumenti internazionali (ad esempio, nei documenti trasmessi dalle Parti al *World Heritage Committee* o ai Presidenti del Consiglio di Sicurezza e dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite).

¹³⁰ *Ibidem*, al par. 33: "As the Court has previously confirmed, the existence of a dispute under art. 60 of the Statute "does not require the same criteria to be fulfilled as those determining the existence of a dispute under art. 36, paragraph 2, of the Statute".

natura – ovverosia, l'insieme dei loro elementi costitutivi – bensì solamente il loro oggetto.

In ogni caso, *rebus sic stantibus*, è auspicabile che ulteriori chiarimenti siano forniti in futuro dalla Corte, la quale dovrebbe astenersi dal ripetere formule tratlative che in quanto tali non contribuiscono a precisare una distinzione della cui esistenza è ragionevole dubitare.

1.1.2.3. Assenza di una previa controversia: questione di ammissibilità o di giurisdizione?

L'obiettivo che l'analisi si era ripromessa di raggiungere era quello di fornire una compiuta identificazione degli elementi costitutivi delle controversie internazionali, interpretative e giuridiche, nel sistema contenzioso della CIG. In generale, si è compreso che, ogniqualevolta in passato la Corte abbia accertato l'assenza di controversia, questa abbia conseguentemente omesso di pronunciarsi nel merito.

Per completezza, tuttavia, è necessario formulare una chiosa su quale sia il titolo giuridico su cui la Corte ha fondato la conclusione di non potersi pronunciare nel merito. In altre parole, quando la Corte rileva l'assenza di controversia in relazione alle questioni (tutte o alcune) a lei presentate, qualificherà la domanda come inammissibile oppure affermerà di non essere giurisdizionalmente competente?

Per rispondere brevemente a questa domanda, conviene dire subito che la posizione della Corte è mutata nel tempo in relazione ad entrambe le categorie di controversie.

Per quanto attiene l'applicazione dell'art. 60 dello Statuto, sin dalla prima pronuncia la CIG era nel senso di connotare l'assenza di controversia interpretativa come causa di inammissibilità della domanda¹³¹. Da tale qualificazione la successiva giurisprudenza sembra non essersi allontanata¹³², se non nell'ultimo caso deciso dalla CIG ai sensi dell'art. 60 dello Statuto. Infatti, nel 2013, pronunciandosi sulla domanda di interpretazione proposta dalla Cambogia nel caso concernente il Tempio di Preah Vihear, la Corte, senza fornire alcuna giustificazione, sembra avere operato un revirement giurisprudenziale, facendo ricadere la condizione dell'esistenza della controversia tra quelle determinanti la sussistenza della giurisdizione¹³³.

¹³¹ *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum case, Judgment of November 27th, 1950*: I. C. J. Reports 1950, p. 395.

¹³² Così per esempio in *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, ai parr. 50 e ss.; *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon)*, Judgment I.C.J. Reports 1999, ai parr. 12 e ss.; *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, al par. 21.

¹³³ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, ai parr. 37 e ss.

Meno nitida risulta la giurisprudenza della Corte in relazione alle controversie giuridiche *ex art. 36* dello Statuto¹³⁴.

Infatti, in una prima fase, la Corte ha omesso di qualificare espressamente quella dell'esistenza della controversia come condizione di giurisdizione o di ammissibilità, come accaduto nella già menzionata decisione sulle obiezioni preliminari nel *South West Africa*¹³⁵. La stessa posizione si è mantenuta nella successiva decisione sulle obiezioni preliminari in *Northern Cameroons*¹³⁶, ove la CIG – dopo aver precisato che non era necessario per la Corte determinare se le obiezioni preliminari avanzate fossero relative alla giurisdizione o all'ammissibilità, e che le stesse parti nel corso del procedimento non avevano operato una netta distinzione tra questioni di giurisdizione e di ammissibilità¹³⁷ - ha trattato della questione dell'esistenza della controversia senza connotarla come idonea ad inficiare la giurisdizione o l'ammissibilità.

Successivamente, nel caso *Nuclear Tests* tra Australia e Francia, la CIG ha espressamente riconosciuto come l'esistenza della controversia fosse condizione primaria perché la Corte potesse esercitare la propria funzione giudiziaria¹³⁸.

Infine, la giurisprudenza della Corte si è assestata nel considerare la questione dell'esistenza della controversia come condizione di giurisdizione nelle decisioni dei casi *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*¹³⁹, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*¹⁴⁰ e *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*¹⁴¹.

¹³⁴ Santulli C., “*Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du Mandat d'arrêt*”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48 (2002), alla pag. 264 e ss.

¹³⁵ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962*: I.C.J. Reports 1962, a pag. 328; Santulli C., “*Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du Mandat d'arrêt*”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48 (2002), alla pag. 264: piuttosto che prendere posizione sul punto, la Corte ha preferito verificare l'esistenza della controversia sviluppando una analisi separata rispetto a quella dedicata alle eccezioni preliminari alla giurisdizione.

¹³⁶ *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963*: I.C.J. Reports 1963, a pag. 27.

¹³⁷ *Ibidem*: “*These objections were developed at considerable length during the course of the oral hearing. For reasons which will subsequently appear, the Court does not find it necessary to consider all the objections, nor to determine whether all of them are objections to jurisdiction or to admissibility or based on other grounds. During the course of the oral hearing little distinction if any was made by the Parties themselves between “jurisdiction” and “admissibility”*”.

¹³⁸ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1974, al par. 55: “*The Court, as a court of law, is called upon to resolve existing disputes between States. Thus the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function [...]*”.

¹³⁹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, ai parr. 44 e ss.

¹⁴⁰ *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spacs in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2016, al par. 50.

¹⁴¹ *Obligations concerning Negotiations to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2016, al par. 45.

Nonostante tale assestamento giurisprudenziale, conviene evidenziare come la mancanza di controversia presenti un elemento distintivo rispetto a tutte le altre condizioni di giurisdizione, giacché – a differenza di queste ultime – risulta essere perfettamente sanabile dopo una prima declinatoria di giurisdizione. In questo, forse, quella dell'assenza di controversia è figura che potrebbe avvicinarsi, da un punto di vista logico, a quelle che Fitzmaurice definì come questioni aventi un carattere “pre-preliminary”¹⁴², le quali andrebbero verificate ancor prima di svolgere qualsivoglia analisi circa la sussistenza della giurisdizione della Corte o l'ammissibilità delle domande proposte.

¹⁴² *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerland Fitzmaurice*, p. 103.

1.2 Elementi costitutivi della controversia nel sistema rimediale dell'OMC

1.2.1 Premesse metodologiche e definizione del campo d'indagine

Anche in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio esiste un sistema che mira alla risoluzione delle controversie che possono generalmente sorgere tra i diversi Membri dell'organizzazione (non soltanto Stati ma anche custom territories e organizzazioni internazionali¹⁴³).

Il sistema rimediale dell'OMC trova una propria compiuta disciplina nel Dispute Settlement Understanding, una intesa introdotta in occasione della costituzione dell'Organizzazione avvenuta nel 1994¹⁴⁴. Tale intesa appronta meccanismi assai articolati, frazionati in fasi e culminanti con pronunce vincolanti per le parti. Tali decisioni mirano alla realizzazione di una soluzione “positiva” alla controversia, obiettivo chiaramente affermato dall'art. 3 del DSU, ove peraltro viene manifestata la preferenza del sistema per soluzioni che siano vicendevolmente accettabili per le parti (“mutually acceptable to the parties”).

Non è necessario trattare dettagliatamente del dibattito sulla natura veramente giurisdizionale o meno del sistema indagato e, conseguentemente, di quello sulla natura delle domande ivi proponibili: tali questioni saranno, perlomeno implicitamente, oggetto di approfondita analisi nel corso del capitolo dedicato alla determinazione del perimetro della controversia al tempo dell'instaurazione del procedimento. Ciò che però occorre affermare già ora è la convinzione che quello dell'OMC sia un sistema effettivamente giurisdizionale, nonostante la presenza – come si vedrà – di numerose componenti diplomatiche¹⁴⁵. Inoltre, è assai ragionevole ritenere che quelle ivi proponibili siano delle domande intrinsecamente giudiziali.

Il tutto per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, il procedimento celebrato innanzi agli Organi previsti dal DSU (i cc.dd. panel, come si vedrà) è caratterizzato non solo dalla presenza di presidi propri di

¹⁴³ Tra i primi, figurano Hong Kong, Macau, Taipei; tra le seconde, il caso è quello dell'Unione Europea, membro dell'OMC al pari dei suoi 28 Stati membri. L'art. XI del WTO Agreement recita: “*The contracting parties to GATT 1947 as of the date of entry into force of this Agreement, and the European Communities, which accept this Agreement and the Multilateral Trade Agreements and for which Schedules of Concessions and Commitments are annexed to GATT 1994 and for which Schedules of Specific Commitments are annexed to GATS shall become original Members of the WTO*”. Si consideri Van den Bossche P. e Prévost D., *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, a pag. 247.

¹⁴⁴ Una generale panoramica sugli esiti del processo di integrazione e ampliamento del meccanismo di risoluzione delle controversie si rinviene in Picone P., Ligustro A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, (Padova: CEDAM), 2002, alle pagg. 482 e ss.

¹⁴⁵ Per la trattazione delle componenti diplomatiche proprie del vecchio sistema rimediale (GATT) e per l'analisi della dissonanza tra tali componenti e quelle “legalistiche” nel sistema attuale si rimanda a Weiler J.H.H., “*The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*”, *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001), a pag. 194 e ss.

qualsiasi altro organo giurisdizionale internazionale (ad esempio, si pensi alla necessità che gli arbitri siano imparziali o al fatto che il procedimento debba celebrarsi nel rispetto dei principi di parità delle armi e di rispetto del contraddittorio) bensì anche di presidi ulteriori, quale quello costituito dalla possibilità di ricorrere in appello contro la decisione del panel.

In secondo luogo, la parte vittoriosa potrà ricorrere ad un meccanismo appositamente predisposto ogniqualvolta ella reputi che la controparte soccombente non abbia dato piena esecuzione alla decisione vincolante precedentemente resa al fine di risolvere la controversia.

Orbene, queste considerazioni già evidenziano come il DSU conosca e disciplini due distinte tipologie di controversie: da una parte si danno le vere e proprie controversie giuridiche, costituite dallo scontro di vedute avente ad oggetto la conformità al diritto dell'OMC di una o più misure determinate, le quali siano state adottate da un Membro; dall'altra si danno le controversie concernenti la fase esecutiva, che traggono origine dallo scontro di vedute tra le parti avente ad oggetto l'effettiva (e piena) esecuzione di una decisione vincolante e pertanto risolutiva di una precedente controversia giuridica.

Fornite queste sintetiche premesse in ordine alle due tipologie di controversie identificabili nel sistema rimediale dell'OMC, occorre chiedersi quale sia il momento in cui ciascuna di esse viene ad esistenza, ovvero quali siano i loro elementi costitutivi. Per chiarire queste questioni, tuttavia, è dapprima necessario delineare la struttura del procedimento così come prevista dal DSU.

1.2.2 Controversie giuridiche nel sistema dell'intesa

Il procedimento che mira alla risoluzione di controversie giuridiche è contraddistinto dalla presenza di distinte fasi, ciascuna finalizzata alla realizzazione di specifici obiettivi. In questa sede, non si darà approfonditamente conto dei dettagli procedurali che caratterizzano ciascuna fase, ma ci si limiterà all'esposizione dei "passaggi chiave" che risultano fondamentali per comprendere la funzione propria di ciascuna fase. Successivamente ci si concentrerà sulle fasi iniziali per capire in quale di queste venga ad esistenza una vera e propria controversia giuridica.

In un primo momento, vengono celebrate le cc.dd. consultazioni, che devono svolgersi tra le parti coinvolte e che costituiscono il primo e necessario stadio della procedura eventualmente culminante con una decisione giudiziaria¹⁴⁶. La funzione di questa fase, alla luce della sistematica preferenza per le soluzioni frutto dell'accordo tra le parti, è esattamente quella di predisporre un momento di confronto per evitare l'avvio della procedura attraverso cui si perviene alla decisione operata da un terzo. Come si vedrà, però, la "finestra" per concludere un accordo estintivo della controversia rimane aperta nel corso dell'intero procedimento (finanche in appello).

Dopo l'avvio delle consultazioni, può essere che il loro svolgimento non consenta di pervenire alla conclusione di un accordo risolutivo della controversia. In tal caso, è prevista la possibilità per il ricorrente di richiedere la costituzione unilaterale del panel, ma non prima del sessantesimo giorno dalla trasmissione della richiesta di consultazioni.

Lo stesso esito si dà ogniqualvolta le consultazioni non siano state celebrate. L'assenza di consultazioni è in effetti una circostanza patologica rispetto al normale decorso degli eventi procedurali, e si dà sostanzialmente in due casi, ovverosia quando la parte richiesta ometta di dare riscontro alla richiesta di consultazioni oppure, dopo che tale riscontro sia stato dato, qualora le consultazioni non siano state avviate entro il decimo giorno dalla data della trasmissione della richiesta di consultazione¹⁴⁷.

Il panel è un organo collegiale, composto da tre membri, istituzionalmente chiamato a conoscere della controversia e deputato all'emanazione di un rapporto, che in buona sostanza equivale a una decisione in cui sono accolte o respinte le pretese attoree. Il rapporto pronunciato dal panel diventerà definitivo, e quindi vincolante per le parti, solamente se adottato dal Dispute Settlement Body¹⁴⁸, organo di vertice dell'intera

¹⁴⁶ Sul carattere giurisdizionale o quasi giurisdizionale dell'Organismo di Risoluzione delle controversie si veda Canal-Forgues E., *Le Règlement des Différends à l'OMC*, (Bruxelles: Bruylant), 2008, a pag. 31: "Au lieu d'essayer de trancher un débat sur l'exacte nature d'un système, dont il est facile d'observer qu'il reste écartelé entre deux logiques en ce qu'il met en œuvre, en les combinant, des procédures qui relèvent d'un esprit parfois toujours conciliatoire et d'une allure de plus en plus juridictionnelle, il apparaît ici plus pertinent de continuer à y voir un mécanisme pragmatiquement ordonné et profondément original dans lequel s'exerce une fonction de jugement, dont découlent des décisions à portée obligatoire pour les parties".

¹⁴⁷ Marceau G., "Consultations and the Panel Process in the WTO Dispute Settlement System", in Yerxa R., Wilson B., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pag. 31.

¹⁴⁸ Come si dirà *infra*, la funzione dei panel e dell'Organo di Appello è almeno formalmente quella di fornire la loro assistenza al DSB, organo chiamato alla risoluzione delle controversie. In verità, per le ragioni che si diranno, l'adozione del rapporto da parte del DSB è quasi divenuta una

impalcatura eretta dal DSU, a cui spetta l'ultima parola nell'ambito del sistema rimediale. Tale adozione, tuttavia, è pressochè scontata, dal momento che – come si dirà più dettagliatamente *infra* – vige il meccanismo del c.d. “negative consensus”. Tuttavia, la questione dell'adozione del rapporto emanato dal panel non potrà essere inclusa nell'ordine del giorno del DSB nel caso in cui il Membro soccombente ricorra all'Organo di Appello per censurare uno o più profili del rapporto. Come si vedrà meglio *infra*, quello previsto dal DSU è un vero e proprio procedimento di secondo grado, che può non solo confermare ma anche modificare o far venire meno le conclusioni raggiunte dal panel. Concluso il procedimento di secondo grado, il DSB sarà infine chiamato all'adozione del rapporto dell'Organo di Appello.

L'esposizione sintetica e semplificata del procedimento serve a fornire la risposta a due diverse questioni¹⁴⁹: la prima, se in seno all'OMC si possa affermare che le modalità di nascita della controversia corrispondono a quelle elaborate nell'ambito della CIG; la seconda, strettamente connessa alla prima, su quale sia il momento in cui una controversia giuridica possa dirsi esistente nell'ambito del diritto del commercio internazionale.

Per rispondere alla prima questione, ci si deve chiedere se nell'ambito del diritto internazionale del commercio siano replicabili le fattispecie costitutive di controversia giuridica conosciute nel diritto internazionale, e precedentemente illustrate, di pretesa-resistenza, pretesa-comportamento e comportamento-protesta.

A questo proposito, occorre precisare che la procedura contenziosa può essere attivata da un Membro dell'OMC ogniqualvolta questo reputi che una misura adottata da un altro Membro sia idonea a mettere a repentaglio i benefici che gli derivano dagli accordi ovvero a impedire il raggiungimento degli obiettivi propri dell'accordo. La normativa prevede che tale rischio lesivo si possa manifestare in tre fattispecie, già specificamente descritte dall'art. XXIII del GATT 1947¹⁵⁰.

In primo luogo, è possibile che un Membro contesti ad un altro l'adozione di misure interne che asseritamente costituiscano una violazione delle obbligazioni previste dagli Accordi (c.d. “violation complaint”); in secondo luogo, è previsto che un Membro possa contestare ad un altro l'adozione di misure diverse da quelle che originano violazioni di obblighi previsti dagli Accordi (c.d. “non-violation complaint”); in terzo luogo, è ipotizzato che un Membro possa contestare a un altro l'esistenza di qualsiasi altra situazione (c.d. “situation complaint”).

formalità e per questo, sostanzialmente, sia il panel che l'Organo di Appello sono divenuti i veri organi decisori.

¹⁴⁹ Per una chiara e dettagliata esposizione delle procedure proprie del sistema rimediale dell'OMC si rimanda a Van den Bossche P. e Zdouc W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, a pagg. 244 e ss.

¹⁵⁰ La disposizione recita: “1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it”.

Mentre la prima categoria di violazioni risulta in assoluto la più rilevante nella prassi giurisprudenziale, la seconda e la terza fattispecie non sono state frequentemente invocate nella giurisprudenza del DSB¹⁵¹, tanto che autorevole dottrina ne ha revocato in dubbio la vigenza¹⁵².

In ogni caso, da ciò traspare con chiarezza come il sistema rimediale dell'OMC abbia fatto proprio solamente uno dei modelli di controversia delineati nell'ambito del diritto internazionale, ovvero sia quello che vede, da una parte, il comportamento di un soggetto e, dall'altra, la contestazione di quel comportamento da parte di un altro. Tale modello trova la sua più radicale affermazione nelle violation complaints e nelle non-violation complaints, poiché evidentemente in entrambi i casi la contestazione di certe misure da parte di uno ne presuppone l'adozione da parte di un altro.

Se ciò è vero, è però opinione diffusa che il termine "misura" non sia del tutto chiaro dalla mera lettura del testo e, pertanto, consapevole della necessità di elaborare una tale definizione per pervenire ad una corretta delimitazione dell'ambito di esercizio della giurisdizione dei panel, la dottrina ha specificato una serie di situazioni in cui la misura in questione, in quanto atto proprio dell'autorità pubblica, è reputata idonea alla lesione diretta o indiretta dei benefici derivanti - direttamente o indirettamente - dai covered agreements¹⁵³. A prescindere da tali soluzioni dottrinali, è stata poi la stessa giurisprudenza dell'Organo di Appello a precisare che tali misure potrebbero essere consistere sia in atti aventi una portata particolare sia in atti aventi una portata generale, ovvero sia legislativi o normativi lato sensu¹⁵⁴. Inoltre, nella valorizzazione del nesso che deve necessariamente intercorrere tra la misura de qua e lo Stato, si è confermato che un Membro può invocare una lesione diretta o indiretta a un proprio beneficio

¹⁵¹ Tale circostanza non ha comunque impedito alla giurisprudenza di fornire delle indicazioni circa la portata delle "non-violation complaints". Infatti, sin dal rapporto del panel nel caso *Korea — Procurement*, WT/DS163/R, del 1° maggio 2000, ai par. 7.915 e ss., si è detto che il ricorso alle "non-violation complaints" non può essere compreso se non inserito nel quadro più generale dei principi generali del diritto internazionale pubblico, quali quello del pacta sunt servanda o quello della buona fede.

¹⁵² Tanto che, in passato, certa dottrina ha addirittura ipotizzato l'abolizione della fattispecie delle "situation complaints": si veda in proposito Petersmann E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organisation and Dispute Settlement*, (Londra: Kluwer Law International), 1997, a pag. 176.

¹⁵³ *Ex multis*, si considerino Van den Bossche P. e Prévost D., *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, a pag. 163.

¹⁵⁴ È opportuno richiamare quanto statuito nel rapporto dell'Organo di Appello nel caso *US — Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, WT/DS244/AB/R, del 15 dicembre 2003, ai parr. 81 e ss.: "In addition, in GATT and WTO dispute settlement practice, panels have frequently examined measures consisting not only of particular acts applied only to a specific situation, but also of acts setting forth rules or norms that are intended to have general and prospective application. In other words, instruments of a Member containing rules or norms could constitute a "measure", irrespective of how or whether those rules or norms are applied in a particular instance. This is so because the disciplines of the GATT and the WTO, as well as the dispute settlement system, are intended to protect not only existing trade but also the security and predictability needed to conduct future trade. This objective would be frustrated if instruments setting out rules or norms inconsistent with a Member's obligations could not be brought before a panel once they have been adopted and irrespective of any particular instance of application of such rules or norms. It would also lead to a multiplicity of litigation if instruments embodying rules or norms could not be challenged as such, but only in the instances of their application. Thus, allowing claims against measures, as such, serves the purpose of preventing future disputes by allowing the root of WTO-inconsistent behaviour to be eliminated".

solamente quando affermi l'esistenza di una previa condotta, attribuibile a un altro Membro, che si ritenga potenzialmente lesiva di tali benefici¹⁵⁵.

Per questo, tornando al tentativo di comparazione tra questo sottosistema e il sistema giurisprudenziale della CIG, sembra ragionevole concludere che la struttura del procedimento propria dell'OMC ammetta, tra tutte le fattispecie (sopra indicate) che danno origine alla controversia nell'ambito del procedimento CIG, solamente quella che si compone di un dato comportamento, adottato da un certo Membro, il quale venga seguito dalla protesta di un altro.

Tuttavia, se si considera l'elevato grado di istituzionalizzazione della procedura rimediabile – che sarà oggetto di dettagliata indagine *infra* – ben si comprende come l'utilizzo del modello che si è testè identificato, e più in generale dei modelli teorici rinvenuti nell'ambito del diritto internazionale generale, sia poco appropriato nel sistema rimediabile dell'OMC.

In ragione di questa considerazione, occorre ora considerare le peculiarità procedurali del sistema qui indagato per comprendere come e quando una vera e propria controversia giuridica ivi venga ad esistenza.

Secondo una prima ricostruzione, una controversia giuridica potrebbe dirsi esistente già nel momento in cui un Membro decida di presentare e notificare la propria richiesta di consultazioni, ai sensi dell'art 4 del DSU. A supporto di una tale posizione va considerata l'attitudine dei panel, che mai richiedono l'esistenza di un previo "scambio" tra le parti diverso rispetto a quello che origina dalla richiesta di consultazioni. In altre parole, nel procedimento rimediabile dell'OMC il requisito della previa esistenza della controversia tra le parti viene assorbito dalla proposizione di tale richiesta e, a contrario, non sembra possibile ritenere che esista una controversia se non in questo caso. Di conseguenza, uno scambio tra le parti diverso rispetto a quello previsto dal DSU sarebbe inidoneo ad ingenerare una controversia rilevante per l'OMC e, pertanto, non legittimerebbe alla proposizione immediata della richiesta di costituzione del panel.

Questa prima ricostruzione parrebbe anche supportata dal dettato di due disposizioni di fondamentale importanza. Infatti, sembrano indicare che la controversia giuridica possa venire ad esistenza con la richiesta di consultazione sia l'art. 6 par. II del DSU, nella parte in cui prevede che la richiesta di costituzione del panel indichi anche se sono state tenute le consultazioni sia, in maniera molto più rilevante, l'art. 4 par. 4 DSU, nella parte in cui richiede che il richiedente indichi le ragioni della richiesta e, più precisamente, identifichi le misure contestate e delle basi giuridiche della domanda¹⁵⁶.

¹⁵⁵ *Ibidem*: "Article 3.3 of the DSU refers to "situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member". This phrase identifies the relevant nexus, for purposes of dispute settlement proceedings, between the "measure" and a "Member". In principle, any act or omission attributable to a WTO Member can be a measure of that Member for purposes of dispute settlement proceedings. The acts or omissions that are so attributable are, in the usual case, the acts or omissions of the organs of the state, including those of the executive branch".

¹⁵⁶ L'art. 4, par. 4, DSU recita: "Any request for consultations shall be submitted in writing and shall give the reasons for the request, including identification of the measures at issue and an indication of the legal basis for the complaint".

Tuttavia, nonostante quanto sin qui precisato, tale prima ricostruzione non sembra essere affatto sostenibile. Infatti, perché esista una controversia giuridica, è necessario che questa abbia un contenuto certo e determinato che la caratterizzi. Come già si è visto precedentemente, e senza pregiudizio alla questione dell'eventuale potere dell'organo giudiziario di identificarne il contenuto, la giurisprudenza della CIG ammette che vi sia una data controversia solamente quando questa abbia un contenuto sufficientemente chiaro e definito. Tale ricostruzione, che risponde anzitutto a criteri di logica giuridica e che pretende un certo grado di cristallizzazione del contenuto della controversia, deve ritenersi valevole anche nell'ambito del diritto internazionale del commercio.

Nel merito delle questioni qui analizzate, la procedura consultiva – nonostante prenda avvio da un atto formale e indicativo della base giuridica della pretesa – non può dirsi ancora esclusivamente giudiziale. Piuttosto, dovrà qualificarsi come momento ancora diplomatico¹⁵⁷, poiché le parti non solo possono pervenire a una soluzione concordata, e questo in effetti è il fine principale della procedura, ma anche raccogliere informazioni utili, esporre argomenti fattuali o necessità politiche¹⁵⁸. Da questo emerge come in questa fase non sia trattata una controversia già cristallizzata ma, all'opposto, le circostanze proprie della fase consultiva, unitamente alle pretese che ivi concretamente si manifestano, contribuiscono in maniera decisiva a plasmare la sostanza e l'ambito del successivo, ed eventuale, procedimento davanti al panel¹⁵⁹.

Dunque, escluso che una controversia giuridica possa dirsi già esistente nel momento della richiesta di consultazioni, è giocoforza ritenere che questa sorga solo al momento della presentazione della richiesta di costituzione del panel, ai sensi dell'art. 6 del DSU, ovvero sia quando le consultazioni siano fallite e non abbiano consentito di pervenire a una soluzione che sia frutto dell'accordo delle parti, oppure nell'eventualità in cui queste non si siano celebrate. In definitiva, è controversia giuridica nell'ambito OMC solamente quella che emerge dalla indicazione dei terms of reference, questi ultimi plasmati ad opera del ricorrente e recepiti nella richiesta di costituzione del panel, alla luce dell'esito delle consultazioni.

Questo consente poi di comprendere come il grado di rilevanza della volontà attorea nel campo dell'OMC non si differenzi molto rispetto a quello del diritto internazionale generale, poiché anche qui, come si è visto nell'ambito della giurisprudenza della CIG, è previsto che la qualificazione di una controversia come giuridica dipenda in buona sostanza dalla decisione della parte di avanzare pretese che trovino la propria ragione d'essere su argomentazioni di natura giuridica. Se così non fosse, la richiesta di costituzione dovrebbe dirsi carente di un suo elemento essenziale e pertanto viziata. Quanto affermato, ovviamente, non pregiudica la sussistenza di eventuali profili di

¹⁵⁷ Wolfrum R., Stoll P., Kaiser K., *WTO – Institutions and Dispute Settlement. Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, a pag. 320.

¹⁵⁸ Horlick G. N., *The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner's View*, in *The International Lawyer*, 32, 1998, a pag. 692.

¹⁵⁹ *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, rapporto dell'Organo di Appello del 19 dicembre 1997, al par. 94: *“the claims that are made and the facts that are established during consultations do much to shape the substance and the scope of subsequent panel proceeding”*.

carenza di giurisdizione *ratione materiae* del panel, nel caso in cui questo provveda a decidere questioni non prospettate dalle parti nei terms of reference (questione che sarà comunque trattata nella sede dedicata).

Dunque, chiarito che controversie giuridiche rilevanti per l'intesa potranno solamente insorgere nell'atto di presentazione della richiesta di costituzione del panel *ex art.* 6 del DSU e non già in quello della richiesta di celebrazione delle consultazioni *ex art.* 4 del DSU, rimangono da chiarire alcune importanti questioni concernenti il rapporto intercorrente tra le due fasi, ovverosia se: 1) il panel possa rilevare d'ufficio la violazione di obblighi derivanti dal DSU relativamente al procedimento consultivo; 2) il panel possa trattare e decidere questioni che non siano state previamente incluse nella richiesta di consultazioni ovvero discusse dalle parti in sede di consultazione.

Per chiarire la prima questione il ricorso alla dicotomia giurisdizione-ammissibilità non risulta essere di alcun aiuto, giacché una condivisibile opinione dottrinale reputa che tale distinzione abbia scarsissima rilevanza nel sistema previsto dal DSU, dal momento che questo conoscerebbe solamente dei casi di assenza di giurisdizione e, viceversa, non contemplerebbe nessun caso di inammissibilità¹⁶⁰.

In ogni caso, si deve ammettere che così come sono diversi gli argomenti a sostegno della tesi per cui la mancanza delle consultazioni sarebbe questione rilevabile d'ufficio, così anche sono numerosi quelli che inducono a credere che si tratti di una questione rilevabile solamente in caso di formulazione di una tempestiva eccezione da parte del convenuto.

In relazione alla prima, è necessario precisare come le consultazioni, nonostante siano state pensate come una fase-filtro dedicata alle parti, abbiano anche una rilevanza istituzionale o collettiva. Infatti, giovano all'intero sistema rimediale sia perché consentono di pervenire ad una soluzione amichevole che – in quanto frutto dell'accordo delle parti - ha molte chances di essere osservata, sia perché, anche in mancanza di siffatto accordo, consentono di definire con maggiore chiarezza quali siano la natura e il contenuto della controversia, queste ultime questioni di potenziale interesse per tutti gli altri Membri dell'Organizzazione. Proprio per questo, bisogna

¹⁶⁰ Van Damme I., “*Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation*”, in Bethlehem D., McRae D., Neufeld R., Van Damme I., *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), a pag. 310. Conviene poi citare anche Cook G., *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2015, pag. 1: dopo aver evidenziato come non sia chiaro se nella giurisprudenza dell'OMC la distinzione teorica tra giurisdizione e ammissibilità abbia una qualche rilevanza, l'autore ha immaginato di poter ricondurre a ciascuna delle due categorie una serie di fattispecie. Sarebbero ragioni di inammissibilità: 1. Casi in cui l'inammissibilità non può essere desunta se non in presenza di elementi molto rilevanti; 2. Casi di acquiescenza, estoppel, waiver; 3. Carenza di interesse (*lack of legal standing*); 3. Assenza della terza parte necessaria nel procedimento; 4. Mancata riunione dei procedimenti; 5. Mancato previo esaurimento dei ricorsi interni; 6. *Forum non conveniens*; 7. *Res indicata*. Viceversa, sarebbero idonee a far venir meno la giurisdizione del panel le fattispecie di (1) mancata indicazione della questione trattata nei terms of references e (2) giurisdizione concorrente con quella di altri organi di risoluzione delle controversie. A prescindere dall'originalità della categorizzazione, è comunque opportuno evidenziare come in nessun caso i panel o l'Organo di Appello abbiano esplicitamente accolto uno degli argomenti tra quelli che costituirebbero causa di inammissibilità.

evidenziare quanto disposto dall'art. 4, par. 11, del DSU, che apre alla possibilità che un Membro terzo possa prendere parte alle consultazioni qualora reputi che sia in gioco un suo proprio interesse commerciale sostanziale¹⁶¹.

D'altra parte, è molto forte l'argomento che, pur non disconoscendo la rilevanza collettiva delle consultazioni, ne evidenzia tuttavia il carattere marcatamente bilaterale. Queste altro non sarebbero che uno strumento nelle mani del convenuto, il quale potrebbe rinunciarvi non solo per tramite di un accordo con l'attore bensì anche unilateralmente. È ragionevole ritenere che tale argomentazione trovi un proprio fondamento teorico proprio nella disciplina dell'intervento di un Membro terzo alla fase delle consultazioni: è lo stesso art. 4, par. 11, del DSU, infatti, a subordinare l'ammissibilità dell'intervento al positivo consenso del destinatario principale della richiesta di consultazioni, il quale deve confermare la sussistenza di un interesse commerciale sostanziale in capo all'interveniente¹⁶².

Una netta presa di posizione giurisprudenziale, utile a chiarire la questione, si è avuta con la decisione dell'Organo di Appello nel caso Mexico – Corn Syrup¹⁶³. In quella sede, si è anzitutto precisata la portata dell'obbligo per il panel di dare conto di certe questioni e ai parr. 36 e 37 della decisione si è detto che “[...] a panel comes under a duty to address issues in at least two instances. First, as a matter of due process, and the proper exercise of the judicial function, panels are required to address issues that are put before them by the parties to a dispute. Second, panels have to address and dispose of certain issues of a fundamental nature, even if the parties to the dispute remain silent on those issues. In this regard, we have previously observed that “[t]he vesting of jurisdiction in a panel is a fundamental prerequisite for lawful panel proceedings”. For this reason, panels cannot simply ignore issues which go to the root of their jurisdiction – that is, to their authority to deal with and dispose of matters. Rather, panels must deal with such issues – if necessary, on their own motion – in order to satisfy themselves that they have authority to proceed”¹⁶⁴.

In conseguenza di questo chiarimento, i giudicanti si sono quindi interrogati sul se la mancata celebrazione delle consultazioni fosse o meno una questione che costituiva un fondamentale requisito per la legittimità del procedimento innanzi al panel. In altre parole, hanno finalmente chiarito se una tale mancanza potesse o meno pregiudicare la base giurisdizionale su cui il panel fondava la propria attività decisoria.

Ai parr. 63 e 64 della decisione, l'Organo di Appello ha chiaramente precisato che “where the responding party does not object, explicitly and in a timely manner, to the failure of the complaining party to request or engage in consultations, the responding

¹⁶¹ L'art. 4, par. 11, recita: “Whenever a Member other than the consulting Members considers that it has a substantial trade interest in consultations being held pursuant to paragraph 1 of Article XXII of GATT 1994, paragraph 1 of Article XXII of GATS, or the corresponding provisions in other covered agreements, such Member may notify the consulting Members and the DSB, within 10 days after the date of the circulation of the request for consultations under said Article, of its desire to be joined in the consultations”.

¹⁶² Sempre l'art. 4, par. 11, recita: “Such Member shall be joined in the consultations, provided that the Member to which the request for consultations was addressed agrees that the claim of substantial interest is well-founded”.

¹⁶³ Mexico - Corn Syrup, WT/DS132/AB/RW, Rapporto dell'Organo di Appello del 22 ottobre 2001.

¹⁶⁴ *Ivi* al parr. 36 e 37.

party may be deemed to have consented to the lack of consultations and, thereby, to have relinquished whatever right to consult it may have had. [...] As a result, we find that the lack of prior consultations is not a defect that, by its very nature, deprives a panel of its authority to deal with and dispose of a matter, and that, accordingly, such a defect is not one which a panel must examine even if both parties to the dispute remain silent thereon”.

Prendendo atto di tale autorevole pronuncia, la dottrina ne ha fatto discendere la conseguenza che quando il convenuto abbia ommesso di eccepire la violazione da parte dell'attore degli obblighi in materia di consultazioni, egli ha rinunciato al suo diritto ad essere consultato (c.d. “right to consult”)¹⁶⁵.

Chiariti i poteri esercitabili dai panel in relazione alla rilevabilità officiosa dell'assenza della fase consultiva, è ora necessario considerare l'eventualità che, nei terms of references inclusi nella richiesta di costituzione del panel, il Membro possa indicare misure o norme asseritamente violate diverse rispetto a quelle prospettate nella richiesta di consultazioni o rispetto a quelle che effettivamente sono state dibattute tra le parti.

È necessario evidenziare come l'intera attività consultiva sia confidenziale e limitata alle sole parti e pertanto in nessun caso sarebbe possibile per l'organo giurisdizionale successivamente adito venire a conoscenza del preciso contenuto degli scambi intercorsi, se non per tramite delle allegazioni delle parti nel corso del procedimento contenzioso¹⁶⁶. Pertanto, tali peculiarità “strutturali” della fase consultiva determinano una rilevanza pressoché esclusiva del solo contenuto della richiesta di consultazioni.

¹⁶⁵ *Ex multis*, Schorkopf F., “Art. 4 DSU”, in (ed.) Wolfrum R., Stoll P., Kaiser K., *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Institutions and Dispute Settlement*, a pag. 321.

¹⁶⁶ L'obbligo di riservatezza delle consultazioni emerge dal disposto dell'art. 4, par. 6, del DSU: “Consultations shall be confidential, and without prejudice to the rights of any Member in any further proceedings”. Si veda inoltre Palmetier D., Mavroidis P.C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2004, a pag. 91 e ss.: l'analisi della giurisprudenza che si è occupata della materia dimostra come quest'obbligo sia davvero sentito come stringente dai Membri dell'Organizzazione. Già in *Korea - Alcoholic Beverages*, una delle Parti aveva tentato di far valere, senza successo, il principio per cui l'attore non potesse utilizzare nel procedimento contenzioso di fronte al panel le informazioni ottenute nel corso delle consultazioni precedentemente celebrate. Successivamente, in *Australia – Automotive Leather II*, ancora senza successo, il convenuto (l'Australia) aveva sostenuto che l'attore (gli Stati Uniti) non potesse spendere in un secondo procedimento contenzioso informazioni ottenute nel corso di consultazioni celebrate nell'ambito di un primo procedimento. È rilevante che l'argomento utilizzato per respingere questa eccezione fosse fondato sulla circostanza che, nonostante si trattasse formalmente di due procedimenti distinti, la controversia tra Australia e Stati Uniti fosse sempre la medesima. Infine, nel caso *Mexico – Corn Syrup*, il convenuto si era opposto all'ammissibilità delle informazioni ottenute dall'attore nel corso delle consultazioni perché il loro utilizzo in un procedimento coinvolgente Parti terze, diverse rispetto a quelle che avevano partecipato alle consultazioni, avrebbe determinato la violazione dell'obbligo di riservatezza vincolante le Parti coinvolte nel procedimento di consultazione. Il panel ha rigettato questa ricostruzione precisando come fosse “anomalo” che l'intervento di Membri terzi, qualificato come un diritto dalle norme del DSU, potesse determinare una restrizione dei mezzi di prova a disposizione dei decidenti per il sol fatto che il terzo, divenuto parte processuale, non avesse preso parte alle consultazioni.

Dunque, ci si deve chiedere come dovrà agire il giudicante nel caso in cui il contenuto della richiesta di costituzione del panel differisca rispetto al contenuto della richiesta di consultazioni e tale difformità sia eccepita dal Membro convenuto.

L'Organo di Appello ha trattato la questione nella decisione del caso Mexico - Anti-Dumping Measures on Rice¹⁶⁷. Nel procedimento di secondo grado, il ricorrente (il Messico) aveva denunciato come la decisione del panel fosse contrastante con la norma di cui all'art. 6, par. 2, del DSU perché aveva esplicitato che non era necessaria una completa identità tra il perimetro della richiesta di consultazione e quello della richiesta di costituzione¹⁶⁸. Nel caso concreto, infatti, l'attore aveva indicato nella richiesta di costituzione una serie di norme dell'OMC – le quali sarebbero state asseritamente violate dalle misure adottate dal convenuto – diversa rispetto a quella inclusa nella richiesta di consultazione. Secondo il panel era quindi sufficiente che si fossero celebrate delle consultazioni relativamente alla questione controversa (c.d. “matter in dispute”) e questo requisito doveva dirsi soddisfatto perché nel caso indagato, senza che vi fosse stata alcuna variazione alle specifiche misure contestate già nella richiesta di consultazione, l'attore aveva incluso nella richiesta di costituzione anche delle norme “estremamente vicine” (“closely related”) a quelle indicate nella richiesta di consultazioni.

L'Organo di Appello ha trattato la questione chiarendo che, nonostante vi sia effettiva identità di linguaggio tra l'art. 4, par. 4, e l'art. 6, par. 2, del DSU, non è ragionevole sostenere che le diverse claim formulate al tempo della presentazione della domanda debbano corrispondere a quelle formulate nella richiesta di costituzione del panel¹⁶⁹. Questo è sostenibile anche solo considerando la struttura dell'intero meccanismo rimediale, dal momento che – come peraltro già si è visto – la stessa fase delle consultazioni gioca un ruolo chiave nella determinazione del perimetro della controversia (in effetti, come si è già visto, è opportuno ritenere che quest'ultima venga ad esistenza solamente nella fase successiva rispetto a quella consultiva)¹⁷⁰.

Nello specifico, l'Organo di Appello ha quantificato l'entità del margine di possibile discostamento nell'indicazione delle norme asseritamente violate ricorrendo a quanto già deciso nel caso Brazil – Aircraft¹⁷¹. Già allora l'Organo aveva affermato che non era necessario replicare nella richiesta di costituzione del panel le misure oggetto di contestazione già indicate nella domanda di consultazioni ma che, al contrario, era solo necessario che non mutasse la sostanza (“essence”) delle misure.

¹⁶⁷ Mexico — *Anti-Dumping Measures on Rice*, WT/DS295/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 29 novembre 2005.

¹⁶⁸ La decisione del panel precisava, infatti, come non fosse necessaria una “*complete identity between the scope of the request for consultations and the request for establishment*”.

¹⁶⁹ *Ivi* al par. 136.

¹⁷⁰ *Ivi* al par. 137.

¹⁷¹ Brazil — *Aircraft*, WT/DS46/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 2 agosto 1999, par. 132. In questo caso, nel tempo intercorso tra le consultazioni e la richiesta di costituzione del panel, il convenuto (Brasile) aveva adottato degli atti legislativi modificativi delle misure contestate dall'attore. È in quel frangente che il panel ha manifestato il requisito della identità di sostanza tra le misure oggetto della richiesta di consultazioni e quelle oggetto della richiesta di costituzione del panel.

Dunque, applicando mutatis mutandis tale ragionamento al requisito della indicazione delle norme violate, l'Organo di Appello ha precisato come sia certamente possibile che lo scambio avvenuto tra le parti nella fase consultiva possa determinare una riqualificazione della lista delle norme che si reputano violate ma rimane comunque necessario che quelle nuove costituiscano una evoluzione di quelle che già formavano oggetto della prima richiesta di consultazione¹⁷². Per questo, in dottrina si è precisato come quello spettante al panel sia solamente un c.d. "global assessment", volto a verificare che la sostanza della controversia, delineata nella fase consultiva, non muti rispetto a quella che si intende dedurre innanzi al panel¹⁷³.

Questo dimostra che, sebbene sorga solamente al momento della richiesta di costituzione del panel, la vera e propria controversia giuridica avrà in ogni caso un contenuto "vincolato", non potendo questo discostarsi eccessivamente da quanto già rappresentato dal Membro nella propria richiesta di consultazione.

La trattazione ha dimostrato come il sistema rimediale disciplinato dal DSU abbia recepito solo in parte i modelli teorici già sviluppati nell'ambito del sistema della CIG per la determinazione dell'esistenza e dell'identificazione del contenuto della controversia internazionale. Nello specifico, ci si riferisce a quello che vede, da una parte, una certa condotta attuata da un Membro e, dall'altra, una manifestazione di volontà di un altro Membro che si stagli in opposizione a quella.

A ben vedere, però, ogni riflessione in ordine a tale modello, se pure interessante dal punto di vista meramente teorico, risulta scarsamente utile da quello pratico. Infatti, la selezione esplicita di tale modello, unitamente alla sua inclusione nelle norme che reggono il procedimento per la risoluzione di controversie giuridiche, ha come conseguenza che – se difforme rispetto a quanto previsto dal DSU – la manifestazione di volontà del Membro che intenda contestare la previa condotta di un altro Membro sarà assolutamente inidonea a generare una controversia giuridica rilevante per l'Organizzazione. Con ogni probabilità, tale volontà "canalizzante" mira al rafforzamento istituzionale del sistema, nel senso che soltanto ciò che avviene nel contesto dell'Organizzazione ha rilievo per gli organi di questa.

Ci si è poi chiesti in quale delle iniziali fasi della procedura prevista del DSU sia individuabile il momento di insorgenza di una controversia giuridica. Le riflessioni sviluppate sul contenuto e sulla portata delle norme consentono di concludere che una vera controversia giuridica non possa dirsi esistente se non nel momento in cui una delle parti richieda, all'esito dell'infruttuoso esperimento delle consultazioni, la costituzione del panel e ne determini, come si vedrà, i confini giurisdizionali.

¹⁷² *Mexico — Anti-Dumping Measures on Rice*, WT/DS295/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 29 novembre 2005, al par. 138.

¹⁷³ Così Ruiz Fabri H., "The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute", in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), a pag. 103: "Under this approach, it is enough to make sure that the same dispute is dealt with (global assessment). Such a relaxed control is logical but leaves open the question of knowing if a WTO Member is bound by what happened during the consultations. The threshold is once again good faith and the functioning of the DSS shows a recurrent temptation to look into the consultations, although it could raise issues of evidence given that there is neither an account nor a verbatim of the consultations".

Esaurita l'analisi sugli elementi costitutivi di controversie giuridiche nel sistema dell'intesa dell'OMC, è d'uopo dire immediatamente di quelle che concernono la fase esecutiva.

1.2.3 Controversie esecutive nel sistema dell'intesa

Nel tempo successivo all'adozione del rapporto (del panel o dell'Organo di Appello) da parte del DSB – e pertanto dopo che le questioni controverse tra le parti siano state definitivamente decise dai giudici dell'OMC – il Membro che abbia ottenuto una pronuncia a suo favore può fondatamente confidare che la controparte soccombente dia seguito all'accertamento incluso nella decisione. A fondamento di ciò, il fatto che se il Membro soccombente non assumesse condotte idonee a ripristinare una situazione di legalità al diritto dell'OMC, la controparte vittoriosa potrebbe valersi di ulteriori procedimenti giudiziari, previsti dal DSU, che sostanziano la c.d. “fase esecutiva”.

Obiettivo di questo paragrafo è quello di indagare quali siano gli elementi costitutivi delle controversie che possono insorgere in tale fase esecutiva (l'utilizzo del plurale è necessario perché tali controversie, come si vedrà, sono molteplici). Risulta tuttavia necessaria una preliminare e sintetica trattazione degli accadimenti che si realizzano nella fase successiva rispetto all'adozione del rapporto da parte del DSB.

In ragione della vitale necessità che i Membri diano esecuzione alle decisioni adottate¹⁷⁴, lo strumento che fonda la struttura rimediale dell'OMC prevede che la parte soccombente debba immediatamente porre rimedio alle misure di cui sia stata accertata la contrarietà al diritto dell'OMC (e a tal fine è previsto che questi debba informare il DSB su quali siano i suoi intendimenti in relazione all'attuazione della decisione)¹⁷⁵.

Purtuttavia, lo stesso DSU contempla anche il caso in cui per il Membro soccombente sia impossibile ripristinare immediatamente una situazione di legalità e – in questi casi (che sono la normalità) – dispone che quel Membro possa disporre di un “tempo ragionevole” per il raggiungimento dello scopo¹⁷⁶. È evidente come la concreta determinazione quantitativa del ragionevole periodo di tempo possa essere oggetto di controversia tra le parti, dal momento che l'interesse del Membro soccombente – il quale presumibilmente tenterà di rallentare il più possibile le operazioni di “messa in conformità” – potrà collidere con quello del Membro vincitore – il quale invece cercherà di velocizzare il più possibile tali operazioni. Premettendo come la determinazione dell'estensione di tempo debba considerarsi elastica in quanto rispondente alle necessità del caso concreto¹⁷⁷, è comunque necessario escludere che in questa sede sia rilevante la trattazione delle concrete modalità per pervenire a determinare quanto lungo debba essere tale periodo¹⁷⁸. Infatti, anche nel caso in cui il

¹⁷⁴ Lo stesso art. 21, par. 1, del DSU evidenzia come la “*prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members*”.

¹⁷⁵ Il par. 3 del medesimo articolo recita: “*At the DSB meeting held within 30 days after the date of adoption of the panel or Appellate Body report, the Member concerned shall inform the DSB of its intentions in respect of implementation of the recommendations and rulings of the DSB*”.

¹⁷⁶ *Ibidem*. “*If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so*”.

¹⁷⁷ Così la giurisprudenza che ha toccato la questione. *Ex multis*, si veda *US – Hot-Rolled Steel*, WT/DS184/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 24 luglio 2001, al par. 84 e ss.

¹⁷⁸ L'art. 21, par. 3, del DSU prevede essenzialmente tre modalità attraverso cui pervenire alla determinazione del periodo di tempo di cui il Membro soccombente dispone per conformarsi alla decisione. In primo luogo, è previsto che questo possa essere frutto di una proposta del

disaccordo tra le parti porti alla instaurazione di un procedimento arbitrale (solitamente innanzi a un arbitro unico, Membro dell'Organo di Appello¹⁷⁹), il compito di quest'ultimo sarà solo e soltanto quello di determinare la quantità di tempo a disposizione del Membro soccombente per ripristinare la legalità rispetto al diritto dell'OMC¹⁸⁰. Tale controversia ha una natura essenzialmente procedimentale ed è meramente ancillare all'eventuale prosieguo delle schermaglie giudiziarie che coinvolgono le parti nell'ambito dell'esecuzione della decisione.

Una volta che sia stata risolta la controversia tra le parti attraverso la determinazione quantitativa del periodo di tempo a disposizione del Membro soccombente, l'art. 21, par. 6, del DSU prevede spetti al DSB la sorveglianza delle attività di "messa in conformità". Nello specifico, è precisato che qualsiasi questione in relazione a questa possa essere oggetto di trattazione ad ogni riunione del DSB, qualora qualsiasi Membro lo richieda, e in ogni caso incombe sul Membro soccombente il dovere di presentare (almeno dieci giorni prima dello svolgimento di tali incontri) un rapporto con il quale informa gli altri dei progressi relativi alla messa in conformità¹⁸¹. Appare evidente come – durante il decorso di tale periodo – sul Membro soccombente non gravino delle obbligazioni sostanziali poiché questo potrebbe anche semplicemente rimanere inattivo sino alla conclusione del periodo¹⁸².

soccombente successivamente approvata dal DSB. In secondo luogo, questo può essere l'esito dell'accordo raggiunto tra vincitore e soccombente, accordo che deve intervenire entro e non oltre il quarantacinquesimo giorno successivo all'adozione. In terzo luogo, quando sussista il disaccordo tra le Parti coinvolte, il compito di operare una tale determinazione sarà attribuito a un arbitro il quale può essere identificato dalle Parti ovvero, quando queste non si accordino, dal Direttore Generale dell'OMC, previa consultazione delle Parti. Secondo Rajesh Babu R., *Remedies Under the WTO Legal System*, (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers), 2012, a pag. 162, sembra che le tre possibilità – di cui si è sinteticamente dato conto – siano esposte dal DSU in ordine di preferenza.

¹⁷⁹ *Ibidem* a pag. 163.

¹⁸⁰ Come chiaramente statuito dall'arbitro in *Korea – Alcoholic Beverages (Article 21.3 Arbitration)*, WT/DS75/16; WT/DS84/14, Rapporto dell'Arbitro del 4 giugno 1999, al par. 45: "My mandate in this arbitration relates exclusively to determining the reasonable period of time for implementation under Article 21.3(c) of the DSU. It is not within my mandate to suggest ways and means to implement the recommendations and rulings of the DSB. Choosing the means of implementation is, and should be, the prerogative of the implementing Member, as long as the means chosen are consistent with the recommendations and rulings of the DSB and the provisions of the covered agreements. I consider it, therefore, inappropriate to determine whether, and to what extent, amendments to various regulatory instruments are required before the new tax legislation comes into effect".

¹⁸¹ L'art. 21, par. 6, del DSU prevede appunto che "The DSB shall keep under surveillance the implementation of adopted recommendations or rulings. The issue of implementation of the recommendations or rulings may be raised at the DSB by any Member at any time following their adoption. Unless the DSB decides otherwise, the issue of implementation of the recommendations or rulings shall be placed on the agenda of the DSB meeting after six months following the date of establishment of the reasonable period of time pursuant to paragraph 3 and shall remain on the DSB's agenda until the issue is resolved. At least 10 days prior to each such DSB meeting, the Member concerned shall provide the DSB with a status report in writing of its progress in the implementation of the recommendations or rulings".

¹⁸² Ancora secondo Rajesh Babu R., *Remedies Under the WTO Legal System*, (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers), 2012, a pag. 175, la possibilità di rimanere totalmente inattivo deriverebbe dal dettato stesso della norma. Infatti, l'unico onere incombente sul Membro sarebbe appunto quello quello "formale" di condividere il rapporto che, in ogni caso, potrebbe essere "as specific or vague as the losing party elects to make it".

Spirato il ragionevole periodo di tempo concesso al Membro soccombente, si danno poi due possibili e diversi scenari.

Il primo è quello in cui il Membro vincitore nel procedimento di merito sia soddisfatto delle condotte assunte dalla controparte, la quale abbia notificato al DSB le azioni adottate per conformarsi alla decisione. In questo caso, il primo semplicemente prenderà atto della situazione rappresentata dal secondo e si asterrà dal ricorso ad altri procedimenti. In un caso siffatto, non sorgerà alcuna controversia relativa all'esecuzione della decisione giudiziale.

In dottrina, ci si è posti la questione della possibilità per il Membro vincitore di ricorrere al procedimento esecutivo dopo molto tempo rispetto alla conclusione del ragionevole periodo di tempo a disposizione del Membro per adeguarsi all'accertamento contenuto nel rapporto che lo vede soccombente. Nonostante la norma non dica nulla sul punto, sembra ragionevole ritenere che una mera distanza temporale tra il termine per l'adeguamento al rapporto ed eventuali contestazioni dirette al soccombente non sia, di per sé, elemento sufficiente per escludere che le misure contestate siano "measures taken to comply". Piuttosto, risulta opportuno valorizzare la dottrina dell'estoppel, la quale certamente impedirebbe al Membro risultato vincitore di contestare misure adottate dal soccombente e finalizzate all'adeguamento, che questi abbia per lungo tempo ommesso di contestare¹⁸³. In ogni caso, la giurisprudenza sembra essersi assestata nel senso che, perché certe misure possano definirsi "taken to comply", è necessario che condividano la stessa natura di quelle su cui è caduto l'accertamento del panel e che siano a queste ultime temporalmente prossime¹⁸⁴.

In alternativa, può ben essere che lo stesso Membro non sia soddisfatto del comportamento della controparte: a suo dire, il Membro soccombente potrebbe avere ommesso di agire tout court ovvero potrebbe aver agito adottando delle nuove misure anch'esse contrastanti con il diritto dell'OMC.

A questo punto sono due le vie percorribili da parte del Membro.

Da una parte, questi potrebbe ricorrere al procedimento previsto all'art. 21, par. 5, del DSU, il quale dispone che, nel caso venga ad esistenza un disaccordo tra le parti (è l'unico punto del DSU in cui è utilizzata l'espressione "disagreement"¹⁸⁵), venga costituito un compliance panel (è preferibile sia lo stesso che ha conosciuto la vicenda originale) per la risoluzione della controversia. Tale risoluzione avverrà per il tramite della verifica dell'idoneità delle misure adottate ad ottemperare alla decisione ("measures taken to comply") ovvero della conformità di queste al diritto dell'OMC¹⁸⁶.

¹⁸³ Kearns J. E., Charnovitz S., "Adjudicating Compliance in the WTO: a Review of DSU Article 21.5", *Journal of International Economic Law*, vol. 5 (2002) a pag. 351. In quella sede, gli autori ipotizzano la possibilità di introdurre nel sistema rimediabile dell'OMC una "doctrine of laches which [...] provides that a court should not hear a case in which the complainant neglects to assert its rights within a reasonable period of time, if that neglect prejudices the other party".

¹⁸⁴ Tali questioni saranno affrontate nel prosieguo.

¹⁸⁵ Wolfrum R., Stoll P., Kaiser K., *Max Planck Commentaries on World Trade Law. WTO – Institutions and Dispute Settlement*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers), 2006, a pag. 511.

¹⁸⁶ L'art. 21, par. 6, recita: "Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel [...]".

D'altra parte, il Membro vincitore – insoddisfatto della condotta della controparte – potrebbe ricorrere alla procedura di cui all'art. 22, la quale permette di formulare alla controparte una richiesta di compensazione (funzionale alla riparazione della lesione derivante dalla mancata esecuzione della decisione) ovvero, nel caso in cui le parti non riescano ad accordarsi sul quantum di quest'ultima, indirizzare al DSB una richiesta di sospensione delle concessioni derivanti dagli accordi¹⁸⁷. In questo caso, è previsto che il DSB provveda – applicando la regola del “negative consensus” – all'autorizzazione alla sospensione entro il trentesimo giorno dalla conclusione del periodo concesso alla parte soccombente per dare esecuzione alla sentenza. Ovviamente, è fatta salva per la parte destinataria della sospensione la facoltà di opporsi a tale richiesta, allegando la violazione di una o più tra le modalità previste dallo stesso art. 22, par. 6, del DSU le quali esplicitano le modalità vincolanti attraverso cui pervenire alla corretta quantificazione, quantitativa e qualitativa, delle concessioni da sospendere¹⁸⁸. Tale controversia sarà quindi deferita a uno o più arbitri, il cui compito sarà esclusivamente quello di verificare il rispetto delle procedure previste per la quantificazione della sospensione (tra cui, evidentemente, la corrispondenza tra il quantum di sospensione e il quantum di pregiudizio recato alla Parte vincitrice e derivante dalla mancata esecuzione della decisione)¹⁸⁹. La decisione dell'arbitro è da considerare come definitiva e, in ogni caso, il DSB potrà accordare la sospensione solamente quando la richiesta formulatagli sia conforme alla decisione dell'arbitro.

La tensione tra l'art. 21, par. 5, e l'art. 22, par. 6, sta proprio nella mancanza della previsione di un ordine gerarchico tra le due disposizioni, problema che la dottrina ha qualificato come “sequencing”.

Da una parte, spirato il periodo di tempo a disposizione del soccombente per l'attuazione della decisione, il Membro insoddisfatto potrebbe voler richiedere al DSB di procedere all'autorizzazione della sospensione delle concessioni senza che un organo previsto dal DSU abbia previamente accertato il contrasto in concreto tra le

¹⁸⁷ L'art. 22, par. 2, del DSB recita: “*If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within the reasonable period of time determined pursuant to paragraph 3 of Article 21, such Member shall, if so requested, and no later than the expiry of the reasonable period of time, enter into negotiations with any party having invoked the dispute settlement procedures, with a view to developing mutually acceptable compensation. If no satisfactory compensation has been agreed within 20 days after the date of expiry of the reasonable period of time, any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements*”.

¹⁸⁸ L'art. 22, par. 6, del DSU recita: “*When the situation described in paragraph 2 occurs, the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations within 30 days of the expiry of the reasonable period of time unless the DSB decides by consensus to reject the request. However, if the Member concerned objects to the level of suspension proposed, or claims that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed where a complaining party has requested authorization to suspend concessions or other obligations pursuant to paragraph 3(b) or (c), the matter shall be referred to arbitration*”.

¹⁸⁹ *Ibidem*: “*The arbitrator acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment. The arbitrator may also determine if the proposed suspension of concessions or other obligations is allowed under the covered agreement. However, if the matter referred to arbitration includes a claim that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed, the arbitrator shall examine that claim. In the event the arbitrator determines that those principles and procedures have not been followed, the complaining party shall apply them consistent with paragraph 3*”.

misure adottate e il diritto dell'OMC, e ciò nonostante l'art. 21, par. 5, DSU precisi chiaramente che la controversia sulle misure esecutive debba ("shall") essere risolta dal compliance panel. D'altra parte, il Membro insoddisfatto della condotta della controparte, pur volendo attivare in prima battuta il procedimento previsto dall'art. 21, par. 5, DSU, potrebbe temere di incorrere nel termine previsto dall'art. 22, par. 6, DSU che prevede che l'autorizzazione alla sospensione delle concessioni possa essere autorizzata dal DSB entro trenta giorni dalla conclusione del ragionevole periodo di tempo previsto per l'implementazione.

La questione si è presentata per la prima volta e con tutta la sua forza nella controversia EC – Bananas III intercorrente tra Stati Uniti e le allora Comunità Europee¹⁹⁰. Infatti, esaurito il procedimento che aveva accertato l'incompatibilità del regime comunitario di importazione delle banane, un arbitro – nell'ambito di un procedimento istituito ai sensi dell'art. 21, par. 3, DSU – aveva disposto che le Comunità Europee avrebbero dovuto dare esecuzione alla sentenza entro e non oltre il 1° gennaio del 1999. Tuttavia, già nel corso del 1998, le Comunità Europee avevano esplicitato le caratteristiche del nuovo regime giuridico relativo all'importazione delle banane e sin da allora gli Stati Uniti ed altri Membri, coinvolti nel procedimento davanti al panel e all'Organo di Appello, avevano manifestato la loro convinzione che, così come quello precedente, neppure il nuovo regime fosse conforme al diritto dell'OMC. Per questo, spirato il termine del periodo a disposizione delle Comunità Europee, gli Stati Uniti avevano richiesto al DSB l'autorizzazione alla sospensione delle concessioni, cui si erano ovviamente opposte le Comunità Europee, provocando così l'arbitrato *ex art. 22*, par. 6, DSU. Allo stesso tempo, però, sia l'Ecuador che le Comunità Europee avevano avviato due procedimenti distinti innanzi a un compliance panel, istituito ai sensi dell'art. 21, par. 5, DSU. Da una parte, gli Stati Uniti pretendevano una decisione nell'ambito del procedimento arbitrale in ragione dell'asserito pericolo di "endless loop of litigation", frutto della particolare interpretazione dell'art. 21, par. 5, del DSU fornita dalle Comunità Europee¹⁹¹. Dall'altra, le Comunità Europee intendevano affermare il principio per cui ogni autorizzazione alla sospensione delle concessioni dovesse essere basata su un previo accertamento multilaterale della mancata esecuzione alla decisione e non sulla base di una affermazione unilaterale della parte vincitrice¹⁹².

Bisogna rimarcare, perché non è di poco conto, che i componenti del collegio arbitrale erano gli stessi che componevano il compliance panel e questa circostanza ha molto facilitato lo svolgimento dei tre procedimenti "in parallelo".

¹⁹⁰ Si vedano Guoha Y., Mercurio B., Yongjie L., *WTO Dispute Settlement Understanding – A Detailed Interpretation*, (The Hague: Kluwer Law International), 2005, a pag. 274 e ss. e Valles C. M., McGivern B. P., "The Right to Retaliate Under the WTO Agreement – The "Sequencing" Problem", *Journal of World Trade*, vol. 34 (2000), a pag. 71 e ss.

¹⁹¹ *Ibidem*, a pag. 73: "The United States also noted that the EC interpretation of "these dispute settlement procedures" in Article 21.5 encompassed regular DSU procedures such as prior consultations and an appeal. The United States argued that the importation of such "normal" DSU procedures into Article 21.5 would logically import another "reasonable period of time" for implementation at the end of the Article 21.5 process. This, in turn, raised the spectre of a defending Member making successive minor changes to its implementing measures and the seeking a new compliance period after each Article 21.5 challenge to its revised measures. In the US review, this could result in an "endless loop of litigation".

¹⁹² *Ibidem*: "The EC argued that any decision of the DSB to authorize the suspension of concessions had to be based on a multilateral determination of non-compliance, and not on the unilateral assertion of the complaining party".

Infatti, nonostante le sentenze siano state pronunciate in giorni diversi (quella arbitrale il 6 aprile del 1999 e quelle del compliance panel il 12 aprile 1999), di fatto si è trattato di una decisione contestuale. Questo è chiaro sol che si legga il ragionamento sviluppato nel testo delle decisioni, che frequentemente richiama la necessità di coordinare la celebrazione e la decisione dei tre diversi procedimenti. Tuttavia, ciò che più colpisce è che il collegio arbitrale sembra avere, di fatto, assorbito le funzioni del compliance panel nella parte in cui ha statuito che la decisione sull'equivalenza tra l'entità delle concessioni oggetto di sospensione e l'entità della nullificazione o del pregiudizio ai benefici presuppone logicamente l'accertamento della contrarietà al diritto dell'OMC delle misure adottate per dare esecuzione ad una sentenza¹⁹³. Risulta pertanto innegabile come l'ambito d'indagine proprio del procedimento arbitrale si sovrapponga, e in maniera notevole, a quello del procedimento innanzi al compliance panel.

Successivamente, sono state diffuse le decisioni del compliance panel: nell'ambito del procedimento instaurato dall'Ecuador, il panel ha confermato l'illiceità delle misure adottate dalle Comunità Europee¹⁹⁴; nell'ambito del procedimento instaurato dagli Stati Uniti, il panel ha omesso ogni pronuncia nel merito rinviando a quanto già statuito altrove¹⁹⁵. La soluzione approntata dai giudicanti è quindi consistita nell'attività di coordinamento tra i diversi procedimenti e, soprattutto, nell'espansione della giurisdizione dell'arbitrato istituito ai sensi dell'art. 22 del DSU: tale soluzione si è imposta alla luce del persistente disaccordo tra le parti coinvolte.

Il problema del “sequencing” si è ripresentato anche successivamente, con esiti tuttavia totalmente diversi rispetto a quelli raggiunti in EC – Bananas III, e ciò grazie alla conclusione di un accordo tra le parti su come procedere.

Ci si riferisce a quanto accaduto in Australia – Salmon, ove le parti, Canada e Australia, hanno preferito raggiungere un accordo sul sequencing. In sostanza, pur essendo stati istituiti al tempo stesso sia un arbitrato ex art. 22 sia un compliance panel ai sensi dell'art. 21, par. 5, DSU, i lavori del primo venivano sospesi in attesa della conclusione dei lavori del secondo. Questo ha consentito di preservare le funzioni istituzionalmente previste per il compliance panel e – al tempo stesso – rispettare il termine (di trenta giorni) previsto per la proposizione della richiesta di retaliation. Tale ultima soluzione, però, è stata resa possibile solamente grazie all'accordo intervenuto tra le parti, le quali – consapevoli della presenza di un tale problema di coordinamento tra disposizioni – hanno preferito acconsentire alla sospensione di un procedimento in attesa della conclusione dell'altro.

Un'altra soluzione approntata in passato è stata quella di concordare in prima battuta il ricorso al procedimento previsto dall'art. 21, par. 5, DSU e solo successivamente –

¹⁹³ Così infatti in EC — Bananas III, WT/DS27/ARB/ECU, Rapporto degli Arbitri ex art. 22 DSU del 9 aprile 1999, al par. 4.8: “*Since the level of the proposed suspension of concessions is to be equivalent to the level of nullification or impairment, logic dictates that our examination as Arbitrators focuses on that latter level before we will be in a position to ascertain its equivalence to the level of the suspension of concessions proposed by the United States*”.

¹⁹⁴ EC — Bananas III, WT/DS27/RW/ECU, Rapporto del panel ex art. 21.5 DSU (Ecuador) del 12 aprile 1999.

¹⁹⁵ EC — Bananas III, WT/DS27/RW/EEC, Rapporto del panel ex art. 21.5 DSU (Comunità Europee) del 12 aprile 1999.

in caso la decisione del panel accerti un effettivo contrasto tra misure adottate per l'esecuzione e il diritto dell'OMC – la richiesta di sospensione delle concessioni senza opposizione del Membro risultato soccombente nel procedimento innanzi al compliance panel¹⁹⁶.

Nonostante le varie proposte di modifica al DSU (specialmente quelle provenienti dal Giappone e dell'UE, a favore dell'introduzione di un nuovo art. 21bis¹⁹⁷), la formale criticità derivante dalla ambigua formulazione delle disposizioni persiste ancora oggi. La prassi sembra comunque assestata in favore della celebrazione contestuale dei due diversi procedimenti, con sospensione di quello arbitrale di cui all'art. 22 del DSU in attesa che si compia l'accertamento del compliance panel¹⁹⁸. Tale sospensione rimane comunque – almeno nella forma – il frutto dell'accordo delle parti coinvolte nella controversia¹⁹⁹.

Esaurite le considerazioni ideonee a chiarificare la difficile relazione tra i due distinti procedimenti, occorre dire qualcosa di più su quello previsto dall'art. 21, par. 5, DSU. Medesime considerazioni varranno anche per l'arbitrato *ex art.* 22, par. 6, DSU qualora in quella sede i giudicanti dovessero decidere di indagare la questione dell'esistenza e della conformità delle misure adottate per dare esecuzione alla decisione, come accaduto nella controversia tra Stati Uniti e le allora Comunità Europee.

Ai fini qui perseguiti risulta irrilevante stabilire se questo procedimento debba essere considerato come una continuazione o una riformulazione del procedimento originario, chiuso con l'adozione da parte del rapporto (del panel o dell'Organo di Appello) da parte del DSB²⁰⁰.

¹⁹⁶ Si veda il sito dell'OMC alla voce *Dispute Settlement System Training Module: Chapter 6*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c6s10p2_e.htm: “*In other cases, the parties have agreed to initiate the procedures under Article 21.5 before resorting to the retaliation procedures under Article 22 with the understanding that the respondent would not object to a request for authorization of suspension of concessions under Article 22.6 of the DSU because of the expiry of the 30-day deadline for the DSB to grant this authorization*”.

¹⁹⁷ *Ex multis*, si veda Rajesh Babu R., *Remedies Under the WTO Legal System*, (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers), 2012, a pag. 192.

¹⁹⁸ Sono rilevanti a questo proposito i seguenti procedimenti, ad oggi pendenti: *Russia – Pigs* (DS475), *Colombia – Textiles* (DS461), *India – Solar Cells* (DS456).

¹⁹⁹ Marceau G., Hamaoui A., “*Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System*”, in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), a pag. 196: “*This legal vacuum has also been filled by negotiations between the parties. In practice, the issue of sequencing has been solved by ad hoc agreements between the parties to the disputes, usually called “Agreement or Understanding Between X and Y Concerning the Procedures under Article 21 and 22 of the DSU”. The core obligations embodied in these agreements are, on the one hand, a commitment on the part of the losing respondent not to claim that the complainant requesting the DSB authorization is precluded from obtaining it because the request has been made outside the 30 day time-period and, on the other hand, the complainant’s commitment to resort to the suspension of concessions or other obligations only after the completion of the compliance proceedings*”.

²⁰⁰ Questa sembra trasparire dagli argomenti di Howse R., “*The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary*”, *The European Journal of International Law*, vol. 27 (2016), a pag. 20: “*There can be several rounds of such Article 21.5 proceedings before the nature of the adequate compliance is properly defined, and, moreover, Article 21.5 proceedings, even though in theory they are strictly limited to the question of what was needed to cure the original violation, can lead to a reshaping, and thus a continuation, in a morphed fashion of the dispute well into the future, especially if the measures taken by the losing Member to comply open up a different set of issues about WTO law than those raised by the initial measure. One of the notoriously unclear features of the*

Ciò che conta, piuttosto, è il fatto che il compliance panel riproduca – nonostante in relazione a misure diverse – l’attività di accertamento della conformità (o non conformità) già svolta dal panel o dall’Organo di Appello nella “fase di cognizione”. Tali misure potranno essere solamente quelle adottate al fine di dare esecuzione al rapporto già adottato che il ricorrente abbia reso oggetto della propria contestazione.

Peraltro, la giurisprudenza si è orientata nel senso di consentire l’inclusione, nel novero delle misure da analizzare, esclusivamente di quelle che possano dirsi “inextricably linked to the revised measure”. Più precisamente, sarebbe rinvenibile un tale legame solamente quando le nuove misure condividano la natura di quelle sostituite e quando le seconde siano adottate dal Membro in prossimità delle prime²⁰¹. L’Organo di Appello ha quindi confermato questa ricostruzione, precisando però che il legame inestricabile – ontologico e temporale – deve apparire da molteplici “punti di convergenza” tra le misure²⁰². Pur non volendo trattare la questione nel dettaglio, va detto come certa dottrina abbia rivisto il requisito della sussistenza del legame inestricabile sostenendo che questo debba essere integrato con il c.d. “effect approach”, il quale consentirebbe di espandere l’analisi svolta dal compliance panel anche alle misure che abbiano un effetto su quelle che sono espressamente “taken to comply”²⁰³. In relazione a quest’ultimo punto occorre solamente evidenziare che, in ogni caso, tali misure – le quali dispiegherebbero i loro effetti su quelle espressamente “taken to comply” – potrebbero essere oggetto di analisi solamente se incluse nella richiesta di costituzione del compliance panel e, quindi, nei terms of reference.

Una ulteriore questione è quella consistente nella possibilità, concessa al compliance panel (qualora il ricorrente lo richieda), di indagare misure “taken to comply” introdotte successivamente rispetto alla sua istituzione e alla definizione della sua giurisdizione. L’analisi della giurisprudenza rilevante consente di rilevare due diversi

DSU is at what point the losing Member can simply declare a losing Member to be in non-compliance and ask for retaliation. The most plausible answer is that as long as the issue remains whether what has been done is adequate, Article 21.5 proceedings must run their course?

²⁰¹ Questa è la chiara presa di posizione adottata in *Australia – Automotive Leather II (Article 21.5 – US)*, WT/DS126/RW, Rapporto del panel ex art. 21.5 DSU del 21 gennaio 2000, al par. 6.5: “Even assuming that a panel may conclude that a measure specifically identified in the request for establishment is not properly before it in a proceeding under Article 21.5, a question we do not here decide, in this case we see no basis for such a conclusion. The 1999 loan is inextricably linked to the steps taken by Australia in response to the DSB’s ruling in this dispute, in view of both its timing and its nature. In our view, the 1999 loan cannot be excluded from our consideration without severely limiting our ability to judge, on the basis of the United States’ request, whether Australia has taken measures to comply with the DSB’s ruling. In the absence of any compelling reason to do so, we decline to conclude that a measure specifically identified in the request for establishment is not within our terms of reference”.

²⁰² Così infatti in *US — Softwood Lumber IV*, WT/DS257/AB/RW, Rapporto dell’Organo di Appello ex art. 21.5 DSU del 15 agosto 2006, al par. 87.

²⁰³ Ci si riferisce a Kunoy B., “*Catch Me if You Can: An Analysis of “Measures Taken to Comply” under the WTO Dispute Settlement Understanding*”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6 (2007), a pag. 62: “In conclusion, the effect approach seems to be well-established in the determination of which measures are potentially to be considered measures taken to comply. Indeed, it can be concluded that Article 21.5 panel cannot properly assess the effect of measures that are declared to be measures taken to comply unless it also examines other measures that affect those expressly taken to comply. This could seem adequate and could encourage Members under the obligation to comply with the DSB’s recommendations to thoroughly consider the effect those measures might produce on the findings of the operative section of the original DSB recommendations and rulings”.

approcci alla questione. Il primo qualifica quello celebrato ai sensi dell'art. 21, par. 5, DSU come un "ongoing or continuum process", la cui funzione è quella – generale – di verificare non solo la conformità ma anche l'esistenza delle misure "take to comply". Ciò dovrebbe indurre a ritenere che tutte le misure adottate al fine di dare esecuzione ad una sentenza debbano poter essere analizzate dal compliance panel, purché ovviamente il ricorrente lo voglia, anche se queste sono successive all'instaurazione del giudizio²⁰⁴. Il secondo è quello che qualifica le misure adottate successivamente all'instaurazione del compliance panel come elementi fattuali che devono necessariamente essere considerati nello svolgimento dell'oggettivo accertamento dei fatti, ai sensi dell'art. 11 DSU²⁰⁵. A prescindere da qualsiasi valutazione relativa a quale debba essere considerato l'approccio migliore, bisogna notare come l'atteggiamento dei giudici dell'OMC sia stato assolutamente espansivo e, come notato in dottrina, teleologico, nella valorizzazione della funzione propria del procedimento di compliance²⁰⁶.

Se ciò che si è detto vale per il contenuto delle contestazioni attoree, le quali a loro volta caratterizzano l'oggetto della controversia, rimane da chiarire quale sia il momento generatore della controversia esecutiva. La questione non risulta particolarmente problematica perché già si è detto che, a seguito della instaurazione del procedimento instaurato ai sensi dell'art. 21, par. 5, gli organi chiamati a conoscere della controversia esecutiva replicheranno in sostanza l'attività procedimentale già spiegata dagli organi della "fase di cognizione".

L'art. 21, par. 5, DSU dispone che la controversia derivante dal disaccordo sulla liceità delle misure esecutive dovrà essere decisa "through recourse to these dispute settlement procedures". Tale espressione altro non significa che le norme procedurali applicabili alla controversia esecutiva saranno quelle che ordinariamente si applicano alla risoluzione delle controversie giuridiche, ovverosia quelle che vanno dall'art. 4 all'art. 20 DSU, con la notevole eccezione della previsione di un termine di diffusione del rapporto da parte del panel di novanta giorni da quando l'organo è investito della questione²⁰⁷.

²⁰⁴ Questa è la posizione inaugurata in *Australia – Salmon*, WT/DS18/RW, Rapporto del panel ex art. 21.5 DSU del 18 febbraio 2000, al par. 7.10: "In compliance panels we are of the view that there may be different and, arguably, even more compelling reasons to examine measures introduced during the proceedings. As noted earlier, compliance is often an ongoing or continuous process and once it has been identified as such in the panel request, as it was in this case, any "measures taken to comply" can be presumed to fall within the panel's mandate, unless a genuine lack of notice can be pointed to. Especially under the first leg of Article 21.5 when it comes to disagreements on the existence of measures taken to comply, one can hardly expect that all such measures – when there is no clarity on their very existence – be explicitly mentioned up-front in the panel request".

²⁰⁵ Tale indirizzo giurisprudenziale è stato inaugurato con *Japan – Apples*, WT/DS245/RW, Rapporto del panel ex art. 21.5 DSU del 23 giugno 2005, al par. 8.19: "The panel is not of the view that the binding or non-binding nature of the Operational Criteria should play a role in determining whether they should be reviewed in this proceeding. As soon as the Operational Criteria were brought to the attention of the United States and the panel, they became an official statement of how Japan intended to implement its legislation on fire blight on which the United States and the panel could rely. As such, the Operational Criteria are a fact. The duty of the panel to make an objective assessment of the facts pursuant to Article 11 of the DSU implies that the Operational Criteria, as a fact, be taken into account by the panel if they are properly before it".

²⁰⁶ Kunoy B., "Catch Me if You Can: An Analysis of "Measures Taken to Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding", *Chinese Journal of International Law*, vol. 6 (2007), a pag. 65.

²⁰⁷ Van den Bossche P., Zdouc W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2017, a pag. 287.

Se ciò è vero, dunque le questioni dell'identificazione degli elementi costitutivi della controversia e del momento in cui questi trovano piena realizzazione devono trovare le medesime risposte che già sono state fornite nel corso dell'analisi relativa alle controversie giuridiche. In buona sostanza, anche per le controversie sull'esecuzione non assumeranno alcun rilievo eventuali scontri di volontà antecedenti alla formulazione della richiesta di consultazioni *ex art. 4* e di costituzione del panel *ex art. 6*. Al contrario, solo la proposizione di questi atti procedurali sarà necessaria e sufficiente a dare vita ad una vera e propria controversia esecutiva nel sistema rimediale dell'OMC.

1.3 Elementi costitutivi della controversia nel sistema dell'arbitrato di investimenti ICSID

1.3.1 Premesse metodologiche e definizione del campo di indagine

La terza giurisdizione da indagare è quella esercitata dai Tribunali internazionali di investimento, ovverosia da quei fori deputati alla risoluzione delle controversie in materia di investimento eventualmente insorgenti tra investitori privati (siano questi persone fisiche o giuridiche) e Stati. Il fenomeno dell'arbitrato di investimento, come noto, ha conosciuto una fase di intensa e incessante espansione a partire dalla fine degli anni novanta²⁰⁸, caratterizzandosi come uno dei settori più attivi nello sviluppo del diritto internazionale²⁰⁹.

Sin da questa generalissima premessa, appare con evidenza come non si tratti di strutture giudiziarie permanenti – come, ad esempio, la CIG o l'Organo di Appello del sistema rimediale dell'OMC – operanti secondo procedure più o meno elasticamente predefinite (ricadono in quest'ultima categoria anche i panel del sistema dell'OMC, i quali – come si vedrà – pur disponendo della possibilità di “modellare” le modalità di conduzione del procedimento previste dal DSU e dalle Working Procedures, non possono discostarsene ingiustificatamente).

Al contrario, in questo capitolo analizzeremo l'attività di una grande pluralità di collegi arbitrali, puntualmente costituiti per dirimere le controversie insorte tra gli investitori e gli Stati dove i primi abbiamo realizzato l'investimento. Senza dover ora affrontare la complessa questione della identificazione del diritto che i Tribunali sono chiamati ad applicare per pervenire alla risoluzione della controversia, occorre evidenziare come le norme processuali da questi applicate possano – almeno ipoteticamente – essere le più diverse. Anche in questo ambito, infatti, la volontà delle parti assume una rilevanza pressoché esclusiva, poiché queste sono assolutamente libere di dettare le modalità di conduzione del procedimento da parte del collegio giudicante. In concreto, è raro che le parti provvedano alla puntuale redazione delle specifiche norme di procedura. Al contrario è molto più frequente che queste manifestino, nella base giurisdizionale o in un momento comunque antecedente l'attivazione del procedimento contenzioso, la comune volontà di ricorrere a procedure già confezionate altrove (ferma restando, comunque, la possibilità di modificarle), quali per esempio quelle previste dal sistema ICSID o dall'UNCITRAL.

Occorre poi evidenziare come la scelta delle norme che reggono e disciplinano il procedimento sia affatto diversa rispetto a quella, non meno importante, che inerisce

²⁰⁸ Thomas J. C., Ewing-Chow M., “*The Maturation of Investment Treaty Arbitration*”, *ICSID Review*, vol. 25 (2011), a pag. 6 e ss.

²⁰⁹ Schreuer C., “*The Development of International Law by ICSID Tribunals*”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), a pag. 739: “*The domain of ICSID tribunals is not just an exotic sub-discipline of international law. Their activity lies in the mainstream of international law and touches upon many of its central questions. Through their rich practice, investment tribunals have made an important impact on the development of international law*”.

l'effettiva organizzazione della struttura amministrativa del Tribunale. È noto che le parti possano optare per arbitrati che siano costituiti e assistiti dalle strutture amministrative di istituzioni arbitrali internazionali (in questo caso, gli oneri organizzativi su di loro incombenti saranno pressoché inesistenti) ovvero possano manifestare la volontà di organizzare l'arbitrato in autonomia (e, dunque, tutte gli oneri relativi alla creazione e alla gestione del Tribunale saranno incombenti sulle parti). Evidentemente, la seconda alternativa risulta la più rischiosa, poiché l'inerzia di una sola parte potrebbe costituire un ostacolo pressoché insormontabile alla instaurazione e alla celebrazione del procedimento.

La presente trattazione si propone di analizzare la giurisprudenza sviluppata dai Tribunali arbitrali di investimento che abbiano esplicitamente trattato della questione della esistenza di una controversia nel tempo anteriore all'attivazione del procedimento contenzioso, e ciò al fine di provvedere alla identificazione degli elementi costitutivi di questa. Più precisamente, il campo di indagine sarà limitato alla giurisprudenza dei Tribunali costituiti sotto gli auspici dell'ICSID e che abbiano dato applicazione alla Convenzione di Washington e alle Arbitration Rules dell'ICSID.

Analogamente rispetto a quanto previsto dallo Statuto della CIG, anche la Convenzione ICSID prevede che i Tribunali arbitrali possano essere costituiti per la risoluzione di controversie giuridiche (art. 25) ovvero di controversie interpretative (art. 50).

Risulta necessario chiarire come dall'ambito della presente indagine esulino tutte le questioni concernenti la definizione di "investitore" e di "investimento", entrambi requisiti essenziali perché ci si possa valere della tutela internazionale. Queste ultime, estremamente complesse, hanno animato (e ad oggi continuano ad animare) dottrina e giurisprudenza sin dall'emersione "quantitativa" dell'arbitrato in materia di investimento. La loro trattazione, sicuramente impegnativa in ragione della ingente produzione scientifica e giurisprudenziale che le riguarda²¹⁰, non risulta rilevante o pertinente in questo lavoro, trattandosi non di elementi della controversia ma piuttosto di presupposti per la giurisdizione dei Tribunali ICSID.

²¹⁰ Sulla nozione di investimento e di investitore, si veda *ex multis*: Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press), 2012, alle pagg. 60 e ss.; Savarese E., *La Nozione di Giurisdizione nel Sistema ICSID*, (Napoli: Editoriale Scientifica), 2012, alle pagg. 57 e ss.

1.3.2 Controversie giuridiche tra investitore e Stato

L'art. 25 della Convenzione ICSID prevede che la giurisdizione del Centro ricomprenda ogni controversia giuridica, concernente un investimento, tra uno Stato parte della Convenzione e un nazionale (persona fisica o giuridica) di un altro Stato parte della Convenzione²¹¹.

Autorevolissima dottrina ha evidenziato come, al fine di identificare gli elementi costitutivi di una controversia internazionale, molte pronunce arbitrali abbiano fatto riferimento alla giurisprudenza sviluppata dalla CPGI e successivamente dalla CIG²¹². Ovviamente, la fondatezza di questa netta presa di posizione andrà verificata attraverso una attenta analisi della giurisprudenza arbitrale rilevante. Come si vedrà, se pure è assai improbabile che i Tribunali arbitrali d'investimento si spingano a negare i criteri elaborati delle Corti Mondiali per l'identificazione della controversia, ciò non vuol dire che nella sostanza la giurisprudenza da questi elaborata si conformi a quella della CGI.

Prima di entrare nel merito degli orientamenti giurisprudenziali rilevanti, è opportuno riferire di una prima decisione, quella del caso AGIP v. Congo, per dimostrare come sin dal 1979 la questione dell'esistenza di una controversia internazionale sia stata posta con forza dalle parti all'attenzione del Collegio giudicante, il quale ha dedicato un intero paragrafo alla questione della esistenza della controversia²¹³. In quella sede, il Governo congolese aveva ritenuto che alcune modifiche normative (che avevano sancito la applicazione del principio della compensazione), unitamente alla sottoscrizione di un accordo con AGIP, con cui il primo aveva "preso atto" delle pretese della società, avessero estinto la controversia esistente tra le parti²¹⁴. D'altra parte, l'investitore aveva espresso la sua contrarietà all'argomento formulato dal Congo, poiché quella riconosciuta dal Governo sarebbe stata solamente una parte del risarcimento globalmente preteso dalla società²¹⁵. Nel decidere in favore dell'esistenza della controversia, il Tribunale ha evidenziato non solo la natura vaga e indefinita delle argomentazioni spese dal Governo del Congo ma anche che questo non aveva contestato le conclusioni dell'investitore circa il riconoscimento solo parziale delle pretese attoree²¹⁶. Traspare in ogni caso con chiarezza come il convenuto avesse

²¹¹ L'art. 25, par. 1, della Convenzione prevede che: "*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State [...]*".

²¹² Schreuer C., "*What is a Legal Dispute?*", in Buffard I., Crawford J., Pellet A., Wittich S., *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, (Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), a pag. 960: "*ICSID Tribunals have adopted similar descriptions of "disputes", often relying on the PCIJ's and ICJ's definitions*". Sul più generale fenomeno dell'utilizzo della giurisprudenza delle Corti Mondiali nel sistema ICSID si veda Pellet A., "*The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*", *ICSID Review*, vol. 28 (2013), a pag. 227 e ss.

²¹³ *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award del 30 novembre 1979, [Jørgen Trolle (Presidente), René-Jean Dupuy e Fuad Rouhani], alla sezione IV.

²¹⁴ *Ivi* ai parr. 38, 39 e 40.

²¹⁵ *Ivi* al par. 41: "*The value of the compensation that may eventually be paid to AGIP as holder of 50% of the shares in AGJP (Brazzaville) SA is therefore only a part of the damages claimed by AGIP*".

²¹⁶ *Ivi* al par. 42: "*The declarations made by the Government are so lacking in precision that in the view of the Tribunal the existence and persistence of the dispute are in no doubt [...]. In this respect, the Tribunal does not lose*

perlomeno cercato di portare all'attenzione del Tribunale alcune vicende fattuali intercorse tra le parti al fine di dimostrare l'inesistenza della controversia così come prospettata dall'attore.

Un'altra decisione estremamente rilevante ai fini qui perseguiti – perlomeno da un punto di vista teorico – è quella pronunciata sulle eccezioni preliminari dal Tribunale arbitrale nel caso *Maffezini v. Spain* del 2000²¹⁷. Al fine di rispondere all'eccezione giurisdizionale *ratione temporis* sollevata dalla parte convenuta, questi si è lungamente e dettagliatamente speso nell'analisi degli elementi costitutivi della controversia tra l'investitore e lo Stato destinatario dell'investimento. Dopo un primo effettivo richiamo alla definizione di controversia così come elaborata dalla CPGI nel caso *Mavrommatis* – e ulteriormente chiarita dalla CIG²¹⁸ - e ad alcune conclusioni dottrinali relative a tale elaborazione, secondo cui è necessario che una controversia abbia una qualche rilevanza pratica e non meramente teorica²¹⁹, il Tribunale ha infatti precisato come tra le parti esistesse – nel periodo tra il 1989 e il 1992 – un mero disaccordo, il quale non poteva ancora considerarsi una controversia così come definita dalla CIG²²⁰. Più nello specifico, il Tribunale ha evidenziato come la controversia emerga solamente all'esito di una serie “naturale” di eventi, che crescono in intensità. Mentre il primo di questi è appunto costituito da un generico disaccordo – che, come si è già detto, il Tribunale aveva individuato come esistente tra il 1989 e il 1992 – l'ultimo è quello della formulazione di pretese, basate su argomenti giuridici, che vengano respinte, esplicitamente o implicitamente, dal destinatario²²¹. In buona sostanza, il momento in cui sorge la vera e propria controversia giuridica è quello in cui prende vita lo scontro di volontà, giuridicamente sostenute, tra le parti. E invero tale evento – quello in cui si realizza lo scontro tra le volontà supportate da argomenti giuridici – va necessariamente distinto dagli altri che appartengono alla serie “naturale” la quale, a sua volta, globalmente considerata, costituisce il presupposto della controversia²²². A

sight of the facts: a) that the Government, as declared above at paragraph 15, did not contest the statement of facts made by AGIP [...]”.

²¹⁷ *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione del Tribunale sulle Obiezioni alla Giurisdizione, 25 gennaio 2000, [Francisco Orrego Vicuña (Presidente), Thomas Buergenthal e Maurice Wolf].

²¹⁸ Ivi al par. 94: “*These differing views of the parties as to the meaning of a dispute and when it becomes identified or recognized as such, are quite common in ICSID and other arbitral or judicial proceedings. The International Court of Justice has defined a dispute on various occasions by declaring that it is “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties”.*”

²¹⁹ *Ibidem*: “*It has been rightly commented in this respect that the “dispute must relate to clearly identified issues between the parties and must not be merely academic...The dispute must go beyond general grievances and must be susceptible of being stated in terms of a concrete claim”.*”

²²⁰ Ivi al par. 95: “*In the present case it is quite clear, as the Kingdom of Spain has argued, that the events on which the parties disagreed began as early as 1989. Issues such as budget estimates, requirements of environmental impact assessment, disinvestment, and other, were indeed discussed during the period 1989-1992. But this does not mean that a legal dispute as defined by the International Court of Justice can be said to have existed at the time”.*”

²²¹ Ivi al par. 96: “*The Tribunal notes in this respect that there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute. It begins with the expression of a disagreement and the statement of a difference of views. In time these events acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party. The conflict of legal views and interests will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them”.*”

²²² Ivi al par. 97: “*The critical date will in fact separate, not the dispute from the claim, but the dispute from prior events that do not entail a conflict of legal views and interests. It follows that if the dispute arises after the critical*

prescindere dalle risultanze raggiunte nel caso concreto²²³, è evidente la grande portata teorica delle riflessioni sviluppate dal Tribunale nella citata decisione. Tuttavia, dal punto di vista pratico non si può nascondere come le riflessioni sviluppate in Maffezini non siano decisive: infatti, se pure risulta assolutamente condivisibile la ricostruzione che vede la controversia giuridica come apogeo di una serie di eventi, non è ben chiaro quale debba essere la natura propria di questo “punto culminante” perché sia possibile affermare con certezza l’esistenza di una controversia internazionale.

A questo proposito, occorre ora considerare le riflessioni sviluppate dal Tribunale nel caso *Helnan v. Egypt* del 2006²²⁴, relativamente al concetto di controversia, ontologicamente distinto, secondo il collegio giudicante, da quello di “divergenza”. A fronte della norma del Trattato bilaterale d’investimento tra Paesi Bassi e Belgio, che ammetteva l’applicazione delle tutele pattizie a investimenti avvenuti anche prima dell’entrata in vigore del Trattato, ma che sottraeva alla giurisdizione del Tribunale arbitrale le controversie insorte prima di quella²²⁵, il convenuto aveva tentato di dimostrare che la controversia fosse insorta tra le parti prima dell’entrata in vigore del BIT. A prescindere dalle conclusioni raggiunte dal Tribunale nel senso di riconoscere l’impossibilità che la controversia si fosse cristallizzata prima della data critica perché questa era relativa alle vicende verificatesi in relazione a un contratto, concluso tra le parti successivamente all’entrata in vigore del BIT²²⁶, risultano assai significative le riflessioni circa il decorso fattuale che determina la trasformazione di una divergenza (*divergence*) in controversia (*dispute*). Più precisamente, secondo il collegio, se pure entrambi postulano l’esistenza di un disaccordo su specifiche questioni, ciò che sarebbe idoneo a distinguerle sarebbe proprio l’intensità ovvero il grado di avversione di tale disaccordo²²⁷. Da una parte, il disaccordo rimane mera divergenza quando nessuna delle parti si attivi per “sanarlo”²²⁸. Dall’altra, si dà una controversia quando una (o entrambe) le parti diano vita a scambi attuosi, idonei a manifestare una volontà diretta alla risoluzione del disaccordo, innanzi a un organo terzo o in altro modo²²⁹. In conclusione, secondo il Tribunale, la vera controversia, cristallizzatasi quando almeno

date it will qualify for its transformation into a claim, while if the dispute has arisen before such date it will be excluded by the terms of the BIT”.

²²³ Il Tribunale ha comunque riconosciuto che la controversia giuridica era venuta ad esistenza nel 1994, ovvero dopo la data critica per la giurisdizione *ratione temporis* del collegio.

²²⁴ *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decisione sulla giurisdizione del 17 ottobre 2006, [Yves Derains (Presidente), Rudolf Dolzer, Michael Lee].

²²⁵ L’art. 12 del BIT rilevante disponeva: “*The provisions of this Agreement shall apply to all investments made by investors of one contracting party in the territory of the other contracting party prior to or after the entry into force of the Agreement by investors of the other contracting party. It shall, however, not be applicable to divergences or disputes, which have arisen prior to its entry into force*”.

²²⁶ *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, al par. 55.

²²⁷ *Ivi* al par. 52: “*Although, the terms “divergence” and “dispute” both require the existence of a disagreement between the parties on specific points and their respective knowledge of such disagreement, there is an important distinction to make between them as they do not imply the same degree of animosity*”.

²²⁸ *Ibidem*: “*Indeed, in the case of a divergence, the parties hold different views but without necessarily pursuing the difference in an active manner*”.

²²⁹ *Ibidem*: “*On the other hand, in case of a dispute, the difference of views forms the subject of an active exchange between the parties under circumstances which indicate that the parties wish to resolve the difference, be it before a third party or otherwise*”.

una delle parti decida di agire per la sua risoluzione, avrebbe luogo quando entrambe le parti siano consapevoli dell'esistenza di un tale disaccordo²³⁰.

La decisione appena analizzata ha l'indubbio pregio non solo di confermare le conclusioni raggiunte in Maffezini ma anche di chiarificarle. Infatti, rammentando come fosse complessa – perlomeno dal punto di vista pratico – l'identificazione della natura propria del “punto culminante” del decorso naturale degli eventi, descritto in Maffezini, è evidente come le conclusioni di Helnan consentano di qualificare quello come il momento in cui (almeno) una delle parti agisce manifestando alla controparte le proprie pretese, giuridicamente sostenute, al fine di ingenerare in quella la consapevolezza dell'esistenza del disaccordo e della volontà della parte ingiungente di pervenire ad una sua risoluzione.

Se queste conclusioni sono soddisfacenti dal punto di vista teorico, conviene ora analizzare la giurisprudenza per verificare come siano state recepite in concreto. Giova premettere come – notoriamente – moltissimi Trattati internazionali includano le cc.dd. “multi-tier dispute resolution clauses” o “escalation clauses”²³¹, le quali prevedono che – prima di ricorrere al procedimento contenzioso – le parti debbano formalmente rappresentare alla controparte le proprie pretese²³². È altresì risaputo come gli Stati includano nei BIT delle limitazioni temporali alla giurisdizione dei Tribunali, nel senso di consentire soltanto la deduzione di controversie sorte successivamente all'entrata in vigore del trattato.

Orbene, la necessità di individuare gli elementi costitutivi della controversia si è appunto presentata in funzione della verifica del rispetto dei requisiti giurisdizionali appena menzionati: in primo luogo, quando occorre verificare la corrispondenza tra la controversia oggetto di negoziati o consultazioni (quando questi ultimi erano la condizione posta dal BIT per ricorrere alla tutela giurisdizionale) e quella dedotta nel procedimento davanti all'organo arbitrale; in secondo luogo, quando le parti avevano escluso di assoggettare alla cognizione dell'organo giudiziale le controversie insorte tra

²³⁰ *Ibidem*. “Consequently, different views of parties in respect of certain facts and situations become a “divergence” when they are mutually aware of their disagreement. It crystallises as a “dispute” as soon as one of the parties decides to have it solved, whether or not by a third party”.

²³¹ Born G., Šćekić M., “Pre-Arbitration Procedural Requirements”, in Caron D. D. et al., *Practising Virtue – Inside International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), a pag. 229: “As noted above, international arbitration provisions are frequently accompanied by or contained within so-called “multi-tier dispute resolution clauses” or “escalation clauses”. Most commonly, the arbitration clause, in a contract or investment treaty, will provide for the parties to negotiate [...]. Alternatively, or in some cases additionally, the arbitration agreement will provide for the parties to submit their disputes to mediation or conciliation, or to a non-binding decision by engineers, architects, or similar persons, for attempted resolution prior to commencement of arbitral proceedings. [...]. Other arbitration clauses may impose contractual time limits on the commencement of arbitral proceedings”.

²³² Si tratta nella maggior parte dei casi della c.d. “notice of dispute” ovvero “notice of intention to submit a dispute to the attention of the respondent State”, necessaria per il decorso del periodo c.d. “cooling-off”. Si vedano a questo proposito Legum B., Crevon A., “An Outline of Procedure in an Investment Treaty Arbitration – Strategy and Choices”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), a pag. 2: “Under most investment treaties the cooling-off period is a precondition for submitting a dispute to arbitration. It is thus essential to promptly send such notice to the State to minimize the overall duration of the arbitration. Under most treaties, there are no formal requirements for the notice of dispute. It usually consists of a simple letter addressed to the head of State with copy to the relevant ministries”.

loro prima dell'entrata in vigore dello strumento internazionale contenente la base giurisdizionale (c.d. single exclusion clause).

In relazione a queste due prospettazioni, è evidente come i convenuti, per dimostrare l'insussistenza della giurisdizione dell'organo adito, abbiano tentato di dimostrare, da una parte, che la controversia dedotta nel procedimento non corrispondeva a quella esistente prima di questo e, dall'altra, che esisteva già nel tempo anteriore al momento in cui era entrata in vigore la base giurisdizionale.

In relazione a tali questioni, occorre riferire le vicende del CMS v. Argentina del 2003²³³. In quella occasione il Tribunale era stato chiamato ad affrontare una situazione sia del primo che del secondo tipo. È noto il contesto in cui l'investimento aveva avuto luogo: alla luce della volontà del Governo argentino di operare una privatizzazione dell'intero settore, una società statunitense aveva deciso di investire nel settore della gestione della distribuzione del gas, e a tal fine aveva costituito in Argentina una società (la TGN)²³⁴. Secondo gli accordi tra investitori e autorità governative, i primi avrebbero dovuto ricevere annualmente il pagamento delle tariffe calcolate in dollari ed espresse in pesos (considerato il tasso di cambio esistente al momento della fatturazione). Tali tariffe avrebbero quindi dovuto essere "rettificate" sulla base del c.d. United States Producer Price Index ("PPI")²³⁵. A seguito del tracollo finanziario subito dallo Stato, furono molteplici le misure adottate sia dalla magistratura sia dalle autorità di governo: alcune di queste toccavano specificamente il settore della distribuzione del gas mentre altre avevano una portata più generale. Proprio in relazione a queste misure, particolari e generali, l'investitore aveva deciso di ricorrere alla tutela giurisdizionale approntata dal BIT concluso tra Argentina e Stati Uniti. Lo Stato convenuto aveva eccepito l'inammissibilità delle domande attoree sotto due profili distinti. Il primo era quello della mancata corrispondenza tra la controversia dedotta in giudizio e quella pre-esistente al procedimento, il secondo era quello della mancata soddisfazione del requisito giurisdizionale *ratione temporis* relativamente a una delle due domande²³⁶.

In relazione al primo profilo, ovvero sia a quello della diversità tra la controversia dedotta nel procedimento e quella a questo pre-esistente, il convenuto aveva contestato che gli scambi che erano intercorsi tra l'investitore e le autorità di Governo avessero avuto ad oggetto solamente il mancato pagamento, da parte delle autorità argentine, delle somme di denaro frutto della rettificazione al "PPI", mentre nella richiesta di arbitrato il ricorrente aveva "esteso" l'ambito della controversia riferendosi alla loss of the expected benefits derivanti dall'investimento, introducendo così in maniera implicita una pretesa differente rispetto a quella previamente manifestata²³⁷. Dopo avere svolto una attenta indagine dei fatti, il Tribunale – considerata l'esistenza di una pluralità di lettere inviate dall'investitore alle competenti autorità di governo

²³³ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del Tribunale sulle eccezioni alla giurisdizione del 17 luglio 2003, [Francisco Orrego Vicuna (Presidente), Marc Lalonde, Francisco Rezek].

²³⁴ *Ivi* al par. 19.

²³⁵ *Ivi* al par. 20.

²³⁶ *Ivi* al par. 90: "According to the Republic of Argentina: 1) the original dispute has no relation with the dispute as stated by the CMS in its Request for Arbitration; 2) CMS has submitted to the Tribunal two different disputes and filing of the second dispute does not comply with the temporal conditions set forth by the Treaty".

²³⁷ *Ivi* al par. 92.

argentine relativamente ai danni derivanti dalla mancata “rettificazione” (ai sensi del “PPI” statunitense)²³⁸ – aveva accertato come la controversia dedotta in giudizio fosse “contenutisticamente” corrispondente a quella pre-esistente²³⁹, soprattutto perché alle autorità dello Stato erano state rappresentate in maniera formale e con chiarezza le questioni controverse e le concrete pretese dell’investitore²⁴⁰. La condotta del Tribunale in relazione a questo primo profilo sembra irreprensibile, essendosi risolta in una verifica del contenuto delle formali manifestazioni di volontà provenienti dall’investitore e dirette all’autorità governativa nel tempo anteriore all’instaurazione del procedimento.

Ancora più interessante è la seconda problematica affrontata dal Tribunale arbitrale, ovvero quella concernente la deduzione di una ovvero di due controversie nel procedimento. Il convenuto aveva contestato l’esistenza di due diverse controversie perché voleva dimostrare che per una delle due l’attore non aveva soddisfatto il requisito giurisdizionale, richiesto dal BIT, dell’esperienza di un previo tentativo di risoluzione stragiudiziale della controversia. Nello specifico, l’Argentina aveva sostenuto che la prima controversia fosse quella connessa all’adozione di decisioni giudiziarie nell’agosto del 2000, queste ultime aventi ad oggetto la rettificazione (secondo il “PPI”) delle tariffe dovute all’investitore, mentre la seconda era quella connessa alle misure adottate dall’esecutivo e dal legislatore tra il dicembre del 2001 e il gennaio del 2002 e finalizzate alla gestione della più ampia e grave crisi economica che aveva colpito il Paese. Secondo il convenuto, le due controversie erano indipendenti l’una dall’altra perché separabili sotto il profilo “del tempo, dell’origine, dell’ambito, delle circostanze, delle cause e del trattamento”²⁴¹. Viceversa, secondo l’attore, le misure adottate dal Governo e dall’esecutivo altro non erano che nuovi fatti appartenenti alla medesima controversia (che anzi veniva ulteriormente sviluppata a causa di quelli), avente ad oggetto l’interferenza delle autorità dello Stato sul regime tariffario, così come previsto e definito dagli accordi originari tra Stato e investitori²⁴².

Da un punto di vista assai generale, il Tribunale ha anzitutto evidenziato che per comprendere se vi fossero una o due controversie, era necessario identificare la loro natura. In altre parole, il Tribunale ha affermato che, se pure può variare il contesto fattuale, ciò che conta – a fini identificatori – è “se i diritti dell’investitore siano stati pregiudicati o meno e se le pretese manifestate trovano la loro origine nelle medesime

²³⁸ Ivi al par. 97.

²³⁹ Ivi al par. 99: “*The Tribunal is of the opinion that there is full correlation between the content of the letters sent to the Argentine authorities before the Request for Arbitration and the Request itself*”.

²⁴⁰ Ivi al par. 100: “*Argentina was presented with both clearly identified issues and a concrete claim. Consequently, the Tribunal cannot accept the objection to admissibility raised by the Republic of Argentina on this ground*”.

²⁴¹ Ivi al par. 101: “*The two disputes, in the Respondent’s view, are independent of each other because they are separable in time, in their origins, in their scope, in their circumstances, in their causes and in their treatment*”.

²⁴² Ivi al par. 105: “*According to CMS, the post-July events related to the same subject-matter as those before July 2001. The December 2001 and January 2002 measures constituted new facts in the same dispute relating to the Republic of Argentina’s interference with the tariff regime, suspending and then abolishing the PPI adjustment of tariffs completely and removing the right to calculate tariffs in U.S. dollars and then express them in convertible pesos at the time of billing. The so-called additional dispute relates to the same subject-matter, the same factual background and the same cause of action*”.

questioni”²⁴³. In altre parole, sembra ragionevole sostenere che il Tribunale abbia giustamente ritenuto che, per identificare la controversia e il suo contenuto, ciò che deve assumere rilievo è la combinazione tra *petitum* e *causa petendi*. Nel toccare la questione concretamente indagata, il Tribunale ha utilizzato un ragionamento convincente. In sintesi, ha reputato che la controversia fosse soltanto una e che le pretese avanzate dall’investitore successivamente al luglio del 2001, data di instaurazione del procedimento, fossero delle domande accessorie (cc.dd. ancillary claims) ammissibili alla luce delle Arbitration Rules dell’ICSID²⁴⁴. A prescindere dal merito applicativo della disciplina sulle domande accessorie²⁴⁵, ciò che occorre ancora una volta evidenziare è come il Tribunale abbia sfruttato il criterio della identità di *petitum* e di *causa petendi*. In altre parole, qualora l’attore avanzi successivamente delle pretese “tematicamente” vicine ad altre, già precedentemente manifestate, dal punto di vista sia del *petitum* che della *causa petendi*, occorrerà affermare l’esistenza di una singola controversia.

Sulla stessa linea si pone la decisione nel caso Tokios Tokelès v. Ukraine di poco successiva²⁴⁶. In quella sede, il Tribunale ha dovuto affrontare la questione dell’esistenza della controversia prima dell’instaurazione del procedimento contenzioso. Nello specifico, il convenuto aveva sostenuto che non fosse stato soddisfatto il requisito del previo esaurimento dei negoziati, previsto all’art. 8 del BIT tra Ucraina e Lettonia, proprio poiché quella controversia, con il suo contenuto, si era cristallizzata solo successivamente alla celebrazione dei negoziati²⁴⁷. In altre parole, la controversia dedotta innanzi al Tribunale non era la medesima in relazione alla quale le parti avevano negoziato. Per sostenere la propria conclusione in favore dell’esistenza della controversia, e dopo aver richiamato i precedenti rilevanti della CPGI e CIG e della dottrina, esattamente come in Maffezini v. Spain²⁴⁸, il Tribunale ha evidenziato come l’investitore avesse effettivamente notificato alle autorità del Governo

²⁴³ Ivi al par. 111: “*What the Tribunal has to look at is the nature of the dispute or disputes; their background may be different but again, what counts is whether the rights of the investor have been affected or not and whether the claims arise diecily out of the same subject-matter?*”.

²⁴⁴ Ivi al par. 118: “*The Tribunal is of the view that, in the instant case, the subject-matter of the dispute is the alleged loss by CMS of its investment in TGN caused, it is argued, by the breaches by the Republic of Argentina of its obligation under the BIT. Such breaches relate, in the Claimant’s view, to the interference of organs of the Argentine State with the tariff regime applicable to TGN, which was first subjected to deferral of adjustments, followed by a freeze, culminating in the abrogation of that adjustment and the removal of the right to calculate tariffs in U.S. dollars and then express them in convertible pesos at the time of billing?*”.

²⁴⁵ Di cui si discuterà nel capitolo dedicato alla modificazione del perimetro della controversia nel corso del procedimento.

²⁴⁶ *Tokio Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decisione sulla giurisdizione, 29 aprile 2004, [Prosper Weil (Presidente), Piero Bernardini e Daniel M. Price].

²⁴⁷ Ivi al par. 105.

²⁴⁸ Ivi al par. 106: “*In the Mavrommatis Case, the International Court defined dispute “as a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons.” Professor Schreuer described the requirements of a “dispute” in the following passage: “The dispute must relate to clearly identified issues between the parties and must not be merely academic. This is not to say that a specific action must have been taken by one side or that the dispute must have escalated to a certain level of confrontation, but merely that it must be of immediate interest to the parties. The dispute must go beyond general grievances and must be susceptible of being stated in terms of a concrete claim?”.*

dell'Ucraina le proprie proteste – e quindi la propria volontà giuridicamente qualificata – per il trattamento che le autorità pubbliche gli avevano riservato²⁴⁹.

Ancora, in *Impregilo v. Pakistan* del 2005²⁵⁰, dopo un generale richiamo alla giurisprudenza delle Corti Mondiali (CPGI e CIG) e della pronuncia, già menzionata *supra*, contenuta in Maffezini²⁵¹, il Tribunale ha trattato la questione del momento in cui era venuta ad esistenza la controversia tra le parti. Il BIT tra Italia e Pakistan era entrato in vigore il 22 giugno 2001 e, agli occhi del Tribunale, era chiaro che quello potesse coprire solamente le controversie sorte dopo la sua entrata in vigore²⁵². Al fine di giustificare la propria competenza *ratione temporis* in relazione a quella data controversia, ovverosia per dimostrare che quella era sorta successivamente all'entrata in vigore del Trattato, il Tribunale ne ha individuato l'elemento costitutivo nell'invio di una lettera da parte di Impregilo al Segretariato del Ministero dell'acqua e dell'energia, con cui si richiedeva l'intervento delle autorità centrali dello Stato per risolvere le controversie “aggravate nell'ultimo periodo di tempo dalle condotte della WAPDA (“Pakistan Water and Power Development Authority”)²⁵³”.

Da ultimo, conviene considerare quanto accaduto in *B-Mex, LLC and Others v. United Mexican States*, procedimento nel cui ambito veniva contestata al Messico la violazione degli artt. 1102, 1103, 1105 e 1110 del NAFTA²⁵⁴. In quella sede, il convenuto aveva rilevato come l'originaria *Notice of Intent* (del 23 maggio 2014), richiesta dall'art. 1119 NAFTA, fosse stata notificata solamente da alcuni dei ricorrenti che poi avevano attivato il procedimento contenzioso innanzi al Tribunale²⁵⁵. Per questo il Messico negava che il Tribunale potesse dirsi giurisdizionalmente competente, giacché difettava il consenso, e sosteneva che, se anche la questione fosse stata qualificata come concernente l'ammissibilità della domanda, piuttosto che la giurisdizione del Tribunale, parimenti le domande dei “ricorrenti addizionali” dovessero dirsi inammissibili²⁵⁶. Alla luce di una attenta analisi interpretativa della normativa procedurale applicabile, il Tribunale ha escluso che il difetto di *Notice of Intent* potesse pregiudicare la sussistenza della sua giurisdizione, e ciò perché erano stati rispettati gli artt. 1120, 1121 e 1122 NAFTA²⁵⁷. Per quanto concerne l'inammissibilità delle domande dei ricorrenti addizionali, il Tribunale – dopo aver ribadito che la previa notifica è strumentale all'esperimento di tentativi di risoluzione amichevole della controversia – ha concluso

²⁴⁹ *Ivi* al par. 107: “*We are convinced that the dispute was sufficiently defined for negotiations to occur at least six months prior to the date upon which the Centre registered the claim. The Claimant notified governmental authorities of the Respondent of specific grievances, including allegedly unwarranted investigations, unreasonable seizures of documents, unfounded judicial actions, and publicly stated accusations by governmental authorities of the Respondent that the Claimant had engaged in illegal conduct*”.

²⁵⁰ *Impregilo v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione, 22 aprile 2005, [Gilbert Guillaume (Presidente), Bernardo M. Cremades, Toby T. Landau].

²⁵¹ *Ivi* ai parr. da 302 a 304.

²⁵² *Ivi* al par. 300.

²⁵³ *Ivi* al par. 306 si dà conto del contenuto di parte della missiva e, soprattutto si riportano le finalità di quella: “... *in order to seat and agree on an amicable settlement of the disputes that, in the light of WAPDA's inactions and omissions, have been seriously aggravated during the most recent period of time*”.

²⁵⁴ *B-Mex, LLC and Others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/16/3, Partial Award del 19 luglio 2019 (Gaëtan Verhoosel [Presidente], Raúl Emilio Vinuesa, Gary Born), al par. 64.

²⁵⁵ *Ivi* ai parr. 64 e ss.

²⁵⁶ *Ivi* al par. 70.

²⁵⁷ *Ivi* al par. 99.

in favore dell'ammissibilità delle domande per due distinte ragioni di "giustizia procedurale": in primo luogo, perché la sostanza della controversia rappresentata al Messico con l'originaria *Notice of Intent* non era cambiata a seguito dell'intervento di investitori (solo formalmente) diversi rispetto a quelli che l'avevano sottoscritta, e quindi lo Stato era comunque stato messo nella condizione di poter perseguire un tentativo di risoluzione amichevole²⁵⁸ ; in secondo luogo, perché gli "additional claimants" avevano notificato al Messico, se non prima dell'attivazione del meccanismo giurisdizionale, comunque diversi mesi prima della costituzione del Tribunale, una *Amended Notice*²⁵⁹. Pertanto, nonostante le obiezioni concernessero esclusivamente la giurisdizione del Tribunale e l'ammissibilità delle domande, è evidente come gli arbitri abbiano reputato che la controversia fosse esistente al tempo dell'instaurazione del procedimento proprio in ragione della prima *Notice of Intent*.

Alla luce dei casi appena analizzati, va detto che la necessità di verificare la previa esistenza di una controversia tra le parti non si impone come presupposto o condizione autonoma per l'esercizio della funzione giurisdizionale arbitrale. Al contrario, l'individuazione del tempo in cui sorge la controversia è rilevante al solo fine di verificare il rispetto di altre (e diverse) condizioni giurisdizionali, siano queste la celebrazione di previ negoziati oppure il rispetto della single exception clause, che consente l'instaurazione del procedimento arbitrale solo quando la controversia sia sorta successivamente all'entrata in vigore della base giurisdizionale, e quindi del BIT che la contiene.

Insomma, i Tribunali tendono a far coincidere la nascita della controversia tra investitore e Stato ospite con il momento in cui il primo abbia notificato alle autorità del secondo un atto, sia questo una lettera o una notificazione, contenente la manifestazione della pretesa giuridicamente sostenuta. In quanto "formale", tale momento risulta più facilmente individuabile nella catena delle vicende che coinvolgono le parti²⁶⁰. Tuttavia, se tale impostazione è comprensibile, occorre evidenziare come questo paradigma di controversia diverga rispetto a quello sviluppato dalla CIG per due distinte ragioni. In primo luogo perché, come si è già visto, nell'ambito della CIG la pretesa di una parte, da sola, non è sufficiente perché una controversia possa dirsi esistente. A tal fine, infatti, occorre che sussista anche un

²⁵⁸ Ivi al par. 132: "The claims by the Additional Claimants being co-extensive with those asserted by the Original Claimants in the Notice, the Notice still provided the Respondent with sufficient information regarding the dispute to enable a meaningful settlement effort".

²⁵⁹ Ivi al par. 135.

²⁶⁰ Nonostante il pregio della facile individuazione nella catena degli eventi, tale impostazione non risulta comunque esente dall'ingenerare problematiche particolari. Ad esempio, secondo certa dottrina, il Tribunale arbitrale non potrebbe prendere in considerazione eventi molto rilevanti, quali il mutamento di nazionalità dell'investitore o eventuali cambi nella titolarità dell'investimento, i quali siano occorsi tra l'evento lesivo e il momento dell'instaurazione del procedimento. Si veda, a questo proposito, Voon T., Mitchell A., Munro J., "Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), a pag. 47: "This approach provides a high degree of certainty by linking the commencement of the dispute to the satisfaction of certain formalities. But this presumed link may prove problematic, because the event causing actual harm or injury often pre-dates the formal initiation of the claim or arbitration. The consequential time-lag between the acts causing harm and the legal commencement of the dispute leaves a tribunal blind to any change of nationality of the investor or ownership of the investment between the date when the claim could have been initiated and the date when it was actually initiated".

rigetto, esplicito o implicito, di tale pretesa, che provenga dall'altra parte. In secondo luogo, la CIG ha costantemente negato che la nascita della controversia dipenda dalla notificazione di atti formali alla controparte. In altre parole, sembra che i Tribunali abbiano sostituito al requisito della sussistenza di uno scontro attuoso delle volontà delle parti quello della manifestazione di una volontà giuridicamente sostenuta e formalmente manifestata, e che sia idonea ad ingenerare la consapevolezza di tale pretesa in capo alla controparte, senza che sia attribuita alcuna rilevanza alla condotta dello Stato destinatario di tali manifestazioni di volontà²⁶¹.

²⁶¹ Baumgartner J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press), 2016, a pag. 183: “*In some cases, investment tribunals have found the date of the notification of the claim or, in accordance with Article 25 of the ICSID Convention, the request for arbitration to be the relevant date for the commencement of a dispute*”.

1.3.3 Controversie interpretative tra investitore e Stato

L'art. 50 della Convenzione ICSID prevede che qualora sorga una controversia tra le parti in relazione al significato o alla portata di una sentenza, ciascuna di quelle potrà richiedere l'interpretazione della sentenza al Segretario Generale dell'ICSID²⁶². Nel caso in cui sia possibile, la domanda di interpretazione sarà presentata allo stesso Tribunale che ha deciso il merito; nel caso contrario, un nuovo Tribunale sarà costituito²⁶³.

La disciplina dettata dall'art. 50 della Convenzione si differenzia notevolmente da quella prevista dalle Additional Facility Rules, giacché – nell'ambito di queste ultime – l'art. 55 prevede che ciascuna delle parti possa richiedere al Segretario Generale dell'ICSID di ottenere dal Tribunale l'interpretazione della sentenza arbitrale²⁶⁴. Questo significa che – quando siano applicate le Additional Facility Rules e non la Convenzione ICSID – il problema dell'esistenza di una vera e propria controversia sul significato o sulla portata della sentenza non si porrà mai, dal momento che, per ottenere una interpretazione chiarificatrice da parte del Tribunale, sarà sufficiente la richiesta unilaterale di una parte.

La giurisdizione relativa a controversie interpretative è stata scarsamente sfruttata in passato. Infatti, solamente in due casi è stata presentata al Segretario Generale dell'ICSID la richiesta di avviare il procedimento per la risoluzione di una controversia interpretativa.

Il primo di questi è il caso *Wena Hotels v. Egypt* del 2005²⁶⁵. La controversia originariamente presentata al Tribunale aveva ad oggetto l'illecita espropriazione di due hotel, i quali erano gestiti da Wena in ragione di due contratti sottoscritti da questa con la società ECH, proprietaria delle strutture, e interamente controllata dal governo egiziano²⁶⁶. Senza entrare nel merito delle argomentazioni sviluppate dalle parti, è sufficiente dire che il Tribunale aveva condannato il governo egiziano al pagamento di una ingente somma di denaro per aver violato le norme su *fair and equitable treatment* e *full protection and security* e, inoltre, perché aveva compiuto delle espropriazioni senza aver provveduto al pagamento di alcun indennizzo²⁶⁷. Orbene, a distanza di anni dalla pronuncia della decisione, Wena riteneva che fosse sorta una controversia con l'Egitto in relazione al significato della sentenza e questo perché il governo egiziano aveva adottato delle condotte asseritamente contrastanti con le conclusioni raggiunte dal Tribunale. Più specificamente, secondo Wena, tali condotte presupponevano in

²⁶² L'art. 50, par. 1, recita: *"If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General"*.

²⁶³ L'art. 50, par. 2, recita: *"The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter"*.

²⁶⁴ L'art. 55, par. 1, prevede che *"within 45 days after the date of the award either party, with notice to the other party, may request that the Secretary-General obtain from the Tribunal an interpretation of the award"*.

²⁶⁵ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, *Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award* del 31 ottobre 2005, (Klaus Sachs [Presidente], Ibrahim Fadlallah, Carl F. Salans).

²⁶⁶ *Ivi* al par. 2.

²⁶⁷ *Ivi* al par. 4.

capo agli organi dello Stato²⁶⁸ e alla EGOH²⁶⁹, società controllata dal governo egiziano e successore della ECH, la convinzione che – nonostante la pronuncia del Tribunale sulla compiuta espropriazione – Wena continuasse a mantenere alcuni interessi nella gestione degli hotel. In particolare, la EGOH aveva intentato un procedimento arbitrale per far valere alcune pretese connesse ad asseriti inadempimenti compiuti da Wena nel tempo successivo alla espropriazione²⁷⁰. Per queste ragioni, Wena richiedeva al Tribunale di fornire una interpretazione chiarificatrice sul significato della conclusione – raggiunta nella sentenza di merito – secondo la quale Wena era stata privata dei suoi “fundamental rights of ownership” nella gestione delle strutture, ovvero se tale espropriazione costituisse una privazione totale e permanente dei diritti dell’investitore, tale da precludere successive condotte basate sull’assunto contrario²⁷¹. Nelle intenzioni del ricorrente, tali richieste miravano evidentemente a neutralizzare le condotte dello Stato e quelle della EGOH.

Al contrario, dopo aver precisato di aver dato piena esecuzione alla sentenza di merito, il governo egiziano si diceva sorpreso dall’affermazione dell’esistenza di una controversia interpretativa²⁷². In particolare, il convenuto rappresentava di non essere consapevole di alcuna controversia e, peraltro, affermava di non poter comprendere come questa potesse dirsi legittimamente esistente, alla luce della piena esecuzione data alla sentenza del Tribunale arbitrale. Inoltre, il convenuto evidenziava che tale controversia interpretativa avrebbe avuto ad oggetto il rapporto tra Wena e persone di diritto privato (quali la EGOH), che non erano parti nell’originario procedimento arbitrale tra Wena e il governo egiziano, e sarebbero state peraltro relative a questioni non decise dal Tribunale nella sentenza di merito originaria²⁷³. Per quanto qui rilevante, l’Egitto lamentava anche l’assenza di controversia tra il ricorrente e il governo egiziano, in ragione del fatto che la sentenza non conteneva alcuna ambiguità idonea ad ostacolarne l’esecuzione²⁷⁴.

Nello svolgimento del proprio ragionamento, il Tribunale ha ammesso di voler trarre dalla giurisprudenza delle Corti Mondiali gli elementi costitutivi delle controversie interpretative, riferendosi alla giurisprudenza della CPGI, e precisamente alla decisione nel caso della Fabbrica di Chorzów²⁷⁵, e a quella della CIG, con la decisione relativa all’Asylum Case e al Continental Shelf Case (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)²⁷⁶.

²⁶⁸ *Ivi* al par. 17: “[...] Wena asserts that a dispute has arisen between Wena and Egypt concerning the meaning of the Award. Wena alleges that despite the Award’s findings that Egypt expropriated Wena’s interests in the Hotel Leases in 1991 [...] Egypt and its constituent entities have commenced and continued a variety of actions, including legal actions, against Wena that are based on the notion that Wena maintained an interest in the Luxor Lease after its interests in that Lease were expropriated by Egypt”.

²⁶⁹ *Ivi* ai parr. 20 e ss.

²⁷⁰ *Ivi* al par. 23.

²⁷¹ *Ivi* al par. 33: “In conclusion, Wena: a) respectfully requests an interpretation of the Tribunal’s determination that Egypt expropriated Wena’s rights in the Luxor Lease and deprived Wena of its “fundamental rights of ownership”. In particular, Wena requests that the interpretation address whether the expropriation constituted a total, permanent deprivation of Wena’s rights in the Luxor Lease, such as to preclude subsequent legal actions by Egypt that presume the contrary”.

²⁷² *Ivi* ai parr. 35 e ss.

²⁷³ *Ivi* al par. 37.

²⁷⁴ *Ivi* al par. 51.

²⁷⁵ *Ivi* ai parr. 76 e ss.

²⁷⁶ *Ivi* al par. 79.

Alla luce della giurisprudenza citata, e facendo esplicito riferimento al Commentario alla Convenzione di Schreuer, il Tribunale ha anche sancito come il requisito dell'esistenza della controversia interpretativa in relazione al significato o alla portata di una decisione richieda che la controversia sia sufficientemente concreta per essere suscettibile di una richiesta di interpretazione²⁷⁷.

Sempre dal punto di vista teorico, il Tribunale si è infine concentrato sulla necessità, o meno, che intercorra una relazione tra la controversia interpretativa e l'esecuzione della sentenza, nel senso che una controversia interpretativa sarebbe ammissibile solo quando questa ostacoli l'esecuzione della sentenza. Secondo il collegio, nonostante alcuni sistemi normativi lo richiedano espressamente, né lo Statuto né le Arbitration Rules prevedono – come requisito di ammissibilità della domanda – che la controversia interpretativa si ponga in qualsivoglia rapporto con l'esecuzione²⁷⁸. Facendo ancora una volta riferimento al Commentario di Schreuer, ciò che conta è che la controversia debba necessariamente presentare una certa rilevanza pratica per l'esecuzione della decisione, mentre qualsivoglia discussione teorica sul significato o sulla portata della decisione non sarebbe sufficiente²⁷⁹.

Il secondo procedimento mirante alla risoluzione di una controversia interpretativa ai sensi dell'art. 50 della Convenzione ICSID è *ATA Construction v. Jordan* del 2010²⁸⁰. Occorre spendere qualche parola per comprendere appieno il caso. Nel 1998, ATA era stata ingaggiata da APC, una società controllata dal governo giordano, per la costruzione di una diga sul Mar Morto: il contratto sottoscritto tra le parti, disciplinato dal diritto giordano, includeva una clausola arbitrale la quale prevedeva che le controversie eventualmente insorgenti tra le parti fossero compromesse in arbitri ai sensi della Jordanian Arbitration Law. Dopo il crollo della diga, APC aveva dato avvio al procedimento arbitrale contro ATA richiedendo che quest'ultima fosse condannata al risarcimento dei danni; al contrario, il convenuto aveva presentato una domanda riconvenzionale. All'esito del procedimento arbitrale, il collegio aveva rigettato la domanda attorea e accolto quella riconvenzionale. Successivamente, basando le proprie pretese sulla Jordanian Arbitration Law, APC aveva fatto ricorso ai giudici interni perché questi annullassero sia la decisione arbitrale sia l'accordo concluso tra le parti in relazione al foro competente a conoscere delle controversie tra le parti²⁸¹. All'esito di tali procedimenti interni, la decisione arbitrale, così come l'accordo arbitrale concluso dalle parti, venivano annullati. Infine, sempre al fine di ottenere il risarcimento dei danni conseguenti al crollo, APC aveva citato in giudizio ATA davanti ai giudici nazionali. È in questo frangente che l'investitore aveva deciso di ricorrere

²⁷⁷ *Ivi* al par. 81: “*The existence of a dispute as to the meaning or scope of an award requires that the dispute is sufficiently concrete to be susceptible of a specific request for interpretation*”.

²⁷⁸ *Ivi* al par. 87.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, *Award* del 18 maggio 2010 (Yves Fortier [Presidente], Ahmed Sadek El-Kosheri, Michael Reisman). Per una trattazione completa della vicenda si veda Fortier L Yves, “*Investor-State Tribunals and National Courts*”, in Caron D. D. *et al.*, *Practising Virtue – Inside International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), a pag. 297.

²⁸¹ *Ivi* al par. 27.

alla tutela arbitrale garantita dal BIT tra Giordania e Turchia. Dopo aver accertato l'illiceità della condotta dello Stato solo nella parte in cui le corti interne erano pervenute all'annullamento dell'accordo arbitrale delle parti, il Tribunale arbitrale condannava la Giordania alla chiusura del procedimento pendente innanzi ai giudici interni e assicurava ad ATA la facoltà di attivare ancora una volta un procedimento arbitrale – basato sull'accordo concluso nel 1998 – contro APC.

Alla luce di questo, la Giordania ha presentato una richiesta di interpretazione della sentenza nel paragrafo in cui questa disponeva la revivescenza del diritto di ATA alla tutela arbitrale così come prevista negli accordi originari del 1998²⁸². Secondo lo Stato quel paragrafo doveva essere inteso nel senso di ripristinare la tutela arbitrale non solo per l'investitore (ATA) ma anche per APC²⁸³. Al contrario, ATA reputava che la decisione del Tribunale andasse intesa nel senso di consentire solamente ad ATA (e non anche ad APC) il ricorso alla tutela arbitrale²⁸⁴.

Nel dare conto delle proprie argomentazioni, la Giordania riferiva che APC aveva ricevuto da ATA una missiva, successivamente inoltrata al Governo giordano, con cui la seconda proponeva alla prima la redazione di un nuovo accordo arbitrale. Tale proposta veniva reputata inaccettabile nella sua interezza da parte della Giordania perché differente rispetto a quanto originariamente previsto nell'accordo arbitrale contenuto nel contratto del 1998 e, soprattutto, perché contrastante con quanto disposto dal Tribunale arbitrale nella sua decisione²⁸⁵. Inoltre, nel trattare dei requisiti di ammissibilità della domanda, la Giordania aveva evidenziato che quelli nel sistema ICSID erano stati identificati dalla decisione nel caso *Wena*²⁸⁶. Nel caso specifico, secondo lo Stato, il requisito dell'esistenza della controversia in relazione al significato o alla portata della decisione doveva reputarsi soddisfatto proprio perché ATA aveva manifestato alla controparte la sua opinione che la decisione arbitrale da interpretare non prevedesse alcun diritto per APC di fare ricorso al procedimento arbitrale né prevedesse per questa il diritto di presentare domande riconvenzionali²⁸⁷. D'altra parte, se pur formulando una generica contestazione sulla mancata soddisfazione dei requisiti di ammissibilità della domanda, ATA non si spingeva a negare l'esistenza di una controversia interpretativa con la controparte²⁸⁸.

Nel decidere la questione, il Tribunale ha positivamente accertato la soddisfazione dei requisiti di ammissibilità della domanda, in primo luogo quello della esistenza di una controversia interpretativa. Inoltre, il Tribunale ha accertato che la controversia aveva ad oggetto l'interpretazione di una particolare questione indicata nella sentenza e,

²⁸² *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, *Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures* del 7 marzo 2011 (Yves Fortier [Presidente], Ahmed Sadek El-Kosheri, Michael Reisman).

²⁸³ *Ivi* al par. 8: “*In essence, Jordan requests that the Tribunal clarify that in making its Award, it ‘intended to restore the Arbitration Agreement as it stood before its extinguishment pursuant to the last sentence of Article 51 of the Jordan Arbitration Law, with full reciprocal rights for both contractual signatories’.*”

²⁸⁴ *Ivi* al par. 9.

²⁸⁵ *Ivi* al par. 24.

²⁸⁶ *Ivi* al par. 27.

²⁸⁷ *Ivi* al par. 28.

²⁸⁸ *Ivi* al par. 33.

infine, che l'interpretazione poteva dirsi dotata di una rilevanza pratica per l'esecuzione della decisione²⁸⁹.

Non è necessario concentrarsi in questa sede sulle conclusioni raggiunte dal Tribunale. Piuttosto, conviene notare come l'approccio del Tribunale in relazione alla verifica dell'esistenza della controversia interpretativa, pur nella valorizzazione delle riflessioni sviluppate dal Tribunale nel caso Wena, sia stato più accurato. Infatti, dopo aver riaffermato in astratto la validità del modello teorico adottato dal Tribunale in Wena, il collegio vi si è conformato attraverso la descrizione della vicenda fattuale idonea a dare conto dell'esistenza di uno scontro di volontà circa l'interpretazione da dare alla prima sentenza.

La breve analisi della scarsa giurisprudenza ICSID in relazione a controversie interpretative dimostra come i Tribunali abbiano in sostanza affermato di voler dare piena applicazione ai criteri già precedentemente elaborati dalla CPGI e dalla CIG. Ai fini dell'ammissibilità della domanda, in pratica, occorre che si dimostri l'esistenza di una controversia, intesa come divergenza di vedute, avente ad oggetto l'interpretazione o la portata di specifici punti della sentenza da interpretare. In relazione al primo profilo, quello dell'esistenza di una divergenza di vedute, si è visto come non sempre i Tribunali abbiano dato conto del trascorso fattuale tra le parti in maniera tale da poter consentire l'individuazione delle manifestazioni di volontà idonee ad ingenerare la controversia. Sarebbe tuttavia auspicabile che in futuro i Tribunali prestassero maggiore attenzione nell'espone le ragioni a dimostrazione dell'esistenza della controversia interpretativa, così da evitare il rischio che il requisito della previa esistenza della controversia venga nullificato. In relazione al secondo profilo, sembra non porre particolari problemi l'identificazione dell'oggetto della interpretazione, dal momento che, come si è visto, i Tribunali possono sempre e facilmente verificare che la richiesta del ricorrente sia relativa a questioni che sono state effettivamente decise del Tribunale e non a questioni "nuove".

A questi due profili, se ne aggiunge un terzo, che innova rispetto alla giurisprudenza delle Corti Mondiali. Ci si riferisce a quello per cui la richiesta di interpretazione deve porsi in qualche modo in rapporto con l'esecuzione della prima decisione arbitrale. Come si è visto, nonostante questo sia stato un argomento adoperato dalla controparte a dimostrazione della inconsistenza della richiesta di interpretazione, allo stato non sembra che i Tribunali ne abbiano ammesso la validità. Al contrario, ciò che si pretende è che la richiesta abbia una rilevanza pratica e non meramente astratta o teorica. Ad una riflessione più attenta, sembra che l'approccio adottato dai Tribunali sia da condividere. Infatti, una volta che un Tribunale abbia deciso in via definitiva alcune questioni tra le parti, è sempre necessario che queste – anche successivamente all'esecuzione della sentenza in senso stretto – conformino le proprie condotte all'accertamento compiuto dall'organo arbitrale. Ciò significa che, anche dopo che la parte soccombente abbia dato pagato il risarcimento o ripristinato la situazione in conformità a diritto, una divergenza intercorrente tra le parti su come la sentenza vada interpretata avrà sempre una rilevanza pratica e non meramente teorica.

²⁸⁹ *Ivi* al par. 38.

1.4 Elementi costitutivi della controversia: i frutti della comparazione

La panoramica dei tre sistemi giurisdizionali indagati ha consentito di rilevare l'esistenza di almeno tre distinte tipologie di controversie internazionali. In primo luogo, si danno le controversie giuridiche, che costituiscono il fattore imprescindibile affinché l'attività dell'organo adito possa dirsi veramente giurisdizionale. Tali controversie sono frutto di volontà giuridiche contrastanti, variamente manifestate dai soggetti coinvolti, e generalmente trovano risoluzione per tramite di una valutazione di conformità, o difformità, a diritto delle condotte di almeno una delle parti, cui segue una ridefinizione dei loro interessi in concreto.

In secondo luogo, si stagliano le controversie interpretative, rinvenibili nel sistema della CIG e in quello dell'ICSID, le quali trovano origine in uno scontro di volontà che ha un oggetto più specifico, costituito dal significato da attribuire a, o dalla portata di, quanto precedentemente incluso dall'organo giudiziario nella sentenza resa all'esito di un procedimento per la risoluzione della controversia giuridica.

In terzo luogo, costituenti elemento peculiare del sistema rimediale dell'OMC, si rinvengono le controversie esecutive, le quali si caratterizzano per avere ad oggetto la condotta – attiva o omissiva – del soggetto che sia già risultato soccombente in un procedimento, concluso, originariamente finalizzato alla risoluzione di una controversia giuridica, soggetto che avrebbe dovuto conformarsi all'accertamento alla decisione resa all'esito di quel procedimento.

In relazione alle controversie del primo tipo, si è visto come l'atteggiamento degli organi giurisdizionali indagati non sia affatto unitario. La CIG richiede in maniera categorica che la condotta delle parti nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento contenzioso abbia dato origine ad una controversia già fondata su argomenti giuridici. Lo studio della giurisprudenza delle Corti Mondiali ha permesso di comprendere come tale requisito abbia trovato la propria origine nell'ultimissima fase di attività della CPGI e si sia dapprima stagliato come requisito di ammissibilità della domanda per poi divenire un requisito che condiziona la sussistenza della giurisdizione della Corte. Nonostante le critiche subite, la giurisprudenza della Corte è chiara nell'ammettere che una controversia possa insorgere ogniqualvolta almeno una delle parti coinvolte abbia esplicitamente manifestato una propria pretesa la quale sia stata connotata giuridicamente. Di contro, non è necessario che la controparte abbia a sua volta manifestato espressamente una pretesa fondata su argomenti giuridici, essendo sufficiente l'adozione di un comportamento, precedente o successivo, alla manifestazione di volontà della controparte. In entrambi i casi, sia quando la volontà sia manifestata esplicitamente da entrambe sia quando sia manifestata esplicitamente da una sola, è comunque necessario che entrambe le parti siano consapevoli dell'esistenza dello scontro di volontà. Secondo la Corte, tuttavia, perché tale scontro di volontà venga ad esistenza non è affatto richiesto che una o entrambe le parti soddisfino dei requisiti di natura formale, non essendo necessario per quelle adempiere

ad obblighi di notifica o di comunicazione formale. Alla luce di ciò, è evidente che la Corte – al fine di verificare l'effettiva esistenza di una controversia – dovrà svolgere una attenta analisi del retroterra fattuale intercorrente tra le parti.

Al contrario, il sistema rimediabile dell'OMC si caratterizza per l'adozione di uno solo dei modelli di controversia internazionale così come delineati nel sistema della CIG. Ci si riferisce a quello per cui un comportamento di un Membro, perlopiù attivo, consistente nell'adozione di una o più misure, ma talvolta anche negativo, quando l'obbligo internazionale asseritamente violato abbia natura positiva, venga successivamente contestato da un altro Membro, in ragione della sua asserita illiceità. Più specificamente, il sistema rimediabile dell'OMC, che si caratterizza per un elevato livello di proceduralizzazione, ha incorporato tale modello e ne ha assolutizzato la rilevanza, a discapito di tutti gli altri. L'analisi ha dimostrato come, per il sistema, una vera e propria controversia giuridica possa venire ad esistenza solamente in occasione della presentazione della richiesta di costituzione del panel. Al contrario, non è possibile che quella possa reputarsi già esistente nel momento della presentazione della richiesta di consultazione, poiché tale fase – se pure tendenzialmente necessaria – deve essere ancora considerata come altamente politica e, peraltro, come propedeutica alla cristallizzazione della controversia giuridica. Ciò significa, in sostanza, che eventuali scontri di volontà antecedenti alla instaurazione del procedimento contenzioso e comunque diversi da quello consistente nella presentazione della richiesta di costituzione del panel risultano totalmente irrilevanti a fini giurisdizionali.

Nonostante alcuni Tribunali arbitrali d'investimento abbiano proclamato la loro adesione alla nozione di controversia così come sviluppata dalla giurisprudenza delle Corti Mondiali, si è visto come le cose non stiano veramente così. Infatti, quello dell'esistenza di una controversia tra le parti non si è mai affermato come requisito autonomo idoneo a condizionare la sussistenza della giurisprudenza del Tribunale adito. Piuttosto, l'identificazione del momento in cui è venuta ad esistenza una controversia tra investitore e Stato si è resa necessaria per verificare la sussistenza di altri e diversi requisiti giurisdizionali. Sulla scorta di queste premesse, si è visto come un primo orientamento giurisprudenziale ricollegghi l'esistenza della controversia al momento in cui l'investitore notifichi – ovvero comunichi formalmente – alle autorità dello Stato l'intenzione di volersi attivare per avere giustizia delle proprie pretese. Come già si è chiarito, questa circostanza si deve appunto alla concrete modalità con cui molte basi giurisdizionali sono state redatte: queste, infatti, condizionano il ricorso al Tribunale arbitrale ad un previo tentativo di conciliazione o mediazione. Esiste poi un secondo orientamento giurisprudenziale, che si è recentemente affermato nell'ambito della giurisprudenza che si è occupata di ristrutturazioni societarie. In questo, diversi Tribunali hanno ricollegato la venuta ad esistenza della controversia con il momento in cui le autorità dello Stato hanno adottato misure la cui adozione fosse stata previamente oggetto di contestazione da parte dell'investitore.

Il panorama risulta molto frastagliato. Mentre in alcuni sistemi giurisdizionali l'esistenza di una previa controversia risulta essere condizione necessaria perché possa essere attivato il meccanismo giurisdizionale, in altri la questione sembra essere irrilevante, come nel sistema rimediabile dell'OMC, ovvero funzionale alla verifica della sussistenza di altri requisiti giurisdizionali, come nel sistema dell'arbitrato d'investimento ICSID. Nel primo caso, l'irrilevanza sembra essere dovuta alla scelta

sistematica di rendere esclusivamente rilevante un modello piuttosto che un altro. In buona sostanza, tutti gli eventuali scontri di volontà antecedenti la proposizione della richiesta di costituzione del panel – eccezion fatta per la richiesta di consultazione, nei termini anzidetti – risultano essere assolutamente superflui per il sistema rimediabile indagato. Nel secondo, ciò che assume rilievo è una formale manifestazione di volontà da parte dell'investitore nei confronti delle autorità dello Stato in relazione a una misura già adottata o ancora da adottare. Entrambi i sistemi, quindi, si caratterizzano per un elevato livello di formalismo il quale tuttavia non aggrava la posizione del soggetto che intende ricorrere alla tutela dell'organo giudiziario. Infatti, pur gravando su di questo l'onere di ricorrere a delle predeterminate manifestazioni formali di volontà per generare una vera e propria controversia internazionale, comunque tali manifestazioni risulterebbero un "passaggio obbligato" per investire l'organo giudiziario delle questioni controverse. In ultima analisi, pertanto, ciò che genera la controversia è ciò cui il soggetto deve ricorrere per investire l'organo giudiziario della decisione.

Il sistema meno formalista è certamente quello della CIG, poiché questo – con l'eccezione dei casi, non oggetto del presente lavoro, in cui la base giurisdizionale richiede lo svolgimento di negoziati oppure di previa notificazione – non prevede alcun onere procedurale da cui dipenda l'esistenza della controversia giuridica. Paradossalmente, però, all'assenza di oneri formali non corrisponde un alleggerimento di quelli sostanziali. Infatti, prima di ricorrere alla Corte, uno Stato dovrebbe sempre verificare la dimostrabilità in giudizio dell'avvenuto scontro di volontà con la controparte in relazione alle questioni che si vorrebbe fossero decise dalla Corte. Qualora l'attore non riuscisse ad operare una tale dimostrazione, la Corte dovrebbe dirsi incompetente.

L'analisi ha dimostrato come non possa ammettersi l'esistenza di un modello unitario di controversia giuridica nella giurisdizione internazionale, giacché gli elementi costitutivi di questa differiscono a seconda dell'organo chiamato a risolverla. Si è visto altresì come oltre alle controversie giuridiche, che costituiscono un elemento imprescindibile perché un organo possa dirsi veramente giurisdizionale, possano darsi delle controversie rispetto a quelle speciali, in quanto dotate di un oggetto maggiormente specifico.

In primo luogo occorre riferirsi alle controversie interpretative, conosciute nel sistema della CIG e in quello dell'ICSID. Nell'ambito del primo, si è notato come la Corte abbia differenziato tra gli elementi costitutivi delle controversie interpretative e quelli delle controversie giuridiche: perché sorga una controversia interpretativa è richiesto che si dia – nel tempo anteriore alla instaurazione del procedimento contenzioso – una opposizione tra le parti di intensità inferiore rispetto a quella richiesta per le controversie giuridiche. Anche ammettendo con qualche riserva la validità astratta di questa posizione, si è però evidenziato come in concreto una siffatta distinzione sia assai difficilmente operabile. In ogni caso, la giurisprudenza della Corte è mutata nel tempo, dal momento che si è passati da una prima fase in cui l'assenza di controversia interpretativa era considerata come una causa di inammissibilità della domanda ad una seconda in cui questa è considerata come condizione perché la Corte possa dirsi giurisdizionalmente competente.

Anche il sistema ICSID dispone di procedimenti finalizzati alla risoluzione di controversie interpretative che possano eventualmente sorgere tra le parti in relazione al significato o alla portata di una sentenza vincolante per le parti. Si è visto come la giurisprudenza rilevante, pur non essendo affatto corposa, abbia integralmente recepito i criteri già individuati e applicati dalla CIG. Tuttavia, un elemento aggiuntivo rispetto a quei criteri è stato sollevato nell'ambito di alcuni procedimenti: la necessità che la nuova pronuncia interpretativa richiesta al Tribunale debba in qualche modo facilitare l'esecuzione di quanto già statuito nella prima decisione. La giurisprudenza sul punto è risultata molto cauta e i Tribunali aditi si sono limitati a statuire che la decisione sulla interpretazione debba avere qualche rilevanza pratica e non solamente astratta o teorica. Ad oggi, l'assenza di controversia interpretativa tra le parti determina, nel sistema dell'arbitrato ICSID, l'inammissibilità della domanda.

Infine, si è esplorata la terza categoria di controversie internazionali, ovverosia quelle esecutive, le quali hanno ad oggetto la conformità, al diritto e alla statuizione giudiziale, della condotta di quel soggetto che sia risultato soccombente in un procedimento volto alla risoluzione di una controversia giuridica. A dire il vero, ad oggi, la giurisdizione esecutiva costituisce un *unicum* nel panorama del diritto internazionale: solo il sistema rimediale previsto dal DSU dell'OMC, infatti, la prevede in quanto funzionale a regolare le reazioni dei Membri che – pur vittoriosi nel procedimento contenzioso – assistano al permanere della controparte in una situazione di illiceità. In buona sostanza, il sistema mira ad impedire che i Membri vittoriosi reagiscano in maniera sproporzionata o eccessiva al permanere della controparte soccombente in una situazione di illiceità. A prescindere da questo, comunque, si è detto come il procedimento “esecutivo” replichi, per stessa volontà delle parti contraenti, il procedimento previsto dall'intesa per la risoluzione di controversie giuridiche: questo permette di concludere che i criteri da impiegare per la verifica sull'esistenza di controversie esecutive siano gli stessi adoperati per verificare l'esistenza di quelle giuridiche. Ciò significa non solo che le controversie esecutive vengono ad esistenza quando un Membro avanzi la richiesta di costituzione del compliance panel ma anche che quello dell'esistenza di una vera e propria controversia esecutiva non si è mai stagliato come requisito rilevante per la determinazione della sussistenza della giurisdizione dell'organo adito.

Queste generali riflessioni chiudono la parte del lavoro dedicata alla identificazione degli elementi costitutivi delle controversie internazionali nei diversi sistemi indagati. Nella seconda parte del lavoro si cercherà di individuare le modalità attraverso cui le controversie giuridiche vengono portate innanzi all'organo giurisdizionale.

PARTE SECONDA

**IL PERIMETRO DELLA
CONTROVERSIA AL TEMPO DELLA
INSTAURAZIONE DEL
PROCEDIMENTO CONTENZIOSO**

2.1 Il perimetro della controversia al tempo della instaurazione del procedimento davanti la CIG

Dopo aver operato una distinzione tipologica tra diverse controversie internazionali e dopo averne individuato gli elementi costitutivi, occorre ora indagare le modalità attraverso cui ogni controversia viene portata all'attenzione dell'organo giudiziale cui è richiesto di risolverla. Nello specifico, si darà conto delle norme che regolano la fase di instaurazione del procedimento contenzioso e si tenterà di comprendere come la parte – oppure le parti, quando il procedimento sia instaurato per comune volontà di entrambe – provveda alla determinazione del perimetro della controversia.

Più precisamente, si indagheranno tre distinti perimetri.

Il primo è quello materiale, che delimita l'oggetto della controversia.

Il secondo è quello temporale, funzionale alla collocazione nel tempo delle condotte che hanno occasionato la controversia.

Il terzo è quello personale, il quale risulta necessario per comprendere quali siano le vere parti tra cui intercorre la controversia.

2.1.1 Cenni procedurali

L'art. 40 dello Statuto della CIG prescrive che nell'investire la Corte di una data controversia è necessario indicare le parti e l'oggetto della controversia (“subject of the dispute” o “object du différend”), e ciò a prescindere dal mezzo con cui ci si rivolge alla Corte, sia questo la notificazione di un accordo *ad hoc* delle parti ovvero il deposito di una domanda unilaterale da parte di uno Stato²⁹⁰.

L'art. 40 trova diretta corrispondenza nell'art. 38 del Regolamento della Corte, il cui primo comma prevede che, quando vi sia una domanda proposta unilateralmente da uno Stato, questa debba necessariamente indicare, *inter alia*, quali siano le parti e quale l'oggetto della controversia. Al secondo comma è poi previsto che la domanda debba precisare, da un lato, e per quanto possibile, le basi giuridiche della giurisdizione della Corte, dall'altro la natura precisa della domanda, unitamente a una succinta esposizione dei fatti e delle basi su cui questa è basata²⁹¹.

Sembra dunque possibile “isolare” i seguenti contenuti della domanda attorea: 1) l'indicazione delle parti (attore e convenuto); 2) l'oggetto della controversia; 3) le basi di giurisdizione; 4) il *petitum* vero e proprio, la cui natura deve essere precisata; 5) la succinta esposizione dei fatti e delle basi su cui la domanda si basa.

²⁹⁰ L'art. 40 recita: “1. Cases are brought before the Court, as the case may be, either by the notification of the special agreement or by a written application addressed to the Registrar. In either case the subject of the dispute and the parties shall be indicated. [...]”.

²⁹¹ L'art. 38, par. 2, recita: “the application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based”.

La prima domanda che ci si deve porre è se sussista veramente una distinzione ontologica tra oggetto della controversia, da una parte, e la combinazione di *petitum* e basi della domanda attorea, dall'altra.

Autorevoli voci in dottrina sostengono che la risposta a tale questione debba essere assolutamente positiva, ritenendo che i diversi elementi della domanda debbano essere tenuti distinti²⁹². Al massimo, tali autori ammettono l'esistenza di una certa confusione nella distinzione tra "controversia" e "pretesa", confusione che troverebbe le proprie radici in primo luogo nell'assenza di un consapevole sforzo "chiarificatore" da parte degli Stati e della Corte²⁹³ e, in secondo luogo, nella relazione tra diversi tipi di domande le quali puntano a diversi rimedi²⁹⁴, dall'altra.

D'altro canto, non mancano coloro che, sia in dottrina sia in giurisprudenza, ritengono che tali elementi siano tra loro ontologicamente indistinguibili e pertanto interscambiabili²⁹⁵.

Invero, queste ultime posizioni sono le sole che possono trovare accoglimento dal momento che prefigurano la teoria, sviluppata nelle pagine che seguono, secondo cui quello di "oggetto della controversia", in realtà non sia altro che un concetto unitario e sintetico, idoneo ad incorporare sia l'elemento del "claim" (in francese, "demande") sia quello dei "facts and grounds on which the claim is based" ("faits et moyens sur lesquels cette demande repose"). In sostanza, questi ultimi godrebbero di una certa autonomia concettuale l'uno rispetto all'altro ma insieme costituirebbero un'unica entità. Più precisamente, l'oggetto della controversia fatto valere in giudizio sarebbe composto dal *petitum* mediato e, eventualmente, dal titolo giuridico su cui la pretesa si basa (quando l'esistenza, la validità, l'interpretazione o l'applicazione di questo siano oggetto di divergenza, come accade nella assoluta maggioranza dei casi), costituendo quest'ultimo l'insieme delle questioni giuridiche e fattuali che compongono la *causa petendi*.

La questione sarà immediatamente chiarita nel corso della trattazione.

La ricostruzione teorica qui proposta presuppone l'esistenza di due diversi oggetti della controversia, il primo avente natura storica (e quindi preprocessuale), il secondo natura pienamente processuale.

²⁹² *Ex multis*, Cf. Yee S., "Article 40", in Zimmerman A. et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, II ed. (Oxford: Oxford University Press), 2012, a pag. 958.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Ivi* a pag. 959.

²⁹⁵ Così per esempio Brownlie, che ritiene che i termini "dispute", "subject of the dispute", "claim", "submission" possano essere interscambiabili (Cf. Brownlie I., *State Responsibility: System of the Law of Nations*, (Oxford: Clarendon Press), 1986 a pag. 81-82) oppure il giudice Gilbert Guillaume il quale, nella sua dichiarazione allegata alla decisione nel caso *Mutual Assistance in Criminal Matters (Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008)* al par. 14, scriveva che: "[...] the subject of an application consists in the various claims presented by the applicant State; a dispute exists between the parties as regards the determination of those claims. Usually, the claims, the subject of the Application and the subject of the dispute are one and the same". Secondo Guillaume, in quel caso – il primo in cui la Corte era stata adita ai sensi dell'art. 38, par. 5, del Regolamento, disciplinante l'istituto del *forum prorogatum* – l'atto introduttivo dell'attore era confuso e, inoltre, la Corte aveva ommesso di identificare la divergenza intercorrente tra il suo contenuto e contestazioni emerse solo successivamente, ritenendo che il primo coprisse anche le seconde.

L'oggetto storico della controversia è costituito dal contenuto cristallizzato della divergenza della volontà delle parti che si è avuta nel tempo anteriore all'attivazione del meccanismo giurisdizionale. Si è già detto nel primo capitolo della forma che tale scontro di volontà deve assumere. Ebbene, è inevitabile che il contenuto di tale scontro possa essere il più diverso, in quanto costituito dall'insieme delle questioni giuridiche e fattuali su cui le parti hanno disputato, manifestando divergenti volontà, prima del deposito della domanda attorea o dell'accordo *ad hoc* delle parti. Risulta pressoché impossibile fornire una precisa definizione a priori di tale elemento, essendo questo altamente dipendente dalle circostanze del caso concreto.

Al contrario, l'oggetto processuale della controversia è il frutto della primissima attività procedimentale delle parti, entrambe, quando la controversia sia deferita alla Corte per tramite di un accordo *ad hoc*, ovvero del solo attore, quando vi sia proposizione di una domanda unilaterale.

Le questioni meno problematiche si danno ovviamente quando il procedimento trovi il proprio momento generatore nella trasmissione alla Corte di un accordo *ad hoc* poiché in questo caso le parti hanno plasmato l'oggetto storico della controversia e, manifestando una comune volontà a ciò rivolta, lo hanno reso oggetto processuale. Dal momento che il perimetro dei due oggetti risulta perfettamente coincidente, la Corte non avrà margine per dubitare né della sussistenza della controversia né della sua giurisdizione, avendo gli Stati prestato il loro consenso alla risoluzione, da parte della Corte, di quella data controversia avente quel dato contenuto. L'unica eccezione ammessa sarebbe quella in cui le due parti avessero deciso di sottoporre alla CIG una controversia totalmente fittizia o moot, in quanto assolutamente priva di oggetto²⁹⁶. Infatti, in un caso siffatto, la Corte dovrebbe optare per una declinatoria della propria giurisdizione al fine di tutelare la propria funzione giudiziaria. Tuttavia, questo è da considerare come un caso eccezionale rispetto alla normalità delle controversie deferite alla Corte.

Come intuibile, molteplici criticità possono invece emergere nel caso in cui il procedimento prenda le mosse dalla proposizione unilaterale della domanda da parte di uno Stato. In questo caso il convenuto potrebbe rilevare, a torto o a ragione, una discrasia tra il perimetro della controversia storica e quello della controversia processuale e, per questo, sollevare delle eccezioni volte ad impedire alla Corte di decidere nel merito.

In primo luogo, infatti, il convenuto potrebbe ritenere che l'attore abbia incluso nell'oggetto della controversia processuale delle questioni – costituenti il *petitum* mediato oppure la *causa petendi* – su cui le parti non hanno mai effettivamente disputato

²⁹⁶ Come noto, una situazione parzialmente simile a questa è già stata affrontata dalla Corte nel caso dei *Nuclear Tests*. Allora, Australia e Nuova Zelanda avevano convenuto la Francia per contestare la liceità internazionale degli esperimenti nucleari condotti da questa. Nel corso del procedimento (e precisamente nel corso del 1974), tuttavia, erano intervenute dichiarazioni ufficiali del Presidente della Repubblica Francese e del Ministro della Difesa, con cui questi avevano annunciato la cessazione di tali esperimenti. La Corte ha infine precisato come, alla luce di tale dichiarazione, la controversia dovesse considerarsi priva di oggetto. Si vedano *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253, e *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 457.

prima dell'instaurazione del procedimento. In questo caso, una controversia potrebbe dirsi, almeno parzialmente, inesistente poiché questa è necessariamente sostanziata dal suo contenuto, costituito da ciò su cui è effettivamente caduto lo scontro della volontà delle parti²⁹⁷. In relazione a questa prima situazione, vale quanto già si è detto nel capitolo primo.

In secondo luogo, il convenuto potrebbe avanzare richiesta di declinatoria della giurisdizione in ragione della particolare natura della controversia portata alla Corte. Infatti, agli occhi del convenuto, questa potrebbe essere stata plasmata dall'attore in modo tale da, e al solo fine di, eludere una limitazione alla competenza – materiale, temporale o personale – della Corte.

²⁹⁷ In relazione al *petitum* mediato si consideri, *ex multis*, quanto deciso dalla CIG nel caso *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 2016*, ove la Corte ha ritenuto che, sulla base dell'analisi degli scambi avvenuti nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento, tra le Parti non sussistesse alcuna controversia relativamente alla violazione dell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite. In relazione all'elemento della *causa petendi*, si consideri anche in questa sede quanto rilevato dalla CIG nella decisione del caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2012*, p. 442, ovverosia che nel tempo anteriore alla proposizione della domanda l'attore aveva basato le proprie pretese solamente sul diritto pattizio e mai sul diritto internazionale generale.

2.1.2 Il perimetro materiale della controversia

L'ambito materiale in cui la giurisdizione della CIG si dispiega può essere limitato dalle parti, a seconda che la base di giurisdizione consista in un accordo *ad hoc*, nella clausola compromissoria contenuta in un trattato internazionale²⁹⁸ oppure nelle dichiarazioni unilaterali di accettazione della giurisdizione della Corte *ex art. 36* dello Statuto CIG²⁹⁹.

Mentre nel primo caso sono entrambe le parti che, nel ridurre l'oggetto storico a oggetto processuale della controversia, delimitano preventivamente il perimetro su cui ricadrà la decisione della Corte – nel qual caso non dovrebbero darsi problemi sulla sussistenza della giurisdizione materiale della Corte, salvo alcuni sull'esistenza stessa del *compromis* e sulla sua interpretazione, di cui si dirà subito – nel secondo e nel terzo la questione può risultare problematica.

Infatti, nel caso – possibile, se non probabile – in cui una o entrambe le parti abbiano apposto al Trattato o alla propria dichiarazione unilaterale una o più riserve, volte a sottrarre alla cognizione della Corte una o più categorie di controversie, sarà la stessa Corte ad essere chiamata a verificare se, conseguentemente alla domanda attorea, la controversia sia o meno ricompresa nell'ambito della riserva. Ovviamente, tale attività non può che consistere nell'interpretazione avente ad oggetto il dettato della stessa riserva.

Tuttavia, oltre a tale attività interpretativa, non può sfuggire ad un interlocutore attento l'evenienza che la medesima controversia – in tutto o in parte – possa o meno ricadere nell'ambito di una riserva a una dichiarazione o di una clausola compromissoria a seconda di come venga inteso il suo contenuto. In altre parole, è innegabile che la CIG provveda alla identificazione del contenuto della controversia a lei presentata ed è proprio tale attività ad essere qui oggetto di indagine. Già in questa fase giurisdizionale, infatti, è possibile determinare la soccombenza dell'una o dell'altra parte. Inoltre, se da un lato la Corte ha costantemente affermato il proprio potere di pervenire alla determinazione, su basi oggettive, della controversia tra le parti³⁰⁰, dall'altro ha sempre evidenziato come dovesse ritenersi priva del potere di sostituirsi alle parti e di formulare proprio motu nuove submissions³⁰¹.

Prima di passare all'analisi della giurisprudenza della CIG in relazione alla corretta qualificazione dell'oggetto della controversia a fini giurisdizionali, è opportuno spendere qualche parola per dare conto della metodologia che la Corte dovrebbe applicare per pervenire all'identificazione di tale oggetto. In altre parole, ci si deve chiedere quali siano le modalità che la Corte deve seguire per identificare l'oggetto della controversia nel momento in cui decide solamente sulla sussistenza o meno della propria giurisdizione.

²⁹⁸ Sulle tecniche convenzionali lato sensu di attribuzione della giurisdizione cf. Santulli C., *Droit du Contentieux International*, (Mayenne: LGDJ – lextenso éditions), 2015, a pag. 122 e ss.

²⁹⁹ Cf. Alexandrov S. A., “*Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations: An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), a pag. 89 e ss.

³⁰⁰ *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, a pag. 466, par. 30.

³⁰¹ *Ibidem*.

La risposta a questa domanda non può che fornirsi se non riferendosi a quanto magistralmente esposto dal giudice Higgins nella sua opinione separata alla decisione sulle obiezioni preliminari nel caso delle Oil Platforms tra Iran e USA³⁰². Se pure le opinioni ivi espresse si riferiscono alle modalità di interpretazione dello strumento che fornisce la giurisdizione, è opinione qui sostenuta che tali modalità valgano – mutatis mutandis – anche per l'identificazione dell'oggetto della controversia. Evidentemente, è necessario che la Corte proceda ad un'analisi dettagliata e non meramente superficiale della questione³⁰³: con ciò si intende lo svolgimento di uno studio attento della vicenda coinvolgente le parti e una motivazione il più possibile completa sul perché l'oggetto della controversia sia stato connotato in un modo piuttosto che in un altro. In primo luogo, infatti, tale scelta “connotativa” ha delle ripercussioni notevoli sull'esito del procedimento, dal momento che può determinare già nella fase giurisdizionale la soccombenza, di fatto, di una delle parti. In secondo luogo, il problema dello svolgimento di una dettagliata analisi è maggiormente aggravato dalla circostanza per cui la determinazione sulla sussistenza della giurisdizione ha carattere definitivo³⁰⁴. In altre parole, non sembra assolutamente possibile per la Corte identificare un certo oggetto della controversia nella fase della giurisdizione e successivamente – nella fase del merito – trattare di una controversia avente un oggetto diverso.

Tanto premesso, in generale, circa le modalità di analisi che la Corte dovrebbe sempre adottare, e di cui dovrebbe dare conto, circa l'identificazione dell'oggetto della controversia, occorre ora vedere i casi in cui le parti hanno disputato in relazione alla corretta determinazione processuale dell'oggetto della controversia. Dapprima si darà conto della (scarsa) giurisprudenza in cui una divergenza circa l'oggetto processuale della controversia sia insorta dopo che entrambe le parti congiuntamente si siano rivolte alla Corte. Quindi, si dirà dei casi, molto più problematici, in cui tale divergenza si sia realizzata per il tramite della contestazione, da parte del convenuto, alla giurisdizione *ratione materiae* della CIG, a fronte della proposizione di un atto introduttivo unilaterale da parte dell'attore.

2.1.2.1 Disaccordo sulla natura dell'oggetto della controversia nel caso di accordo *ad hoc*

Uno tra gli infrequenti casi in cui si è registrato disaccordo tra le parti sul contenuto della controversia a fronte di un accordo *ad hoc* fondante la giurisdizione della Corte è il Case concerning the Territorial Dispute tra Libia e Chad³⁰⁵. In quell'occasione, le parti avevano pattuito di deferire alla cognizione della CIG la loro controversia

³⁰² *Separate Opinion of Judge Higgins, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, pag. 847.

³⁰³ *Ivi* ai parr. 29 e 30.

³⁰⁴ *Ivi* al par. 31.

³⁰⁵ *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya / Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 6.

territoriale nel caso in cui non fossero riuscite a pervenire alla risoluzione di questa per il tramite di negoziati politici³⁰⁶.

La questione è qui rilevante perché nel corso del procedimento originato dalla trasmissione alla Corte dell'Accord-Cadre da parte della Libia, in conformità all'art. 46 del Regolamento della CIG, la Corte aveva rilevato come ciascuna delle parti avesse diversamente connotato l'oggetto della controversia. Da una parte, la Libia riteneva che un vero e proprio confine tra i due Paesi mancasse e che fosse compito della Corte tracciarlo sulla base delle norme di diritto internazionale applicabili. Dall'altra, il Chad riteneva che il confine fosse esistente e che la Corte dovesse semplicemente indicarne il percorso³⁰⁷. In altre parole, mentre la Libia richiedeva una sentenza costitutiva del confine territoriale, il Chad ne chiedeva una di mero accertamento. La questione non era solo nominalistica perché per tracciare *ex novo* il confine la Corte avrebbe dovuto tenere in considerazione molti elementi in più di quanti ne avrebbe dovuti considerare nel caso di mera incertezza sul percorso, essendo qui necessario avere riguardo al fatto costitutivo della delimitazione.

Per pervenire all'individuazione del vero oggetto della controversia, la Corte ha deciso quindi di dare conto del trascorso storico-politico della vicenda, che aveva visto come protagonisti gli Stati predecessori della Libia e del Chad nel dominio di quei territori. Proprio attraverso l'esame di tale *excursus* la Corte ha determinato come il confine vero e proprio esistesse già in virtù di un accordo stipulato tra la Libia e la Francia (predecessore del Chad) nel 1955, con cui le parti avevano riconosciuto il confine così come risultante da precedenti strumenti convenzionali³⁰⁸.

Risulta comunque opportuno sottolineare come l'esercizio di tale potere da parte della CIG, in questo caso, possa dirsi problematico solamente in parte. Infatti, se da una parte è vero che la scelta di un contenuto piuttosto che dell'altro si risolve per la Corte nella scelta di un percorso argomentativo più o meno agile (nel caso di specie, l'aver confermato la ricostruzione del Chad ha comportato una notevole facilitazione nella risoluzione della controversia), dall'altro non si può non notare come la Corte abbia raggiunto le suddette conclusioni solo dopo aver conosciuto tutte le questioni di merito, così come ricostruite da entrambe parti nel corso del procedimento. Circostanza che, se non altro, consente di presumere che la decisione sia stata bene meditata, avendo la Corte a disposizione tutti gli strumenti di conoscenza propri di un giudizio di merito.

Questo è peraltro un caso eccezionale perché, nonostante la divergenza di vedute intercorrente tra le parti in relazione alla natura dell'oggetto della controversia, in ogni caso la sussistenza della giurisdizione materiale della Corte non era stata da quelle contestata³⁰⁹. Al contrario, come si vedrà appena *infra*, l'opzione di connotare l'oggetto della controversia solo dopo aver svolto una profonda analisi di merito non è sempre aperta alla Corte. Infatti, nel caso di procedimento intentato da una sola parte, la Corte

³⁰⁶ Nello specifico, l'art. 2 dell'*Accord-Cadre* prevedeva che: “[...] *In the absence of a political settlement of their territorial dispute, the two Parties undertake: (a) to submit the dispute to the International Court of Justice; [...]*”.

³⁰⁷ *Ivi* al par. 18.

³⁰⁸ *Ivi* al par. 45.

³⁰⁹ *Ivi* al par. 22.

sarà chiamata a pronunciarsi sulla identificazione dell'oggetto della controversia già nella decisione che chiude la fase delle obiezioni preliminari, ovverosia senza avere conosciuto approfonditamente il merito della vicenda.

2.1.2.2 Disaccordo sull'estensione dell'oggetto della controversia nel caso di domanda unilaterale

Una situazione diversa si presenta quando, nel caso di procedimenti instaurati a seguito della proposizione di domanda unilaterale, il convenuto muova delle contestazioni relative all'estensione dell'oggetto della controversia, così come dedotta dall'attore. Si danno due distinte fattispecie, le quali portano a risultati opposti. Infatti, da una parte l'attore potrebbe decidere di includere nell'oggetto della controversia processuale solamente alcune delle questioni su cui le parti hanno disputato nel tempo antecedente all'instaurazione del procedimento, escludendone altre. Dall'altra, l'attore potrebbe tentare di ricomprendere anche delle questioni su cui mai le parti hanno disputato prima che una di queste si riferisse alla Corte. Occorre verificare quale sarà l'atteggiamento della Corte in relazione a ciascuna delle fattispecie indicate.

Per quanto concerne la prima fattispecie è necessario notare come la prassi giurisprudenziale della CIG sia nel senso di lasciare all'attore un margine di libertà notevolmente ampio nella scelta delle questioni controverse da dedurre in giudizio. Ciò è chiaro sol che si consideri l'assenza, nella prassi, di casi in cui la CIG si sia dichiarata giurisdizionalmente incompetente in ragione della scelta dell'attore di dedurre solo alcune tra tutte le questioni oggetto di controversia. Infatti, "dato il fondamento volontario dei procedimenti per la risoluzione delle controversie", "il tribunale può decidere soltanto le controversie, o gli aspetti delle controversie, deferitegli dalle parti"³¹⁰, è ciò è coerente con l'intero sistema secondo cui è l'attore, nel caso di *saisine* unilaterale, a circoscrivere le proprie pretese, in conformità all'art. 38 del Regolamento della Corte.

Per comprovare la fondatezza di quanto sostenuto, è necessario riferirsi agli accadimenti processuali nel caso *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*³¹¹, ove il Qatar aveva fatto valere come base di

³¹⁰ Gaja G., *L'Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internazionale*, (Milano: Giuffrè Editore), 1967, a pagg. 222 e 223.

³¹¹ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 112. Per lungo tempo tra le Parti era intercorsa una controversia relativa alla delimitazione del confine marittimo e territoriale, che aveva conosciuto anche il tentativo di mediazione del Sovrano Saudita. Nell'ambito di tali attività di mediazione, nel 1987, il Re dell'Arabia Saudita aveva inviato agli Emiri del Qatar e del Bahrain una lettera, da questi accettata, con cui suggeriva che "*All the disputed matters shall be referred to the International Court of Justice, at the Hague, for a final ruling binding upon both Parties, who shall have to execute its terms*" e che le Parti formassero un comitato "*for the purpose of approaching the International Court of Justice, and satisfying the necessary requirements to have the dispute submitted to the Court in accordance with its regulations and instructions so that a final ruling, binding upon both parties, be issued*" (ivi al par. 17). Dopo qualche tempo, sempre su iniziativa Saudita, il Bahrain proponeva la c.d. "*Bahraini Formula*" (estremamente rilevante ai fini qui perseguiti, per le ragioni riportate in corpo di testo), successivamente accettata dal Qatar in

giurisdizione, e secondo la Corte a ragione³¹², un accordo che, al contrario, secondo il convenuto doveva dirsi non giuridicamente vincolante e pertanto non costituente una valida base di giurisdizione³¹³.

A prescindere dalle conclusioni della Corte in merito alla validità della base di giurisdizione, aspramente criticate in dottrina³¹⁴, la questione qui più rilevante è costituita dal contenuto della c.d. “Bahraini Formula”, con cui le parti avevano precedentemente delimitato il perimetro della controversia riferibile alla CIG³¹⁵. Pur essendo tale formula di contenuto assai ampio, il Qatar aveva deciso di formulare la propria domanda limitandosi a chiedere alla Corte di affermare la sua sovranità sulle Isole di Hawar e sulle Baie di Dibal e Qit’at Jaradah³¹⁶, proponendo così un oggetto della domanda e, quindi della controversia processuale, inferiore rispetto a quanto convenuto dalle parti nella c.d. Bahraini Formula.

Tuttavia la Corte, prendendo atto della scelta del Qatar di provocare una decisione solamente in relazione ad alcuni dei profili costituenti l’intera controversia, evidenziava come la base giurisdizionale dovesse interpretarsi nel senso di obbligare lo Stato attore alla proposizione di tutte le questioni controverse incluse in essa e non solo alcune di queste³¹⁷. Pertanto, sulla base di questo rilievo, veniva pronunciata una decisione avente natura interlocutoria, per certi versi atipica, con cui era lasciata aperta alle parti la possibilità di riproporre nel termine di cinque mesi la controversia nella sua interezza. Argomentazioni analoghe sono rinvenibili nella decisione del 1995, ove la Corte ha confermato come il fine della c.d. “Bahraini Formula” fosse proprio quello di circoscrivere la controversia con cui la Corte avrebbe poi avuto a che fare³¹⁸.

Non risultano altri casi in cui la Corte abbia, nella sostanza, declinato la propria giurisdizione a motivo della scelta dell’attore di far valere solamente alcuni profili di

occasione dell’incontro a Doha del *Co-operation Council of Arab States of the Gulf* nel 1990. In quell’occasione i ministri degli Affari Esteri dei tre paesi sottoscrivevano un documento con cui si impegnavano “*to continue the good offices of the Custodian of the Two Holy Mosques, King Fahd Ben Abdul Aziz, between the two countries till [...] May of the next year 1991. After the end of this period, the parties may submit the matter to the International Court of Justice in accordance with the Bahraini Formula, which has been accepted by Qatar, and the proceedings arising therefrom. Saudi Arabia’s good offices will continue during the submission of the matter to arbitration*” (ivi al par. 19).

³¹² Ivi al par. 30.

³¹³ Ivi al par. 26.

³¹⁴ Ad esempio, Weisburd A. M., *Failings of the International Court of Justice*, (Oxford University Press), 2016, a pag. 151 e ss.

³¹⁵ Ivi al par. 18: “*Question – The Parties request the Court to decide any matter of territorial right or other title or interest which may be a matter of difference between them; and to draw a single maritime boundary between their respective maritime areas of seabed, subsoil and superjacent waters*”. Tali controversie riguardavano: 1. Le Isole Hawar (inclusa l’Isola di Janan); 2. Fasht al Dibal e Qit’at Jaradah; 3. Le linee degli arcipelaghi; 4. Zubarah; 5. L’attribuzione di alcune zone di pesca e altre questioni connesse a confini marittimi.

³¹⁶ Ivi al par. 35.

³¹⁷ Ivi al par. 37; la Corte aveva rilevato infatti come, nell’adottare i “*Principles for the Framework for Reaching a Settlement*” del 1983, le Parti avessero convenuto che “*all the issues of dispute between the two countries [...] are to be considered as complementary, indivisible issues, to be solved comprehensively together*”. Inoltre, l’accordo del 1987 statuiva espressamente che “*all the disputed matters shall be referred to the International Court of Justice, at the Hague [...]*”.

³¹⁸ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, al par. 39.

una controversia previamente definita e conseguentemente invitato quest'ultimo, ma nulla esclude che possa agire anche l'altra parte, a riproporre la domanda. Questo dimostra come non sia possibile affermare l'esistenza di una prassi che impedisca ad una parte di investire la Corte solamente di alcuni profili di una controversia previamente definita da due o più parti. Al contrario, in ossequio alla posizione assunta dalla CIG, è chiaro che l'unico caso in cui la Corte potrebbe declinare la propria giurisdizione è quello in cui sia lo stesso titolo giurisdizionale a richiedere che una controversia venga dedotta nella sua totalità³¹⁹.

Pertanto, la Corte deve limitarsi alla decisione di quanto richiesto dall'attore – ed eventualmente dal convenuto, la cui attività processuale può determinare l'estensione dell'oggetto della controversia, come si dirà appena *infra*³²⁰ - e ciò è vero anche quando l'attore abbia dedotto in giudizio un oggetto processuale quantitativamente inferiore rispetto a quello storico: in questo caso la Corte sarà tenuta a declinare la propria giurisdizione solo e soltanto se sia lo stesso titolo di giurisdizione a richiedere che la deduzione dell'oggetto storico della controversia nella sua integrità.

Risultano però necessarie alcune considerazioni conclusive per il caso in cui nel titolo giurisdizionale non si dia l'onere per la parte di dedurre l'insieme delle questioni controverse, nella loro integralità, alla Corte. In questo caso, ci si potrebbe chiedere se la CIG possa comunque pervenire a una declinatoria di giurisdizione, a causa della mancata deduzione di alcuni profili della controversia, quando questa sia finalizzata, alternativamente o cumulativamente, alla tutela della posizione del convenuto o della Corte stessa.

In relazione al primo profilo, è necessario rammentare che il convenuto, unica possibile vittima della deduzione potenzialmente abusiva di solo alcuni profili della controversia, potrebbe efficacemente reagire proponendo adeguate domande riconvenzionali, dovendosi sicuramente dire soddisfatti i requisiti giurisdizionali e di connessione previsti dall'art. 80 del Regolamento. Questa tematica sarà comunque oggetto di approfondimento nel capitolo dedicato alle vicende che nel corso del processo possono comportare un mutamento dell'oggetto della controversia.

Per quanto concerne, poi, una declinatoria che abbia come finalità quella di tutelare la stessa Corte, è difficile immaginare quali pericoli possano derivare dalla decisione solo parziale della controversia, se non quello che i profili rimasti "al di fuori" della decisione vengano successivamente portati alla Corte. Questa evenienza, tuttavia, non può dirsi di per sé pericolosa, stante la necessità che la Corte decida in modo coerente

³¹⁹ Kolb R., *General Principles of Procedural Law*, in Zimmermann A. et al., *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, II ed., Oxford University Press, 2012, a pag. 894, ove si precisa che: "The applicant can demand less than he would be entitled to. In this case, the judge will not be allowed to award more than was asked for (even if he had been prepared to do so) and cannot award anything different from what was demanded either".

³²⁰ *Ibidem* a pag. 896, dove si definisce in prima battuta l'attore come *dominus negotii*. Nulla impedisce poi che anche le richieste del convenuto possano comportare una modifica del *quantum* (in potenza, quindi, entrambe le parti sono *domini negotii*).

con quanto previamente statuito e che consideri le questioni già divenute *res iudicata* nel decidere quelle proposte *ex novo* alla sua cognizione³²¹.

Un altro potenziale argomento risiede nel vantaggio che la Corte decida una controversia nella sua interezza piuttosto che in relazione a specifici profili di questa. Non sembra comunque possibile né che il principio di economicità, qui inteso come pronta risoluzione di una intera controversia, possa prevalere sul principio dispositivo, che regola in modo pregnante l'esercizio dell'intera funzione giudiziale nel diritto internazionale, né che la Corte sia impossibilitata a conoscere dei profili non inclusi nella domanda al solo fine di pervenire a una migliore decisione.

Occorre ora dire della situazione opposta, ovverosia quella in cui una parte tenti di includere nell'oggetto processuale della controversia delle questioni su cui mai è caduto lo scontro di volontà tra le parti nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento. Tale questione non è affatto nuova, dal momento che è stata già affrontata nel corso del primo capitolo, dedicato all'identificazione degli elementi costitutivi della controversia nel sistema CIG. Per questo, i casi trattati in questa sede saranno alcuni di quelli di cui si è già dato conto *supra*.

Per comprendere quale sia la prevedibile posizione della Corte sul punto, conviene anzitutto citare il caso relativo a Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite tra Belgio e Senegal³²². Come precisato, il Belgio aveva chiesto alla CIG di affermare l'illiceità della condotta del Senegal, consistente nella mancata attivazione di un procedimento penale volto ad accertare eventuali responsabilità penali in capo ad Hassène Habré, perché in violazione dell'obbligo di aut dedere aut iudicare. Secondo l'attore, tale obbligo era previsto sia dalla Convenzione contro la tortura sia dal diritto internazionale generale. Orbene, secondo la Corte, mentre era chiaro che nel tempo anteriore alla instaurazione del procedimento le parti avevano disputato sulla conformità della condotta del Senegal alle norme della Convenzione contro la tortura, mai le stesse avevano disputato sulla conformità di quella al diritto internazionale consuetudinario³²³. Per tale ragione, la Corte aveva confermato l'esistenza della controversia ma limitatamente alle questioni concernenti il diritto pattizio, escludendo invece quelle relative al diritto consuetudinario. Ciò dimostra che, nel caso in cui l'attore tenti di includere nell'oggetto della controversia processuale questioni su cui mai è caduto il disaccordo delle parti, la Corte accerterà la mancanza di controversia limitatamente a quelle questioni e si dichiarerà giurisdizionalmente incompetente.

Questo atteggiamento ha trovato piena conferma anche nel successivo procedimento Alleged Violations of the Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea tra Nicaragua e Colombia, cui si è fatto riferimento perché la Corte aveva già esplicitato il requisito della consapevolezza per l'identificazione dell'esistenza di una controversia

³²¹ L'art. 59 è chiaro nell'affermare che “*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*”. In più, “[...] *if, after the adoption of a decision, the same matter has to be considered again by the ICJ, in this new phase the extent of the binding force of the former decision can become relevant and may require consideration by the ICJ*”, *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, II ed., (Oxford: Oxford University Press), 2012, a pag. 1421.

³²² *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 442.

³²³ *Ivi* al par. 54.

internazionale³²⁴. Il Nicaragua aveva convenuto la Colombia, lamentando la lesione della propria sovranità nel tratto di mare che le sarebbe spettato ai sensi di una sentenza resa dalla CIG nel 2012 e, inoltre, denunciando la minaccia dell'uso della forza, da parte della Colombia, nella commissione di tale violazione³²⁵. Senza che vi sia la necessità di dare conto dei dettagli della vicenda, occorre dire che la Corte, all'esito dell'analisi delle vicende fattuali intercorrenti tra le parti, è pervenuta all'accertamento dell'assenza di controversia in relazione alla minaccia di uso della forza da parte della Colombia³²⁶.

L'analisi di queste due vicende processuali consente di formulare alcune considerazioni relativamente al caso in cui l'attore decida di includere nell'oggetto processuale della controversia anche delle questioni su cui le parti non hanno disputato nel tempo anteriore alla instaurazione del procedimento contenzioso. In maniera non dissimile da quanto si è già detto nel corso del primo capitolo, la CIG dovrà svolgere una attenta analisi del trascorso fattuale tra le parti per comprendere se queste abbiano (o meno) disputato in relazione a tutte le questioni dedotte dall'attore nel procedimento. Come si è visto, tali questioni possono riguardare sia la condotta concretamente contestata (nel procedimento tra Nicaragua e Colombia, questa era per l'appunto la minaccia di uso della forza) sia, in maniera più limitata, la base giuridica della pretesa attorea (nel procedimento tra il Belgio e il Senegal, questa era costituita dal diritto consuetudinario). Nel primo caso, l'analisi avrà ad oggetto lo scambio tra le parti finalizzato a verificare se le parti abbiano mai dibattuto sulla liceità *tout court* della condotta; nel secondo, se queste abbiano mai (almeno implicitamente) disputato in relazione a tutte le basi giuridiche poste a fondamento della pretesa attorea.

Conseguentemente, quando la Corte reputi che su alcune condotte non è caduto lo scontro di volontà tra le parti, tali condotte mai potranno costituire l'oggetto della controversia processualmente dedotta. Inoltre, quando la stessa Corte reputi che le parti hanno disputato – prima dell'instaurazione del procedimento contenzioso – sulla liceità di una certa condotta ma solamente in relazione a certe norme (siano queste di diritto pattizio o consuetudinario) ecco che non potranno essere dedotte in giudizio delle doglianze relative a norme diverse rispetto a quelle cui espressamente si sono riferite le parti nella fase precontenziosa.

2.1.2.3. Disaccordo qualitativo sull'oggetto nel caso di domanda unilaterale

A prescindere dalla conformità dell'oggetto processuale a quello storico della controversia, potrà poi insorgere un contrasto tra le parti sulla circostanza che quella pendente davanti all'organo giudiziario appartenga (o meno) alle categorie di controversie previste dal titolo di giurisdizione. In altre parole, dopo aver verificato che su tutte le questioni dedotte in giudizio è effettivamente caduta – prima dell'instaurazione del procedimento – la divergenza della volontà delle parti, la Corte

³²⁴ *Alleged Violations of the Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p.3.

³²⁵ *Ivi* al par. 12.

³²⁶ *Ivi* al par. 74.

dovrà accertare che tali questioni costituiscano una controversia appartenente alle categorie di controversie che possono essere decise sulla base del titolo giurisdizionale.

Infatti, in molti casi gli Stati hanno tentato di dedurre in giudizio una controversia che la Corte non poteva decidere in ragione di riserve che le parti avevano apposto alla sua giurisdizione. In questi casi, il convenuto non solo, e non tanto, cercherà di contestare l'esistenza di una controversia, quanto piuttosto il fatto che questa, nonostante la formulazione qualitativa adoperata dall'attore, ricada nell'ambito applicativo di una riserva.

Per verificare l'attitudine della Corte in relazione alla eventuali problematiche derivanti dalla determinazione qualitativa dell'oggetto della controversia è anzitutto necessario considerare il caso dell' *Aegean Sea Continental Shelf*³²⁷, coinvolgente Grecia e Turchia. La prima aveva convenuto la seconda basando la propria domanda sull'art. 17 dell'Atto Generale del 1928³²⁸, che era originariamente uno strumento per fondare la giurisdizione della CPGI. Senza che sia qui necessario indugiare sulle ragioni che avrebbero consentito di adire la CIG come successore della CPGI, è opportuno sottolineare come la Corte abbia preferito porre come primo punto del proprio ragionamento non già l'effettiva (e controversa) vigenza dell' Atto Generale nell'ordinamento internazionale quanto piuttosto l'indagine degli effetti della riserva che la Grecia aveva precedentemente apposto alla clausola compromissoria³²⁹. Il testo originario di quest'ultima, infatti, escludeva dall'ambito giurisdizionale, *inter alia*, "les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats et, notamment, les différends ayant trait au statut territorial de la Grèce, y compris ceux relatifs à ses droits de souveraineté sur ses ports et ses voies de communication"³³⁰. Qualora avesse reputato che la controversia pendente apparteneva a questa categoria, la Corte avrebbe dovuto declinare la propria giurisdizione³³¹.

In primo luogo, la Grecia evidenziava come il dato testuale non facesse ricadere la controversia nell'ambito di quelle escluse, dal momento che tale riserva non "copriva" le controversie relative allo *status* territoriale della Grecia tout court bensì solamente quelle relative a quest'ultimo le quali, al tempo stesso, fossero relative a questioni che ai sensi del diritto internazionale sono soggette alla giurisdizione domestica dello Stato³³².

³²⁷ *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p.3. La Grecia aveva convenuto la Turchia di fronte alla CIG per via di alcune spedizioni, autorizzate dalle autorità turche, in zone marittime che, secondo l'attore, gli spettavano. Più in generale, le parti erano in disaccordo sia su quale dovesse essere la linea di confine sia sulle modalità di delimitazione di questa.

³²⁸ "All disputes with regard to which the parties are in conflict as to their respective rights shall, subject to any reservations which may be made under Article 39, be submitted for decision to the Permanent Court of International Justice, unless the Parties agree, in the manner thereafter provided, to have resort to an arbitral tribunal. It is understood that the disputes referred to above include in particular those mentioned in Art. 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice".

³²⁹ *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, al par. 40.

³³⁰ *Ivi* al par. 48.

³³¹ Sullo stato di incertezza circa l'applicazione della riserva al caso concreto si veda Robol R. T., "Jurisdiction – Limits of Consent – The Aegean Sea Continental Shelf Case", *Harvard International Law Journal*, vol. 18 (1977), a pag. 669.

³³² *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, al par. 49.

Dopo aver respinto gli argomenti di natura grammaticale ed assunto a rilevanti quelli inerenti il contesto in cui tali parole erano state utilizzate dalla Grecia, la Corte individuava come ragione d'essere della riserva il fatto che negli anni successivi alla prima guerra mondiale la Grecia temesse la reviviscenza delle aspirazioni della Bulgaria all'ottenimento di un territorio che le consentisse di accedere al Mar Egeo, perduto all'esito delle modificazioni territoriali conseguenti all'entrata in vigore dei trattati di pace. Pertanto, questa conclusione era sufficiente a dimostrare che la riserva greca, in realtà, ne comprendeva due, distinte tra loro. La prima, relativa alle controversie oggetto di giurisdizione domestica; la seconda, relativa a quelle concernenti lo *status* territoriale³³³. Inoltre, nel ragionamento della Corte, tale conclusione era sostenuta dallo studio della documentazione relativa alla preparazione dell'adesione della Grecia all'Atto Generale³³⁴.

La lettura del contenuto della domanda attorea era sufficiente per chiarire come la Grecia avesse convenuto la Turchia perché voleva, anzitutto, che a certe isole assoggettate alla sua sovranità fosse giuridicamente riconosciuta una certa porzione di piattaforma continentale e che, in conseguenza alla statuizione su tale diritto, la CIG provvedesse alla definizione della linea di confine tra le piattaforme continentali appartenenti ai due Stati³³⁵. Tuttavia, la Corte chiariva come la "question" (qui da intendersi, evidentemente, come oggetto della controversia) cui era chiamata a pronunciarsi non era se i diritti relativi alla piattaforma continentale fossero o meno compresi nell'espressione "*status* territoriale", quanto piuttosto se la controversia tra le parti fosse o meno collegata allo *status* territoriale della Grecia³³⁶, nonostante il contenuto della domanda greca.

Per giustificare l'esclusione della presente controversia dall'ambito materiale della riserva, l'attore aveva in primo luogo argomentato come questa inerisse alla delimitazione del confine della piattaforma continentale e pertanto essa fosse estranea alla nozione di *status* territoriale³³⁷. In secondo luogo, dal momento che la piattaforma continentale non era parte del territorio dello Stato, che la controversia, concernendo diritti relativi alla prima e non al secondo, non doveva considerarsi relativa allo *status* territoriale dello Stato³³⁸.

La Corte ha respinto la prima delle argomentazioni, precisando, da un lato, come tale controversia delimitazione, essendo dotata degli stessi caratteri di stabilità propri di una delimitazione territoriale, avesse ad oggetto aree su cui gli Stati avrebbero poi esercitato diritti sovrani derivanti dal diritto internazionale e come fosse concettualmente erroneo reputare distinti delimitazione e *status* territoriale. Da ciò, in maniera ancora più rilevante, che la domanda aveva riguardo alla determinazione dell'esistenza del diritto alla piattaforma continentale.

Dall'altro, per rigettare la seconda, ha evidenziato, riferendosi alle precedenti decisioni relativa ai casi sul North Sea Continental Shelf, come uno Stato potesse godere di diritti sulla piattaforma continentale solo in quanto titolare di sovranità su un dato territorio.

³³³ *Ivi* al par. 68.

³³⁴ *Ivi* ai parr. 63 e ss.

³³⁵ *Ivi* al par. 82.

³³⁶ *Ivi* al par. 81.

³³⁷ *Ivi* al par. 82.

³³⁸ *Ibidem*.

In altre parole, secondo la Corte, dal momento che i diritti sulla piattaforma derivano dalla sovranità esercitata sul territorio, era inevitabile che questi fossero compresi nell'ambito del regime territoriale e, quindi, "a dispute regarding those rights would, therefore, appear to be one which may be said to "relate" to the territorial *status* of the coastal State"³³⁹.

In realtà, sembra opportuno sottolineare come la vera questione teorica, sottesa a entrambi gli argomenti proposti dall'attore e respinti dalla Corte, fosse se una controversia relativa alla delimitazione della piattaforma continentale potesse o meno dirsi relativa allo *status* territoriale di uno Stato. Nonostante parte della dottrina si opponga alla posizione adottata dalla Corte³⁴⁰, è ragionevole credere che la questione potesse risolversi avendo riguardo a quanto già affermato dalla CIG nelle decisioni relative al North Sea Continental Shelf³⁴¹. In quella sede, la Corte aveva fatto proprio il principio del naturale prolungamento³⁴² e aveva esplicitamente messo in correlazione la nozione di piattaforma continentale con quella di sovranità dello Stato. Inoltre, la Corte aveva manifestamente aderito al principio del dominio, denotante, quindi, pieno dispiegamento della sovranità della terra sul mare³⁴³.

Ciò considerato, è evidente come il fine della formulazione della domanda, perseguito dall'attore, fosse esattamente quello di connotare qualitativamente l'oggetto della controversia al fine di aggirare la limitazione alla giurisdizione materiale della Corte derivante dal contenuto della sua stessa riserva.

L'analisi di questo caso ha evidenziato come, per accertare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio della sua giurisdizione, la Corte abbia solamente agito per disvelare il vero contenuto di una domanda costruita artificialmente dall'attore per "aggirare" la carenza del consenso di una parte alla giurisdizione della Corte in relazione a una data categoria di controversie. Al contrario, non risulterebbe corretta l'opinione per cui la CIG avrebbe arbitrariamente identificato l'oggetto della controversia o, addirittura, operato una riformulazione della domanda attorea.

Un altro caso rilevante ai fini qui perseguiti è quello tra Spagna e Canada, relativo alle Fisheries Jurisdiction³⁴⁴. Come noto, in quell'occasione, le parti divergevano sulla

³³⁹ *Ivi* al par. 86.

³⁴⁰ Johnson D. H. N., "The International Court of Justice Declines Jurisdiction Again (*the Aegean Sea Continental Shelf Case*)", *Australian Year Book of International Law*, vol. 7 (1976 - 1977), a pag. 328.

³⁴¹ *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

³⁴² *Ivi* al par 43: "More fundamental than the notion of proximity appears to be the principle – constantly relied upon by all the Parties – of the natural prolongation or continuation of the land territory or domain, or land sovereignty of the coastal State, into and under the high seas, via the bed of its territorial sea which is under the full sovereignty of that State".

³⁴³ *Ivi* al par. 96.

³⁴⁴ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment*, I.C.J. Reports 1998, p. 432; la vicenda trae origine dall'adozione da parte del Canada di nuova normativa nazionale volta alla regolamentazione delle attività di pesca dei banchi di particolari specie a rischio di estinzione nella c.d. NAFO (*North Atlantic Fisheries Organization*), quindi al di fuori delle acque territoriali dello Stato. Dal punto di vista internazionalistico, per tutelarsi da eventuali pretese giudiziali avanzate da altri Stati, il Canada provvedeva alla sostituzione della dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione della CIG con una specificamente mirante ad escludere la giurisdizione della Corte nel caso di controversie "arising out of or concerning" tali misure di conservazione e gestione e le misure

connotazione del contenuto della controversia, rilevante per comprendere se questa ricadesse o meno nella riserva apposta alla dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione. Mentre la Spagna riteneva che la controversia fosse relativa alla illiceità dell'esercizio della giurisdizione canadese in alto mare nei confronti delle navi battenti bandiera spagnola e dei loro equipaggi, il Canada reputava che la Corte fosse stata investita di una controversia concernente le misure di conservazione e di gestione delle risorse ittiche adottate dallo Stato. In altre parole, l'oggetto storico – e di riflesso quello processuale – della controversia era connotato diversamente da ciascuna delle parti, e da tale connotazione dipendeva la sussistenza della giurisdizione *ratione materiae* della Corte.

Nel dirimere la questione, la Corte ha evidenziato come, nonostante il potere dell'attore di qualificare la controversia nella sua domanda³⁴⁵, quest'ultima non potesse che essere considerata solamente come la base da cui partire, ben potendo la Corte, in caso di incertezza o disaccordo della parti in relazione al vero oggetto della controversia, provvedere alla sua identificazione su basi soggettive e avuto riguardo alla posizione degli Stati coinvolti³⁴⁶. Alla luce di siffatte premesse teoriche, dopo aver notato come la proposizione della domanda fosse stata occasionata da certi specifici atti che trovavano la propria legittimazione giuridica nella novellata normativa canadese³⁴⁷, la Corte ha ritenuto che l'essenza della controversia avesse ad oggetto la liceità l'inseguimento e il sequestro dell'Estai e l'arresto del suo comandante. In effetti, la Corte si è effettivamente discostata dal contenuto della domanda per evitare di affrontare la questione, puramente teorica, della liceità e dell'opponibilità alla Spagna della normativa interna canadese, e da ciò l'ovvia conseguenza che la sua indagine risulta focalizzata quasi esclusivamente sugli atti che, in concreto, avrebbero determinato la lesione alla sovranità della Spagna.

Sicuramente esaustiva risulta la trattazione avente ad oggetto i criteri da adottare per l'interpretazione della riserva, al fine di comprendere se gli atti coercitivi, individuati come oggetto della controversia, potessero dirsi o meno esclusi dalla giurisdizione della Corte. Nello specifico, la Corte si spendeva nell'analisi letterale e contestuale di ogni singolo elemento della riserva³⁴⁸, affermando come l'atto posto in essere dal Canada non potesse non essere considerato come atto di esecuzione³⁴⁹ di misure³⁵⁰ volte alla

applicative di queste. Dal punto di vista dell'ordinamento interno, di conseguenza, il Canada provvedeva alla modificazione della legislazione penale, prevenendo per gli ufficiali preposti la facoltà, a certe condizioni, di operare misure coercitive nei confronti di quegli equipaggi che non si sarebbero conformati alle misure anzidette. In concreto, la vicenda era scatenata dal sequestro dell'Estai, nave battente bandiera spagnola, e dall'arresto del suo capitano. Secondo la Spagna, tale atto coercitivo e, quindi, la base giuridica di questo contrastavano con il diritto internazionale.

³⁴⁵ Come quelle relative alla certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia.

³⁴⁶ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, ai par. 29 e 30.

³⁴⁷ *Ivi* al par. 34.

³⁴⁸ Che, come accennato *supra*, era del seguente tenore: “(d) *disputes arising out of and concerning conservation and management measures taken by Canada with respect to vessels fishing in the NAFO Regulatory Area, as defined in the Convention on Future Multilateral Co-operation in the North-west Atlantic Fisheries, 1978, and the enforcement of such measures*”.

³⁴⁹ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, al par. 79.

³⁵⁰ *Ivi* al par. 66.

conservazione e alla gestione delle risorse ittiche³⁵¹, adottate in relazione a imbarcazioni esercenti attività di pesca nell'area NAFO, così come definita nella Convenzione sulla cooperazione multilaterale nelle peschiere dell'Atlantico del Nord³⁵². Pertanto, sulla base della convincente interpretazione della norma data dalla Corte, era inevitabile che la controversia ricadesse nell'ambito applicativo della riserva, escludendo così la sussistenza della giurisdizione *ratione materiae* della CIG³⁵³.

Tale decisione è stata aspramente criticata da alcuni giudici che nelle loro opinioni dissenzienti hanno stigmatizzato ciò che è stato etichettato come un abuso, asseritamente compiuto dalla Corte e consistente nell'attività di riformulazione dell'oggetto della controversia³⁵⁴. Le critiche trovano il loro fondamento in quella che Bedjaoui ha definito una vera e propria distorsione dell'oggetto della controversia, dal momento che mentre l'attore aveva presentato una domanda relativa alla carenza del titolo in capo al convenuto di esercitare la propria giurisdizione nel mare internazionale, la Corte avrebbe deciso di trattare un caso diverso, trasformando una controversia relativa al "conflitto tra giurisdizioni" in una "controversia relativa alla conservazione e alla gestione delle peschiere"³⁵⁵. Altra critica è quella sollevata da Ranjeva, che pone l'accento sull'errore metodologico che la Corte avrebbe compiuto nel ritenere di avere tutti gli strumenti per decidere la questione già nella fase dedicata alla trattazione delle obiezioni preliminari quando, invece, avrebbe dovuto qualificare le obiezioni sollevate dal convenuto come aventi natura non esclusivamente preliminare³⁵⁶.

Queste critiche non appaiono fondate.

Al contrario, sembra possibile e opportuno richiamare anche per questa vicenda processuale quanto argomentato in relazione all' Aegean Sea Continental Shelf. Anche qui come allora, si deve notare come l'attitudine della Corte, che ha dato pressoché esclusiva rilevanza al concreto atto di coercizione sull'Estai invece che alla liceità e alla opponibilità alla Spagna della normativa canadese, costituisca una reazione all'intento spagnolo di aggirare la limitazione posta alla giurisdizione materiale della Corte dalla riserva canadese connotando in un certo modo l'oggetto della controversia. In altre parole, la Spagna non poteva dirsi inconsapevole dell'ampiezza del contenuto della riserva posta dal Canada, ricomprendente l'atto di coercizione posto in essere dalle autorità canadesi.

Nello specifico, risulta capzioso il tentativo di chi intende mettere in opposizione, e quindi considerare come alternative, la categoria delle controversie che si riferiscono al titolo giuridico posto alla base delle misure coercitive di esercizio di giurisdizione e quella delle controversie che derivano dall'adozione di misure concretamente volte alla conservazione e alla gestione delle risorse ittiche. Infatti, è pacifico che la controversia presentata alla Corte potesse certamente ricadere in entrambe le categorie. In buona

³⁵¹ *Ivi* al par. 73.

³⁵² *Ivi* al par. 76.

³⁵³ *Ivi* al par. 88.

³⁵⁴ Ci si riferisce alle opinioni dissenzienti dei Giudici Bedjaoui, Ranjeva e Vereshchetin.

³⁵⁵ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui*, al par. 26.

³⁵⁶ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, Dissenting Opinion of Judge Ranjeva*, al par. 41.

sostanza, le due categorie appena menzionate potrebbero dirsi sovrapponibili, nella misura in cui fossero previsti poteri coercitivi esercitabili anche al di fuori del mare territoriale e della ZEE per garantire il rispetto delle misure di conservazione e gestione delle risorse ittiche. A riprova di ciò, il fatto che il risultato non sarebbe stato diverso se la Corte avesse identificato come oggetto della controversia, alternativamente o cumulativamente alla vicenda dell'Estai, la liceità e l'opponibilità alla Spagna, in quanto tali, della normativa canadese. Infatti, senza dubbio, anche queste sarebbero state ricomprese nell'ambito di applicazione della riserva.

L'analisi di questi casi induce a credere che, lungi dall'aver operato una vera e propria riformulazione arbitraria dell'oggetto della controversia, l'attitudine della CIG sia sempre stata nel senso di disvelarne la vera natura, dopo avere di fatto rimosso il "manto" che sopra questa era stato gettato dall'attore.

2.1.3 Il perimetro temporale della controversia

Così come per quello materiale, è possibile che gli Stati limitino anche l'ambito temporale di esercizio della giurisdizione della CIG. In effetti, le riserve a questo fine apponibili allo strumento di accettazione della giurisdizione possono dividersi in due macrocategorie: la prima è costituita dalle manifestazioni di volontà che intendono escludere le controversie nate prima dell'entrata in vigore dello strumento, la c.d. "data critica"; la seconda, detta "doppia riserva", è quella che determina l'esclusione di tutte le controversie che, seppur sorte successivamente alla entrata in vigore dello strumento giurisdizionale, si riferiscono a fatti o situazioni a questa anteriori³⁵⁷.

Mentre le riserve del primo tipo sono perfettamente coerenti con il principio di irretroattività, sancito all'art. 28 della Convenzione di Vienna del 1969, la portata delle riserve del secondo tipo ha richiesto un grande sforzo giurisprudenziale, che ha tentato di elaborare e chiarificare la portata della nozione di "fait générateur" della controversia. Confermando quanto già precedentemente argomentato, è opinione qui sostenuta che il fatto generatore della controversia debba corrispondere all'insieme delle questioni fattuali che, insieme al titolo giuridico, il quale non necessariamente costituisce l'oggetto di una divergenza, costituiscono la *causa petendi* e che, di conseguenza, legittimano all'ottenimento di un dato *petitum*. Le prossime pagine saranno dunque dedicate all'analisi della giurisprudenza per comprendere come la Corte riesca a pervenire alla individuazione del fatto generatore della controversia.

Prima di procedere nell'analisi, tuttavia, occorre svolgere alcune generali considerazioni in relazione alla natura del fatto generatore della controversia.

In primo luogo, occorre rammentare come la CDI, nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, licenziato nel 2001, abbia operato una distinzione tra violazioni determinate da un comportamento compiuto e che hanno effetti perduranti, violazioni che hanno durata continuativa attraverso comportamenti perduranti e, infine, violazioni costituite da una pluralità di atti o omissioni che cumulativamente costituiscono la violazione di un obbligo internazionale³⁵⁸. Sul punto, alcune esemplificazioni sono rinvenibili in dottrina³⁵⁹.

Inoltre, come noto, la Commissione ha omesso di conservare la distinzione, elaborata nel primo progetto di articoli redatto da Roberto Ago, tra violazione di obblighi internazionali che richiedono allo Stato una particolare condotta e violazione di obblighi che richiedono allo Stato di pervenire ad uno specifico risultato³⁶⁰. Tale

³⁵⁷ *Ex multis*, Santulli C., *Droit du Contentieux International*, (Mayenne: LGDJ – lextenso éditions), 2015, a pag. 193.

³⁵⁸ Questo è quanto previsto dall'art. 14 del progetto di articoli della CDI sulla responsabilità internazionale.

³⁵⁹ *Ex multis*, Tanzi A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, VI ed., (Milano: CEDAM), 2019, a pag. 391. Un esempio della prima categoria di illeciti sarebbe dato da un atto di espropriazione discriminatoria non accompagnata da indennizzo; un esempio della seconda è la illecita detenzione di ostaggi; un esempio della terza è la c.d. espropriazione striscinate (c.d. "*creeping expropriation*").

³⁶⁰ Erano gli Artt. 20 e 21 del progetto licenziato in prima lettura nel 1996.

distinzione, invero, può comunque risultare molto utile per la corretta identificazione del fatto generatore della controversia internazionale.

Infatti, nonostante Ago già nel 1939 avesse correttamente evidenziato come la condotta dello Stato possa non essere di per sé sufficiente a cagionare la violazione, dovendo a questa conseguire un evento esteriore ulteriore e dovendo sussistere un nesso causale tra la prima e il secondo³⁶¹, nell'ambito dei lavori della Commissione lo stesso Ago aveva preferito non considerare quello del danno come elemento costitutivo dell'illecito internazionale³⁶². Tale scelta, tuttavia, fu adottata per evitare che vi fosse commistione e confusione tra le norme sulla responsabilità degli Stati e quelle primarie che in concreto vincolavano gli Stati al rispetto dello *status* degli stranieri (c.d. "*status of aliens*"). Infatti, secondo Ago, se pure in alcuni casi, perché potesse dirsi violata la rilevante norma internazionale, era necessario verificare che oltre alla condotta i soggetti destinatari di questa avessero subito una concreta lesione ("injury" o "damage"), lo stesso non poteva dirsi per l'illecito nei rapporti tra gli Stati, giacché in caso di violazione di una norma internazionale di uno Stato nei confronti di un altro, la lesione doveva dirsi in re ipsa. Alla luce di quanto si è appena detto e di quello che si dirà nel corso della trattazione, è evidente come il fatto generatore della controversia possa mutare a seconda del contenuto della norma primaria asseritamente violata.

Peraltro, una situazione analoga, ma più specifica, potrebbe darsi nel caso in cui l'organo legislativo di un primo Stato approvi una data normativa, potenzialmente contraria al diritto internazionale, alla quale non sia stata ancora data esecuzione. Ci si dovrebbe chiedere se un altro Stato possa agire contro il primo e lamentare innanzi alla CIG l'incompatibilità di tale normativa al diritto internazionale, anche se questa non ha ancora cagionato, in concreto, alcuna lesione. Tale complessa questione è stata affrontata da risalente dottrina, la quale ha sostenuto che la risposta alla questione dipende, ancora una volta, dal contenuto della norma internazionale asseritamente violata³⁶³. Da un lato, infatti, "può darsi che la norma internazionale imponga un comportamento attivo o passivo specificamente designato, che può consistere nel dovere di emanare, o di astenersi dall'emanare, un determinato atto legislativo"³⁶⁴: in questi casi la mera emanazione di una legge contrastante con la norma internazionale, nonché l'omissione nell'emanazione della legge imposta dalla norma internazionale,

³⁶¹ Ago R., "*Le délit international*", *Académie de Droit International – Recueil des Cours*, vol. 68 (1939), a pag. 447. L'autore citato esemplifica efficacemente nei termini che seguono: "*La conduite d'un Etat peut quelquefois entrer à elle seule en contraste avec une obligation internationale incombant à l'Etat même. Si un organe d'Etat insulte le drapeau d'une Nation avec laquelle son pays entretient des relations pacifiques, la conduite de l'organe est en elle-même une lésion de la deuxième Nation dans son droit au respect de son emblème, et est par là suffisante pour former la base objective d'un fait illicite international. Mais pour que l'on puisse dire qu'un Etat belligérant a violé l'obligation juridique de ne pas bombarder un hôpital ennemi, il ne suffit pas que son aviateur ait lancé des bombes contre l'hôpital: il faut aussi que cet objectif ait été effectivement atteint; qu'à la conduite de l'aviateur s'ajoute l'élément extérieur, le fait que l'hôpital a été atteint par des bombes*".

³⁶² *Yearbook of the International Law Commission, 1971-II, Part. 1*, a pag. 223.

³⁶³ Vitta E., *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, (Milano: Giuffrè Editore), 1953, alle pagg. 87 e ss.

³⁶⁴ *Ibidem*. Secondo la dottrina citata questa evenienza questa fattispecie è ulteriormente scomponibile in due casi: il primo, più improbabile, che si dà quando "sussista per uno Stato l'obbligo di astenersi dall'inserire nella sua legislazione interna una legge specificamente determinata"; il secondo, meno improbabile, che si dà "quando ad uno Stato venga fatto l'obbligo positivo di emanare un determinato atto legislativo".

sarà idonea a cagionare l'illecito internazionale. Dall'altro lato, poi, si danno delle norme internazionali, le più numerose, che non impongono specifiche attività ma che "si limitano a prescrivere il raggiungimento di un dato fine, che lo Stato obbligato è libero di conseguire valendosi dei mezzi che ritenga più opportuni"³⁶⁵. Secondo la dottrina citata, in questi casi l'illecito dovrebbe dirsi compiuto solo quando la norma non sia giurisdizionalmente rivedibile e solo quando a questa venga data concreta esecuzione, poiché solo in questa fase vengono inflitti danni materiali³⁶⁶. Tale ricostruzione è positivamente accolta anche da Ago nel Sesto Rapporto sulla responsabilità degli Stati del 1977, ed definita non solo come la più logica, ma anche come la più idonea alla interpretazione della prassi degli Stati e degli organi giurisdizionali internazionali³⁶⁷

Tanto precisato sulla natura del fatto generatore della controversia, occorre ora indagare la giurisprudenza attualmente seguita dalla CIG, la quale ha trovato origine nella decisione della CPGI nel caso dei Phosphates in Morocco³⁶⁸. In quel caso, la cui materia del contendere consisteva nell'adozione di una normativa volta alla monopolizzazione delle attività di sfruttamento dei fosfati: questa era stata approvata ed implementata dalle autorità marocchine sin dal 1920 mentre la dichiarazione unilaterale italiana di accettazione della giurisdizione era entrata in vigore il 7 settembre 1931.

La Francia aveva fatto valere il testo della propria dichiarazione unilaterale, che limitava la giurisdizione della Corte su tutte le "controversie che possano sorgere dopo la ratifica della presente dichiarazione in relazione a fatti o situazioni seguenti alla ratifica"³⁶⁹, evidenziando come la fattispecie sottoposta dall'Italia alla Corte ricadesse appunto nell'ambito della limitazione giurisdizionale *ratione temporis*.

Ciò che risulta di estremo interesse è la reazione dell'attore. Infatti, l'Italia, nel tentativo di nullificare l'eccezione francese, aveva evidenziato 1) che i diversi atti che avevano realizzato la monopolizzazione, illeciti anche se considerati isolatamente rispetto agli altri, erano avvenuti dopo l'entrata in vigore della dichiarazione; 2) che gli atti successivi alla "data critica", considerati in connessione con gli atti a questa antecedenti, costituivano un illecito singolo, continuato e progressivo, che si era realizzato solo dopo l'entrata in vigore della giurisdizione della Corte; 3) che gli atti antecedenti alla data critica avevano prodotto una situazione permanente non conforme al diritto

³⁶⁵ *Ibidem* a pag. 91.

³⁶⁶ *Ivi* a pag. 93.

³⁶⁷ *Yearbook of the International Law Commission, 1977, Part. 1*, alla pag. 15, parr. 32 e ss.

³⁶⁸ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Phosphates in Morocco, Judgment, 14 giugno 1938, Series A/B*. Questo caso era sorto dalla richiesta italiana che richiedeva alla Corte, agendo in protezione diplomatica in favore di una società italiana, di accertare in primo luogo di accertare l'illiceità internazionale della monopolizzazione dei fosfati marocchini da parte delle autorità e, quindi, l'obbligo incombente sul Marocco di abrogare la normativa. In subordine, l'Italia richiedeva di accertare l'illiceità del provvedimento ablativo dei diritti di sfruttamento e del successivo diniego di giustizia (seguito all'esecuzione) e l'obbligo di riconoscere alla società italiana i diritti derivanti dallo *status* di "discoverer". In estremo subordine, l'attore richiedeva che fosse accertato l'obbligo in capo al Marocco di pagare alla società italiana un'equa indennità.

³⁶⁹ *Ivi* alla pag. 22, il testo della dichiarazione recitava: "... sur tous les différends qui s'élevaient après la ratification de la présente déclaration au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification".

internazionale, ancora sussistente al momento della presentazione della domanda italiana³⁷⁰.

In generale, una delle principali argomentazioni italiane riguardava l'insorgenza dell'illecito una volta che fossero stati esauriti i ricorsi interni: l'adozione di un siffatto approccio avrebbe consentito di individuare come fatto generatore della controversia il concreto diniego di giustizia operato dall'autorità nazionale del Marocco, avvenuto in ragione delle deficienze del sistema giudiziale interno.

Proprio la natura delle argomentazioni italiane consente di comprendere perché la Corte abbia dovuto esplicitare come in astratto la risoluzione della questione dipendesse non solo dall'interpretazione della base giurisdizionale ma anche dalla collocazione temporale del vero fondamento dell'illecito che costituisce l'oggetto della controversia³⁷¹. Tale vero fondamento era costituito dai fatti e dalle situazioni aventi con la controversia una connessione così stretta da qualificarne l'oggetto. In sostanza, sono solo questi i fatti e le situazioni che possono essere etichettati come vera causa della controversia e, pertanto, sono solo questi che devono essere oggetto di considerazione a fini giurisdizionali. Al contrario, non rileverebbe la mera esistenza di un collegamento tra la controversia e fatti o situazioni successivi che rappresentino solamente la conferma o lo sviluppo delle situazioni o dei fatti antecedenti, i soli che possono costituire il vero (e autonomo) fondamento della controversia³⁷².

In sintesi, può dirsi sussistente la giurisdizione della Corte solo se i fatti o le situazioni strettamente connesse alla controversia (e quindi al suo oggetto) vengono ad esistenza nel tempo posteriore all'entrata in vigore della base giurisdizionale. Viceversa, non potrà dirsi sussistente la giurisdizione se quelli che vengono ad esistenza nel tempo posteriore alla controversia sono fatti o situazioni che presentino solamente un collegamento con quelli che costituiscono il "vero fondamento", essendo i secondi "presupposto" dei primi o, secondo un'altra prospettiva, i primi conferma (o sviluppo) dei secondi.

Date queste premesse teoriche, la CPGI procedeva poi alla trattazione del concreto argomento italiano secondo cui lo stesso regime giuridico comportante la monopolizzazione si sarebbe dovuto considerare come fatto o situazione successiva all'entrata in vigore della base di giurisdizione. In relazione a quest'ultimo punto, la Corte era risolta nell'individuare come vero fatto all'origine della controversia l'insieme dei provvedimenti reali emanati nel 1920³⁷³ e non poteva dirsi idonea a superare l'ostacolo giurisdizionale l'argomentazione italiana secondo cui la situazione giuridica lamentata fosse il frutto dell'attività legislativa di quegli anni. In altre parole, applicando le categorie sviluppate appena *supra*, la Corte ha qualificato i decreti del

³⁷⁰ *Ivi* a pag. 23.

³⁷¹ *Ivi* a pag. 24, ove la Corte evidenzia come: "The situations and the facts [...] have to be considered from the point of view both of their date in relation to the date of ratification and of their connection with the birth of the dispute. Situations or facts subsequent to the ratification could serve to found the Court's compulsory jurisdiction only if it was with regard to them that the dispute arose".

³⁷² *Ibidem*, per utilizzare le parole della Corte: "But it would be impossible to admit the existence of such a relationship between a dispute between a dispute and subsequent factor which either presume the existence or are merely the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute".

³⁷³ I cc. dd. "dabirs".

1920 come il vero fondamento della controversia, mentre i singoli provvedimenti di ablazione (successivi a quelli) non erano altro che fatti o situazioni costituenti sviluppo di quei decreti³⁷⁴.

Inoltre, in relazione alla qualificazione italiana dell'illecito come continuato e progressivo, realizzato solo con l'adozione da parte delle autorità del Marocco di una condotta illecita successiva all'entrata in vigore della base giurisdizionale (nello specifico il diniego di giustizia in relazione a un provvedimento del dipartimento delle miniere datato 1925), la Corte spiegava di nuovo che era nell'atto del 1920 che andava visto l'illecito, mentre l'inesistenza di un rimedio giudiziale adeguato o l'inutilizzabilità di rimedi amministrativi o straordinari non comportavano altro che la permanenza dell'atto internazionalmente illecito, e nulla di più³⁷⁵. Ancora una volta, è possibile qualificare tali fatti o situazioni come mera conferma o sviluppo di fatti o situazioni precedenti, quelli sì costituenti il fatto o atto qualificante l'illecito.

Da ultimo, la Corte trattava il punto del regime giuridico come violazione permanente dell'obbligo internazionale: la decisione sul punto risulta più sbrigativa, dal momento che richiamava *mutatis mutandis* gli argomenti già spesi per rigettare la qualificazione dell'illecito come continuato e progressivo³⁷⁶.

Siffatta ricostruzione, cui va riconosciuto un elevato grado di chiarezza logico-giuridica, fu comunque oggetto di critica da parte di due giudici.

La prima da considerare è quella che il giudice Cheng Tien-Hsi sviluppò nella sua opinione individuale³⁷⁷, sostenendo come non si potesse negare che la monopolizzazione in sé costituisse un fatto o una situazione esistente al momento della data critica. Infatti, il pregiudizio recato ai soggetti spogliati dei loro diritti non sarebbe una mera continuazione di un vecchio fatto illecito ma anzi assumerebbe nuova esistenza ogni giorno, stante la vigenza dei decreti reali espropriativi. Il giudice Cheng Tien-Hsi riteneva che tale posizione fosse l'unica sostenibile per pervenire a una corretta interpretazione della riserva francese, nella valorizzazione sia del dato testuale che della natura speciale dei soggetti coinvolti. Questa impostazione teorica non ha avuto alcun seguito giurisprudenziale, soprattutto nella parte in cui prefigura l'esistenza di una pluralità di illeciti in luogo di un solo illecito che perduri nel tempo.

In secondo luogo, è opportuno richiamare il contenuto dell'opinione dissenziente del giudice Van Eysinga³⁷⁸, il quale attribuì molta rilevanza alla distinzione intercorrente tra "fatti" e "situazioni". Anche ammettendo che i fatti generatori della controversia fossero effettivamente accaduti anteriormente all'entrata in vigore della dichiarazione, lo stesso non si poteva sostenere per le situazioni. Infatti, al fine di dimostrare l'infondatezza della eccezione francese, il giudice distingueva tra una controversia "insorgente in relazione a situazioni successive a una certa data" e quella "i cui fatti

³⁷⁴ A pag. 26 della sentenza.

³⁷⁵ *Ivi* a pag. 28.

³⁷⁶ *Ivi* a pag. 29.

³⁷⁷ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Phosphates in Morocco, Judgment, 14 giugno 1938, Series A/B, Separate Opinion of Mr. Cheng Tien-Hsi*, a pag. 36.

³⁷⁸ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Phosphates in Morocco, Judgment, 14 giugno 1938, Series A/B, Dissenting Opinion by Mr. Jonkebeer Van Eysinga*, a pag. 35.

causali siano successivi a quella data” o “che sorga da una situazione successiva a quella data”. Oltre che introdurre una ingiustificata distinzione tra fatti e situazioni, tale posizione risulta inutilmente confusa e ambigua, giacché non è possibile operare una distinzione concettuale tra “controversie relative a situazioni” e “controversie nate da situazioni”: tra le due categorie, infatti, non si dà alcuna distinzione. Inutile dire che anche questa posizione mai è stata successivamente valorizzata dalla CIG.

L'analisi ha dimostrato come la CPGI avesse ben chiara la natura del fatto generatore della controversia, essendo quest'ultimo il fatto (o la situazione) avente con la controversia un legame così stretto da qualificarne l'oggetto. La venuta ad esistenza di altri fatti o situazioni, successivi al fatto generatore, non è rilevante a fini giurisdizionali se questi costituiscono una mera conferma (o sviluppo) di quelli che, già isolatamente considerati, devono dirsi idonei a determinare il contenuto della controversia.

La seconda occasione in cui la CPGI dovette occuparsi di fatti o situazioni relative alla controversia è quello già precedentemente considerato (per altri fini) della *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*³⁷⁹. Sebbene le parti non contendessero che la controversia fosse sorta successivamente all'entrata in vigore della dichiarazione, il convenuto aveva però eccepito che la dichiarazione di accettazione della giurisdizione resa dall'attore prevedeva l'esclusione per le controversie relative a fatti o situazioni a questa anteriori.

Secondo il convenuto, mentre la data critica era il 10 marzo 1926, i fatti all'origine della controversia sarebbero stati le decisioni arbitrali rese dal Tribunale Arbitrale Misto nel 1923 e nel 1925³⁸⁰, i quali avevano ad oggetto la determinazione del prezzo dell'energia. In altre parole, sembra che, in applicazione del ragionamento sviluppato dalla Corte nel caso dei *Phosphates in Morocco*, la Bulgaria tentasse di identificare tali decisioni come fatti o situazioni strettamente connesse alla controversia, mentre pretendeva che le vicende successive fossero da considerare come un mero sviluppo di quelle.

Richiamando il proprio precedente, la Corte prese posizione nell'escludere che la vera causa della controversia fosse costituita dalle decisioni arbitrali, non potendosi individuare alcuna connessione tra quelle e la controversia. Secondo il ragionamento della Corte, se pure era vero che le decisioni avevano accertato in capo alla società dei diritti, è altrettanto vero che quelle non erano affatto oggetto di controversia tra le parti. Piuttosto, il vero fondamento della controversia era da rinvenire nell'attitudine delle autorità bulgare in relazione ai diritti così come precisati nelle decisioni del Tribunale. Dunque, deve dirsi irrilevante l'applicazione del giudizio controfattuale, consistente nell'affermare che se tali decisioni non fossero mai esistite, la stessa controversia non sarebbe mai esistita. Al contrario, la Corte affermò che, pur essendo vero che una controversia possa presupporre l'esistenza di alcuni fatti o situazioni, non necessariamente questi devono essere visti come situazioni o fatti in relazione ai quali una controversia è nata³⁸¹.

³⁷⁹ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection)*, Judgment, 4 aprile 1939, Series A/B.

³⁸⁰ *Ivi* a pag. 81.

³⁸¹ *Ivi* a pag. 82: “It is true that it may be said that the awards of the Mixed Arbitral Tribunal established between the Belgian Electricity Company and the Bulgarian authorities a situation which dates from before March 10th 1926, and still persists at the present time. Nevertheless, the dispute between the Belgian Government and the

Evidentemente, la CPGI non si discostò dal proprio precedente ma, ulteriormente sviluppandolo, ne riaffermò la validità teorica. Tali decisioni sono da considerare come vere e proprie pietre miliari che hanno poi condizionato anche la giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia.

La CIG ha affrontato per la prima volta la questione de qua nel *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* del 1957³⁸². La materia del contendere consisteva nell'esistenza in capo al Portogallo di un diritto di passaggio e, una volta che questo fosse stato accertato, nelle eventuali violazioni di questo commesse dalle autorità indiane a suo danno. Il convenuto aveva eccepito la insussistenza della giurisdizione *ratione temporis* della Corte, dal momento che la dichiarazione unilaterale da lui formulata limitava espressamente il consenso alle sole "controversie sorte successivamente al 5 febbraio 1930 e relative a situazioni o fatti successivi a quella data" evidenziando non solo che la controversia era sorta dopo dell'entrata in vigore della base di giurisdizione ma anche che questa si riferiva a "situazioni o fatti" anteriori al 5 febbraio 1930³⁸³. Ritenendo di non avere sufficienti elementi per risolvere la questione, la Corte decise, in prima battuta, di riunirla al merito.

Dopo aver rilevato come la controversia avesse una natura composita (*rectius*, tripartita), avendo questa a che fare con 1) l'esistenza del diritto, 2) la violazione ad opera delle autorità indiane e 3) la riparazione dovuta, la Corte accertò che l'effettivo scontro di posizioni giuridiche era avvenuto tra le parti solamente nell'ottobre 1959, soddisfacendo così il primo requisito della dichiarazione³⁸⁴.

Invece, per quanto concerneva la problematica collocazione nel tempo delle situazioni e dei fatti relativi alla controversia, la Corte rilevò come, nonostante gli asseriti diritti in capo al Portogallo fossero nati anteriormente alla data critica, la giurisdizione della Corte non potesse essere messa in discussione poiché i fatti costituenti la vera causa della controversia non potevano che essere le condotte delle autorità indiane volte ad impedire l'esercizio di tali affermati diritti³⁸⁵.

Bulgarian Government did not arise with regard to this situation or the awards which established it. [...] It is not enough to say, as it is contended by the Bulgarian Government that if it had not been for these awards, the dispute would not have arisen [...]. It is true that a dispute may presuppose the existence of some prior situation or fact, but it does not follow that the dispute arises in regard to that situation or fact. A situation or fact in regard to which a dispute is said to have arisen must be the real cause of the dispute".

³⁸² *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections), Judgment of November 26th, 1957: I.C.J. Reports 1957*, p. 125. Il Portogallo aveva convenuto l'India richiedendo alla Corte di accertare la titolarità in capo all'attore di un diritto di passaggio (avente un contenuto assai esteso) tra il territorio di Damão e le enclaves di Dadrà e Nagar-Aveli, funzionale all'esercizio della sovranità portoghese in tali territori. Inoltre, l'attore richiedeva alla Corte di accertare il fatto che l'India avesse impedito e continuasse a impedire l'esercizio del diritto in questione e quindi di condannarla al rispetto di tale diritto in capo al Portogallo.

³⁸³ *Ivi* a pag. 30.

³⁸⁴ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960*, a pag. 34.

³⁸⁵ *Ivi* a pag. 35: "Up to 1954 the situation of those territories may have given rise to a few minor incidents, but passage had been effected without any controversy as to the title under which it was effected. It was only in 1954 that such a controversy arose and the dispute relates both to the existence of a right of passage to go into the enclaved territories and to India's failure to comply with obligations which, according to Portugal, were binding upon it in this connection. It was from all of this that the dispute referred to the Court arose; it is with regard to all of this that the dispute exists".

Il ragionamento della Corte risulta assolutamente condivisibile e coerente con la previa giurisprudenza della CPGI, nei casi Phosphates in Morocco e Electricity Company of Sofia and Bulgaria. Come si è visto, anche in quei casi il fatto generatore era stato fissato nel momento in cui il convenuto aveva messo in atto una certa condotta, successivamente contestata dalla controparte.

Tuttavia nel seguire questo schema, secondo alcuni (ci si riferisce alle opinioni dissenzienti dei giudici Chagla³⁸⁶, Winiarski e Badawi³⁸⁷), la Corte avrebbe impiegato un ragionamento erroneo, in considerazione dell'esistenza di una fondamentale distinzione tra il caso in questione e quello della Electricity Company of Sofia and Bulgaria.

Infatti, mentre nel caso della Electricity Company era stato possibile per la CPGI identificare i fatti generatori della controversia nella condotta delle autorità bulgare, perché i diritti riconosciuti in capo alla persona giuridica dalle decisioni del Tribunale arbitrale misto non erano oggetto di contestazione dalle parti, nel caso del diritto di passaggio ciò che era oggetto di contestazione era esattamente la sussistenza in capo all'attore del diritto di passaggio. A riprova di ciò il fatto che, in primo luogo, la domanda attorea richiedeva alla Corte di accertare come sussistente tale diritto. Pertanto, secondo le critiche sviluppate dai giudici dissenzienti, la Corte avrebbe dovuto dichiarare che i fatti o le situazioni all'origine della controversia non erano altro che il titolo giuridico (contestato dalla controparte) alla base del diritto di passaggio. Dal momento che quello doveva dirsi sicuramente antecedente alla data critica del 5 febbraio 1930, era indubbio che la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'insussistenza della propria giurisdizione *ratione temporis*.

Tale posizione è sicuramente da rigettare perché per determinare la localizzazione temporale del fatto generatore della controversia occorre sempre individuare la prima condotta asseritamente lesiva delle posizioni giuridiche della controparte, dovendosi invece considerare irrilevante la localizzazione temporale dei titoli che si affermano alla base di quelle. In altre parole, nel caso di specie, era irrilevante che il comportamento asseritamente lesivo avesse ad oggetto diritti di cui la parte affermava essere titolare da prima della data critica, rilevando solamente la collocazione temporale della prima condotta asseritamente lesiva di quelli.

La CIG è infine tornata ad occuparsi della questione nel caso concernente Certain Property³⁸⁸ ove era stata chiamata dal Liechtenstein a qualificare come

³⁸⁶ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, Dissenting Opinion of Judge Chagla*, a pag. 116.

³⁸⁷ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi*, a pag. 69.

³⁸⁸ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 6*; nel 1945, la Cecoslovacchia aveva confiscato delle proprietà appartenenti al Principe Franz Josef I del Liechtenstein, il quale si era rivolto senza successo al Tribunale amministrativo per riottenere la proprietà. Nel frattempo, alcune delle Potenze vincitrici avevano concluso con la Germania un trattato che impegnava quest'ultima a non far valere, in futuro, obiezioni contro le misure espropriative attuate nel corso o in relazione al secondo conflitto mondiale e, in misura più rilevante, che la vincolava a considerare come non ammissibili le azioni giudiziali contro governi esteri che avessero acquistato o trasferito titoli di proprietà sulla base delle misure anzidette. Nel

internazionalmente illecite le decisioni delle corti interne tedesche che avevano dichiarato inammissibili le domande del Principe Hans-Adam II relative alla proprietà di un dipinto.

L'attore aveva individuato come base di giurisdizione la Convenzione di Strasburgo del 1957, entrata in vigore tra la Germania e il Liechtenstein il 18 febbraio 1980, il cui art. 27 esclude espressamente la giurisdizione della CIG in relazione alle controversie relative a fatti o situazioni antecedenti all'entrata in vigore della Convenzione per le parti.

Come prevedibile, la Germania sollevava un'eccezione con cui richiedeva alla Corte di dichiarare la propria incompetenza *ratione temporis*, dal momento che i fatti o le situazioni costituenti la vera causa della controversia consistevano nei provvedimenti ablatori adottati ed eseguiti dalle autorità della Cecoslovacchia nel 1945, o eventualmente nella conclusione, nel 1952, del trattato che impegnava la Germania a dichiarare inammissibili certe domande giudiziali concernenti espropriazioni di beni tedeschi conseguenti alla Seconda guerra mondiale (c.d. Settlement Convention).

Al contrario, il Liechtenstein riteneva che il fatto generatore della controversia fosse costituito da un certo "ripensamento" giurisprudenziale da parte della Germania, perché secondo l'attore, almeno fino alla decisione della Corte di Cassazione Federale del 1996, il governo tedesco aveva sempre ritenuto che gli espropri in danno dei cittadini del Liechtenstein fossero al di fuori dell'ambito applicativo della Settlement Convention³⁸⁹. Ovviamente, la Germania negava siffatto intendimento e riferiva come la giurisprudenza delle proprie corti interne non fosse mai cambiata nel tempo³⁹⁰.

Dopo aver qualificato come oggetto della controversia la questione dell'applicazione da parte delle autorità tedesche della Settlement Convention nei confronti del Liechtenstein³⁹¹ (Stato terzo rispetto al trattato), la CIG precisò che il fatto generatore poteva consistere, alternativamente, nelle decisioni delle Corti tedesche o nei provvedimenti ablatori e il trattato internazionale. Tuttavia, si sarebbe potuto affermare che i fatti costituenti il vero motivo della controversia erano le sentenze dei Tribunali solo se in alternativa 1) fosse stata provata l'esistenza di un accordo tra le parti circa la non applicazione della Convenzione alle proprietà dei cittadini del Liechtenstein oppure se 2) i Tribunali tedeschi avessero applicato l'originaria giurisprudenza conforme alla Convenzione a una "situazione nuova" nata successivamente alla data rilevante³⁹².

1991, in occasione del prestito di un dipinto di Pieter Van Laer dal museo di Brno al museo di Colonia, il Principe allora regnante, Hans-Adam II, proponeva domanda giudiziale perché fossero accertate come fondate le sue pretese sul dipinto. Come prevedibile, le Corti tedesche rigettavano la domanda, perché inammissibile, nel rispetto della Convenzione menzionata. Per questa ragione, il Liechtenstein agiva innanzi alla CIG perché accertasse l'illecito commesso nei confronti del Principe. Per una generale trattazione relativa alle confische realizzate dalla Repubblica Ceca tra il 1945 e il 1946, si consideri Gattini A., *Le Riparazioni di Guerra nel Diritto Internazionale*, (Padova: CEDAM), 2003, alle pagg. 301 e ss.

³⁸⁹ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, al par. 32.

³⁹⁰ *Ivi* al par. 35.

³⁹¹ *Ivi* al par. 26.

³⁹² *Ivi* al par. 49.

In relazione al primo punto, la Corte accertava l'insufficienza degli elementi dedotti in giudizio per poter affermare l'esistenza di un accordo tra le parti, stanti l'inesistenza di scambi tra le parti in relazione a questa questione e il fatto che mai le autorità giudiziarie tedesche si fossero occupate di pretese provenienti da cittadini del Liechtenstein³⁹³. Non sembra sia possibile criticare l'operato della Corte in relazione a questo profilo, se non evidenziando come forse sarebbe stato più opportuno analizzare in maniera più dettagliata la questione, dichiarando l'eccezione come avente carattere non esclusivamente preliminare.

In relazione al secondo punto, la Corte precisava come l'autorità giudiziaria tedesca non avesse dovuto affrontare nessuna nuova situazione, dal momento che le decisioni, perfettamente in linea con quelle meno recenti avanzate da soggetti diversi da cittadini del Liechtenstein, erano comunque legate in modo inestricabile al regime giuridico derivante dalla Settlement Convention³⁹⁴.

In conclusione, la Corte identificò il vero motivo della controversia nell'adozione dei provvedimenti espropriativi da parte delle autorità della Cecoslovacchia nel 1945, fatto del quale l'Allegato I della Settlement Convention si limitava a prendere atto per farne poi dipendere l'assenza di giurisdizione dei tribunali tedeschi³⁹⁵.

Anche se la Corte non lo ha detto *apertis verbis*, è da credere che abbia reputato conforme ai precedenti giurisprudenziali *supra* individuati la qualificazione delle decisioni dei Tribunali tedeschi come meri sviluppi del regime giuridico instaurato dai decreti espropriativi e dalla Convenzione, costituenti a loro volta il mero presupposto delle sentenze. Sulla correttezza di questa impostazione non è possibile nutrire alcun dubbio, nonostante quanto sostenuto dai giudici che hanno allegato alla decisione delle opinioni dissenzienti.

In primo luogo, il giudice Kooijmans³⁹⁶ il quale, contrariamente a quanto statuito dalla Corte, riteneva erroneo reputare che le decisioni assunte dai giudici tedeschi non avessero originato una "nuova situazione" perfettamente ricadente nell'ambito temporale della giurisdizione della Corte. Infatti, mentre anteriormente alla data critica la giurisprudenza tedesca si era assestata nel senso di escludere l'ammissibilità delle domande in relazione a beni che fossero stati confiscati a cittadini tedeschi, quella del Principe del Liechtenstein costituiva la prima domanda attraverso cui un soggetto avanzava le proprie pretese in relazione a beni confiscati a un cittadino di uno Stato neutrale.

³⁹³ *Ivi* al par. 50.

³⁹⁴ *Ivi* al par. 51.

³⁹⁵ *Ivi* al par. 52.

³⁹⁶ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, Dissenting Opinion of Judge Kooijmans*, a pag. 29 e ss.

La stessa argomentazione veniva utilizzata anche dai giudici Elaraby³⁹⁷ e Owada³⁹⁸, i quali però, sempre al fine di dimostrare l'erroneità del ragionamento della Corte, evidenziavano due altre circostanze. In primo luogo, il fatto che il Liechtenstein non fosse parte della Settlement Convention e che pertanto, non essendo vincolato da tale strumento internazionale, non potesse sorgere una controversia ad esso relativa. In secondo luogo, che, contrariamente a quanto accaduto nei precedenti giurisprudenziali rilevanti (caso dei Phosphates in Morocco, della Electricity Company e del Right of Passage), non esisteva nel tempo anteriore alla "data critica" alcun atto attribuibile al convenuto che fosse stato oggetto di contestazione da parte dell'attore. Di per sé, questa circostanza avrebbe dovuto indurre a credere, data l'evenienza successiva alla data critica delle condotte attribuibili al convenuto e contestate dall'attore, che la giurisdizione *ratione temporis* fosse sussistente.

Tali ultime due critiche potrebbero sembrare decisive per ritenere che la Corte abbia mal utilizzato i precedenti giurisprudenziali rilevanti.

Tuttavia, le posizioni dissenzienti di cui si è dato conto non colgono il punto essenziale della sentenza. Infatti, applicando i criteri *supra* delineati, se il fatto generatore della controversia è quello idoneo a connotarne l'oggetto, è evidente che nel caso di specie tale oggetto non poteva risiedere nelle decisioni dei tribunali tedeschi strettamente dipendenti dalla applicazione delle disposizioni della Settlement Convention.

Infatti, mancando nella Settlement Convention una definizione che permettesse di comprendere la portata della nozione "German property abroad", spettava esclusivamente allo Stato espropriante caratterizzare i beni espropriati come tedeschi o meno mentre le corti tedesche non avrebbero potuto in alcun modo sindacare tale caratterizzazione³⁹⁹. Come si è detto, la Convenzione prendeva integralmente atto delle misure espropriative adottate dalla Cecoslovacchia e anzi ne faceva il fondamento per sottrarre la giurisdizione alle Corti tedesche. Per l'appunto, la *ratio* dell'art. 3 della Parte VI della Settlement Convention era proprio quello di escludere dalla giurisdizione interna tedesca le espropriazioni e le confische che avevano avuto luogo all'estero in occasione della Seconda Guerra Mondiale e le controversie che tali provvedimenti avevano generato⁴⁰⁰. Inoltre, va parimenti rigettato l'argomento secondo cui la Settlement Convention avrebbe instaurato un regime temporaneo perché, come evidenziato dalla Corte Costituzionale Federale, l'art. 7 par. 1 del Trattato di Mosca mirava all'estinzione degli Accordi tra le quattro Potenze alleate e non già a quelli liberamente conclusi tra la Germania e le tre Potenze occidentali⁴⁰¹.

Tanto è sufficiente per confermare la bontà del ragionamento della Corte e per confermare come il fatto generatore della controversia fossero le misure espropriative realizzate dalla Cecoslovacchia.

³⁹⁷ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, Dissenting Opinion of Judge Elaraby*, a pag. 40.

³⁹⁸ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, Dissenting Opinion of Judge Owada*, a pag. 54 e ss.

³⁹⁹ Gattini A., "A Trojan Horse for Sudeted Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany", *European Journal of International Law* (2002), vol. 13, a pag. 518.

⁴⁰⁰ *Ivi* a pag. 523.

⁴⁰¹ *Ivi* a pag. 543.

L'analisi della complessa giurisprudenza relativa alla nozione di fatto generatore ha tentato di dare conto dei criteri che la Corte ha utilizzato per la corretta identificazione del fatto generatore della controversia. Anche questo, secondo la ricostruzione teorica proposta nel presente lavoro, deve dirsi parte della *causa petendi* proprio perché i fatti all'origine della controversia – a cui deve necessariamente essere attribuita una certa connotazione giuridica – non possono non contribuire alla formazione dell'elemento giustificativo e causale della domanda, la quale mira al conseguimento di un dato *petitum* mediato.

Come si è visto, dal momento che anche su questi può ricadere (e anzi, spesso ricade) lo scontro di volontà delle parti coinvolte, le Corti mondiali hanno sviluppato dei criteri efficaci per identificare quei fatti e quelle situazioni che hanno un legame così stretto con la controversia che sono idonee a determinarne l'oggetto. Tali criteri, se pure convincenti dal punto di vista teorico, possono però presentare difficoltà di carattere applicativo, soprattutto in ragione del contenuto concreto della domanda avanzata dall'attore (e questa è invero la ragione per cui in relazione a queste questioni sono molteplici le opinioni separate o dissenzienti dei giudici). Nonostante ciò, il bilancio dell'attività delle Corti mondiali in relazione alla identificazione del fatto generatore della controversia deve dirsi positivo: ciò è confermato dall'analisi appena svolta, la quale non ha consentito di individuare casi in cui la CPGI o la CIG si siano discostate, più o meno manifestamente, dai criteri adottati dalla prima e sviluppati dalla seconda.

2.1.4 Il perimetro personale della controversia

Sin qui, si è trattato della questione della identificazione dell'effettivo contenuto, quantitativo e qualitativo, dell'oggetto della controversia, nonché della collocazione temporale del fatto generatore di quella per il tramite dell'indagine della portata delle riserve apposte dagli Stati allo strumento di accettazione della giurisdizione della Corte. Esiste poi una terza classica categoria di limitazione giurisdizionale: quella concernente le qualità soggettive delle parti della controversia. Infatti, molteplici dichiarazioni unilaterali *ex art. 36* dello Statuto contengono ancora oggi tipologie di riserve miranti a limitare la giurisdizione *ratione personae* della Corte: ciascuna di queste ha sue proprie specificità e ragion d'essere⁴⁰². Tuttavia, ai fini del presente lavoro tali riserve risultano essere di scarso rilievo perché non idonee a chiarificare quali siano le modalità per pervenire alla determinazione dell'effettivo perimetro della controversia. Piuttosto, per comprendere appieno tali modalità, occorrerà in primo luogo indagare il momento istitutivo dei procedimenti con pluralità di parti, sia dalla parte attiva che da quella passiva, e il c.d. principio della terza parte necessaria. Infine, sarà considerata la

⁴⁰² In primo luogo, non è possibile ignorare riserve il cui fine sia quello di evitare le cc.dd. “domande a sorpresa”, la cui proposizione di per sé non pregiudica la giurisdizione della Corte, come già riconosciuto nel caso del diritto di passaggio sul territorio indiano. In quell'occasione, il convenuto aveva, *inter alia*, contestato il fatto che la domanda era stata depositata solamente tre giorni dopo la dichiarazione dell'accettazione unilaterale del Portogallo, circostanza che, costituendo una violazione dei diritti del convenuto e dello Statuto, avrebbe comportato l'insussistenza della giurisdizione della CIG. Al contrario, la Corte è stata netta nel ritenere che uno Stato che abbia accettato la giurisdizione della Corte deve aspettarsi che un altro Stato accettante possa depositare una domanda anche il giorno stesso dell'accettazione. Tutto ciò considerato, è normale che gli Stati, per soddisfare il loro interesse a non essere convenuti in procedimenti originati da domande giudiziali a sorpresa, abbiano voluto apporre delle riserve alle dichiarazioni di accettazione che confermano il consenso dello Stato a subire un procedimento davanti alla Corte solamente quando 1) la dichiarazione di accettazione da parte dell'attore sia antecedente a una certa data e/o 2) la dichiarazione di accettazione da parte dell'attore non abbia avuto come finalità esclusiva quella di legittimarlo alla proposizione di quella data domanda. Atteso che la Corte non ha ancora avuto modo di pronunciarsi per prendere posizione relativamente a tali strumenti, è abbastanza intuibile che solo il primo, stabilendo una data certa, possa costituire un efficace strumento per raggiungere il fine. Viceversa, non potrebbe dirsi altrettanto del secondo, poiché lega l'esistenza della giurisdizione all'analisi dell'intenzione che lo Stato aveva al momento del deposito della domanda, analisi che in astratto potrebbe non dirsi fruttuosamente esperibile. In secondo luogo, è opportuno riferire delle riserve che impediscono alla Corte di conoscere di controversie intercorrenti tra Stati che siano o siano stati membri del Commonwealth. Anche in relazione a questa limitazione, bisogna rilevare come non vi sia stata alcuna pronuncia che ne abbia fatto applicazione e come la rilevanza di una tale riserva vada riducendosi sempre più. Una terza rilevante limitazione è quella volta ad escludere la giurisdizione della Corte quando l'attore non abbia riconosciuto la statualità del convenuto o quando tra i due soggetti non intercorrano relazioni diplomatiche. In passato, la più celebre tra le dichiarazioni aventi una tale natura era quella israeliana del 1956. Oggigiorno, nonostante sopravviva la dichiarazione indiana, grosso modo simile a quella israeliana ma con in più la condizione che la controversia non intercorra con “non-sovereign States or territories” (anche se risulta arduo valutare la rilevanza giuridica di una simile esclusione, considerato che la giurisdizione della CIG opera solo in relazione ad enti sovrani), sembra ragionevole affermare che anche tali limitazioni abbiano oramai perso di rilevanza. In ogni caso, conviene rimandare ad Alexandrov S. A., *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), 1995, alle pagg. 120 e ss.

peculiare fattispecie dell'esercizio della protezione diplomatica per la tutela di persone giuridiche.

2.1.4.1 I procedimenti con pluralità di parti

La fattispecie certamente meno complessa e più frequente è quella in cui uno Stato ne convenga un altro innanzi alla Corte. Di regola, ciò avviene quando la controversia storica risulti essere genuinamente bilaterale oppure, nel caso di controversia storica multilaterale, quando alla parte che intenda instaurare il procedimento convenga convenire in giudizio un solo Stato e non gli altri. Un esempio della seconda prospettazione si dà quando il futuro attore sia perfettamente consapevole che la giurisdizione della CIG sussiste soltanto in relazione a controversie intercorrenti con un solo Stato, e non con tutti gli altri.

Né lo Statuto né il Regolamento della CIG dettano norme speciali disciplinanti il caso in cui una pluralità di Stati voglia convenirne uno solo innanzi alla CIG ovvero quello in cui un solo Stato intenda convenirne più di uno innanzi alla Corte. Sarà dunque necessario indagare la ricca giurisprudenza della Corte, in un senso e nell'altro, per comprendere come in concreto avvenga la determinazione del perimetro personale della controversia, a fronte di pluralità di attori e convenuti. Per completezza, conviene già precisare che la Corte mai si è trovata a trattare procedimenti con pluralità di attori e pluralità di convenuti.

Peraltro, i procedimenti con pluralità di parti non sono una novità emersa solamente nell'ambito della giurisprudenza della CIG. Infatti, già innanzi alla CPGI si erano dati procedimenti con pluralità di parti, e specificamente soltanto procedimenti con pluralità di attori. Il primo è S.S. Wimbledon, deciso dalla Corte nel 1923, che vedeva da una parte Regno Unito, Francia, Italia e Giappone e dall'altra la Germania⁴⁰³. Giova evidenziare come il procedimento fosse stato avviato per tramite del deposito di un'unica domanda, presentata congiuntamente da tutte le potenze attrici ai sensi dell'Art. 40 dello Statuto della Corte, attraverso cui era stato ben perimetrato l'oggetto processuale della controversia. In altre parole, se pure dal punto di vista formale partecipavano all'instaurazione unilaterale del procedimento diversi Stati, quelli erano però da considerare, nella sostanza, come un'unica parte attrice. Il secondo è Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Order, instaurato a seguito della conclusione di uno "special agreement" tra Regno Unito, Cecoslovacchia, Danimarca, Francia, Germania e Svezia, da una parte, e Polonia, dall'altra, con cui le parti avevano acconsentito a che la CPGI decidesse su alcuni punti controversi circa l'estensione della giurisdizione della Commissione, istituita dall'art. 341 del Trattato di Versailles, chiamata all'amministrazione dell'Odra⁴⁰⁴. Si trattava, dunque, di un caso in cui tutte le parti avevano provveduto alla determinazione del perimetro, anche personale, della controversia nel tempo anteriore alla instaurazione del procedimento per tramite di un accordo *ad hoc*. Il terzo procedimento è Interpretation of the Statute of the Memel Territory, instaurato da Regno Unito,

⁴⁰³ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, S.S. *Wimbledon*, 17 agosto 1923, *Series A*.

⁴⁰⁴ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Order*, 10 settembre 1929, *Series A*, a pag. 6.

Francia, Italia e Giappone contro la Lituania, ancora una volta con un'unica domanda ai sensi dell'Art. 40 dello Statuto, con cui si richiedeva alla Corte di chiarificare alcuni punti controversi in relazione all'estensione di alcuni poteri e facoltà del governatore del territorio di Memel⁴⁰⁵. Anche in questo caso, dunque, nonostante la presenta formali di più attori, quelli erano da considerare come un'unica parte sostanziale.

Anche la CIG è stata chiamata, poco dopo la sua costituzione, a trattare procedimenti con pluralità di parti. Dapprima saranno indagati i procedimenti con pluralità di parti convenuti; quindi, saranno analizzati i procedimenti con pluralità di parti attrici.

Il primo è Monetary Gold, instaurato dall'Italia contro Francia, Regno Unito e Stati Uniti⁴⁰⁶. Come noto, oggetto della controversia era la spettanza di una ingente somma di oro confiscata dalle truppe tedesche a Roma nel corso del Secondo conflitto mondiale. Nello specifico, secondo quanto previsto dagli accordi conclusi dopo la fine del conflitto, erano le tre Potenze vincitrici a dover gestire la restituzione dei beni, in possesso della Germania, a quegli Stati che sarebbero stati in grado di quantificare e dimostrare che tale oro era stato effettivamente loro sottratto da truppe tedesche. Orbene, dopo che un arbitro aveva stabilito che l'ingente quantità di metallo prezioso era di spettanza albanese, sia Italia sia Regno Unito avanzavano delle pretese all'ottenimento dell'oro. Da una parte, l'Italia reputava che l'oro le fosse dovuto a titolo di risarcimento in conseguenza di una condotta albanese asseritamente illecita, assunta il 13 gennaio del 1945, consistente nell'esproprio dei beni della National Bank of Albania, quasi totalmente controllata dal governo italiano. D'altra parte, il Regno Unito reputava che il metallo le fosse dovuto a titolo di risarcimento per quanto avvenuto nello stretto di Corfù, a seguito della già avvenuta pronuncia della CIG che aveva accertato l'illecito internazionale compiuto dall'Albania a danno del Regno Unito. Orbene, le tre Potenze avevano formalmente dichiarato che avrebbero attribuito l'oro al Regno Unito salvo che: 1) l'Albania avesse adito la CIG per contestare l'attribuzione dell'oro al Regno Unito a titolo di parziale soddisfazione per l'incidente di Corfù; 2) l'Italia avesse adito la CIG per chiarire se le proprie pretese all'ottenimento dell'oro fossero fondate e, in caso di esito positivo di tale domanda, se il Regno Unito si dovesse

⁴⁰⁵ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Interpretation of the Statute of the Memel Territory, Judgment*, 24 giugno 1932, *Series A/B*, a pag. 7.

⁴⁰⁶ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 19. Nel corso del secondo conflitto mondiale, truppe tedesche avevano depredata la sede della Banca Nazionale d'Albania a Roma, sottraendo ingenti quantità di oro. Concluse le ostilità, alcuni accordi internazionali avevano disciplinato la restituzione di tali quantità di oro a quegli Stati che sarebbero stati in grado di quantificare e dimostrare che tale oro era stato effettivamente loro sottratto da truppe tedesche. Tali accordi prevedevano che le restituzioni sarebbero state gestite dai Governi di Stati Uniti, Francia e Regno Unito. La prima questione, consistente nel definire se l'oro sottratto a Roma spettasse all'Italia o all'Albania, fu trattata da un arbitro, il quale indicò che nella sua opinione l'oro sarebbe spettato all'Albania. Risolta tale prima questione coinvolgente Italia e Albania, rimaneva da definire se l'oro di cui era titolare l'Albania dovesse essere consegnato al Regno Unito, a titolo di risarcimento per l'incidente occorso nello Stretto di Corfù, così come riconosciuto dalla CIG con precedente sentenza, ovvero se dovesse essere concesso all'Italia, la quale, ritenendo internazionalmente illecita una normativa albanese (datata 13 gennaio 1945), pretendeva un risarcimento. I tre Paesi alleati elaborarono una soluzione: a fronte di una dichiarazione di accettazione temporanea, valida fino al novantesimo giorno successivo alla pronuncia dell'arbitro circa la prima questione, Albania o Italia avrebbero potuto adire la CIG e convenire USA, Francia e Regno Unito, investendo così la Corte del potere di risolvere la questione.

considerare creditore privilegiato all'ottenimento dell'oro oppure no. Al solo scopo di paralizzare l'attribuzione dell'oro al Regno Unito, l'Italia decise di ricorrere alla CIG, depositando la propria domanda unilaterale. Senza entrare nel merito dell'astuta strategia processuale italiana, che porterà all'affermazione del principio della c.d. terza parte necessaria (cf. *infra* a 2.1.4.2), è da notare come la domanda unilaterale italiana trattasse Francia, Regno Unito e Stati Uniti come una sola parte. Ciò si deve alla formulazione della base di giurisdizione, contenuta nella dichiarazione tripartita, che vincolava all'instaurazione del procedimento contro tutti e tre i paesi, perché tutti e tre erano congiuntamente responsabili delle restituzioni dei beni confiscati dalle truppe tedesche nel corso del conflitto bellico.

Proprio nello stesso periodo, la Corte si era trovata di fronte a una scelta diversa, che era stata operata dal governo degli Stati Uniti. Ci si riferisce ai casi *Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of the United States of America*, instaurati contro Unione Sovietica e Ungheria. In assenza di consenso da parte dei convenuti, consenso che gli Stati Uniti speravano di poter ottenere successivamente al deposito della domanda, il Presidente della CIG non poté far altro che disporre la removal from the list⁴⁰⁷. In questa sede, tuttavia, ciò che occorre evidenziare è che, nonostante le condotte oggetto di contestazione da parte degli Stati Uniti fossero le medesime, l'attore aveva depositato due distinte domande unilaterali, provocando due procedimenti distinti. In entrambi gli atti istitutivi del procedimento, tuttavia, gli Stati Uniti avevano precisato che le due domande unilaterali, nonché i procedimenti da quelle scaturiti, avrebbero dovuto essere trattati insieme dalla Corte, perlomeno fino a quando questo fosse stato "conveniente e opportuno"⁴⁰⁸.

Una situazione apparentemente analoga è avvenuta poco dopo, a seguito del deposito da parte del Regno Unito di due domande distinte, contro l'Argentina e contro il Cile, nei procedimenti *Antarctica*: ciò su cui si disputava era la sovranità su alcuni lembi di terra nell'Antartico. Non avendo Argentina e Cile prestato il loro consenso alla giurisdizione della Corte, né prima né dopo il deposito della domanda, il Presidente dovette disporre il "removal from the list"⁴⁰⁹. In realtà, tuttavia, le due domande combaciavano solo in parte perché, pur richiedendo l'accertamento della fondatezza della generale pretesa inglese sui territori delle Dipendenze delle Isole Falklands, quella proposta contro l'Argentina mirava ad una pronuncia relativa alle Isole Sanwich del Sud, alla Georgia del Sud, alle Orcadi del Sud, alle Shetland Meridionali, alla Terra di Graham e alla Terra di Coats. Viceversa, la domanda proposta contro il Cile aveva come oggetto principale soltanto la sovranità sulle Shetland Meridionali e sulla Terra di Graham. Peraltro, secondo il Regno Unito, le prime pretese argentine erano state manifestate già nel 1925, mentre quelle cilene solo nel 1940.

⁴⁰⁷ *Case of the Treatment in Hungary of Aircraft of United States of America*, Order of July 12th, 1954: I.C.J. Reports 1954, p. 99; *Case of the Treatment in Hungary of Aircraft of United States of America*, Order of July 12th, 1954: I.C.J. Reports 1954, p. 103.

⁴⁰⁸ Così in *Case of the Treatment in Hungary of Aircraft of United States of America*, *Application instituting proceedings*, a pag. 1: "The Government of the United States of America requests that so far as it may be convenient and proper to do so the two applications and the proceedings thereon be considered and dealt with together".

⁴⁰⁹ *Antarctica Case (United Kingdom v. Argentina)*, Order of March 16th, 1956: I.C.J. Reports 1956, p. 12; *Antarctica Case (United Kingdom v. Chile)*, Order of March 16th, 1956: I.C.J. Reports 1956, p. 15.

Una decina di anni dopo, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su controversie intercorrenti tra Germania, da una parte, e Danimarca e Olanda, dall'altra, nel procedimento North Sea Continental Shelf⁴¹⁰. Come noto, la Germania aveva sottoscritto due distinti accordi compromissori nel febbraio del 1967, uno con la Danimarca e uno con l'Olanda. Entrambi gli accordi prevedevano che la Corte avrebbe dovuto chiarire quali principi e norme di diritto internazionale fossero applicabili nella delimitazione della piattaforma continentale nel Mare del Nord⁴¹¹. Oltre alla conclusione dei due compromessi, le tre parti avevano anche concluso un protocollo addizionale con il quale avevano disciplinato la fase introduttiva del procedimento, precisando che i due compromessi dovevano essere notificati alla Corte entro un mese dalla sottoscrizione da parte dell'Olanda e che una volta instaurati i due procedimenti, le parti avrebbero richiesto alla Corte di riunirli. Peraltro, ai fini della nomina del giudice *ad hoc*, lo stesso protocollo prevedeva che Olanda e Danimarca avrebbero potuto indicare un solo giudice, poiché quelle parti dovevano considerarsi “in the same interest”⁴¹². Pur essendo un procedimento con una pluralità di parti formali, in realtà Olanda e Danimarca dovevano piuttosto considerarsi come una sola parte sostanziale, dal momento che entrambe condividevano la medesima posizione e miravano all'affermazione delle medesime pretese.

Un ulteriore esempio di domanda unilateralmente proposta contro una pluralità di attori è *Legality of Use of Force*, instaurato dalla Serbia contro Belgio, Francia, Germania, Italia, Olanda, Portogallo, Spagna, Regno Unito, Canada e Stati Uniti. Come noto, mentre i procedimenti contro Spagna e Stati Uniti furono rimossi dal Registro in limine litis per manifesta carenza di giurisdizione della Corte⁴¹³, tutti gli altri si chiusero diversi anni dopo con una declaratoria di assenza di giurisdizione della Corte, in ragione del fatto che, secondo il collegio, al tempo della instaurazione del procedimento la Serbia non poteva essere considerata uno Stato appartenente alle Nazioni Unite⁴¹⁴. A prescindere dalla bontà delle conclusioni raggiunte dalla Corte, in questa sede occorre

⁴¹⁰ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3.

⁴¹¹ *Ivi* a pag. 6.

⁴¹² *Ivi* a pag. 7.

⁴¹³ La Spagna aveva incluso nella sua dichiarazione unilaterale di accettazione una riserva che limitava la giurisdizione della CIG nei confronti di Stati che avessero accettato la giurisdizione della Corte almeno dodici mesi prima del deposito della domanda unilaterale (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999*, al par. 23). Neppure la giurisdizione della Corte poteva essere fondata sulla Convenzione contro il genocidio perché, anche in relazione a questa, la Spagna aveva apposto una riserva che sottraeva alla giurisdizione della Corte le controversie relative all'art. IX di quella (*ivi* al par. 30). Anche gli Stati Uniti avevano apposto una riserva che escludeva la giurisdizione della CIG per le controversie relative all'art. IX della Convenzione contro il genocidio (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999*, al par. 22).

⁴¹⁴ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 77; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 79; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 78; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. France), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 78; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 77; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Italy), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 78; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 78; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 78.

limitarsi a sottolineare che l'attore aveva depositato una pluralità di domande unilaterali, una per ciascuno Stato convenuto, le quali avevano provveduto alla delimitazione della controversia in egual maniera per tutti i convenuti: l'oggetto della controversia era il medesimo per tutti i convenuti, giacché l'obiettivo dell'attore era che fosse accertata l'illiceità delle operazioni di bombardamento svolte congiuntamente dagli Stati convenuti nell'ambito dell'operazione militare promossa dalla NATO nel 1999.

Una situazione simile si è data in *Armed Activities on the Territory of Congo*, nel 1999, quando la Repubblica Democratica del Congo ha instaurato due procedimenti distinti contro Rwanda e Burundi, entrambi successivamente estinti per volontà dell'attore⁴¹⁵. Infatti, non solo i fatti e le condotte che avevano dato luogo alle pretese congolesi contro i due stati erano gli stessi, ma anche l'attore aveva lamentato la violazione delle stesse norme di diritto internazionale⁴¹⁶.

In *Aerial Incident at Lockerbie*, la Libia aveva convenuto il Regno Unito e gli Stati Uniti innanzi alla CIG a seguito dell'apertura di procedimenti penali contro suoi cittadini da parte degli Stati convenuti, a seguito dell'incidente aereo del volo Pan Am del 21 dicembre 1988. Nonostante tali procedimenti fossero poi oggetto di discontinuance da parte della Libia⁴¹⁷, i due atti introduttivi evidenziano come le condotte contestate al Regno Unito e agli Stati Uniti – occasionate dal medesimo evento – condividessero la medesima natura e si ponessero asseritamente in contrasto con le stesse norme giuridiche della Convenzione del 1971.

Da ultimo, la Corte ha amministrato procedimenti con pluralità di convenuti in *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, a seguito del deposito di distinti atti introduttivi da parte delle Isole Marshall contro India, Pakistan e Regno Unito. Di tali procedimenti si è già ampiamente discusso nel primo capitolo dell'opera. Giova comunque rammentare come le condotte dei convenuti contestate dall'attore condividessero la medesima natura e si risolvessero nella violazione delle medesime norme.

L'analisi sin qui svolta ha dimostrato come nello stesso procedimento innanzi alla CIG sia perfettamente possibile convenire una molteplicità di Stati. Tuttavia, la prassi dimostra anche che, nel momento introduttivo, gli Stati preferiscono depositare domande distinte, ciascuna delle quali rivolta contro un dato convenuto, e da cui

⁴¹⁵ *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Burundi)*, Order of 30 January 2001, I.C.J. Reports 2001, p. 3; *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Order of 30 January 2001, I.C.J. Reports 2001.

⁴¹⁶ Essenzialmente la violazione dell'Art. 2, par. 4 della Carta delle Nazioni Unite, la violazione degli Artt. 3 e ss della Carta dell'Organizzazione dell'Unità Africana, la violazione delle regole incluse nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966, la violazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei Protocolli addizionali del 1977, la violazione della Convenzione contro la tortura del 1984, la violazione della Convenzione di Montréal del 1971 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile.

⁴¹⁷ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Order of 10 September 2003, I.C.J. Reports 2003; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States)*, Order of 10 September 2003, I.C.J. Reports 2003.

sorgono procedimenti che possono, in alternativa, essere rinuniti oppure, se tenuti distinti dal punto di vista formale, risultano celebrati simultaneamente, in quanto strettamente connessi. Dal punto di vista più sostanziale, è emerso come gli Stati tendano a convenire in giudizio una pluralità di Stati quando le stesse condotte contestate in giudizio, e reputate contrastanti con il diritto internazionale, siano contemporaneamente imputabili a più Stati ovvero quando le condotte contestate, anche se differenti tra loro, stiano in un rapporto di stretta vicinanza nonostante risultino imputabili a Stati diversi. Di conseguenza, è evidente che l'instaurazione di procedimenti formalmente diversi ma celebrati contestualmente, ovvero di un procedimento unico con formale pluralità di convenuti, risulti di massima utilità per l'attore, dal momento che egli sa di poter dedurre e argomentare – in relazione alle condotte da questi contestate – in un'unica occasione. L'utilità è evidente anche per il convenuto, il quale ha tutto l'interesse a difendersi in un'unica occasione, invece che in diversi luoghi distinti.

D'altro canto, risulta possibile individuare alcuni procedimenti, instaurati da diversi attori e rivolti verso lo stesso Stato.

In *Aerial Incident of 27 July 1955*, dapprima Israele, nell'ottobre del 1957, e poi il Regno Unito, nel novembre 1957, avevano depositato una domanda perché fosse accertata la responsabilità internazionale della Bulgaria, per aver abbattuto, il 27 luglio del 1955, un aeromobile battente bandiera israeliana, e per aver così cagionato la morte dei viaggiatori e dell'equipaggio, nonché la distruzione dei loro beni. Entrambi i paesi, peraltro, richiedevano alla Corte di determinare il risarcimento loro spettante in ragione di tale atto illecito. Nonostante la condotta contestata e i rimedi perseguiti fossero gli stessi, i procedimenti rimasero formalmente e sostanzialmente distinti, e a riprova di ciò il fatto che quello instaurato da Israele fu chiuso con una sentenza con cui la CIG riconosceva di essere giurisdizionalmente incompetente⁴¹⁸, mentre quello instaurato dal Regno Unito si estinse solamente qualche mese dopo, su richiesta dell'attore⁴¹⁹.

Pochi anni dopo, la Corte ha conosciuto un altro caso con pluralità di parti attrici, ovvero *South West Africa*. Come noto, l'Etiopia e la Liberia avevano convenuto il Sud Africa innanzi alla CIG perché volevano che la Corte accertasse la violazione da parte del Sud Africa delle obbligazioni derivanti dal Mandato della Società delle Nazioni⁴²⁰. Il procedimento fu instaurato a seguito della presentazione di due domande introduttive distinte, presentate da Etiopia e Liberia il 4 novembre 1960. Il Registry stesso, nel fascicolo della causa, indicava come la domanda introduttiva liberiana avesse, salva l'esposizione di alcuni fatti per dimostrare l'esperimento di un tentativo di conciliazione, lo stesso contenuto di quella etiopica. Già nella fase introduttiva, era chiara intenzione degli attori, evidentemente non opposta dal convenuto, che il procedimento fosse il medesimo, e pochi mesi dopo la Corte provvedeva alla riunione dei procedimenti.

⁴¹⁸ *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (Israel v. Bulgaria), Preliminary Objections, Judgment of May 26th, 1959: I.C.J. Reports 1959*, a pag. 140 e ss.

⁴¹⁹ *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (United Kingdom v. Bulgaria), Order of 3 August 1959, I.C.J. Reports 1959*, a pag. 265.

⁴²⁰ *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, a pag. 10.

In *Fisheries Jurisdiction*, Germania e Regno Unito avevano depositato, anche se in tempi diversi, le loro domande unilaterali contro l'Islanda. Nonostante alcune differenze nell'esposizione del retroterra fattuale della disputa, entrambi gli attori avevano indicato come oggetto della controversia la legalità delle misure, annunciate dall'Islanda, con cui il convenuto aveva intenzione di estendere la propria giurisdizione in materia di pesca sino al cinquantesimo miglio dalla costa islandese. Pur non avendo mai riunito formalmente i due procedimenti, la Corte ha comunque trattato i casi simultaneamente pervenendo alle medesime conclusioni⁴²¹. Non è da escludere che la decisione di tenere chiaramente distinti i due procedimenti fosse dovuta al fatto che l'Islanda non si era costituita nel procedimento e non vi aveva in alcun modo preso parte.

L'ultimo caso in cui si è data una pluralità di attori è *Nuclear Tests*, di cui già si è dato conto per altre finalità. In quell'occasione, le parti avevano depositato l'atto introduttivo nello stesso giorno, rappresentando alla Corte la medesima controversia, se pur con delle sfumature differenti. Anche in questo caso, la Corte non ha riunito i procedimenti ma, pur trattandoli simultaneamente, li ha tenuti distinti. Anche in questo caso va notato come il convenuto, la Francia, non avesse preso parte al procedimento, ma avesse solamente rappresentato in una lettera indirizzata alla Corte le proprie eccezioni in materia di giurisdizione⁴²².

Lo studio della giurisprudenza della CIG ha dimostrato come in nessun caso la Corte abbia trattato procedimenti in cui si fossero costituiti diversi attori. Piuttosto, sembra corretto affermare che quando diversi Stati intendano rivolgersi alla CIG per la risoluzione di una controversia, questi agiscano disgiuntamente, depositando ciascuno la propria domanda contro il convenuto. Sarà poi la Corte, alla luce dell'oggetto della controversia dedotto dai diversi attori, a stabilire una trattazione più o meno simultanea dei diversi procedimenti aventi lo stesso oggetto, ed eventualmente a deliberare la riunione dei procedimenti, quando le parti non vi si oppongano.

In ultima analisi, le parti risultano assolutamente libere di determinare il perimetro personale della controversia dedotta innanzi alla Corte, dal momento che la struttura del procedimento ivi celebrato non osta a che vi siano una pluralità di attori ovvero una pluralità di convenuti. D'altro canto, è chiara l'affermazione di una prassi secondo cui, quando uno Stato intenda convenirne più di uno in giudizio, è opportuno che quello depositi un atto introduttivo per ciascun convenuto. D'altro canto, quando siano diversi Stati a volerne convenire uno solo in giudizio, è opportuno che ciascuno di quelli attivi autonomamente il procedimento, depositando una domanda rivolta esclusivamente al convenuto. I procedimenti istituiti a seguito del deposito di questi atti introduttivi saranno poi rinuniti oppure soltanto trattati simultaneamente dalla Corte.

⁴²¹ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, al par. 79; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974, al par. 77.

⁴²² *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1974, al par. 13; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1974, al par. 13.

2.1.4.2 Il principio della c.d. terza parte necessaria

Il c.d. principio della terza parte necessaria fu elaborato per la prima volta dalla CIG nella decisione sulle obiezioni preliminari nel caso del Monetary Gold Removed from Rome in 1943⁴²³, di cui già si è detto nel precedente paragrafo.

Mentre le diverse normative processuali nazionali conoscono l'istituto del litisconsorzio, implicante la partecipazione – necessaria o eventuale – al processo di un terzo soggetto chiamato dal giudice, d'ufficio o su richiesta delle parti, nell'ambito del procedimento davanti alla CIG non esiste alcuna regola che possa permettere al giudice di chiamare, direttamente o indirettamente, un altro Stato e di vincolarlo così a partecipare al procedimento⁴²⁴. Naturalmente, resta aperta per lo Stato terzo la possibilità di intervenire nel processo se egli lo desidera e se possono dirsi soddisfatti i requisiti previsti dagli artt. 62 e 63 (quale sia la “veste” dello Stato interveniente sarà oggetto di indagine *infra*). Tuttavia, questo non significa che il giudice possa imporre ad uno Stato di partecipare al processo se quest'ultimo non intende prendervi parte.

Questa premessa consente di comprendere le ragioni che hanno spinto all'indagine del caso del Monetary Gold. Infatti, per la prima volta in quel caso la Corte ha affermato di non poter esercitare la propria giurisdizione a motivo dell'assenza di una parte terza la cui partecipazione era necessaria per l'esercizio della giurisdizione contenziosa e per poter pervenire ad una pronuncia nel merito della domanda attorea. Più specificamente, potrebbero sorgere dei dubbi in relazione al perimetro personale della controversia, e ciò nella misura in cui si potrebbe sostenere che quella oggetto di indagine da parte della Corte è, in realtà, una controversia che non intercorre veramente tra attore e convenuto bensì tra il primo e la terza parte, la cui partecipazione al procedimento risulta per l'appunto necessaria.

Tanto premesso, è ora opportuno volgere la propria attenzione alle circostanze concrete del caso in cui la Corte ha declinato di esercitare la propria giurisdizione.

I dettagli del caso sono già stati delineati *supra* al par. 2.1.4.1: a fronte della dichiarazione tripartita da parte di Francia, Regno Unito e Stati Uniti, mentre l'Albania deliberò di non accettare in alcun modo la giurisdizione della CIG, l'Italia, al fine di paralizzare l'attribuzione dell'oro al Regno Unito, decise di valersi della dichiarazione delle tre potenze per far valere giudizialmente le proprie pretese contro USA, Francia e Regno Unito. Al contempo, molto astutamente, l'attore sollevò obiezioni preliminari per contestare la sussistenza della giurisdizione della Corte. Infatti, secondo l'Italia la dichiarazione congiunta dei tre Stati non costituiva base sufficiente per fondare la giurisdizione della Corte⁴²⁵. D'altra parte, mentre Stati Uniti e Francia si limitarono a confermare la loro volontà che la Corte procedesse all'indagine di merito⁴²⁶, il Regno Unito tentò di dimostrare che la proposizione di obiezioni preliminari da parte

⁴²³ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 19.

⁴²⁴ Né lo Statuto né il Regolamento della Corte trattano della “chiamata del terzo”.

⁴²⁵ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, a pag. 24.

⁴²⁶ *Ivi* a pag. 27.

dell'attore avrebbe pregiudicato la validità della domanda o almeno avrebbe provato la volontà dell'attore di rinunciare alle pretese fatte valere giudizialmente⁴²⁷.

Pur rilevandone l'eccezionalità, la Corte ammise le obiezioni italiane e rigettò le richieste inglesi. Considerato che l'oggetto della controversia era stato predeterminato nella loro dichiarazione da USA, Francia e Regno Unito, e che questo consisteva nella risoluzione della sola controversia intercorrente tra Regno Unito e Italia, la Corte rilevò come non fosse possibile procedere alla decisione di quest'ultima senza prima definire il punto della sussistenza o meno della asserita responsabilità dell'Albania nei confronti dell'Italia. In altre parole, la decisione della controversia tra Italia e Regno Unito dipendeva direttamente dalla decisione di quella tra Italia e Albania⁴²⁸ e, proprio per questo, quest'ultima doveva essere considerata come il vero oggetto della decisione⁴²⁹. In altre parole, se la Corte si fosse pronunciata in relazione alle pretese italiane e inglesi avrebbe – di fatto e implicitamente – fornito soluzione alla diversa controversia che coinvolgeva Italia e Albania⁴³⁰. Così facendo, quindi, avrebbe pregiudicato gli interessi giuridici di uno Stato che mai aveva accettato la giurisdizione della Corte, essendo tali interessi perlomeno un oggetto necessario del procedimento contenzioso pendente⁴³¹.

La lettura del ragionamento sviluppato dalla Corte, che in dottrina qualcuno ha definito carente⁴³², crea non pochi problemi. Infatti, da una parte, è chiara la sussistenza di un nesso di dipendenza tra controversie, giacché il contenuto della decisione della prima condizionerebbe il contenuto della decisione della seconda. Dall'altra, al contempo, vi è la constatazione che l'oggetto della procedura, coinvolgente due Stati e pendente davanti alla Corte, è costituito da, o ricomprende, interessi giuridici propri di uno Stato terzo, il quale non è parte di questo. A giudizio della Corte, tali interessi giuridici non sarebbero sufficientemente tutelati dall'art. 59 dello Statuto, il quale sancisce il carattere vincolante della decisione per le sole parti del procedimento (cc.dd. limiti soggettivi della *res iudicata*, di cui si dirà *infra*).

Tali questioni sono state ampiamente trattate dal giudice Levi Carneiro nella sua opinione dissenziente⁴³³, ove egli distingueva nettamente le due controversie, la prima tra Italia e Albania relativa alla affermata responsabilità della seconda nei confronti della prima, la seconda tra Italia e Regno Unito su chi fosse preferito nella soddisfazione patrimoniale da realizzarsi sull'oro monetario albanese. Stante l'assenza di qualsivoglia interesse dell'Albania relativamente alla seconda controversia, Levi Carneiro riteneva che a quest'ultima la Corte potesse fornire una soluzione, trattandosi

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ *Ivi* a pag. 31: “*The Court is not merely called upon to say whether the gold should be delivered to Italy or to the United Kingdom. It is requested to determine first certain legal questions upon the solution of which depends the delivery of the gold*”.

⁴²⁹ *Ivi* a pag. 32: “*In the present case, Albania’s legal interests would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision*”.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ *Ibidem*: “*Where, as in the present case, the vital issue to be settled concerns the international responsibility of a third State, the Court cannot, without the consent of that third State, give a decision on that issue binding upon any State, either the third State, or any of the parties before it*”.

⁴³² Thienel T., “*Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 57 (2014), a pag. 327.

⁴³³ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954, Dissenting Opinion by judge Levi Carneiro*.

in sostanza di una mera applicazione di puro diritto risolvendosi nel semplice accertamento di quale, tra i due diritti, fosse preferito nel concursus creditorum. In altre parole, una decisione della Corte sarebbe in ogni caso stata una “valuable orientation” perché, mentre una decisione favorevole al Regno Unito avrebbe reso superflua una eventuale pronuncia sulla responsabilità della Albania, una decisione favorevole all’Italia avrebbe confermato ai tre Stati autori della dichiarazione tripartita che la consegna dell’oro al Regno Unito non si sarebbe dovuta validamente realizzare prima di un effettivo accertamento di merito della pretesa italiana verso l’Albania.

Prima di poter formulare delle conclusioni sulla questione qui oggetto di studio, risulta opportuno procedere all’analisi della giurisprudenza che, dopo la decisione nel caso del Monetary Gold, ha trattato del principio della terza parte necessaria. Come si vedrà, la Corte ha garantito applicazione al principio in un solo caso.

La Corte ha toccato la tematica della terza parte necessaria nella decisione delle obiezioni preliminari nel caso coinvolgente Nicaragua e Stati Uniti⁴³⁴. Questi ultimi avevano lamentato, *inter alia*, la mancata partecipazione al procedimento di Costa Rica, El Salvador e Honduras, argomentando come una decisione nel merito delle domande attoree avrebbe necessariamente implicato una pronuncia relativa a diritti e obblighi dei tre Stati indicati⁴³⁵. Secondo il convenuto, per tale ragione la domanda andava dichiarata inammissibile. La Corte ha rigettato gli argomenti avanzati dagli Stati Uniti perché, rilevando come il principio della terza parte necessaria costituisca “probabilmente” il limite del potere della Corte di rifiutare l’esercizio della propria giurisdizione, la posizione dei tre Stati summenzionati non poteva dirsi assolutamente paragonabile rispetto a quella dell’Albania nel caso del Monetary Gold⁴³⁶. Sebbene sia corretto affermare che l’utilizzo di un tale avverbio lasci aperta la possibilità per la Corte di pervenire in futuro a soluzioni più o meno garantiste degli interessi degli Stati non partecipanti al procedimento⁴³⁷, il ragionamento sviluppato dalla Corte mira a dimostrare che, mentre nel caso tra Italia e potenze alleate la definizione della posizione giuridica dell’Albania costituiva la premessa logica necessaria per pervenire ad una decisione del caso davanti alla Corte, in quello tra Nicaragua e Stati Uniti non era possibile dire che per la decisione dell’oggetto della controversia era necessario decidere prioritariamente sulla posizione di Honduras, El Salvador e Costa Rica. Al contrario, per questi era solamente possibile immaginare una mera efficacia riflessa – sarebbero stati, al massimo e in qualche modo, “affected” dalla decisione – e proprio la Corte ammette che tale efficacia, comunque necessariamente limitata in virtù della norma di cui all’art. 59 dello Statuto CIG, avrebbe potuto legittimare l’intervento degli

⁴³⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, I.C.J. Reports 1984, p. 392. L’attore aveva adito la Corte richiedendo che in capo gli Stati Uniti fosse accertata la responsabilità per alcuni fatti asseritamente illeciti, consistenti nella violazione della sovranità, dell’integrità e dell’indipendenza politica del Nicaragua, avvenuti a partire dal marzo 1981. Il Nicaragua lamentava, da parte degli Stati Uniti, l’uso della forza militare e l’ingerenza negli affari interni dello Stato.

⁴³⁵ *Ivi* al par. 86 e 87.

⁴³⁶ *Ivi* al par. 88.

⁴³⁷ Kolb R., *The International Court of Justice*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 2013, a pag. 570.

Stati menzionati, comunque mai nemmeno da questi tentato⁴³⁸. In ogni caso, sembra che la Corte abbia ritenuto che la posizione giuridica di Honduras, El Salvador e Costa Rica non costituisse il vero oggetto del procedimento proprio perché l'accertamento di una loro eventuale responsabilità non era preliminare ma al massimo concorrente rispetto all'accertamento della responsabilità statunitense. In altre parole, un accertamento della responsabilità degli Stati Uniti non avrebbe implicato in nessun modo alcun accertamento sulla responsabilità dei "terzi esclusi".

Di nuovo, non discostandosi dal caso appena esposto, la Corte si è pronunciata sul principio della terza parte necessaria nel caso tra Nauru e Australia *Certain Phosphate Lands*⁴³⁹. In quell'occasione, l'Australia aveva fatto valere il principio della terza parte necessaria, ritenendo che la Corte non potesse pronunciarsi nel merito perché mancavano nel procedimento il Regno Unito e la Nuova Zelanda, essendo questi parti necessarie in quanto tutti amministratori congiunti dell'Isola di Nauru al tempo dello sfruttamento dei giacimenti di fosfati. Secondo il convenuto, poiché i tre paesi dovevano dirsi titolari di un obbligo congiunto e solidale, una pronuncia sulla sua responsabilità avrebbe implicato un giudizio anche sulla responsabilità degli altri due co-amministratori, i quali non partecipavano al procedimento.

La Corte ha deciso la questione in favore dell'attore, trasferendo ad una eventuale indagine di merito la circostanza che le tre potenze amministratrici potessero dirsi congiuntamente e solidalmente obbligate e delineando ciò che differenziava il caso di specie da quello del *Monetary Gold*. Infatti, mentre la determinazione della responsabilità albanese era preliminare rispetto alla questione della spettanza dell'oro monetario, l'eventuale accertamento richiesto da Nauru avrebbe avuto ad oggetto solo l'illecito commesso dal convenuto e non anche le condotte di Nuova Zelanda e Regno Unito⁴⁴⁰, come sostenuto dall'Australia. In ogni caso, anche ammettendo che una pronuncia sulla responsabilità australiana potesse avere una qualche incidenza sulle situazioni giuridiche degli altri Stati, queste ultime non costituivano l'oggetto della decisione. In sostanza, secondo la Corte, gli interessi giuridici di Regno Unito e Nuova

⁴³⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility*, I.C.J. Reports 1984, par. 88. In ogni caso, sugli effetti di questa c.d. "efficacia riflessa" cf. Ajibola B., "The International Court of Justice and Absent Third States", *African Yearbook of International Law*, vol. 4 (1996), a pag. 93, ove è affermato che: "However, in my view, a State (El Salvador for example) cannot be said to have a legitimate real interest in the performance of an act by another State (in this case the U.S.) towards a third State (Nicaragua) which is illegal as between the second and third States. With respect to the implications for the neighbouring States of their individual rights of self defence, this was exactly that – an implication, necessary though it may be. The res of the Court's decision was not that they were deprived of a self defence. They were free to challenge the implications of the Court's decision in subsequent proceedings which Nicaragua in fact brought against Honduras and Costa Rica".

⁴³⁹ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1992, p. 240. I fatti all'origine della controversia sono relativamente semplici. Nel tempo in cui erano potenze amministratrici dell'isola di Nauru, Regno Unito, Australia e Nuova Zelanda avevano sfruttato i giacimenti di fosfati ivi presenti. Concluso il mandato, Nauru cercò di far valere giudizialmente le proprie pretese nei confronti dell'Australia (che aveva accettato la giurisdizione della CIG), richiedendo alla Corte di accertare che lo sfruttamento dei giacimenti costituiva violazione internazionale e che per questo gli era dovuta una riparazione da parte del convenuto.

⁴⁴⁰ *Ibidem* al par. 55.

Zelanda dovevano dirsi sufficientemente protetti dai cc.dd. limiti soggettivi della *res indicata*⁴⁴¹.

La Corte ha infine dato applicazione al principio della terza parte indispensabile nella decisione del caso del Timor Est⁴⁴². In quella sede, il Portogallo aveva convenuto l'Australia per far sì che la Corte accertasse che la seconda, in ragione dei negoziati e soprattutto della conclusione di un accordo internazionale con l'Indonesia, avente ad oggetto lo sfruttamento delle risorse appartenenti a Timor Est, aveva violato non solo il diritto del popolo di Timor Est all'autodeterminazione ma anche i diritti che spettavano al Portogallo come "potenza amministratrice" dell'isola.

Tralasciando le questioni che la Corte ha ignorato⁴⁴³, è necessario porre in evidenza quelle effettivamente decise. Infatti, l'Australia aveva tentato di dimostrare che tra le parti del procedimento davanti alla Corte non esisteva alcuna controversia perché quella reale, che la Corte avrebbe dovuto decidere, intercorreva tra Portogallo e Indonesia e aveva ad oggetto l'esercizio effettivo della sovranità sul Timor Est da parte dell'Indonesia a pregiudizio del Portogallo, ancora formalmente "potenza amministratrice"⁴⁴⁴. Prevedibilmente, in applicazione dei criteri *supra* elaborati, la Corte provvedeva a rigettare questo argomento, rilevando l'esistenza di un effettivo conflitto

⁴⁴¹ Come opportunamente precisato dal giudice Shahabudden nella sua opinione separata: "I agree that if the Court is in fact making a determination of the responsibility of a non-party, the particular stage in the decision-making process at which it is doing so cannot make the decision less objectionable. But this would be so only if what was involved was a judicial determination purporting to produce legal effects for the absent party, as was visualized in the Monetary Gold case, and not merely an implication in the sense of an extended consequence of the reasoning of the Court. It seems to me that an approach based on simultaneity of determinations is likely to involve an implication of that kind, and not an adjudication. The Court's jurisprudence shows that such implications are not a bar to the exercise of jurisdiction", *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, Separate Opinion of Judge Shahabudden, a pag. 296.

⁴⁴² *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p.90. Il Timor Est era stato dapprima una colonia portoghese e, successivamente, un territorio soggetto alla sua amministrazione come "non-self-governing territory". Nel 1975, successivamente alla Rivoluzione dei Garofani in Portogallo, in occasione dei disordini che avevano colpito il Timor Est, le forze militari e le autorità civili portoghesi furono costrette a lasciare l'Isola e, sin da quel momento, forze indonesiane l'avevano occupata, esercitando un controllo effettivo su questa. L'Indonesia aveva poi approvato una legge che incorporava il territorio controllato. La vicenda era stata oggetto di un paio di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e di diverse Risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e tali documenti invitavano tutte le parti al rispetto del diritto di auto-determinazione del popolo di Timor Est e a cooperare, in primo luogo con il Portogallo (considerato ancora come Potenza amministratrice), in vista del fine di assicurare l'esercizio del diritto di auto-determinazione; all'Indonesia era stato invece richiesto il ritiro delle proprie truppe (all'epoca della presentazione della domanda, il Portogallo era ancora considerato come *non-self-governing territory*). L'Australia aveva riconosciuto *de facto* l'incorporamento del territorio di Timor Est da parte dell'Indonesia già nei primi mesi del 1978, pur avendo cura di prendere le distanze dalle modalità di azione che avevano portato a quello stato delle cose. Australia e Indonesia avevano in un primo momento negoziato per delimitare la loro piattaforma continentale, escludendo però la zona del c.d. "Timor Gap" e solo dopo diversi anni, le due potenze negoziarono e conclusero un accordo per il comune sfruttamento delle risorse dell'area in questione, creando una "zona di cooperazione" nell'area tra la provincia settentrionale di Timor Est e l'Australia.

⁴⁴³ Jouannet E., "Le Principe de l'Or Monétaire a Propos de l'Arret de la Cour du 30 Juin 1995 dans l'Affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie)", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 100 (1996), a pag. 693 e ss.

⁴⁴⁴ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, 20.

di volontà, consistente nello scontro tra pretesa e contestazione tra Nauru e Australia⁴⁴⁵. Tuttavia, il sol fatto che l’Australia avesse tentato di dimostrare che la vera controversia intercorrevva tra parti diverse è sufficiente per dimostrare che, nei casi di potenziale applicazione del principio della terza parte indispensabile, è possibile avere dei dubbi su quali siano le parti della vera controversia⁴⁴⁶. La Corte ha infine statuito in favore dell’Australia, sulla base del riconoscimento che gli effetti della decisione richiesta dal Portogallo sarebbero stati equivalenti a quelli derivanti da una effettiva pronuncia sulla illiceità della condotta dell’Indonesia, quest’ultima consistente nell’esercizio della sovranità su Timor Est e nella conclusione di un trattato che disponeva delle sue risorse. In altre parole, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie la determinazione della liceità della condotta indonesiana costituisse la premessa necessaria per decidere sulla responsabilità dell’Australia e che non era possibile pervenire alla pronuncia nel merito della domanda portoghese, stante l’assenza dell’Indonesia dal procedimento, dal momento che gli interessi giuridici propri di quest’ultima costituivano il vero oggetto del procedimento.

Anche in questo caso, il ragionamento della Corte potrebbe dirsi viziato. Come qualcuno ha rilevato in dottrina⁴⁴⁷, si potrebbe sostenere che la Corte abbia commesso un errore nel ritenere esistente un nesso di condizionalità-dipendenza tra la questione della responsabilità indonesiana e quella della responsabilità australiana. Infatti, la vera questione che la Corte avrebbe dovuto decidere era quella dell’esistenza di un diritto assoluto ed esclusivo (*erga omnes*) del Portogallo a negoziare e concludere trattati in nome e per conto di Timor Est. Se la Corte avesse positivamente accertato questo diritto, sarebbe stato superfluo indagare la responsabilità dell’Indonesia perché se anche l’Australia avesse negoziato e concluso l’accordo con qualsiasi altro Stato, ella avrebbe comunque determinato una lesione del diritto portoghese. Richiamando il ragionamento di Levi Carneiro, precedentemente analizzato in relazione alla vicenda del Monetary Gold, anche in questo caso la Corte sarebbe stata semplicemente chiamata ad una indagine di “puro diritto”, senza che fosse necessario considerare responsabilità di Stati terzi⁴⁴⁸.

Come noto, tuttavia, la Corte non ha mai smentito la validità del principio della terza parte necessaria ammettendo la possibilità di decidere questioni meramente teoriche. In effetti, ciò è forse dipeso dalla formulazione delle domande attoree, le quali hanno sempre fatto riferimento a precise condotte di Stati terzi, e, forse ancora di più, dall’intento della Corte di rispettare la posizione di Stati che non hanno prestato consenso alla sua giurisdizione. In effetti, non è possibile escludere che una pronuncia, anche se su una questione di mero diritto, possa comunque pervenire a pregiudicare in concreto gli interessi di uno Stato, quando sia evidente che la risoluzione della questione teorica si riferisca ad una precisa situazione concreta.

⁴⁴⁵ *Ibidem* al par. 22.

⁴⁴⁶ Cf. anche Johnson D. H. N., “*The Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943*”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 5 (1955), a pag. 93.

⁴⁴⁷ Ajibola B., “*The International Court of Justice and Absent Third States*”, *African Yearbook of International Law*, vol. 4 (1996), a pag. 97.

⁴⁴⁸ *Ivi* a pag. 100: “*However the Court ought to have attempted to give an answer to the pure point of law whether an administering power has exclusive treaty making competence, before shutting Portugal out, as a positive answer totally excludes any necessity for pronouncing on the legal responsibility of Indonesia and how it entered into the territory*”.

L'analisi della giurisprudenza rilevante non solo ha chiarito il quadro circa la spendibilità in giudizio dell'argomento sull'inesistenza di una effettiva controversia tra l'attore e il convenuto ma anche ha consentito di delineare quali siano le circostanze che effettivamente risultano idonee ad impedire alla Corte di esercitare la propria giurisdizione quando siano in gioco gli interessi giuridici di uno Stato terzo. In primo luogo, relativamente all'esistenza o meno di uno scontro di volontà effettivamente esistente tra le parti del procedimento, è rigettabile l'argomentazione secondo cui la vera controversia esisterebbe solo tra l'attore e lo Stato terzo, dal momento che, in ogni caso, i procedimenti analizzati hanno dimostrato come sia sempre e comunque possibile identificare due controversie distinte in quanto "isolabili": la prima, tra attore e Stato terzo, e la seconda, tra attore e convenuto. In secondo luogo, tutti i casi in cui la Corte dovrà astenersi dalla risoluzione della seconda controversia sono quelli in cui i giudici riusciranno ad individuare tra le due controversie l'esistenza di un nesso di condizionalità-dipendenza così intenso che la risoluzione della prima controversia costituisce premessa logico-giuridica necessaria per pervenire alla decisione della seconda. In altre parole, la Corte non potrà pronunciarsi in merito alla controversia attualmente pendente quando questa potrà essere decisa solamente una volta che si sia accertata la posizione giuridica propria dello Stato terzo, parte della prima controversia.

Da ciò deriva che solo in un caso siffatto risulta possibile ammettere che l'oggetto della controversia pendente davanti alla Corte non solo includa ma sia caratterizzato dalla situazione giuridica soggettiva del terzo, dal momento che proprio tale situazione giuridica costituisce parte rilevante della *causa petendi* della domanda giudiziale proposta dall'attore. Nemmeno quando la Corte precisa che i diritti e gli obblighi del terzo costituiscono il "very subject-matter of the judgment" è possibile dire che la "vera controversia" intercorre tra l'attore e lo Stato terzo. Di nuovo, ciò significa solamente che la decisione su tali diritti e obblighi costituisce premessa prima e ineludibile per decidere sulle pretese che l'attore avanza nei confronti del convenuto.

Si è però visto come si possano dare casi in cui i diritti e gli obblighi in capo ai terzi non costituiscono, nei termini che si sono visti, il vero oggetto del giudizio bensì da questo sono solamente "toccati" ("affecté ou touché" o "affected")⁴⁴⁹. Dunque, come distinguere i primi dai secondi? Le situazioni giuridiche di un terzo sono solamente "toccate" dal giudizio reso nel procedimento coinvolgente due altri Stati solo quando queste non debbano essere giudizialmente accertate in via preliminare rispetto alla decisione resa nel merito della controversia pendente tra le parti bensì possano costituire l'oggetto di trattazione nell'ambito delle ragioni non essenziali della decisione che perviene all'accertamento della responsabilità del convenuto. Infatti, come si vedrà *infra*, se l'oggetto della *res iudicata* è composto dal dispositivo e dalle ragioni da questo non separabili (questa questione sarà diffusamente trattata nella parte dedicata alla nozione di cosa giudicata) e se la differenza tra le situazioni giuridiche soggettive oggetto del procedimento e quelle solamente "toccate" dal giudizio sta nel fatto che per tutelare le seconde è sufficiente il presidio fornito dall'art. 59 dello Statuto CIG, allora vorrà dire che le situazioni giuridiche dei terzi non saranno oggetto della decisione perché al massimo potranno rilevare o emergere in sede di esposizione delle

⁴⁴⁹ Jouannet E., "Le Principe de l'Or Monétaire a Propos de l'Arret de la Cour du 30 Juin 1995 dans l'Affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie)", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 100 (1996), a pag. 686 e ss.

argomentazioni non separabili dal dispositivo. I casi sopra descritti potranno essere di aiuto. Nel caso tra Nauru e Australia, è evidente che l'eventuale accertamento della responsabilità dell'Australia avrebbe "di riflesso", fattualmente e indirettamente deposto in favore della responsabilità anche degli altri "co-amministratori", Regno Unito e Nuova Zelanda. Tuttavia, un tale rilievo non potrebbe mai equivalere ad un accertamento su diritti o su obblighi di Stati che rimangono terzi al procedimento. Tutt'al più, sarà comunque possibile ammettere che il terzo in questione possa lamentare una generica lesione a un proprio interesse e questo deve dirsi sufficiente per legittimarlo al dispiegamento di un intervento nel procedimento, di cui si dirà *infra*.

Un'altra conclusione cui è possibile pervenire è che la Corte sia stata sempre molto prudente nell'applicazione del principio della terza parte indispensabile. Questa è sempre stata conscia di dover ricercare il giusto bilanciamento tra l'obbligo, previsto nell'ambito della procedura contenziosa, di pervenire ad una decisione di merito e la tutela del principio del contraddittorio⁴⁵⁰. Ed il frutto di tale bilanciamento è proprio la ricostruzione di cui si è appena dato conto, che prevede che il principio del contraddittorio debba prevalere sul dovere di decidere nel merito quando il presidio di cui all'art. 59 dello Statuto non sia sufficiente a tutelare la posizione del terzo. Viceversa, quando l'art. 59 sia sufficiente ad arginare le ripercussioni giuridiche dell'accertamento, si avrà prevalenza dell'obbligo di pronuncia nel merito sulle pretese avanzate dall'attore. Il fatto che sullo sfondo della vicenda permanga sempre il dovere di rispettare il principio del contraddittorio è poi provato anche dal fatto che sia nel caso in cui gli interessi giuridici del terzo costituiscano il vero oggetto della pronuncia sia quando questi siano solo "toccati" dalla decisione, dovrebbe dirsi ammissibile l'intervento del terzo. A seconda che ci si trovi nell'uno o nell'altro caso, ovviamente, tale intervento avrebbe effetti differenziati. Quando gli interessi del terzo siano il "very subject-matter of the judgment", l'intervento del terzo (che sia parte necessaria) avrà l'effetto di rimuovere l'ostacolo che impedisce alla Corte di pervenire ad una pronuncia di merito⁴⁵¹. Non così invece quando gli interessi del terzo subiscano solamente una mera influenza "riflessa" ad opera della decisione del merito. In tal caso, infatti, la Corte sarebbe comunque legittimata a decidere nel merito la controversia così come prospettata dalle parti poiché, come si è già visto, il presidio di cui all'art. 59 sarebbe pienamente sufficiente a tutelare la posizione del terzo.

Nonostante la questione sia oggetto di approfondimento nel capitolo dedicato al mutamento del perimetro della controversia nel corso del procedimento, già qui conviene evidenziare come il fine dell'intervento sia assai mutevole. Ad esempio, nel caso summenzionato tra Nauru e Australia, l'interveniente (Regno Unito o Nuova Zelanda) avrebbe potuto esperire intervento ad adiuvandum rispetto al convenuto, proprio perché la dimostrazione dell'assenza di responsabilità in capo a quello deporrà, anche se solo in via indiretta, in favore dell'assenza di responsabilità a suo carico. In alternativa, esiste anche la possibilità che il terzo non intenda sostenere, direttamente o indirettamente, la posizione di una delle parti del procedimento, ma che quello intenda solamente evidenziare alla Corte l'esistenza di situazioni giuridiche o interessi

⁴⁵⁰ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen*, a pag. 293;

⁴⁵¹ Questa conclusione è implicita nel ragionamento sviluppato dalla Corte in *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, a pag. 32.

giuridici che rischiano di essere intaccati dalla decisione del merito. In questo caso, l'intervento avrebbe una finalità meramente informativa, risolvendosi nella rappresentazione alla Corte di tutte le circostanze utili alla decisione.

In conclusione, risulta possibile affermare come l'analisi complessiva della giurisprudenza sul principio della terza parte indispensabile abbia dimostrato che non sia mai possibile valersi efficacemente dell'argomentazione secondo cui non esisterebbe controversia tra attore e convenuto, bensì solo tra attore e Stato terzo. Al contrario, è giuridicamente corretto affermare che, in astratto, le controversie sono due e che ciascuna è autonomamente risolvibile, come hanno dimostrato le summenzionate critiche alle decisioni sui casi del Monetary Gold e del Timor Est. Tuttavia, per fornire una soluzione alla seconda controversia bisognerebbe implicitamente assumere la responsabilità di uno Stato terzo – essendo questa circostanza l'oggetto proprio della prima controversia – e questo non potrebbe mai dirsi accettabile. Tale conclusione è sostenuta dall'atteggiamento cui la Corte è sempre chiamata, ovvero alla necessità di rispettare la sovranità degli Stati che non hanno prestato consenso alla sua giurisdizione, ciò risolvendosi nell'impossibilità di presupporre, se pure in via del tutto teorica, che sussista la responsabilità di uno Stato terzo rispetto al procedimento pendente.

2.1.4.3 La protezione diplomatica delle persone giuridiche

Per completare la tematica della determinazione del perimetro personale della controversia al tempo dell'instaurazione del procedimento contenzioso occorre trattare anche della complessa questione relativa all'esercizio della protezione diplomatica, da parte di uno Stato, che sia finalizzata alla tutela di interessi di persone giuridiche, quando queste siano integralmente controllate da individui aventi una nazionalità diversa rispetto a quella dell'ente. A fronte di una prassi pertinente assai scarsa⁴⁵², conviene evidenziare come la CIG abbia dato, sino ad oggi, assoluta rilevanza a un elemento di natura puramente formale, ovvero al luogo di incorporazione della società.

Come noto, il caso più rilevante in cui la Corte si è pronunciata sul punto è *Barcelona Traction*, un procedimento derivante dall'esercizio della protezione diplomatica, esperita dal Belgio contro la Spagna, a tutela degli interessi della società *Barcelona Traction*, incorporata in Canada, la quale era stata vittima di misure asseritamente illecite dello Stato spagnolo⁴⁵³. Il convenuto aveva sollevato alcune eccezioni preliminari, una delle quali diretta a negare lo *ius standi* in capo al Belgio perché in nessun caso il diritto internazionale, quando siano contestati illeciti cagionati dallo Stato nei confronti di una persona giuridica straniera, riconoscerebbe diritti di agire in protezione diplomatica a Stati diversi rispetto a quello di nazionalità della persona giuridica, ovvero allo Stato in cui quella è incorporata⁴⁵⁴. E ciò, evidentemente, varrebbe anche quando lo Stato attore sia quello di nazionalità dei soci che controllano

⁴⁵² Conforti B., *Diritto Internazionale*, XI ed. (Napoli: Editoriale Scientifica), 2018, a pag. 260.

⁴⁵³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, a pag. 16.

⁴⁵⁴ *Ivi* a pag. 44.

la società, quando questi abbiano nazionalità diversa da quella della società. Nel decidere la questione, la Corte confermò che la norma di diritto internazionale generale garantiva soltanto allo Stato di nazionalità della persona giuridica la facoltà di agire in protezione diplomatica a difesa degli interessi di quella⁴⁵⁵. Se pure è vero che, per pervenire alla corretta identificazione dello Stato di nazionalità della persona giuridica, la Corte valorizzò il criterio della connessione “stretta e permanente”⁴⁵⁶, è altresì vero che, generalmente, tale connessione si dà soltanto con lo Stato di incorporazione dell’ente morale. Peraltro, sempre secondo la Corte, tale impianto non pregiudica la possibilità di provvedere alla tutela dei “direct rights” dei soci, ovverosia delle situazioni giuridiche soggettive degli individui relative alla loro partecipazione nell’ente morale, quando queste costituiscano ciò su cui direttamente incide la misura statale⁴⁵⁷. In relazione a tali diritti, tuttavia, la Corte rimase silente, dal momento che questi non costituivano l’oggetto della controversia dedotta dal Belgio innanzi alla Corte.

La questione è stata nuovamente oggetto di indagine da parte della Corte nel caso Ahmadou Sadio Diallo, sorto in conseguenza della proposizione, da parte della Guinea, di una domanda volta ad accertare l’illiceità internazionale della condotta del Congo, la quale aveva – almeno secondo l’attore – violato i diritti personali di Diallo, i diritti di questi in veste di socio e i diritti delle società da quello controllate⁴⁵⁸. A sostegno delle sue pretese, la Guinea aveva affermato in giudizio l’esistenza di una norma di diritto generale, secondo cui sarebbe stato ammissibile l’esercizio dell’azione diplomatica da parte dello Stato di nazionalità dei soci quando la società fosse stata vittima di condotte illecite dello Stato di incorporazione (c.d. “diplomatic protection by substitution”)⁴⁵⁹. Nell’opinione della Guinea, l’esistenza di tale norma sarebbe stata dimostrata dalla natura dell’arbitrato di investimento tra investitore e Stato ospite, poiché lì è concesso ad ogni azionista di ricorrere direttamente a Tribunali arbitrari d’investimento per risolvere controversie giuridiche eventualmente insorte con lo Stato ospite⁴⁶⁰. Nel decidere la questione, sulla base dell’assunto secondo cui la c.d. “diplomatic protection by substitution” potesse trovare applicazione soltanto nel contesto, particolare e limitato, della protezione degli investimenti, la Corte concluse che l’analisi della prassi degli Stati e delle decisioni rese dai Tribunali d’investimento non rivelavano l’esistenza della norma di diritto generale affermata dalla Guinea⁴⁶¹. Peraltro, la Corte ritenne che l’esistenza di un gran numero di trattati istitutivi di regimi speciali di protezione degli investimenti, lungi dal dimostrare che le regole di diritto generale sulla protezione diplomatica erano cambiate, poteva anche dimostrare il

⁴⁵⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, al par. 88.

⁴⁵⁶ Dando così luogo a feroci critiche dottrinali: Conforti B., *Diritto Internazionale*, XI ed. (Napoli: Editoriale Scientifica), 2018, a pag. 261.

⁴⁵⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, al par. 47. *Ivi* la Corte esemplifica alcuni di questi diritti, facendo espressa menzione del diritto ai dividendi, del diritto alla partecipazione e al voto nell’assemblea della società e del diritto all’assegnazione di una certa quota dei beni sociali in caso di liquidazione della società.

⁴⁵⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, al par. 31.

⁴⁵⁹ *Ivi* al par. 30.

⁴⁶⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), verbatim record 2006/51*, seduta pubblica del 28 novembre 2006, ai parr. 10-12; *verbatim record 2006/53*, seduta pubblica del 1° dicembre 2006, al par. 11.

⁴⁶¹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, ai parr. 88 e 89.

contrario⁴⁶². Alla luce di ciò, la Corte dichiarò l'inammissibilità delle domande attoree volte alla protezione dei diritti delle società controllate da Diallo⁴⁶³.

In conclusione, nel momento in cui viene delineato il perimetro personale della controversia, è da escludere che possa rendersi parte attrice quello Stato che agisca in protezione diplomatica all'esclusivo fine di tutelare gli interessi di una società commerciale avente la nazionalità di uno Stato diverso.

⁴⁶² *Ivi* al par. 90.

⁴⁶³ *Ivi* al par. 94.

2.2 Il perimetro della controversia al tempo della instaurazione del procedimento nell'OMC

2.2.1 Cenni sul procedimento

Già si è rilevato come il momento decisivo per la determinazione del perimetro materiale della controversia – ovvero per la determinazione del contenuto che la caratterizza – sia quello in cui, all'esito di infruttuose consultazioni oppure quando queste non si siano celebrate in ragione della condotta “ostruzionistica” del Membro contro cui le pretese sono state rivolte, un Membro presenti la richiesta per la costituzione del panel (c.d. “request for establishment of panel”).

Tale snodo procedurale è disciplinato dall'art. 6 del DSU⁴⁶⁴, il quale prevede che su richiesta del ricorrente si debba costituire il panel al più tardi alla riunione del DSB successiva all'apparizione della richiesta di costituzione nell'agenda del DSB, salvo il caso in cui l'organo decida – per tramite del consensus – di non costituirlo⁴⁶⁵.

La disposizione precisa non solo la forma della richiesta, che deve effettuarsi per iscritto, ma anche i suoi elementi costitutivi essenziali. Generalmente, l'attore deve precisare se le consultazioni sono state celebrate, dare conto delle specifiche misure contestate e di un sintetico riepilogo della base giuridica della domanda, che sia idonea a presentare il problema con chiarezza. Nella trattazione del rapporto intercorrente tra la fase consultiva e l'inizio di quella propriamente contenziosa, si è già accennato al fatto che la base giuridica della pretesa e le specifiche misure contestate costituiscono l'oggetto della controversia, e questo in conformità con ciò che accade nel procedimento contenzioso celebrato davanti alla CIG.

Al fine di svolgere una migliore indagine su quale sia la funzione realizzata da ciascuno degli elementi contenuti nella richiesta di costituzione del panel, è opportuno trattare preliminarmente della natura della giurisdizione propria degli organi costituiti nell'ambito del DSU.

Si è detto in dottrina che la giurisdizione fondata dal DSU risulta obbligatoria, esclusiva e non generale⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ L'art. 6 del DSU recita: “1. *If the complaining party so requests, a panel shall be established at the latest at the DSB meeting following that at which the request first appears as an item on the DSB's agenda, unless at that meeting the DSB decides by consensus not to establish a panel.* 2. *The request for the establishment of a panel shall be made in writing. It shall indicate whether consultations were held, identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the legal basis of the complaint sufficient to present the problem clearly. In case the applicant requests the establishment of a panel with other than standard terms of reference, the written request shall include the proposed text of special terms of reference*”.

⁴⁶⁵ Tanto che in dottrina si è utilizzata l'espressione di diritto “quasi-automatico” alla costituzione del panel. Vedi Canal-Forgues E., *Le Règlement des Différends à l'OMC*, (Bruxelles: Bruylant), 2008, a pag. 61.

⁴⁶⁶ Van Damme I., “*Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation*”, in Bethlehem D., McRae D., Neufeld R., Van Damme I., *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), a pag. 299.

In relazione alla prima caratteristica appena esposta non è possibile avere dubbi. È obbligatoria perché la mera partecipazione all'OMC implica un assoggettamento del Membro alla struttura rimediabile prevista dal DSU, senza che sia necessario prestare successivo e puntuale consenso alla giurisdizione dei panel⁴⁶⁷.

Pure la seconda, ovvero sia la “non generalità” della giurisdizione, appare tendenzialmente accettabile, poiché il sistema è utilizzabile solamente per la protezione dei vantaggi che derivano dai covered agreements e non già per l'affermazione di diritti o obblighi che trovino la propria origine in settori diversi rispetto a quello dell'OMC⁴⁶⁸. La questione sarà comunque meglio trattata *infra*.

Il carattere “esclusivo” della giurisdizione del sistema rimediabile dell'OMC merita alcune puntualizzazioni. Infatti, se pure è vero che l'art. 23 del DSU afferma che i Membri dell'OMC “shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding” e l'utilizzo dell'espressione “shall” sembrerebbe denotare un certo grado di obbligatorietà⁴⁶⁹, questo non è di per sé sufficiente per sostenere che un Membro non possa ricorrere ad altri organi – alternativi rispetto al sistema rimediabile del DSU e parimenti competenti – per risolvere questioni dubbie, o addirittura controverse, relative al diritto del commercio internazionale.

In primo luogo, dei dubbi sul carattere esclusivo della giurisdizione del sistema rimediabile dell'OMC potrebbero trovare la propria origine nel fatto che questioni controverse concernenti l'interpretazione o l'applicazione di norme derivanti dai covered agreements possano essere deferite ad organi diversi rispetto ai panel. Conviene sottolineare che non ci si sta qui riferendo alla possibilità che le parti di una controversia decidano di istituire un procedimento arbitrale alternativo rispetto a quello innanzi al panel – così come previsto dall'art. 25 del DSU⁴⁷⁰ - giacché anche in

⁴⁶⁷ Guzman A. T., Pauwelyn J. H. B., *International Trade Law – Problems, Cases and Materials*, (New York: Wolters Kluwer – Law & Business), 2013, a pag. 63: “when a State becomes a member of the WTO, it automatically submits to the jurisdiction of the WTO dispute settlement system”.

⁴⁶⁸ Questo emerge dalla lettura dell'art. 1 del DSU: “1. The rules and procedures of this Understanding shall apply to disputes brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the agreements listed in Appendix 1 to this Understanding (referred to in this Understanding as the “covered agreements”). The rules and procedures of this Understanding shall also apply to consultations and the settlement of disputes between Members concerning their rights and obligations under the provisions of the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in this Understanding as the “WTO Agreement”) and of this Understanding taken in isolation or in combination with any other covered agreement”.

⁴⁶⁹ Van Damme I., “Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation”, in Bethlehem D., McRae D., Neufeld R., Van Damme I., *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), a pag. 300.

⁴⁷⁰ L'art. 25 prescrive che: “Expeditions arbitration within the WTO as an alternative means of dispute settlement can facilitate the solution of certain disputes that concern issues that are clearly defined by both parties. 2. Except as otherwise provided in this Understanding, resort to arbitration shall be subject to mutual agreement of the parties which shall agree on the procedures to be followed. Agreements to resort to arbitration shall be notified to all Members sufficiently in advance of the actual commencement of the arbitration process. 3. Other Members may become party to an arbitration proceeding only upon the agreement of the parties which have agreed to have recourse to arbitration. The parties to the proceeding shall agree to abide by the arbitration award. Arbitration awards shall be notified to the DSB and the Council or Committee of any relevant agreement where any Member may raise any point relating thereto. 4. Articles 21 and 22 of this Understanding shall apply mutatis mutandis to arbitration awards”.

questo caso l'organo decidente comunque si collocherebbe nel quadro normativo proprio del DSU. Piuttosto, può immaginarsi il caso in cui alcune questioni dubbie relative a norme proprie dell'OMC siano portate all'attenzione di organi costituiti e operanti nel quadro dell'Organizzazione e tuttavia non operanti nel quadro normativo proprio del DSU. In passato, si sono dati casi di potenziali sovrapposizioni di competenze tra i panel e il Comitato su commercio e ambiente⁴⁷¹, il Comitato sussidi (SCM)⁴⁷², il Comitato sulla bilancia dei pagamenti⁴⁷³, il Consiglio Generale in relazione alle restrizioni derivanti alterazioni nella bilancia dei pagamenti⁴⁷⁴ e il Comitato sugli accordi commerciali regionali⁴⁷⁵.

L'analisi della rilevante giurisprudenza dei panel e dell'Organo di Appello, già svolta da certa dottrina⁴⁷⁶, dimostra come questi abbiano dato scarsissimo peso alla circostanza che un procedimento avente ad oggetto la medesima questione fosse pendente innanzi ad altri organi propri dell'Organizzazione. Nei loro ragionamenti, sembra che i giudicanti abbiano valorizzato soprattutto la diversa funzione esercitata da tali organi rispetto ai panel perché solo questi ultimi sono incaricati di svolgere una funzione contenziosa mentre i primi sono chiamati allo svolgimento di funzioni ontologicamente diverse. In sostanza, quello della "sovrapposizione di competenze" sarebbe solamente un problema apparente.

In secondo luogo, è accaduto che controversie aventi ad oggetto specifiche misure adottate da un Membro e contestate davanti a organi aventi natura giurisdizionale – non solo diversi rispetto a quelli previsti dal DSU ma anche esterni all'OMC in quanto tale – fossero poi riproposte davanti ai panel dell'OMC⁴⁷⁷. Nel caso di specie (*Argentina*

⁴⁷¹ *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 12 ottobre 1998, al par. 155.

⁴⁷² *Brazil – Aircraft*, WT/DS46/R, Rapporto del panel del 14 aprile 1999, al par. 7.89.

⁴⁷³ *India – Quantitative Restrictions*, WT/DS90/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 23 agosto 1999, ai parr. 98 e ss.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ *Turkey – Textiles*, WT/DS34/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 22 ottobre 1999, al par. 60.

⁴⁷⁶ Cook G., *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2015, a pag. 22; Ligustro A., "Conflitti di giurisdizione e 'dialogo tra corti' internazionali nella prospettiva dell'Organizzazione Mondiale del Commercio", in Ligustro A., Sacerdoti G., *Problemi e Tendenze nel Diritto Internazionale dell'Economia – Liber Amicorum in Onore di Paolo Picone* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2011), alle pagg. 559 e ss.

⁴⁷⁷ Il riferimento è al Rapporto del panel del 22 aprile 2003, nel caso *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, WT/DS241/R, par. 7.41. Dapprima il Brasile aveva convenuto l'Argentina di fronte ad un Tribunale *ad hoc* (nell'ambito del MERCOSUR) lamentando la illegalità di alcune misure adottate dal convenuto. Risultato soccombente in quella sede, l'attore aveva successivamente avviato un secondo procedimento - questa volta nel sistema rimediabile dell'OMC - avente ad oggetto le stesse misure. Nel tentativo di ostacolare la celebrazione del secondo procedimento, il convenuto aveva utilizzato l'argomento per cui il panel sarebbe stato vincolato a pronunciare un rapporto avente lo stesso segno della decisione pronunciata dal Tribunale *ad hoc*, dal momento che - ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati - il *decisum* in essa contenuto costituiva l'insieme delle norme applicabili nelle relazioni tra le Parti e, pertanto, doveva essere preso in considerazione nell'interpretazione delle norme dei covered agreements. Secondo l'Argentina, tale ricostruzione avrebbe trovato il proprio fondamento nell'art. 3, par. 2, del DSU, nella misura in cui il procedimento rimediabile serve a chiarire il significato e la portata delle norme dei covered agreements "in accordance with customary rules of interpretation of public international law". Il panel ha respinto questa argomentazione precisando come l'attività di interpretazione di un trattato

– *Poultry Anti-Dumping Duties*), un tribunale *ad hoc* nel contesto del MERCOSUR si era pronunciato sulla legalità di alcune misure adottate dal Brasile e contestate dall'Argentina. Quest'ultima, attore soccombente nel primo procedimento, si era poi rivolta al DSB, di nuovo lamentando la legalità di quelle stesse misure. Il panel esclude che potesse assumere una qualche rilevanza il principio della cosa giudicata e neppure ritenne che quanto deciso dal primo organo giurisdizionale potesse comportare una qualche immediata conseguenza sul secondo. Infatti, quelle dedotte davanti ai due diversi organi giurisdizionali erano controversie aventi diverso contenuto: nonostante l'identità delle misure contestate, ciò che differiva era la *causa petendi*, dal momento che, mentre il tribunale *ad hoc* era chiamato ad applicare il corpus normativo del MERCOSUR, il panel doveva vagliare la conformità delle misure alla normativa antidumping dell'OMC⁴⁷⁸. Pertanto, anche quello dell'esistenza di una previa decisione tra le stesse parti in relazione alle stesse misure deve dirsi solamente un problema apparente.

Esposto quanto necessario per chiarire la questione della esclusività della giurisdizione degli organi previsti dal DSU e per completare il quadro relativo alla natura della giurisdizione, alcune altre osservazioni vanno fatte sulla funzione propria dei panel. Per questo è opportuno ricorrere al combinato disposto degli artt. 7⁴⁷⁹ e 11⁴⁸⁰ del DSU.

non possa risolversi nella necessità per il panel di operare un mero recepimento di una decisione già pronunciata, in relazione alle stesse misure, da un organo giudiziale terzo. Nel caso di specie, l'Argentina non aveva comunque fatto valere espressamente il principio della *res iudicata* – argomentazione che invece era stata spesa dal Paraguay, Parte terza, che tuttavia non aveva legittimazione alla proposizione di alcuna questione preliminare.

⁴⁷⁸ Come già chiaramente affermato in Davey W. J., Sapir A., “*The Soft Drinks Case: the WTO and Regional Agreements*”, *World Trade Review*, vol. 8 (2009), a pagg. 14 e 15: “*The arguably more difficult case would arise where a decision by a tribunal had been made under a non-WTO agreement in respect of a provision identical to the WTO provision at issue. Such a situation is easy to imagine, especially as preferential trade agreements often incorporate GATT provisions by reference or restate them. Even in such a case, it would seem that res iudicata would not apply. Even though the same parties would be involved, the underlying issue would be different – in one case, a WTO violation would be claimed; in the other case, a violation of some other agreement would be claimed. Even if the provisions at issue were identical, the setting in which the cases arose would be different, and to the extent that proper interpretation requires consideration of context and of the object and purpose of the agreement, it is inevitable that the WTO agreement and the other agreement would not be identical in those respects. Thus, since the same interpretative result would not be inevitable, the claims could not be viewed as identical. Moreover, different remedies would typically be available and enforced in a different matter (i.e., in a multilateral, as opposed to a bilateral, setting). Hence, it seems unlikely that the conditions for res iudicata as commonly understood would ever arise*”.

⁴⁷⁹ L'art. 7 del DSU recita: “1. Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree otherwise within 20 days from the establishment of the panel: “To examine, in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document ... and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s). 2. Panels shall address the relevant provisions in any covered agreement or agreements cited by the parties to the dispute. 3. In establishing a panel, the DSB may authorize its Chairman to draw up the terms of reference of the panel in consultation with the parties to the dispute, subject to the provisions of paragraph 1. The terms of reference thus drawn up shall be circulated to all Members. If other than standard terms of reference are agreed upon, any Member may raise any point relating thereto in the DSB”.

⁴⁸⁰ L'art. 11 del DSU recita: “The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations

Mentre il primo contiene una bozza “strutturata” di terms of reference, derogabile dalle parti – evenienza rarissimamente accaduta in passato – ma che generalmente include come oggetto della controversia quanto precisato dall’attore nella richiesta di costituzione, il secondo descrive le funzioni dei panel. Come già si è detto, questi ultimi – almeno formalmente – non sono altro che organi di assistenza al DSB, essendo solo quest’ultimo il responsabile dell’adozione definitiva dei rapporti. Tuttavia, ciò che più è rilevante è che l’art. 11 prescrive che tale attività di assistenza debba risolversi in un oggettivo accertamento dei fatti dedotti dalle parti e della loro conformità alle norme dei covered agreement.

In altre parole, questo significa che i Membri che si valgono del sistema rimediale, sia che questi avanzino delle “violation complaints” oppure delle “non-violation complaints”, possono semplicemente richiedere al panel di fotografare la situazione di non conformità delle misure adottate da un Membro agli obblighi derivanti dalla normativa dell’OMC⁴⁸¹. Una volta che tale situazione di difformità sia stata positivamente accertata dal panel, il DSB si limita quindi all’adozione di un rapporto inclusivo del ragionamento che ha determinato la decisione sulla conformità o meno e con cui raccomanda al Membro responsabile della violazione l’adozione di misure idonee a “sanare” la violazione. Nonostante in passato i panels abbiano indicato in concreto quali misure si dovessero adottare per ripristinare la legalità della situazione, si deve ritenere che il destinatario di queste raccomandazioni rimanga in ogni caso libero nella scelta dei mezzi per conformarsi alla normativa precedentemente violata⁴⁸². Questo vale non solo nel caso di “violation complaints”, ma anche in quello di “non-violation complaints”, nonostante in quest’ultimo caso il Membro la cui posizione non sia in conformità con la normativa OMC possa anche decidere di non provvedere alla revoca o alla modifica della misura non conforme, ma optare per un “mutually satisfactory adjustment”, ai sensi dell’art. 26 del DSU.

Già queste brevi note sono sufficienti per comprendere che l’accertamento operato dagli organi del DSU sarà tanto più efficace quanto più dettagliatamente saranno indicati e descritti gli elementi che costituiscono l’oggetto della controversia. Tuttavia, dal punto di vista teorico, se da una parte è lampante che l’indicazione della base giuridica della contestazione costituisca la *causa petendi* – momento giustificativo e causale della domanda – occorre precisare quale sia la funzione cui adempie l’indicazione dalle misure contestate.

La già svolta chiarificazione sulla natura della giurisdizione consente di escludere che l’indicazione delle misure contestate possa in qualche modo incidere sul *petitum* immediato, giacché questo – unico e immutabile in tutti i procedimenti instaurabili nel

or in giving the rulings provided for in the covered agreements. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution”.

⁴⁸¹ Così anche Sacerdoti G., “*The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years*”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006, a pag. 45.

⁴⁸² Come chiaramente risulta dal dettato dell’art. 19 del DSU: “[...] *In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations [...]*”. Questo trova conferma anche nell’analisi della giurisprudenza rilevante: ad esempio, in *US — Hot-Rolled Steel*, WT/DS184/R, Rapporto del panel del 28 febbraio 2001, al par. 8.13 oppure in *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, WT/DS217/R / WT/DS234/R, Rapporto del panel del 16 settembre 2002, al par. VIII.1815.

sistema rimediabile dell'OMC – consiste nella pronuncia di una decisione di accertamento della violazione cui indefettibilmente segue, per il convenuto soccombente, il dovere di rimediare a quella. Lo stesso non si può però dire per il *petitum* mediato, consistente nel bene della vita concretamente perseguito dall'attore, che differisce a seconda di quale sia la misura contestata e di quali siano i benefici che gli derivano – o dovrebbero derivargli – dai covered agreements che quella pregiudica. Nello specifico, l'adozione di una certa misura da parte di un Membro deve quindi configurarsi non solo come fatto generatore della specifica controversia ma, in maniera più rilevante, come elemento la cui indicazione è idonea a connotare il *petitum* mediato della domanda. In altre parole, l'attore richiede che la sentenza di accertamento abbia ad oggetto quelle determinate misure e che da questa derivi l'obbligo per il Membro soccombente di riportare quelle ad una situazione di conformità al diritto dell'OMC, così da poter tornare a godere dei benefici derivanti dai covered agreements. E questo costituisce indubbiamente il bene della vita che l'attore concretamente persegue.

Tutto ciò considerato, conviene solo accennare – dal momento che la questione sarà trattata più dettagliatamente nel prossimo paragrafo – che non in tutti i casi l'assenza dell'indicazione delle specifiche misure contestate è idonea a pregiudicare la sussistenza o l'estensione della giurisdizione del panel. Infatti, potrebbe darsi il caso in cui la violazione delle norme dell'OMC derivi dalla mancanza di adozione di misure da parte del Membro: in sostanza, ciò che si contesta in questo caso è una mera omissione del Membro, idonea a pregiudicare la posizione di alcuni altri Membri⁴⁸³.

Questo non pregiudica comunque la validità di quanto precedentemente affermato: anche in questo caso, infatti, ciò che si chiede al giudicante è una pronuncia sulla conformità o meno della condotta del convenuto in relazione a certe norme dell'OMC.

Esposto quanto preliminarmente necessario per gettare luce sulla natura della giurisdizione degli organi previsti dal DSU e sulla natura delle domande a questi proponibili, bisogna ora trattare della perimetrazione della controversia nella fase propriamente giurisdizionale, ovvero sia al momento dell'instaurazione del procedimento.

Prima di procedere, comunque, occorre evidenziare che a differenza di molti altri strumenti internazionali, il DSU non definisce alcuna procedura per la trattazione preliminare delle questioni che attengono alla giurisdizione del panel⁴⁸⁴. Tuttavia, nonostante una mera declaratoria di giurisdizione – per le ragioni che si sono già viste e per quelle che si vedranno *infra* – sia un esito alquanto improbabile del procedimento, l'assenza di una chiara disciplina non ha impedito ai panel di trattare e decidere obiezioni sollevate soprattutto dai convenuti al fine di denunciare, in tutto o in parte, l'insussistenza della giurisdizione dei giudicanti. Dal punto di vista tecnico, tali decisioni sono incluse nel rapporto finale redatto dal panel e non costituiscono mai un atto separato rispetto a questo.

⁴⁸³ Questo si è verificato in passato nell'ambito di controversie relative a norme del TRIPS. Si veda Kennedy M., *WTO Dispute Settlement and the TRIPS Agreement*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2016, a pag. 108.

⁴⁸⁴ Howse R., Esserman S., “*The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System, and the Politics of Multilateralism*”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), a pag. 63.

2.2.2 Il perimetro materiale della controversia

Posta la rilevanza del momento in cui si propongono i terms of reference, elemento generatore della controversia giuridica nel sistema rimediabile indagato, ci si deve chiedere quali siano concretamente i contenuti e le modalità di manifestazione della pretesa del ricorrente, poiché sarà quest'ultima – nella grande maggioranza dei casi – a definire il perimetro della controversia processuale.

A tal fine, è necessario ricorrere al dettato dell'art. 6 DSU, che – come già si è detto – prevede che la parte ricorrente identifichi le misure contestate e provveda a una indicazione sommaria del fondamento giuridico della domanda. Le prime devono essere specificamente individuate, le seconde in maniera da indicare chiaramente il problema. Entrambe costituiscono la c.d. “matter referred to the DSB”, ovverosia l'oggetto della controversia⁴⁸⁵ ed è previsto che questi elementi siano presentati dal ricorrente per iscritto.

Pacifica giurisprudenza ritiene che i requisiti di specificità e di chiarezza si spieghino sulla base del fatto che la richiesta costituisce uno strumento per informare il convenuto o gli Stati terzi del fondamento giuridico della pretesa⁴⁸⁶. Infatti, questo mira ad assicurare l'osservanza del due process⁴⁸⁷ ed è altresì significativo che da tale paradigma possano trarre vantaggio non solo le parti della controversia ma anche (in omaggio alla multilateralità del sistema) le terze parti attive nel procedimento⁴⁸⁸.

Un'altra ragione, invero non molto trattata in dottrina, concerne il potenziale timore – nutrito dai Membri – che la giurisdizione dei panel possa allargarsi al di là di quanto questi abbiano acconsentito. In altre parole, avendo sempre a mente che oggetto della decisione è l'accertamento della conformità (o meno) di una misura interna agli obblighi scaturenti dalla conclusione di certi accordi nel quadro normativo dell'OMC, è verosimile che gli Stati vogliano limitare con precisione l'ambito del potere decisorio per tutelare nella massima misura possibile la loro “libertà di azione” e, quindi, della loro sfera di sovranità.

In ogni caso, a prescindere dalle ragioni giuridiche o politiche a giustificazione dei requisiti di chiarezza e specificità nella primissima fase della procedura rimediabile, non si può negare che questi siano connotati da un certo grado di incertezza. Infatti, in passato spesso sono sorti dei dubbi sul grado di specificità richiesto nell'individuazione delle misure e su quando la sommaria indicazione delle basi giuridiche potesse dirsi

⁴⁸⁵ *Guatemala – Cement I*, WT/DS60/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 2 novembre 1998, parr. da 69 a 76.

⁴⁸⁶ *EC Bananas III*, WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 9 settembre 1998, al par. 142: “*It is important that a panel request be sufficiently precise for two reasons: first, it often forms the basis for the terms of reference of the panel pursuant to Article 7 of the DSU; and, second, it informs the defending party and the third parties of the legal basis of the complaint.*”

⁴⁸⁷ *US – Carbon Steel*, WT/DS213/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 28 novembre 2002, al par. 126: “*the terms of reference, and the request for the establishment of a panel on which they are based, serve the due process objective of notifying the parties and third parties of the nature of a complainant's case.*”

⁴⁸⁸ Principio apertamente espresso in *Thailand – H-Beams*, WT/DS122/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 12 marzo 2001, ai parr. 84 e ss.

effettivamente idonea a una chiara indicazione del problema. Conviene quindi svolgere una indagine giurisprudenziale relativamente a ciascuno dei due elementi della domanda.

2.2.2.1 L'indicazione delle specifiche misure oggetto di contestazione

Per quanto concerne l'indicazione delle specifiche misure adottate dallo Stato contro cui la pretesa è diretta, è opportuno gettare luce sullo sviluppo giurisprudenziale che ha caratterizzato la questione, evidenziando come la loro mancata (o insufficiente) indicazione dovrebbe in astratto implicare che queste si pongano al di fuori dei *terms of reference* e, pertanto, al di fuori della giurisdizione del panel⁴⁸⁹. In buona sostanza, ciò che è richiesto all'attore è una definizione precisa della misura contestata. Al contrario, dei vaghi riferimenti a misure interne non potrebbero dirsi idonei a soddisfare i requisiti di cui all'art. 6 par. 2 del DSU.

Per capire in cosa si concreti tale precisione, è opportuno richiamare la decisione dell'Organo di Appello in US – Continued Zeroing⁴⁹⁰, ove questo ha precisato che l'identificazione di una misura, così come richiesto dall'art. 6 par. 2 DSU, deve essere effettuata con sufficiente precisione di modo da indicare la natura della misura e l'essenza di ciò che è in questione. Ciò che si deve identificare è l'oggetto del contendere ovvero sia il *quid* contestato in quanto reputato in violazione di un *covered agreement*⁴⁹¹. Stante il notevole grado di specificità richiesto, non sarebbe possibile per il ricorrente valersi di strategie linguistiche che mirino ad estendere oltremodo l'insieme delle misure della cui liceità si dubita. Infatti, come statuito in China – Raw Materials⁴⁹², in sede di elencazione delle misure, l'utilizzo di formule del tipo “among others” rischierebbe di dilatare a dismisura la quantità di misure che si vorrebbero censurare, in pregiudizio delle esigenze di *security and predictability* proprie del sistema dell'OMC. Per tale ragione, in quella sede, il panel ha deciso di considerare solo le misure espressamente elencate e non quelle che il ricorrente intendeva far rientrare per il tramite dell'espressione “among others”.

Nel caso in cui l'oggetto di contestazione sia una misura statale avente carattere normativo, ci si potrebbe chiedere se basti un'indicazione, nella richiesta di costituzione del panel, degli strumenti normativi contestati ovvero se debbano essere indicati, molto più specificamente, gli aspetti di tali normative che si reputano in violazione del diritto OMC. Il panel nel caso EC – Trademarks and Geographical

⁴⁸⁹ *China – Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, Rapporto del panel del 26 gennaio 2009, al par. VII.73, ove il panel ha sanzionato la mancata chiarezza della richiesta escludendo una particolare pretesa, che era basata sulla Convenzione di Berna del 1971, dai *terms of reference*.

⁴⁹⁰ *US – Continued Zeroing*, WT/DS350/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 4 febbraio 2009, al par. 169: “*the identification of a measure within the meaning of Article 6.2 need be framed only with sufficient particularity so as to indicate the nature of the measure and the gist of what is at issue*”.

⁴⁹¹ *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice – Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, par. 196.

⁴⁹² *China – Raw Materials*, WT/DS394/9, *Communication from the panel*, al par. 11. Tale documento costituisce l'*Annex F-1* (“*First Phase of the Preliminary Ruling*”), allegato al Rapporto del panel del 5 luglio 2011.

Indications (Australia) ha evidenziato come l'art. 6 par. 2 DSU non richieda l'indicazione degli "aspetti specifici" delle "misure specifiche" oggetto di contestazione⁴⁹³ e pertanto ciò che sembra essere sufficiente è l'indicazione dello strumento interno che si reputa contrastante con il diritto OMC.

Sempre in quella decisione, il panel ha toccato un'altra importante questione, ovvero se fosse idoneo a soddisfare il requisito della specificità il mero riferimento alle misure interne di attuazione e di esecuzione della normativa contestata. Secondo il panel, pur essendo molto numerose, era innegabile che quelle misure formassero un gruppo di misure specifiche e, quindi, che una tale indicazione soddisfacesse pienamente i requisiti di specificità richiesti dalla norma⁴⁹⁴. Tale decisione non può che dirsi in continuità rispetto a quanto deciso nel caso EC – Bananas. In quella sede, sia il panel che l'Organo di Appello avevano chiaramente precisato che, nonostante l'assenza di una tradizionale lista di misure contestate, il requisito della identificazione potesse comunque dirsi soddisfatto per il tramite della generica indicazione dei provvedimenti - aventi natura legislativa e non - di attuazione e di integrazione della normativa contestata⁴⁹⁵.

Ci si può poi chiedere se sia possibile contestare alcune misure adottate dal convenuto direttamente nel corso del procedimento celebrato innanzi all'organo giudicante, senza che queste fossero incluse *apertis verbis* nella richiesta di costituzione del panel.

La tematica è stata indagata nel caso Japan – Film, ove il panel ha indicato che i requisiti di specificità debbono dirsi soddisfatti quando si ritenga che le misure contestate direttamente davanti al panel siano sussidiarie rispetto a, o connesse a, quelle espressamente incluse nella richiesta, solo se la controparte (il convenuto) abbia ricevuto adeguata informazione circa "the scope of the claims asserted by the complaining party"⁴⁹⁶.

Così anche nel caso US – Carbon Steel, ove le Comunità Europee avevano contestato la conformità all'accordo antidumping di una specifica misura statunitense e anche di "certain aspects of the sunset review procedure which led to it (regulated by Section 751c) of the Tariff Act of 1930 and the implementing regulations and interim final rules issued by the DOC". In questo caso, una delle eccezioni da parte degli Stati Uniti consisteva appunto nell'evidenziare la genericità del riferimento a certi aspetti della normativa USA e di conseguenza, secondo il convenuto, tale censura da parte del ricorrente si sarebbe dovuta escludere dall'ambito di indagine del panel. Avendo quest'ultimo provveduto all'accoglimento di tale eccezione, le allora Comunità Europee presentavano appello, affinché si accertasse il rispetto, da parte loro, dell'art. 6 par. 2 DSU. Nel rapporto dell'Organo di Appello si poteva leggere una conferma di quanto deciso dal panel, sempre sulla base dell'argomentazione secondo cui non erano

⁴⁹³ EC – Trademarks and Geographical Indications (Australia), WT/DS290/R, Rapporto del panel del 15 marzo 2005, al par. 26.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, al par. 28.

⁴⁹⁵ EC – Bananas III, WT/DS27/R/ECU, Rapporto del panel del 22 maggio 1997, al par. 7.27 e ss.; WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 9 settembre 1997, al par. 140.

⁴⁹⁶ Japan – Film, WT/DS44/R, Rapporto del panel del 31 marzo 1998, par. 10.2

state adeguatamente identificate delle specifiche misure nella richiesta di costituzione, con conseguente esclusione di queste dall'ambito dei terms of reference⁴⁹⁷.

Questi casi sono molto utili perché permettono di comprendere come il criterio della specificità nell'indicazione delle misure non possa che essere elastico e relativo, dovendosi adottare un approccio caso per caso. Infatti, è necessario fare attenzione non solo alle concrete modalità di redazione della richiesta di costituzione del panel da parte dell'attore ma anche al principio generale del giusto processo, utile ad orientare i protagonisti della vicenda rimediale nelle proprie condotte. Ci si riferisce all'elaborazione teorico dottrinale secondo cui la questione della sufficiente individuazione o meno delle "specifiche misure in questione" dipenderà dalla circostanza, o meno, che il convenuto abbia avuto la possibilità e l'opportunità di avanzare delle difese, prima dell'inizio della discussione vera e propria, in riferimento alla misura di cui si discute⁴⁹⁸. In altre parole, ciò che si richiede al contenuto della richiesta di costituzione del panel è di rendere consapevole l'altra parte delle misure che saranno oggetto di contestazione. Quest'ultima sembra una chiave efficace per risolvere una questione altrimenti non risolvibile, nel rispetto del principio dell'equo processo e della parità delle armi, da una parte, e della predeterminazione del perimetro giurisdizionale *ratione materiae* dell'organo deputato alla risoluzione della controversia, dall'altra. Lo stesso vale anche all'opposto, allorché il convenuto intenda eccepire il mancato rispetto dell'art. 6 par. 2 DSU, in ragione della carenza di specificità nella misura indicata nella richiesta. In questo caso, come già deciso in *EC – Export Subsidies on Sugar*⁴⁹⁹, quando il convenuto non può dirsi – per le modalità di redazione della request of establishment – inconsapevole che la controparte si riferisce a una data misura, questo non può efficacemente basare la propria eccezione sulla mancanza di specificità nell'indicazione della misura in questione.

Quanto esposto sino ad ora può non valere in tutti i casi. Infatti, nelle controversie relative a questioni sulla normativa TRIPS è accaduto che l'oggetto della controversia fosse connotato dal mancato adeguamento del diritto interno agli obblighi derivanti dal Trattato. Come si è già accennato *supra*, in questo caso ciò che si contesta al Membro non è l'adozione di una certa specifica misura bensì l'inadeguatezza complessiva dell'ordinamento giuridico interno alla soddisfazione di certi obblighi positivi previsti dal Trattato. Si tratterebbe quindi di una responsabilità per omissione, giacché come si è precisato anche successivamente, "in via di principio, ogni atto o omissione imputabile al Membro dell'Organizzazione può essere considerato una "misura" ai sensi del sistema rimediale"⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ *US – Carbon Steel*, WT/DS213/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 28 novembre 2002, parr. da 169 a 171.

⁴⁹⁸ Marceau G., "Consultations and the Panel Process in the WTO Dispute Settlement System", in Yerxa R., Wilson B., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pag. 32.

⁴⁹⁹ *EC – Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 28 aprile 2005, al par. 152.

⁵⁰⁰ Come chiaramente affermato in *US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review*, WT/DS244/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 15 dicembre 2003, al par. 81: "In principle, any act or omission attributable to a WTO Member can be a measure of that Member for purposes of dispute settlement proceedings".

Il primo caso nel cui ambito si è ammessa questa ricostruzione, India – Patens (US)⁵⁰¹, risale al 1997 e sin da allora la giurisprudenza è rimasta costante⁵⁰². Tuttavia, se pure l'assenza dell'indicazione delle specifiche misure contestate è dovuta alla particolare struttura delle obbligazioni incluse nel TRIPS – le quali hanno un carattere positivo, mentre generalmente quelle previste nel GATT e negli altri covered agreements hanno una natura negativa – non si può nascondere che questa possa pregiudicare in concreto la realizzazione delle finalità perseguite dall'art. 6 del DSU, prima tra tutte quella di informare il convenuto e le parti terze della natura di una delle basi giustificative della pretesa che origina la controversia⁵⁰³.

Sempre al fine di chiarire quale debba essere il grado di precisione richiesto nell'indicazione delle misure contestate, è ragionevole chiedersi se vi debba essere, e, in caso di risposta positiva, di che natura debba essere, il rapporto intercorrente tra i due requisiti previsti dall'art. 6.2 del DSU (l'indicazione delle specifiche misure contestate e del fondamento giuridico della pretesa). In altre parole, ci si deve domandare se l'individuazione di una certa base giuridica piuttosto che di un'altra possa dirsi idoneo a determinare il grado di specificità richiesto nell'indicazione delle misure contestate.

Per questo, occorre dare conto di quanto accaduto nel procedimento EC – Selected Custom Matters: gli Stati Uniti avevano contestato alle Comunità Europee la violazione degli obblighi previsti dall'Art. X.3.a) e X.3.b) GATT 1947: il primo prevede che ogni Membro debba amministrare in maniera uniforme, imparziale e ragionevole tutte le normative, regolamenti, decisioni, relativi all'amministrazione degli affari doganali; il secondo che ogni Membro debba mettere a disposizione dei soggetti coinvolti un sistema rimediale, non necessariamente giurisdizionale, per il tempestivo riesame e l'eventuale “correzione” dei provvedimenti amministrativi relativi a questioni doganali. Ritenendo impossibile identificare come “misura contestata” le modalità di implementazione della normativa generale da parte delle autorità nazionali dei singoli Stati Membri delle CE, l'attore aveva indicato come base giuridica a fondamento della propria pretesa l'intero corpus normativo delle allora Comunità Europee in materia di commercio internazionale⁵⁰⁴. D'altra parte, il convenuto contestava che l'indicazione di tale corpus normativo non fosse corretta, dal momento che l'oggetto della

⁵⁰¹ *India — Patents (US)*, WT/DS50/R, Rapporto del panel del 5 settembre 1997; nel caso concreto, si ritenne che l'ordinamento giuridico indiano non si fosse conformato agli obblighi derivanti dai parr. 1 e 2 dell'art. 63 del TRIPS.

⁵⁰² Si consideri l'analisi giurisprudenziale svolta in Kennedy M., *WTO Dispute Settlement and the TRIPS Agreement*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2016, a pag. 109.

⁵⁰³ Ivi a pag. 113. Per risolvere la questione, l'autore citato propone di prevedere delle norme speciali per le controversie nell'ambito del TRIPS che richiedano all'attore di indicare le misure “that it can reasonably be expected to be aware of and that fail to implement the relevant obligation”. Se pure la proposta non può dirsi inaccettabile *a priori*, è però opportuno dubitare della sua realizzabilità in concreto. Infatti, una volta che questa sia introdotta, ci si dovrebbe poi interrogare su quali siano le circostanze idonee a rendere conoscibili all'attore le norme interne che omettono di dare esecuzione alle norme del trattato ed è indubbio che tali circostanze possano variare a seconda del caso concreto (quale sia il Membro a promuovere l'azione, quale sia il livello di difficoltà proprio della normativa nazionale del convenuto, quale sia il tipo di obbligo cui non è stata garantita esecuzione *et cetera*).

⁵⁰⁴ *European Communities – Selected Custom Matters*, WT/DS315/R, Rapporto del panel del 16 giugno 2006, al par. 7.3 (pag. 184).

contestazione non doveva essere costituito dall'insieme delle disposizioni in materia commerciale bensì dalle modalità con cui queste venivano amministrare dalle Autorità⁵⁰⁵.

Nella decisione, il panel aveva premesso che, dal punto di vista teorico, le concrete modalità attraverso cui debbono essere indicate le specifiche misure contestate dipendono dalla natura delle norme indicate dall'attore in quanto asseritamente violate dal convenuto⁵⁰⁶. Nella fattispecie analizzata, il panel riteneva che la richiesta di costituzione compilata dagli Stati Uniti effettivamente identificasse come misura contestata il modo in cui le autorità delle CE avevano amministrato sino ad allora la corposissima normativa in materia di commercio internazionale⁵⁰⁷. Secondo il collegio, alla base della premessa teorica anzidetta, secondo cui l'identificazione delle misure contestate dovrebbe dipendere dalle norme che l'attore reputa essere state violate starebbe l'art. 19 del DSU il quale – come già emerso – richiede che una misura che sia stata dichiarata non conforme ad una o più norme dei covered agreements debba essere portata ad una situazione di conformità. Più specificamente, al fine di riportare una misura a conformità, è necessario avere riguardo al contenuto materiale della norma violata ed è per questo che l'identificazione di una specifica misura deve essere operata alla luce delle norme che si reputano violate⁵⁰⁸.

A prescindere dalle risultanze concrete dell'organo decidente nel caso specifico, sono innegabili sia la rilevanza teorica dell'intera ricostruzione sia le ricadute pratiche di questa. In relazione alle seconde, è innegabile che il rischio più grande sia sicuramente quello di operare una *reductio ad unum*, rendendo così indistinguibili due degli elementi costitutivi della domanda che i contraenti hanno voluto tenere nettamente separati.

Successivamente investito della questione, l'Organo di Appello ha radicalmente rigettato la ricostruzione del rapporto tra specifiche misure e base giuridica della pretesa così come elaborata dal panel⁵⁰⁹. In primo luogo, da un punto di vista generale, l'Organo ha indagato la natura dei due requisiti dell'art. 6 del DSU: mentre le specifiche misure costituirebbero il *quid* contestato, la sintetica indicazione delle norme asseritamente violate fungerebbe da "claim" e starebbe ad indicare come e perché la misura è reputata illecita⁵¹⁰. Entrambi permetterebbero quindi di identificare l'ambito della controversia (c.d. "scope of the dispute") e contribuirebbero alla realizzazione del paradigma del due process⁵¹¹.

Inoltre, trattando nello specifico le ragioni alla base della insostenibilità del ragionamento sviluppato dal panel, l'Organo di Appello ha evidenziato come l'adozione di una tale ricostruzione genererebbe incertezza sol considerando che l'identificazione delle misure contestate dipenderebbe non solo dalla sostanza

⁵⁰⁵ *Ivi* al par. 7.4 (pag. 185).

⁵⁰⁶ *Ivi* al par. 7.17 (pag. 187).

⁵⁰⁷ *Ivi* al par. 7.33 (pag. 192).

⁵⁰⁸ *Ivi* al par. 7.17 (pag. 187).

⁵⁰⁹ *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 13 novembre 2006.

⁵¹⁰ *Ivi* al par. 130.

⁵¹¹ *Ibidem*.

dell'obbligazione asseritamente violata ma anche dall'interpretazione che di questa il panel potrebbe fornire (e questo potrebbe comportare una confusione tra i due elementi)⁵¹². Per quanto concerne poi l'argomento che vede nell'art. 19 del DSU un sostegno alla ricostruzione adottata dal panel, l'Organo di Appello ha precisato come questo non sia accettabile perché confonde la questione dell'inclusione di una misura nei terms of reference con quella dell'adeguamento di una misura nel caso si sia effettivamente accertato che questa costituisca una violazione; senza contare che il Membro conserva una notevole discrezionalità nella scelta dei mezzi per riportare a conformità una o più date misure⁵¹³.

Alla luce di tutto ciò, l'Organo di Appello ha precisato come la lettura delle misure contestate alla luce dell'obbligazione che si afferma essere stata violata possa generare incertezza e complessità nel meccanismo rimediale sia per il ricorrente che per il convenuto⁵¹⁴.

Infatti, per il primo il rischio è quello di dover tenere in considerazione, in sede di redazione dei terms of reference, eventuali limitazioni – derivanti dalla norma – al tipo di misura contestata (senza contare quelle che potrebbero derivare da certe interpretazioni adottate dal panel). La questione sarebbe poi ancora più difficile quando siano indicate una pluralità di norme asseritamente violate.

D'altra parte, anche il convenuto sarebbe vittima di una situazione di incertezza nell'organizzare le proprie difese perché dovrebbe immaginare cosa il panel identificherà come misura contestata sulla base della propria interpretazione della sostanza delle norme che si ritengono violate.

Infine, da una tale situazione deriverebbe un incremento della “litigiosità” in relazione al contenuto dei terms of reference, dal momento che già nella fase preliminare del procedimento le parti potrebbero disputare sull'appartenenza o meno della misura, così come identificata dal panel, ai terms of reference⁵¹⁵.

Tanto è sufficiente a dimostrare come l'indicazione delle misure che vengono contestate debba essere nettamente disgiunta dall'indicazione delle norme OMC che si ritengono violate e mai, per le ragioni fatte proprie dall'Organo di Appello, sarebbe possibile ammettere una “contaminazione” tra questi due elementi che devono rimanere chiaramente distinti.

Dopo aver evidenziato la necessità che i due elementi della richiesta di costituzione del panel non entrino mai in rapporto l'uno con l'altro, e procedendo nell'indagine della giurisprudenza sui contenuti e le modalità di indicazione delle misure contestate, ci si imbatte in casi in cui il ricorrente – nella richiesta di costituzione del panel e al fine di chiarire quali sono le misure della cui liceità si dubita – abbia fornito una più o meno specifica indicazione dei prodotti che egli ritiene siano stati pregiudicati dalle misure asseritamente illecite.

Nonostante l'indicazione dei prodotti non sia richiesta dal dettato dell'art. 6 DSU, l'Organo di Appello in EC – Computer Equipment ha comunque ammesso che l'individuazione dei prodotti possa giovare alla identificazione delle specifiche misure

⁵¹² *Ivi* al par. 132.

⁵¹³ *Ivi* al par. 134.

⁵¹⁴ *Ivi* al par. 136.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

contestate⁵¹⁶. Nel caso di specie, l'organo giudicante, a fronte di un'eccezione con cui il convenuto aveva lamentato la genericità dei prodotti inclusi nella richiesta, provvedeva a respingere l'eccezione proprio perché non era possibile intravedere nella denuncia di carenza di specificità dei prodotti alcuna violazione del principio fondamentale del due process. Non sorprendentemente, come riconosciuto dall'Organo di Appello in *EC – Chicken Cuts*⁵¹⁷, è però possibile anche il contrario, ovvero sia che l'individuazione dei prodotti derivi dalla specifica identificazione delle misure contenute nella richiesta. D'altronde – come precisato nella decisione – l'individuazione dei prodotti in questione non costituisce una parte separata e distinta dei terms of reference.

Tuttavia, una volta chiarita la circostanza che i prodotti coinvolti possono essere inclusi, quali sono i casi in cui è l'individuazione del prodotto a consentire quella della misura e quali quelli in cui è l'individuazione della misura che consente quella del prodotto?

La risposta a questa questione è rinvenibile nell'ultima decisione menzionata, ove l'Organo di Appello ha precisato che l'adozione di una prospettiva rispetto all'altra dipende dal tipo di condotta concretamente dedotta in giudizio. Infatti, quando quelle che si contestano sono una o più misure adottate dall'autorità doganale di un Membro, l'individuazione del prodotto specifico viene in rilievo per distinguere la misura doganale specifica da altre misure – adottate dalla medesima autorità – che possono riguardare prodotti diversi. Al contrario, quando la misura contestata consista in un atto normativo avente carattere generale è evidente che da questa si facciano derivare i prodotti specifici che sono pregiudicati dall'atto normativo⁵¹⁸.

Si rinviene in giurisprudenza anche una categoria di casi in cui l'individuazione dei prodotti pregiudicati da certe misure assume una importanza fondamentale, ovvero sia quando tale indicazione risulti utile per l'effettuazione del likeness test.

Nel caso *US – Clove Cigarettes*, entrambe le parti ritenevano che il panel potesse legittimamente includere nel likeness test anche le tradizionali sigarette e non solo le menthol e le clove cigarettes, così come indicato dall'Indonesia nella richiesta di costituzione del panel⁵¹⁹. Nonostante la manifestazione di volontà delle parti, il panel rigettò la richiesta poiché l'introduzione di quella particolare categoria di sigarette nella richiesta doveva ritenersi non solamente esemplificativa ma come caratterizzante la controversia vertente sul trattamento nazionale di quei dati prodotti⁵²⁰. Tale conclusione veniva raggiunta per il tramite dell'interpretazione letterale della richiesta e di un argomento di carattere logico. Infatti, se l'Indonesia avesse davvero inteso il riferimento alle clove cigarettes come esemplificativo, questo avrebbe implicato l'inaccettabile facoltà per il ricorrente di estendere al massimo grado l'ambito della

⁵¹⁶ *EC – Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 5 giugno 1998, al par. 70.

⁵¹⁷ *EC – Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 12 settembre 2005, ai parr.165 e ss.

⁵¹⁸ La giurisprudenza sembra essersi consolidata in favore di questa soluzione. Vedi anche *EC – IT Products*, WT/DS375/R, Rapporto del panel del 16 agosto 2010, al par. VII.197.

⁵¹⁹ *US – Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, Rapporto del panel del 2 settembre 2012, par. VII.132.

⁵²⁰ *Ivi* al par. 7.147.

pretesa sul trattamento nazionale includendo oltre alle indicate sigarette anche qualsiasi altro tipo di prodotto importato⁵²¹.

Esaurita la trattazione del requisito dell'indicazione delle specifiche misure contestate, è necessario ora trattare la questione della breve presentazione delle basi giuridiche della pretesa in maniera sufficiente a presentare chiaramente il problema. Come si è già visto, e conviene rammentarlo, il fine di questa indicazione consiste nella spiegazione del come o perché una data misura venga contestata dall'attore.

2.2.2.2 La breve presentazione delle basi giuridiche della pretesa idonea a presentare chiaramente il problema

In primo luogo, bisogna richiamare quanto affermato dal panel in EC – Bananas III⁵²². In quella sede si è evidenziato che, in assenza di una descrizione del problema giuridico, il mero riferimento all'intero accordo o semplicemente ad altri accordi o disposizioni indeterminate è insufficiente alla soddisfazione dei requisiti di cui all'Art. 6 par. 2 DSU.

In giurisprudenza si è poi posta la problematica dell'utilizzo di espressioni generali e poco determinate, del tipo “including but not necessarily limited to” o “especially (but not exclusively)”. L'Organo di Appello in India – Patents (US)⁵²³ e più recentemente il panel in EC – Tube or Pipe Fittings⁵²⁴ ha precisato che l'utilizzo di espressioni del genere non risulta sufficientemente adeguato all'identificazione della base giuridica della pretesa.

Il contributo più rilevante è stato comunque dato dall'Organo di Appello in Korea – Dairy⁵²⁵, decisione che ha dato vita a un trend giurisprudenziale che sembra essersi oramai assestato⁵²⁶. In quella sede la questione era se fosse o meno sufficiente una mera elencazione delle norme giuridiche che si reputavano lese per soddisfare il requisito di cui all'Art. 6 par. 2 DSU. L'Organo di Appello ha risolto la questione precisando come non sia possibile asserire a priori la sufficienza (o l'insufficienza) di una mera elencazione di disposizioni reputate violate. Invece, ad essere rilevante sarebbe la comprensione di quante e quali obbligazioni derivino dalle norme elencate. In altre parole, i casi in cui dalle norme elencate derivino singole e distinte obbligazioni sono quelli in cui la mera elencazione delle norme reputate violate risponde al criterio

⁵²¹ *Ini* al par. 7.142: “Moreover, if the domestic product identified in Indonesia's Panel Request should be treated as a mere example, then given how the claim is phrased, it would necessarily follow that the imported product identified in the Panel Request (i.e., clove cigarettes) should also be treated as a mere example, meaning that Indonesia would have been in principle free to expand the scope of its national treatment claim in its subsequent submissions to include not only clove cigarettes, but also one or more other types of imported products”.

⁵²² EC – Bananas III, WT/DS27/R/GTM e WT/DS27/R/HND, Rapporto del panel del 22 maggio 1997, al par. 7.30.

⁵²³ India – Patents (US), WT/DS50/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 19 dicembre 1997, al par. 90.

⁵²⁴ EC – Tube or Pipe Fittings, WT/DS219/R, Rapporto del panel del 7 marzo 2003, al par. VII.70.

⁵²⁵ Korea – Dairy, WT/DS98/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 14 dicembre 1999, ai parr. 124 e 127.

⁵²⁶ La validità di quanto statuito in Korea – Dairy viene riaffermata, *inter alia*, in Mexico – Corn Syrup, WT/DS132/R, Rapporto del panel del 28 gennaio 2000.

della chiarezza ed è quindi sufficiente alla soddisfazione di quanto prescritto dall'art. 6 par. 2 DSU. Al contrario, qualora le norme elencate prevedano (ciascuna) una molteplicità di obbligazioni – magari anche diverse tra loro – la loro mera elencazione non potrebbe dirsi sufficiente a soddisfare il criterio della chiarezza che innerva il dettato della norma. Anche in questo caso, pertanto, l'approccio da adottare non può essere unico bensì deve essere plasmato sulla base delle circostanze del caso concreto, avendo a mente che la finalità da perseguire è quella dello svolgimento di un equo processo.

Nonostante il consolidamento di questo orientamento giurisprudenziale, e proprio nell'affermazione della necessità di rinvenire una soluzione che sia valida per il caso concreto, è opportuno citare almeno un paio di decisioni che vanno messe in rapporto con la giurisprudenza stabilita da *Korea – Dairy*.

La prima è la decisione del panel in *US - Lamb*⁵²⁷, ove gli Stati Uniti avevano eccepito la mancata soddisfazione dei criteri di cui all'Art. 6 par. 2 DSU, evidenziando come Australia e Nuova Zelanda avessero semplicemente provveduto ad elencare una serie di norme che reputavano violate – ciascuna delle quali contenente una pluralità di obbligazioni – in pregiudizio al diritto del convenuto di poter conoscere la base giuridica della pretesa prima dell'inizio del procedimento. Tutto questo, secondo il convenuto, avrebbe pregiudicato il diritto degli Stati Uniti ad un processo equo e paritario. Il panel provvedeva a rigettare l'eccezione del convenuto affermando la sufficienza di una mera elencazione degli articoli che si reputavano violati perché le domande proposte da Australia e Nuova Zelanda effettivamente erano idonee a “coprire”, nella loro interezza, tutte le obbligazioni previste dagli articoli elencati dai ricorrenti. Secondo i giudicanti, tale conclusione era supportata dall'analisi di diversi elementi quali le discussioni in seno al Committee on Safeguards, la fase delle consultazioni e la procedura che aveva portato alla costituzione del panel⁵²⁸. In conclusione, il panel evidenziava come gli Stati Uniti non fossero stati in grado di dimostrare efficacemente la lesione del proprio diritto di difesa.

Il ragionamento di cui si è appena dato conto non può dirsi contrastante con quello adoperato in *Korea – Dairy*, poiché un conto è che le norme elencate contengano ciascuna una pluralità di obbligazioni e il ricorrente non indichi quali - tra quelle - intende porre come basi giuridiche della domanda, un altro è che le domande effettivamente si riferiscano a tutte le obbligazioni previste dalle norme incluse nella richiesta. In questo ultimo caso, ciò che si richiede è una mera elencazione delle norme che si reputano violate e, di nuovo, un ruolo determinante è giocato dalla conoscenza o dalla conoscibilità concreta – in capo alla controparte – delle pretese avanzate dall'attore.

La seconda decisione è quella del caso *EC – Trademarks and Geographical Indications (Australia)* ove, dopo aver riaffermato la regola tendenziale dell'insufficienza della mera elencazione nel caso in cui le disposizioni citate contengano una pluralità di obbligazioni, il panel ha precisato che – a seconda delle circostanze del caso concreto e nel caso di una pluralità di obbligazioni che siano strettamente collegate e

⁵²⁷ *US – Lamb*, WT/DS177/R; WT/DS178/R, Rapporto del panel del 21 dicembre 2000, ai parr. V.31 e ss.

⁵²⁸ *Ibidem* ai parr. da V.42 a V.73.

interconnesse – potrebbe dirsi sufficiente il mero riferimento a una comune obbligazione⁵²⁹. Questa soluzione appare come la più idonea a realizzare quanto previsto dalla disposizione in relazione alla necessità che la prospettazione della base giuridica sia idonea a presentare il problema in maniera chiara, realizzando così un bilanciamento tra il diritto del convenuto ad avere una piena e completa coscienza delle pretese che gli sono rivolte e la necessità di non oberare troppo l'attore imponendogli un onere troppo gravoso di indicazione delle singole obbligazioni che si reputano violate.

Da ultimo, è opportuno trattare del caso in cui le obbligazioni dedotte nella richiesta di costituzione del panel siano reciprocamente esclusive o subordinate ad altre obbligazioni e di quello in cui le domande dell'attore siano alternative.

In relazione alla prima fattispecie, quella in cui vi siano delle obbligazioni reciprocamente esclusive o subordinate ad altre, occorre dire della decisione del panel in EC – Approval and Marketing of Biotech Products⁵³⁰, che si è pronunciato sull'eccezione sollevata dalle Comunità Europee secondo cui la mera elencazione di obbligazioni reciprocamente esclusive o subordinate doveva dirsi insufficiente alla luce della norma di cui all'Art. 6 par. 2 DSU poiché non era chiaro se il ricorrente volesse applicare tali disposizioni ad aspetti differenti della stessa misura ovvero volesse applicarle solo se e nel caso in cui il panel avesse deciso che le altre elencate non erano applicabili. Il panel ebbe cura di precisare che, almeno nella primissima fase procedurale qui indagata, né il dettato delle disposizioni né la giurisprudenza avevano mai richiesto all'attore di argomentare sulla scelta circa l'identificazione delle disposizioni incluse nella richiesta. Al contrario, è previsto che tali argomentazioni emergano in occasione dello scambio delle memorie scritte e delle dichiarazioni orali. Pertanto, sulla base della valorizzazione del dettato della norma, che richiede solamente la sintetica identificazione della base giuridica della domanda, il panel rigettò l'eccezione, reputando sufficiente alla soddisfazione dei requisiti di cui all'Art. 6 DSU anche solo l'elencazione delle obbligazioni reciprocamente esclusive o subordinate.

Nel secondo caso, ovverosia quello relativo a domande che siano alternative, è d'uopo richiamare gli esiti giurisprudenziali raggiunti in Korea – Commercial Vessels⁵³¹. Il convenuto aveva eccepito la mancata soddisfazione dei requisiti di cui all'Art. 6 DSU poiché l'attore aveva ommesso di scegliere tra “prohibited and actionable subsidy claims in respect to the measures at issue”. Le due misure erano incompatibili l'una con l'altra

⁵²⁹ EC – Trademarks and Geographical Indications (Australia), WT/DS290/R, Rapporto del panel del 15 marzo 2005, al par. VII.118: “However, where the multiple obligations are closely related and interlinked, a reference to a common obligation in the specific listed provisions may be sufficient to meet the standard of Article 6.2 of DSU under certain circumstances in a particular case”.

⁵³⁰ EC – Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, Rapporto del panel del 29 settembre 2006, ai parr. 87 e 88 (a pag. 314). Nel caso di specie, le Comunità Europee avevano evidenziato come le richieste di costituzione del panel contenessero “certain provisions which are mutually exclusive (such as those contained in the SPS Agreement and in the TBT Agreement) or otherwise in a clearly defined relationship with one another (such as the provisions of the GATT 1994 in relation to the provisions contained in the other WTO agreements at issue)”. Alla luce di ciò, per le Comunità Europee, “it was unclear, due to the mere listing of these provisions, whether these provisions are alleged to apply to different aspects of the same measure, or whether some of these provisions are alleged to apply only if the panel determines that other listed provisions are not applicable”.

⁵³¹ Korea – Commercial Vessels, WT/DS273, Rapporto del panel del 7 marzo 2005, ai parr. 28 e ss.

e per questo il convenuto reputava che le pretese in relazione alle dette misure dovessero dirsi alternative e quindi non ammissibili nel sistema rimediabile dell'OMC. A prescindere dal tema della ammissibilità di domande alternative, il panel decise la questione evidenziando come, per la parte intenzionata a proporre più domande in relazione a una data misura, quella di provvedere all'individuazione delle disposizioni fosse un onere e non una facoltà e come, nel caso di specie, l'attore avesse ben individuato le ragioni che legittimavano la proposizione delle domande.

Sin qui la trattazione svolta ha dimostrato come, nonostante esista una giurisprudenza coerente in materia di grado di specificazione e chiarezza delle indicazioni contenute nella richiesta di costituzione, sia comunque necessario adottare un approccio che valorizzi le circostanze del caso concreto per verificare se, alla luce di queste, possa dirsi realizzata o meno la finalità del due process.

In secondo luogo, si è tentato di capire quali siano in concreto gli elementi idonei alla definizione del perimetro materiale della controversia e quali siano le modalità più efficaci per la loro prospettazione nella richiesta di costituzione del panel. Questo snodo procedurale è decisivo perché, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, e salvo rare eccezioni, le parti non possono successivamente né oltrepassare né allargare il perimetro materiale della controversia adducendo misure o norme non menzionate nei terms of reference.

Bisogna comunque precisare che la giurisprudenza di cui si è dato conto sino ad ora è solo quella che ha trattato di violation complaints. Ci si deve però ragionevolmente chiedere se le peculiarità proprie della fase istitutiva del procedimento contenzioso relativo a violation complaints valgano anche per i procedimenti aventi ad oggetto non-violation complaints o situation complaints.

Per quanto concerne le non-violation complaints, dal momento che l'oggetto della contestazione non è una violazione formale di una obbligazione bensì una lesione diretta o indiretta dei benefici derivanti da un accordo ovvero il pregiudizio alla realizzazione degli obiettivi propri di un accordo derivante dalla adozione di una certa misura, che tuttavia non viola una obbligazione, possono intravedersi delle criticità nella individuazione della base giuridica della domanda. Infatti, come si è notato in relazione alle violation complaints, l'analisi della giurisprudenza ha dimostrato che gli organi del DSU prestano molta attenzione a che vi sia una sufficiente identificazione non tanto della disposizione quanto piuttosto della specifica obbligazione asseritamente violata dalla controparte.

Peraltro, relativamente alle situation complaints, sembra superflua anche l'individuazione della specifica misura contestata, giacché la nullificazione o la lesione dei benefici potrebbe essere dovuta a una situazione che non può a sua volta essere qualificata come misura.

Anche per queste ragioni, le parti contraenti hanno provveduto a delineare norme procedurali speciali, dedicate alle causes of action diverse dalle violation complaints. Tali norme sono previste all'art. 26 del DSU ed è assai ragionevole ritenere che queste coinvolgano anche (e soprattutto) la fase introduttiva della domanda.

Nel caso delle non-violation complaints, è espressamente previsto che il ricorrente debba presentare una “dettagliata giustificazione” a sostegno di ogni domanda volta alla contestazione di una misura che non contrasti con il rilevante covered agreement⁵³². Nonostante tale affermazione sembri riferirsi alla condotta processuale dell’attore (sicuramente, quindi, alla fase di presentazione di memorie scritte e di discussione), non si può dire che non abbia un riflesso anche sul momento istitutivo della procedura. In ogni caso, prima di capire in che cosa consista questo riflesso, è opportuno delineare i cc.dd. elementi che sostanziano una “non-violation complaint”.

In primo luogo, ci si dovrebbe chiedere se il concetto di “misura” ai sensi dell’art. 26 vada distinto da quello incluso nell’art. 6.

La non molto corposa prassi giurisprudenziale rilevante dimostra come in nessun caso i ricorrenti abbiano portato all’attenzione del DSB – nel medesimo procedimento – esclusivamente non-violation complaints. Tuttavia, nonostante questo rilievo, è da dire che la giurisprudenza – sin dal primo caso che nel quadro normativo dell’OMC ha toccato la questione – si è orientata nel ritenere che il termine “misura” nel campo delle non-violation complaints debba essere interpretato in senso ampio. Nello specifico, il panel in Japan – Film ha escluso che solamente delle misure giuridicamente vincolanti adottate dall’autorità pubblica possano integrare il termine “misure” ex art. 26. Al contrario, dovrebbero dirsi ammissibili anche delle contestazioni di condotte non vincolanti, come quelle che prevedono incentivi o disincentivi per i soggetti privati che si comportino in un certo modo, ovvero di condotte che si risolvano in affermazioni di politica generale che, secondo le circostanze del caso concreto, possono dirsi idonee ad influenzare i comportamenti dei soggetti privati, dal momento che anche queste potrebbero comportare degli effetti negativi sulle condizioni di concorrenza di accesso al mercato⁵³³. Secondo i giudicanti, tale conclusione sarebbe imposta dalla *ratio* stessa delle non-violations complaints, perché la predeterminazione di limiti al concetto di “misura” di cui all’art. 26 potrebbe pregiudicare la funzione stessa di bilanciamento delle concessioni che si è ottenuta approntando un mezzo procedurale per contestare misure – non oggetto di restrizioni – che tuttavia pregiudicano il legittimo affidamento di un Membro relativamente all’ottenimento di benefici derivanti dai negoziati⁵³⁴.

In sostanza, tale approccio a maglie larghe in relazione al termine “misura” – che potrebbe dirsi potenzialmente lesivo del diritto del convenuto ad avere un’idea chiara di quale sia la misura oggetto di contestazione – deve dirsi compensato dal particolare tipo di onere, incombente sull’attore, avente ad oggetto la dimostrazione della nullificazione o del pregiudizio ai benefici derivanti dagli accordi.

Questa ricostruzione impone quindi di spostare l’attenzione al contenuto del concetto di “dettagliata giustificazione” previsto dall’art. 26, par. 1, lett. a) del DSU. In altre parole, che cosa deve effettivamente dimostrare l’attore, oltre all’esistenza di una misura, nei termini di cui si è appena dato conto? La risposta a questa domanda richiede la trattazione della più ampia tematica di quali sino gli elementi che devono sussistere nel caso venga proposta una “non-violation complaint”.

⁵³² Così recita l’art. 26, par. 1, lett. a): “*the complaining party shall present a detailed justification in support of any complaint relating to a measure which does not conflict with the relevant covered agreement*”.

⁵³³ *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rapporto del panel del 31 marzo 1998, al par. 10.49.

⁵³⁴ *Ivi* al par. 10.50.

In primo luogo è richiesto all'attore di dimostrare l'esistenza di un legittimo affidamento, ovvero di legittime e ragionevoli aspettative, all'ottenimento di un dato beneficio. Come si è notato in dottrina⁵³⁵, tali aspettative possono sorgere in occasione di specifiche concessioni tariffarie e avere ad oggetto delle accresciute opportunità di accesso al mercato di un dato Membro⁵³⁶ ma si è dato anche il caso in cui tali aspettative fossero sorte in occasione del trattamento più favorevole garantito da un Membro, nel caso di specie la Comunità Europea, a un certo prodotto proveniente da alcuni Paesi mediterranei⁵³⁷. In generale, comunque, sembra corretta l'affermazione per cui la lesione dei benefici ovvero l'ostacolo alla realizzazione delle finalità proprie dell'accordo si risolve nel pregiudizio alle condizioni di concorrenza in un dato mercato.

La stessa dottrina evidenzia poi come la rilevanza del concetto dell'affidamento legittimo – il quale sia nutrito da un Membro in relazione a certi benefici – comporti una distinzione tra il perimetro materiale della domanda così come determinato nell'ambito delle "violation complaints" rispetto a quello proprio delle "non-violation complaints". Infatti, mentre nell'ambito delle prime il giudice sarà chiamato ad indagare solamente il rapporto intercorrente tra una specifica misura contestata e l'obbligo che il convenuto avrebbe asseritamente violato, nel caso delle seconde l'oggetto di indagine si allarga, sino a ricomprendere una situazione – che va comunque investigata in maniera oggettiva – in cui assume rilevanza anche l'atteggiamento dell'attore⁵³⁸.

Giova di nuovo sottolineare come una simile analisi debba avere carattere oggettivo e debba coprire il trascorso storico tra le parti della controversia per verificare se, nel caso concreto, la parte che si dichiara pregiudicata dalla misura contestata avesse potuto ragionevolmente anticipare l'applicazione di tale misura da parte del convenuto.

Un altro elemento che il ricorrente è tenuto a dimostrare in giudizio è il nesso di causalità tra l'adozione di una data misura e la realizzazione di un pregiudizio (come si è già visto, l'art. XXIII, par. 1, lett) impiega l'espressione "as a result of"). A differenza di quanto accade nell'ambito delle "violation complaints" – dove l'accertamento della violazione di una obbligazione implica di per sé una nullificazione o un pregiudizio ai benefici derivanti da un accordo – nel caso delle "non-violation complaints" incombe sull'attore l'onere di dimostrare la sussistenza di un nesso di causalità tra l'adozione di una certa misura e la realizzazione di una nullificazione o di un pregiudizio ai benefici⁵³⁹.

⁵³⁵ Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 104.

⁵³⁶ Secondo la dottrina citata, questo sarebbe il caso più frequente in giurisprudenza: *ex multis*, GATT Panel Report, *Australia – Ammonium Sulphate*, BISD II/195; GATT Panel Report, *Germany – Sardines*, BISD 1S/30; GATT Panel Report, *Uruguayan Recourse*, BISD 11S/56; GATT Panel Report, *Japan – Semiconductors*, BISD 35S/116.

⁵³⁷ GATT Panel Report, *EC – Citrus*, L/5776 (non adottato).

⁵³⁸ Il fatto che assuma rilevanza anche la condotta dell'attore è efficacemente provato dal ragionamento sviluppato dal panel in GATT Panel Report, *Ammonium Sulphate*, BISD II/188, al par. 12, ove il giudice ha precisato come una misura violerebbe le legittime aspettative di un Membro se questa "could not have been anticipated by the (complaining) Government, taking into consideration all pertinent circumstances and the provisions of the General Agreement, at the time it negotiated (the concession)...".

⁵³⁹ Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 104. Oltretutto, in quella sede si è evidenziato

Dopo aver dato conto di quali siano, in generale, gli elementi che sostanziano una “non-violation complaint”, è però necessario tornare alla fase di determinazione perimetrale dell’oggetto di tale domanda.

In sostanza, che cosa deve contenere nella fase di instaurazione del procedimento la richiesta di costituzione del panel, redatta dall’attore?

L’analisi della prassi giurisprudenziale dimostra come non si sia mai richiesto all’attore di specificare dettagliatamente, nella prima fase, ciascuno degli elementi di cui si è detto. Piuttosto, sembra potersi dire sufficiente la mera indicazione generale delle misure contestate, nella forma “ampia” già vista, l’affermazione – che è in sostanza la “vera” pretesa dell’attore – che tali misure si reputano lesive dei benefici e/o di ostacolo alla realizzazione degli obiettivi dell’accordo e il momento in cui sarebbe maturato il legittimo affidamento del ricorrente, che varia a seconda che le aspettative sorgano da concessioni oppure da negoziati tra le parti⁵⁴⁰.

Pertanto, sembra che nella fase istitutiva del procedimento l’onere dell’attore di identificare gli elementi che delimitano il perimetro materiale della controversia, originata da una “non-violation complaint”, sia meno intenso rispetto a quello che su di lui incombe quando voglia proporre invece una “violation complaint”. Tale minore intensità deriva dalla natura propria di ciascuno degli elementi che dovranno essere dimostrati nel corso del procedimento dall’attore. Tale rilievo però non implica che il convenuto sia maggiormente esposto al pericolo di domande scarsamente dettagliate o precisate. Infatti, se pure è vero che sull’attore incombe un onere di indicazione meno intenso nella prima fase del procedimento, su di questo incombe un onere dimostrativo della fondatezza della domanda più intenso nel corso del procedimento di merito⁵⁴¹, e questo si ritiene sia sufficiente a garantire la posizione del convenuto.

In relazione poi alla categoria delle “situation complaints”, l’art. 26, par. 2 DSU richiama quanto già disposto nel par. 1 prevedendo che in questo caso l’attore debba

come la giurisprudenza passata che ha escluso la fondatezza delle “non-violation complaints” lo abbia fatto perlopiù in ragione della mancata dimostrazione del nesso di causalità. Si vedano *ex multis*: GATT Panel Report, *Uruguayan Recourse*, BISD 11S/56, al par. 15; GATT Panel Report, *Japan – Semiconductors*, BISD 35S/116, al par. 131; *Japan Film*, WT/DS44/R, Rapporto del panel del 31 marzo 1998, ai par. 10.105 e ss.

⁵⁴⁰ *Ex multis*: in *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rapporto del panel del 31 marzo 1998, al par. 1.2., ove il collegio ha dato conto del contenuto della procedura che ha portato alla sua costituzione e, in relazione alle “non-violation complaints”, ha precisato come che gli Stati Uniti contestavano che le misure adottate dal convenuto pregiudicassero i benefici che derivavano dalle “the tariff concessions that Japan made on black and white and colour consumer photographic film and paper in the Kennedy Round, Tokyo Round, and Uruguay Round multilateral tariff negotiations”; in *Korea – Procurement*, WT/DS163/R, Rapporto del panel del 1 maggio 2000, al par. 7.87, il panel ha evidenziato come – in maniera differente rispetto a quanto accade nella maggioranza delle “non-violation complaints”, ove le aspettative derivano da certe concessioni – nel caso investigato le legittime e ragionevoli aspettative si affermava derivassero da negoziati intercorsi tra le parti in sede di GTA: “However here, if there is to be a non-violation case, the question is whether or not there was a reasonable expectation of an entitlement to a benefit that had accrued pursuant to the negotiation rather than pursuant to a concession”.

⁵⁴¹ Infatti, come sovente si ripete in giurisprudenza, quello delle “non-violation complaints” è un rimedio che “should be approached with caution and should remain an exceptional remedy”. Sul punto di veda *ex multis*: *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello del 12 marzo 2001, al par. 186.

presentare una dettagliata giustificazione per ogni argomento sostenuto in relazione alle singole questioni “coperte” dalla norma⁵⁴².

Una analisi esaustiva della determinazione del perimetro materiale della “situation complaint” all’inizio del procedimento non solo sembra poco praticabile, considerata la quasi totale irrilevanza giurisprudenziale di cui gode l’istituto de quo, bensì anche inutile. Infatti, se si indaga l’origine dell’istituto nell’ambito del GATT si rinviene che questo era stato originariamente pensato per permettere alle parti contraenti di inaugurare delle negoziazioni in periodi di crisi economica ovvero in caso di emersione di altre circostanze eccezionali idonee a perturbare il commercio internazionale e a pregiudicare il godimento dei vantaggi che le parti si aspettavano⁵⁴³. Tuttavia, per come è strutturato il sistema dell’OMC sembra ragionevole dare credito a quella dottrina⁵⁴⁴ che evidenzia la “obsolescenza” dell’istituto delle “situation complaints” e ritiene che l’originaria funzione propria di queste possa oggi essere svolta dell’art. IX, par. 3 dell’Accordo istitutivo dell’OMC⁵⁴⁵.

⁵⁴² Così recita l’art. 26, par. 2, del DSU: “*The following shall also apply: (a) the complaining party shall present a detailed justification in support of any argument made with respect to issues covered under this paragraph [...]*”.

⁵⁴³ Luff D., *Le Droit de l’Organisation Mondiale du Commerce*, (Bruxelles: Bruylant – L.G.D.J.), 2004, a pag. 781: “*Historiquement, cette action avait pour objet de permettre aux Parties contractantes du GATT d’entamer des négociations en période de crise ou d’autres circonstances exceptionnelles perturbant le commerce de manière telle qu’elles étaient empêchées de bénéficier des avantages qu’elles étaient en droit de s’attendre du GATT*”.

⁵⁴⁴ Si veda Roessler F., “*The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organisation*”, in Petersmann E.-U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Londra: Kluwer Law International, 1997), a pag. 139 e ss. In quella sede, l’autore ritiene che la procedura propria del DSU non sia idonea alla risoluzione delle situazioni aventi natura eccezionale e che possono pregiudicare il godimento dei benefici derivanti dagli accordi: “*International economic emergencies of the type the drafters had in mind can therefore not be meaningfully handled through the DSU procedures. This creates a contradiction: on the one hand, art. 23:1 of the DSU obliges WTO Members to resort to the procedures of the DSU when seeking redress under Art. XXIII:1 (c) but, on the other hand, the procedures of the DSU do not effectively apply to art. XXIII:1 (c) invocations involving emergencies. If the members of the WTO wished to suspend the application of obligations in response to an international economic emergency, the only procedure at their disposal would therefore now be the waiver procedure of art. IX:3 of the WTO Agreement*”. Tuttavia, al fine di individuare un caso in cui la “situation complaint” continui ad avere un qualche rilievo, l’autore considera le situazioni in cui il Membro, pure in grado di correggere una data situazione, non provveda in questo senso. In questi casi, “*when examining situation complaints, the panels would therefore have to determine not only whether there was a reasonable expectation that the situation would not occur but also whether there was a reasonable expectation that the government would intervene to correct this situation*”. Tuttavia è lo stesso Autore a smentire che tale situazione possa venire ad esistenza. In primo luogo, infatti, non esiste accordo tra i Membri circa l’identificazione delle situazioni che richiedono l’intervento degli Stati in materia economica. In secondo luogo, è destituita di fondamento l’idea che l’azione dei Membri debba avere ad oggetto una “*restrictive business practice*” che sia posta in essere da imprese private nel territorio del Membro, salvo il caso la condotta del Membro venga in rilievo come violazione dell’art. 11, par. 3, dell’Accordo sulle Salvaguardie, che proibisce espressamente l’incoraggiamento a o il supporto di pratiche commerciali che restringono l’accesso al mercato. Tuttavia, è evidente che il procedimento contenzioso de quo sarebbe relativo ad una “violazione” e non a una semplice “situazione”. Tutto ciò a riprova della irrilevanza delle “situation complaints”.

⁵⁴⁵ Il quale recita: “*In exceptional circumstances, the Ministerial Conference may decide to waive an obligation imposed on a Member by this Agreement or any of the Multilateral Trade Agreements, provided that any such decision shall be taken by three fourths of the Members unless otherwise provided for in this paragraph*”.

2.2.3 Il perimetro temporale della controversia

La seconda tematica da affrontare è se sia possibile che la collocazione nel tempo del momento in cui avviene lo scontro di volontà tra due o più Membri ovvero del momento in cui viene ad esistenza il c.d. fatto generatore della controversia possa in qualche modo influire sulla sussistenza della giurisdizione dei panel, chiamati a conoscere di una data controversia.

Per quanto concerne lo “scontro di volontà”, è evidente come la questione abbia scarso peso nell’ambito del sistema rimediabile dell’OMC. Infatti, come si è già visto, le modalità attraverso cui si realizza il conflitto tra le parti sono assai dettagliatamente descritte nel DSU. Tale scontro si manifesta ed assume rilevanza giuridica sin dal momento delle consultazioni, per poi divenire una vera e propria controversia giuridica nel momento in cui la parte insoddisfatta avanza la richiesta di costituzione del panel. Tanto premesso, in ragione della natura propria della giurisdizione nel sistema dell’OMC, di cui si è già detto, è assai improbabile, se non giuridicamente impossibile, che lo scontro di volontà – il quale assume rilevanza giuridica proprio in ragione della soddisfazione dei summenzionati requisiti procedurali – abbia luogo in un tempo in cui non è sussistente la giurisdizione degli organi previsti dal DSU, essendo stato il consenso a questa permanentemente manifestato dai Membri sin dal momento dell’adesione all’Organizzazione.

In secondo luogo, è opportuno ripetere che, anche in questa sede, la nozione di fatto generatore non possa che consistere nell’insieme delle questioni fattuali che, cumulate al titolo giuridico, eventualmente oggetto di divergenti volontà, costituiscono la *causa petendi* delle domande attoree. In altre parole, il fatto generatore di una controversia in materia commerciale non potrebbe che essere l’adozione da parte di un Membro di una misura asseritamente contrastante con la normativa dell’Organizzazione, essendo solamente tale condotta quella avente un legame così stretto con la controversia da connotarne l’oggetto.

Anche in questa sede è necessario porsi la questione teorica che già si è indagata *supra* al par. 2.1.3, ovverosia se un Membro possa ricorrere al sistema rimediabile del DSU al solo fine di contestare la non conformità al diritto dell’OMC di una legge emanata da un altro Membro oppure se è necessario che tale Membro denunci in giudizio anche eventuali concrete lesioni le quali derivino dalla normativa asseritamente illecita. Sul punto, è da dire che gli organi del sistema rimediabile accettano pacificamente la mera deduzione della mera normativa asseritamente illecita, senza richiedere che sia necessario allegare, al momento della instaurazione del procedimento, alcuna lesione concreta a danno del ricorrente⁵⁴⁶

Tanto precisato, bisogna dire che in nessuno degli strumenti giuridici fondanti la giurisdizione degli organi previsti dal DSU è possibile rinvenire delle chiare limitazioni al potere decisorio che derivino da una certa collocazione nel tempo del fatto generatore. Per questo, in considerazione della natura della giurisdizione del sistema rimediabile dell’OMC, si potrebbe ritenere che la collocazione temporale di condotta di

⁵⁴⁶ Yanovich A., Voon T., “*What is the Measure at Issue?*”, in Mitchell A.D., *Challenges and Prospects for the WTO*, (Londra: Cameron May, 2005), alle pagg. 134 e ss.

un Membro sia rilevante al solo fine dell'accertamento della violazione della normativa OMC da parte della condotta e, al contrario, non possa in alcun modo pregiudicare la sussistenza o l'estensione della giurisdizione del panel.

In ogni caso, ad oggi, è praticamente impossibile che un Membro contesti una condotta attuata da un altro Membro “nel tempo in cui quello non era obbligato al rispetto delle norme dell'OMC” e da ciò deriva, praticamente, l'irrelevanza della circostanza per cui la condotta attuata dal convenuto e contestata dall'attore si collochi in questo o quel periodo storico perché questo non potrà mai impedire al panel di pronunciarsi nel merito di una data questione.

Al contrario, in questo sistema rimediale pare più ragionevole chiedersi se possa pregiudicare la sussistenza della giurisdizione il fatto che le misure contestate dal ricorrente e incluse nei terms of reference non siano più esistenti nel momento in cui il panel viene costituito. La questione è stata affrontata in *EC – Selected Custom Matters*⁵⁴⁷, ove il convenuto aveva eccepito come oggetto di contestazione fossero solamente misure esistenti nel momento in cui il DSB era stato investito della questione, ma che successivamente erano venute meno. Dopo aver precisato come in generale un panel possa e debba conoscere delle misure esistenti al momento della sua costituzione, i decidenti hanno ammesso la possibilità per il panel di indagare la conformità all'OMC di misure estinte nei casi in cui tale indagine si riveli utile per la risoluzione della controversia oppure quando, nonostante il cambiamento occorso alla normativa interna del Membro convenuto, non sia cambiata la natura (c.d. “essential nature”) della pretesa inclusa nella domanda da parte dell'attore⁵⁴⁸. Tale soluzione sembra derivare da quella già adottata dalla giurisprudenza per far fronte alla più ampia questione di come debbano agire i panel nel caso in cui le misure contestate nei terms of reference cessino di avere vigore durante il procedimento⁵⁴⁹. In ogni caso, si noti che l'indagine sulla modificazione delle misure nel corso del procedimento davanti al panel o all'Organo di Appello sarà più dettagliatamente svolta nel corso del prossimo capitolo.

Le riflessioni esposte in questo paragrafo consentono di concludere come la perimetrazione temporale della controversia al momento della instaurazione del procedimento sia scarsamente rilevante. In sostanza, per le ragioni che si sono accennate, né la collocazione temporale del momento in cui si è cristallizzata la controversia né quella del momento in cui si è realizzato il *fait générateur* possono dirsi idonee a pregiudicare, nella pratica, la sussistenza della giurisdizione *ratione temporis* degli organi previsti dal DSU.

⁵⁴⁷ *EC – Selected Custom Matters*, WT/DS315/R, Rapporto del panel del 16 giugno 2006, ai parr. 7.34 e ss.

⁵⁴⁸ *Ivi* al par. 7.36.

⁵⁴⁹ Per tale ragione, il panel cita le conclusioni dell'Organo di Appello nel *caso Chile – Price Band System*, WT/DS207/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 23 settembre 2002, al par. 126 e ss. Per un approccio restrittivo si consideri Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 168.

2.2.4 Il perimetro personale della controversia

L'obiettivo di questo paragrafo è in primo luogo quello di chiarire se il procedimento instaurato innanzi agli organi del DSU sia strutturalmente idoneo a includere una pluralità di parti. In secondo luogo, ci si chiederà se sia possibile per il convenuto contestare efficacemente la giurisdizione di un panel lamentando l'assenza di una terza parte, un Membro terzo, necessaria – adducendo così in maniera implicita l'argomento per cui la vera controversia intercorrerebbe non già tra l'attore e il convenuto bensì tra il primo e un terzo rimasto estraneo al procedimento, i cui interessi siano il “vero oggetto” della lite, ovvero contestando l'assenza di un Membro la cui responsabilità sarebbe puramente concorrente con quella del convenuto.

2.2.4.1 I procedimenti con pluralità di parti

Le due fattispecie analizzate in questo paragrafo saranno quella in cui un singolo Membro voglia agire contro una pluralità di Membri ovvero quella in cui diversi Membri vogliano agire contro uno solo. In altre parole, è possibile instaurare un procedimento con pluralità di parti e, se sì, come?

A fronte dell'adozione di una misura da parte di uno, è ben possibile che siano diversi i Membri dell'organizzazione intenzionati ad attivare il procedimento finalizzato all'accertamento della violazione del diritto OMC. Come già si è anticipato, il DSU prevede espressamente il caso in cui una pluralità di Membri richieda la costituzione di un panel all'art. 9, ovvero sia quando tali richieste ineriscano la medesima questione⁵⁵⁰. Nonostante tale ultima espressione – in inglese, “matter” – risulti notevolmente vaga, è ragionevole ritenere – in ragione delle facoltà e dei diritti attribuiti dalla disposizione in esame a favore della pluralità di attori – che questa debba essere interpretata in maniera estensiva e che per soddisfare il requisito dell'identità di materia sia sufficiente indicare misure che, anche se concretamente diverse, siano “tematicamente” vicine l'una all'altra, a prescindere dalle norme OMC che si reputano violate. In ogni caso, giova ripetere quello che ha statuito il panel in India – Patents (EC)⁵⁵¹, il quale ha evidenziato come quello previsto dalla disposizione in esame non sia un obbligo giuridico, bensì una mera indicazione frutto della preferenza che il sistema accorda alla multilateralità. In ogni caso, tale indicazione è indirizzata non ai singoli Membri bensì al DSB, unico organo dotato del potere di costituzione dei panel, il quale dovrebbe

⁵⁵⁰ L'art. 9 recita: “1. *Where more than one Member requests the establishment of a panel related to the same matter, a single panel may be established to examine these complaints taking into account the rights of all Members concerned. A single panel should be established to examine such complaints whenever feasible* 2. *The single panel shall organize its examination and present its findings to the DSB in such a manner that the rights which the parties to the dispute would have enjoyed had separate panels examined the complaints are in no way impaired. If one of the parties to the dispute so requests, the panel shall submit separate reports on the dispute concerned. The written submissions by each of the complainants shall be made available to the other complainants, and each complainant shall have the right to be present when any one of the other complainants presents its views to the panel.* 3. *If more than one panel is established to examine the complaints related to the same matter, to the greatest extent possible the same persons shall serve as panelists on each of the separate panels and the timetable for the panel process in such disputes shall be harmonized?*”.

⁵⁵¹ *India – Patents (EC)*, WT/DS79/R, Rapporto del panel del 24 agosto 1998, al par. 7.13.

sempre poter esercitare una certa discrezionalità in relazione all'opportunità o meno di costituire un unico panel.

Nel caso in cui le richieste di costituzione dei panel giungano nello stesso tempo e il DSB reputi sussistenti le condizioni di "identità di materia", nei termini anzidetti, sarà costituito un solo panel e si provvederà alla redazione di un unico documento contenente i terms of reference, che è ragionevole supporre debbano contenere l'indicazione delle misure contestate da ciascuno dei diversi attori e delle misure che questi reputino violate⁵⁵². Qualora, invece, le richieste di costituzione pervengano al DSB nel tempo successivo alla costituzione del primo panel, sarà sempre possibile per quest'ultimo – quando lo stadio procedimentale del primo panel non sia eccessivamente avanzato – provvedere alla modifica dei terms of reference del primo e pervenire così ad una espansione dell'oggetto della controversia attualmente pendente⁵⁵³.

Convien ora chiedersi se sia possibile per un singolo Membro citare una pluralità di convenuti nel medesimo procedimento: non è possibile ritenere che tale situazione sia remota sol che si pensi, per esempio, alla già accennata eventualità che certe misure possano essere messe in atto da diversi Membri, al fine di costituire un'unione doganale ovvero un'area di libero scambio⁵⁵⁴. A prescindere dal silenzio serbato dalla giurisprudenza e dalla dottrina in relazione a questa possibilità, bisogna dire che il DSU non contiene alcuna norma specifica a regolare la fattispecie ipotizzata e tale silenzio potrebbe ragionevolmente apparire già di per sé sintomatico della volontà delle parti contraenti di escludere che un singolo procedimento possa includere una pluralità di convenuti. Questa ricostruzione sembra confortata dal testo del già trattato art. 4 DSU, poiché questo, che dà conto degli oneri incombenti sul singolo Membro che riceva la richiesta di consultazioni, considera solamente l'ipotesi in cui le pretese siano manifestate ad un solo Membro mentre tace in relazione all'ipotesi in cui a ricevere la richiesta di consultazioni siano più Membri⁵⁵⁵. Almeno un paio di motivi potrebbero stare alla base della scelta, implicita, di escludere la possibilità di convenire più Membri nel medesimo procedimento.

⁵⁵² Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 334.

⁵⁵³ Questo è accaduto, ad esempio, nel caso *US – Gasoline*, WT/DS2/R, Rapporto del panel del 29 gennaio 1996. Originariamente, solo il Venezuela aveva richiesto – all'esito di infruttuose consultazioni – di costituire un panel perché fosse accertata l'incompatibilità con la regolamentazione TBT di un certo atto amministrativo emanato dall'Agenzia statunitense per la protezione ambientale, dal titolo "*Regulation on Fuels and Fuel Additives – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*". Poche settimane dopo, una richiesta dallo stesso tenore e avente il medesimo contenuto veniva trasmessa dal Brasile al DSB. Quest'ultimo, considerate le circostanze, decideva – ex art. 9 del DSU – di provvedere alla riunione di quest'ultimo procedimento con quello precedentemente instaurato per tramite dell'ampliamento dei terms of reference. *Ivi* al par. 1.2 e ss.

⁵⁵⁴ L'Unione Europea non è certamente l'unica area di libero scambio, sol che si pensi a MERCOSUR, CACM, EAC, SACU e WAEMU.

⁵⁵⁵ Il par. 3 dell'art. 4 recita: "*If a request for consultations is made pursuant to a covered agreement, the Member to which the request is made shall, unless otherwise mutually agreed, reply to the request within 10 days after the date of its receipt and shall enter into consultations in good faith within a period of no more than 30 days after the date of receipt of the request, with a view to reaching a mutually satisfactory solution. If the Member does not respond within 10 days after the date of receipt of the request, or does not enter into consultations within a period of no more than 30 days, or a period otherwise mutually agreed, after the date of receipt of the request, then the Member that requested the holding of consultations may proceed directly to request the establishment of a panel*".

In primo luogo, da un punto di vista teorico, è ragionevole supporre che le contestazioni mosse verso certe specifiche misure, che abbiano un contenuto uguale o simile nei vari ordinamenti dei Membri che le hanno adottate e che si pongano asseritamente in contrasto con le medesime norme OMC, non possano mai essere considerate come “stessa materia”. Per esemplificare, qualora un Membro dovesse contestare ad un paio di altri Membri il fatto di aver introdotto nel loro ordinamento, al fine di dare piena attuazione ad un’unione doganale opportunamente notificata, il medesimo atto normativo, in termini di contenuto e di “forza normativa”, tali contestazioni dell’attore – anche se portanti sulle medesime norme internazionali asseritamente violate – non potrebbero mai dirsi conoscibili da un unico panel in quanto mai potrebbero dirsi relative alla “medesima materia”. L’argomento a sostegno di questa soluzione è chiaro: considerata la necessità di pervenire all’accertamento individuale della responsabilità del singolo è opportuno tenere distinte le singole posizioni di due o più Membri. Infatti, nonostante le condotte di questi ultimi possano dirsi occasionate dalla medesima finalità o anche caratterizzate dal medesimo contenuto, è evidente come l’accertamento della non conformità di certe misure al diritto dell’OMC non possa non dipendere dall’insieme delle caratteristiche proprie di un dato ordinamento in un certo momento storico. Pertanto, il fine di garantire al massimo grado la posizione del convenuto, il quale ha sempre diritto a che il panel in un certo procedimento analizzi solamente la sua posizione, e la sua soltanto, deve considerarsi prevalente sia sulla multilateralità del sistema rimediale, che al contrario dovrebbe agevolare un incremento quantitativo delle parti processuali, anche dal lato del convenuto, sia sul principio di economia, il quale imporrebbe la trattazione congiunta di casi simili.

In secondo luogo, da un punto di vista pratico, è possibile ritenere che l’implicito rigetto della possibilità di citare una pluralità di convenuti sia dovuto alla necessità di evitare di complicare oltremodo il contenuto del procedimento, e quindi la sua celebrazione, sia nella fase di indagine su eventuali obiezioni preliminari, per esempio aventi ad oggetto la corretta indicazione delle misure contestate, sia in quella di trattazione del merito. Tale complicazione contrasterebbe, infatti, con l’obiettivo di pervenire al prompt settlement della controversia, così come indicato dall’Art. 3 DSU. In altre parole, quando vi sia l’intenzione di contestare misure analoghe, le quali siano state adottate contestualmente da Membri diversi, la celebrazione di diversi procedimenti distinti invece che di uno solo risulta maggiormente idonea alla realizzazione del paradigma del prompt settlement.

Occorre formulare una chiosa finale. Quanto si è detto in relazione alla impossibilità di instaurare un procedimento con pluralità di convenuti è valido nonostante siano rinvenibili dei procedimenti che vedono, o hanno visto, dal lato del convenuto la presenza dell’Unione Europea (o, in passato, delle Comunità Europee) e di uno o più Stati membri. Infatti, questo caso specifico – l’unico in cui vi è pluralità di parti nel lato passivo – è essenzialmente dovuto al particolare riparto di competenza tra Unione e Stati membri e non è idoneo a compromettere quanto si è appena sostenuto.

2.2.4.2 Il principio della c.d. terza parte necessaria

Ci si deve ora domandare se il principio della c.d. terza parte necessaria possa trovare applicazione ad opera degli organi del sistema rimediabile dell'OMC. È di tutta evidenza come sia la struttura stessa del sistema rimediabile a rendere altamente implausibile tale applicazione. Infatti, occorre rammentare come la finalità della declaratoria di assenza di giurisdizione nel caso indagato sia quella di tutelare terze parti che non abbiano prestato il proprio consenso e non si siano così assoggettate alla giurisdizione del panel. Se però si considera che nel sistema rimediabile dell'OMC è la stessa partecipazione all'organizzazione ad implicare l'assoggettamento alla giurisdizione degli organi previsti dal DSU (che per queste ragioni – come si è già detto – viene definita obbligatoria ed esclusiva), appare evidente l'assoluta superfluità di impiegare la fattispecie della terza parte necessaria. Al massimo, il Membro rimasto estraneo al procedimento, qualora ritenga possibile una lesione – diretta o indiretta – dei suoi interessi, potrà dispiegare un intervento come terzo a sostegno del convenuto.

Questione più specifica rispetto a quella appena esposta è quella che si presenta quando le misure adottate da un Membro e contestate da un altro siano state adottate al fine specifico di adempiere alle obbligazioni che un Membro abbia assunto in occasione della costituzione di una unione doganale o di un'area di libero scambio (frutto dei cc.dd. “preferential trade agreements”)⁵⁵⁶. In questo caso, potrebbe dirsi problematico il caso in cui l'attore agisca per far valere la non conformità delle misure adottate solamente contro uno dei Membri che prendono parte all'unione doganale, o all'area di libero, scambio e non contro tutti.

Per chiarire la questione è opportuno richiamare quanto accaduto nel procedimento *Turkey – Textiles*⁵⁵⁷. L'India aveva convenuto la Turchia al fine di accertare l'incompatibilità col diritto OMC di alcune misure che quest'ultima aveva adottato per realizzare un'unione doganale con la Comunità Europea. D'altro canto, nella fase preliminare, la Turchia aveva richiesto al panel di declinare la propria giurisdizione in ragione dell'assenza nel procedimento della Comunità Europea. Dopo aver evidenziato come la Comunità non avesse esperito un intervento *ex art.* 10 DSU e che non era presente – tra i poteri propri del panel – quello di chiamare il terzo nel procedimento, i decidenti hanno rigettato l'eccezione della Turchia in ragione dell'assenza di norme idonee ad impedire che l'azione potesse essere intentata anche contro un solo Membro⁵⁵⁸. A sostegno della propria posizione, il panel si è basato non solamente sulla previa giurisprudenza che si era occupata di questioni analoghe⁵⁵⁹,

⁵⁵⁶ L'esistenza di aree che derogano al regime generale è espressamente prevista dal GATT all'art. XXIV, che distingue tra unioni doganali (CUs) e aree di libero scambio (FTAs). Queste sono ammesse solamente quando tutti i requisiti previsti dalla stessa disposizione, che non è qui necessario riportare, siano soddisfatti. Per un approfondimento relativo alla tematica è opportuno rimandare a Matsushita M., Schoenbaum T. J., Mavroidis P. C., Hahn M., *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, (Oxford: Oxford University Press), 2015, alle pagine 507 e ss.

⁵⁵⁷ *Turkey – Textiles*, WT/DS34/R, Rapporto del panel, 31 maggio 1999.

⁵⁵⁸ *Ivi* al par. 9.5.

⁵⁵⁹ *Ivi* al par. 9.7 il panel si è riferito al procedimento *EC – Bananas III* (Rapporto dell'Organo di Appello, ai parr. 164 – 188): in quel caso il panel e l'Organo di Appello avevano deciso sulla conformità all'OMC delle misure che la CE aveva adottato in conseguenza della conclusione della Convenzione di Lomé, nonostante tutte le controparti dell'accordo non fossero parti del procedimento.

bensi – e questo è di grande interesse – anche sulla giurisprudenza della CIG e, nello specifico, dei casi *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* e *Phosphate Lands in Nauru*⁵⁶⁰.

L'analisi svolta ha condotto il panel ad affermare, in maniera lapidaria, come nel sistema rimediale dell'OMC non possa impiegarsi il concetto di “parti essenziali”. Il ragionamento del panel appare come estremamente deferente al contenuto dei *terms of reference* e sembra valorizzare in misura massima non soltanto il diritto di qualsiasi Membro ad attivare il procedimento previsto dal DSU ma anche il potere dell'attore di plasmare a piacimento il perimetro – anche personale – della controversia. In altre parole, nonostante possa immaginarsi il caso in cui gli interessi di un Membro rimasto terzo al procedimento possano essere più o meno intensamente rilevanti, in nessun modo tale evenienza potrebbe costringere il panel a declinare la propria giurisdizione impedendogli così di pronunciarsi sulla responsabilità del solo convenuto. A motivo di ciò sta il fatto che il soggetto terzo può sempre dispiegare un intervento al fine di tutelare i propri interessi in giudizio, oltre alla circostanza per cui l'affermazione della responsabilità di un Membro di per sé non potrebbe in nessun caso costituire presupposto logico-giuridico per l'affermazione della liceità, o illiceità, della condotta di un altro Membro.

⁵⁶⁰ *Ivi* dal par. 9.8 al par. 9.10.

2.3. Il perimetro della controversia al tempo della instaurazione del procedimento ICSID

2.3.1. Cenni sul procedimento

Anche in questo settore, la piena comprensione delle modalità determinative del perimetro della controversia al momento dell'instaurazione del procedimento contenzioso ad opera dell'attore, o di entrambe le Parti, quando queste si accordino per la proposizione congiunta della domanda, presuppone la conoscenza del contenuto delle norme che regolano la "fase iniziale" del procedimento. Per questo, prima di analizzare gli atti processuali attraverso cui l'attore dà forma alla controversia che intende convogliare nel procedimento, è necessario spendere qualche breve parola in relazione alle varie disposizioni che disciplinano la fase introduttiva della vicenda processuale.

Il sistema giurisdizionale dell'ICSID è caratterizzato dalla presenza di diversi strumenti normativi. Quello indubbiamente più rilevante è quello costituito dalla Convenzione, la quale traccia un ampio quadro normativo che appronta una pluralità di strumenti finalizzati alla risoluzione delle controversie tra Stati contraenti e investitori di altri Stati contraenti. Ad integrazione della disciplina dettata dalla Convenzione, si pongono altri due strumenti: le Institution Rules, da una parte, e le Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, altrimenti dette Arbitration Rules, dall'altra.

Il primo provvede in generale a regolamentare la c.d. request, la cui forma e il cui contenuto non cambiano a seconda che l'atto serva ad attivare il procedimento di conciliazione, nel qual caso si tratterà di una request for conciliation, che trova poi una compiuta disciplina nelle cc.dd. Conciliation Rules, ovvero quello di arbitrato, che quindi prenderà il nome di request for arbitration. La scelta tra le due è certamente dell'attore, o di entrambe le parti, quando la richiesta sia depositata congiuntamente, anche se alcune statistiche recentemente elaborate consentono di affermare come si preferisca ricorrere al procedimento culminante con una decisione vincolante rispetto a quello al cui esito si ottiene una pronuncia non vincolante⁵⁶¹.

Il secondo provvede a disciplinare il procedimento una volta che la request sia andata a buon fine e il caso sia stato iscritto a ruolo dal Segretariato dell'ICSID, il quale, come si vedrà, è il vero destinatario dell'atto.

Come si è già detto *supra*, in svariati casi all'aspirante attore è richiesto di notificare allo Stato le proprie pretese, fornendole di una base giuridica, soprattutto al fine di soddisfare le clausole che condizionano l'accesso alla tutela giurisdizionale al previo e

⁵⁶¹ Alla fine del 2013, rispetto all'insieme dei procedimenti iscritti dal Segretariato dell'ICSID, quelli arbitrati basati sulla Convenzione ICSID sono stati l'89%, quelli conciliativi basati sulla Convenzione ICSID l'1.5%, quelli arbitrati basati sulle Additional Facility Rules il 9%, quelli conciliativi basati sulle Additional Facility Rules lo 0.5%. Si veda Obadia E., Nitschke F., "Institutional Arbitration and the Role of the Secretariat", in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner's Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), a pag. 83.

infruttoso esperimento di consultazioni o negoziati. Tale documento, certamente necessario alla soddisfazione della base giurisdizionale solo se idoneo a rappresentare con sufficienza al destinatario la natura delle specifiche condotte contestate e le norme che si reputano violate, è però diverso rispetto a quello concretamente capace di attivare il procedimento contenzioso. Infatti, mentre il primo, senza che rilevino dei requisiti formali stringenti, risponde solamente a finalità “informative” nei confronti del potenziale convenuto, le quali dovrebbero essere finalizzate alla inaugurazione di una interazione più o meno intensa tra le due parti al fine di risolvere la controversia, il secondo deve necessariamente rispettare alcuni requisiti di carattere istituzionale, di cui si dirà immediatamente *infra*, essendo tale atto lo strumento generativo dell’intero procedimento. Se quei requisiti non sono soddisfatti, la request non sarà iscritta e non si potrà dare seguito al procedimento.

Conviene qui solo accennare al fatto che molto spesso le strutture amministrative statuali risultano assolutamente inadeguate alla gestione della fase pre-contenziosa. In sostanza, si è frequentemente rilevato come le missive inviate alle autorità dello Stato, finalizzate all’avvio di negoziati o consultazioni, siano state assolutamente inutili, dal momento che al destinatario mancavano le strutture necessarie a dare seguito a tali richieste. Ciò vuol dire, in sostanza, che molto spesso gli Stati si sono trovati a far fronte alle richieste di arbitrato senza nemmeno conoscere con precisione quale fosse il trascorso fattuale relativo all’investimento da cui è sorta la controversia⁵⁶². Anche questo è indubbiamente un elemento che contribuisce a rendere la request un atto di fondamentale importanza, dal momento che, nei fatti, solo attraverso questo lo Stato arriverà a conoscere quali sia la materia controversia.

Tanto premesso, in generale, sulla struttura normativa del sistema ICSID e sulla rilevanza assoluta propria della request, conviene ora passare alla trattazione dei suoi contenuti e solamente accennare al ruolo non indifferente che, in questa fase, viene giocato dal Segretariato dell’Organizzazione.

Il contenuto della richiesta è prescritto dall’art. 36, I co., della Convenzione ICSID e, quindi, dall’art. 1 delle Institution Rules.

⁵⁶² Si vedano in proposito Legum B., Crevon A., “*An Outline of Procedure in an Investment Treaty Arbitration – Strategy and Choices*”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), a pag. 2: “*For the respondent State, the preparation period should commence when the relevant ministry receives the notice of dispute. However, many States do not have internal procedures for dealing with investment treaty cases. A lack of clarity as to which ministry is responsible for the file results. For this reason, in many instances the preparation period for the State will begin only after the receipt of the request of arbitration. Long periods of apparent inactivity on the State side of the case can leave the State with a compressed period for preparation. Unless the State retains highly experienced counsel, this compressed preparation time can place the State at a significant disadvantage*”. Inoltre, si veda Sharpe J. K., “*Representing a Respondent State in Investment Arbitration*”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), a pag. 44: “*While the best-prepared claimant may be ready on day one, a State may still be struggling to figure out what is happening, let alone how to respond. As one experienced counsel observed, those responsible for handling the defense of the State often are unaware of the underlying facts and sometimes even the existence of the dispute until after the claim is filed*”. Further, “*the records of the original transaction or investment may be difficult to find, turnover in personnel is significant and institutional memory is not what is in the case of the typical private claimant*”. [...] *If not sorted out quickly, the State can severely hamper its ability to defend itself adequately or, even worse, cause the State not to appear at all*”.

Il primo dispone generalmente che la request, avente forma scritta e da indirizzare al Segretariato, debba contenere delle informazioni relative alle questioni controverse (issues in dispute), all'identità delle parti (identity of the parties) e al loro consenso all'arbitrato (their consent to arbitration), in conformità a quanto previsto dalle Institution Rules⁵⁶³.

In quella sede, all'art. 1, co I, oltre alla riformulazione di quanto già previsto all'art. 36 della Convenzione, è poi previsto che il richiedente – o i due richiedenti, quando siano entrambe le parti a decidere di ricorrere ai rimedi previsti dalla Convenzione – debba dare conto della scelta tra conciliazione e arbitrato. Inoltre, sono dettagliati altri requisiti formali qui scarsamente rilevanti quali quelli concernenti la lingua, l'indicazione della data e la sottoscrizione da parte di un soggetto abilitato.

Più rilevante è il contenuto dell'art. 2, il quale ancora dispone che sia data indicazione delle parti del procedimento⁵⁶⁴. A questo proposito conviene precisare che, se pure tradizionalmente queste sono un investitore e lo Stato dove il primo abbia operato il proprio investimento, può bene essere che, ai sensi dell'art. 25, I co., della Convenzione ICSID, lo Stato abbia designato – a fini processuali – una sua propria subdivision o agency, senza che questo possa di per sé determinare alcuna variazione della normativa da applicare nella gestione del procedimento. In ogni caso, è naturale che quando lo Stato operi una tale designazione anche la request debba darne debitamente conto. Oltre alla indicazione delle parti, la richiesta deve pervenire ad una identificazione del tempo in cui il consenso è stato manifestato dal convenuto e dello strumento giuridico in cui questo è contenuto⁵⁶⁵. Inoltre, sempre per finalità giurisdizionali, è richiesto all'attore, sia questi una persona fisica o giuridica, di dare conto della sua nazionalità, al tempo del consenso alla giurisdizione e a quello della richiesta, qualora il ricorrente sia una persona fisica.

Infine, ed è molto più rilevante, è previsto che la richiesta debba contenere le informazioni relative alle questioni controverse (“issues in dispute”), a dimostrazione del fatto che tra le parti esiste una controversia che sorge direttamente da un investimento⁵⁶⁶.

Una volta che l'atto sia stato ricevuto dal Segretariato dell'Organizzazione, è necessario che questo provveda all'iscrizione a ruolo (nel caso di richiesta di arbitrato, si tratta dell'Arbitration Register), salvo che questi reputi la controversia manifestamente al di fuori della giurisdizione dell'ICSID. In altre parole, sia la Convenzione, all'art. 36, co.

⁵⁶³ L'art. 36, co. II, della Convenzione recita: “*the Request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedures for the institution of conciliation and arbitration proceedings*”.

⁵⁶⁴ L'art. 2, co. 1, lett. a) delle Institution Rules prescrive che la richiesta “*designate precisely each party to the dispute and state the address of each*”.

⁵⁶⁵ L'art. 2, co. I, lett. c) delle Institution Rules prevede che la richiesta debba indicare: “*the date of consent and the instruments in which it is recorded, including, if one party is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, similar data on the approval of such consent by that State unless it had notified the Center that no such approval is required*”.

⁵⁶⁶ L'art. 2, co. I, lett. e) delle Institution Rules prevede che la richiesta debba contenere “*information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment*”.

III⁵⁶⁷, sia le Institution Rules, all'art. 6⁵⁶⁸, affidano al Segretariato un compito delicato e tuttavia necessario, ovverosia quello di filtro idoneo ad impedire l'attivazione del procedimento contenzioso per le domande che siano manifestamente fittizie, inadeguate o frivole, senza che questa decisione preliminare possa assurgere a pronuncia di carattere giurisdizionale ovvero che il Segretariato sia chiamato a svolgere una funzione giudiziale che in realtà è esclusivamente dei Tribunali Arbitrali⁵⁶⁹. In ogni caso, quando la mancata iscrizione dipenda da richiesta viziata o incompleta, è chiaro che il Segretariato, quando la richiesta possa essere sanata o integrata, debba invitare il ricorrente ad integrarla⁵⁷⁰. Quando sia impossibile per il ricorrente sanare o integrare la propria richiesta, a quest'ultimo non si impedirà di preparare una nuova domanda, questa volta rispettosa dei requisiti previsti dalle norme già menzionate, la quale potrà essere successivamente registrata, dal momento che il primo rigetto non costituisce in nessun modo un accertamento definitivo e vincolante⁵⁷¹.

Le disposizioni che regolano l'attività del Segretariato in questa fase prevedono che la registrazione sia un dovere e che, pertanto, la decisione di non registrare debba essere assunta solamente quando la richiesta sia manifestamente in violazione delle norme dettate in materia di giurisdizione. Da ciò discende che, qualora il Segretariato abbia dei dubbi circa la sussistenza della giurisdizione del Centro in relazione a quella controversia, questi debba comunque procedere alla registrazione, lasciando poi ogni decisione in merito al Tribunale Arbitrale⁵⁷².

Infine, e ciò risulta di un certo rilievo per le finalità qui perseguite, è evidente che tra i compiti del Segretariato vi sia anche quello di verificare se effettivamente esista tra le parti una controversia giuridica in materia di investimento⁵⁷³: essendo quest'ultimo un requisito necessario per l'attivazione del sistema giurisdizionale. Come notato in dottrina, l'indagine effettuata dal Segretariato, poiché questo è un organo essenzialmente amministrativo, non potrà mai approfondire profili di merito circa la natura della materia controversia, bensì si limiterà ad un controllo formale delle doglianze contenute nella domanda attorea. In altri termini, in questa fase il requisito dell'esistenza di una controversia dovrà dirsi implicitamente soddisfatto perché il

⁵⁶⁷ La norma prevede: “*The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Center. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register*”.

⁵⁶⁸ La norma, richiamando quella della Convenzione, dispone che, una volta che siano state adempite le formalità di pagamento al Centro, il Segretariato debba provvedere quanto prima all'iscrizione, salvo che “*he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Center*”. Nel qual caso, questo deve “*notify the parties of his refusal to register the request and of the reasons thereof*”.

⁵⁶⁹ Così Puig S., Brown C., “*The Secretary-General's Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention*”, *ICSID Review*, vol. 27 (2012), a pag. 175: “*Art. 36 (3) thus gives the Secretary-General the role of a “gatekeeper” to the jurisdiction of the Centre. The screening power is limited in nature, and any decision taken by the Secretary-General should not be understood as a decision on the jurisdiction of a future ICSID tribunal or conciliation commission. Rather, the Secretary-General's screening power is intended to avoid spurious or inadequate claims being filed where a tribunal, once established, would surely find itself without any jurisdiction to deal with the claim*”.

⁵⁷⁰ *Ivi* a pag. 177: “*Indeed, in several instances where the request has been considered incomplete or inadequate, or the Secretary-General has otherwise had questions regarding the plausibility or credibility of the information provided in the request, the Centre has contacted the requesting party in order to supplement the request*”.

⁵⁷¹ Polasek M., “*The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention*”, *Dispute Resolution International*, vol. 5 (2011), a pag. 182.

⁵⁷² *Ivi* a pag. 179.

⁵⁷³ *Ivi* a pag. 187.

ricorrente, nell'atto introduttivo, fa tendenzialmente sempre valere l'esistenza o l'estensione di diritti e obblighi e, al contrario, mai lamenta l'esistenza di conflitti di interesse teorici o la minaccia di future controversie con lo Stato⁵⁷⁴.

Tanto premesso circa gli oneri di perimetrazione della controversia cui il ricorrente è chiamato per attivare il procedimento contenzioso, è ora opportuno indagare anche qui i diversi profili della "perimetrazione" della controversia: materiale, personale e temporale.

⁵⁷⁴ *Ibidem*. "This requirement generally poses no difficulty as long as the requesting party invokes the existence or scope of a legal right or obligation, as opposed to a mere conflict of interest or threat of a future right".

2.3.2 Il perimetro materiale della controversia

Per quanto concerne la perimetrazione materiale della controversia, è indubbio che questa sia effettuata dall'attore al momento della presentazione della propria request for arbitration. Come si è appena visto, le norme dettate sia dalla Convenzione che dalle Institution Rules (le quali richiedono solamente e genericamente l'indicazione degli issues in dispute) pare non contribuiscano in maniera davvero decisiva a comprendere quale sia il grado di completezza e di dettaglio richiesto al ricorrente nell'indicazione delle questioni che costituiscono la materia controversa.

Per comprenderlo, occorre necessariamente riflettere sulla funzione stessa dell'atto. In dottrina – forse in modo semplicistico – si è evidenziato come il contenuto (costituito da claims, i quali vanno intesi in senso lato), non dovendo questo essere finale e completo, possa limitarsi a una esposizione “di base” (non dettagliata) delle questioni⁵⁷⁵. Orbene, questa riflessione può dirsi accettabile solo e solo se oggetto di ulteriori precisazioni.

Infatti, è ragionevole credere che nell'atto introduttivo del procedimento, l'attore debba indicare non soltanto il retroterra fattuale dell'investimento (ovverosia, almeno in generale, tutte le circostanze pre-esistenti e quelle esistenti al momento in cui questo ha avuto luogo) ma anche delinare con sufficiente precisione sia il *petitum* che la *causa petendi*. In altre parole, dovranno indicarsi il tipo di rimedio perseguito (nel caso sia un risarcimento, è evidente che la concreta determinazione del quantum dovuto potrà realizzarsi in un momento successivo) e la base normativa a supporto di quello (ovverosia, quali siano le norme che si reputano violate e che legittima l'investitore a manifestare una tale pretesa).

In ultima analisi, l'indicazione (se pur non dettagliata) dei due elementi che compongono l'oggetto della controversia si rende necessaria in ragione della necessità di informare la controparte processuale del contenuto e della base delle pretese attoree, poiché solo quando una tale informazione si sarà pienamente realizzata, allora il convenuto potrà dirsi veramente messo nella condizione di poter preparare in maniera efficiente le sue difese (e ovviamente valutare la proposizione di eventuali domande riconvenzionali, come si vedrà *infra*).

Pertanto, occorre in primo luogo chiedersi se esistano per l'attore dei limiti sistematici nell'individuazione del tipo di rimedio che questi può richiedere al Tribunale di disporre. Successivamente, si cercherà di capire se ne esistano altri che abbiano ad oggetto la definizione dell'elemento giustificativo-causale delle domande avanzate.

⁵⁷⁵ Legum B., Crevon A., “*An Outline of Procedure in an Investment Treaty Arbitration – Strategy and Choices*”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), a pag. 8: “*This document is not a definitive and complete statement of the claims asserted. Instead, the request or notice provides certain basic information about the claims, the parties and the basis for arbitral jurisdiction*”.

2.3.2.1 Determinazione del *petitum*

In relazione alla prima tematica, occorre evidenziare come sino ad oggi la quasi totalità dei Tribunali, i quali abbiano riconosciuto una violazione sostanziale a favore dell'investitore, abbiano assicurato alla parte vittoriosa un rimedio puramente pecuniario. Autorevolissima dottrina⁵⁷⁶ ha messo in evidenza come in effetti il dato testuale della Convenzione potrebbe spingere l'interprete a credere che il rimedio risarcitorio sia l'unico previsto dal sistema ICSID, sol che si consideri quanto prescritto dall'art. 54, nella Sezione dedicata al riconoscimento e alla esecuzione dei lodi arbitrali, il quale obbliga gli Stati contraenti a riconoscere la obbligatorietà delle decisioni dei Tribunali e, al contempo, a garantire l'esecuzione nel proprio territorio delle (sole) obbligazioni pecuniarie che abbiano da quelle avuto origine⁵⁷⁷.

Nonostante ciò, Schreuer evidenzia come questa sia una conclusione discutibile, dal momento che l'analisi attenta dei travaux préparatoires della Convenzione stessa dimostrerebbe come il mancato riferimento agli obblighi di esecuzione delle obbligazioni diverse da quelle pecuniarie non si debba alla volontà di impedire che queste possano essere assunte dai Tribunali, bensì alle incertezze concernenti la loro esecuzione sul piano interno⁵⁷⁸. Al fine di dimostrare la sussistenza del potere di prescrivere obbligazioni aventi natura non pecuniaria, l'autore citato richiama precedenti giurisprudenziali rilevanti. Tra questi, significativo è Antoine Goetz v. Burundi⁵⁷⁹, ove il Tribunale era stato chiamato a decidere una controversia originata dalla decisione delle autorità pubbliche di revocare una concessione che aveva istituito per l'investitore un regime fiscale agevolato. Nell'istituire il procedimento contenzioso, l'attore aveva in primo luogo richiesto al collegio arbitrale di provvedere all'annullamento della decisione del Burundi e, solo in via sussidiaria, di ordinare il pagamento dell'indennizzo dovuto in ragione della revoca⁵⁸⁰. Nel corso dei negoziati tra le parti per pervenire ad un accordo capace di estinguere amichevolmente la controversia, il Tribunale si era comunque positivamente pronunciato (pur in una decisione interinale) sull'obbligo per il Burundi di garantire la conformità della propria condotta al diritto internazionale, potendo alternativamente optare o per la ricostituzione del regime giuridico revocato oppure per il pagamento di un indennizzo adeguato ed effettivo (ai sensi del BIT)⁵⁸¹. Secondo l'autorevole dottrina citata, il caso

⁵⁷⁶ Schreuer C., "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20 (2004), a pag. 325.

⁵⁷⁷ L'art. 54 della Convenzione ICSID recita: "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State".

⁵⁷⁸ Schreuer C., "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20 (2004), a pag. 325: "The travaux préparatoires would not support such a restrictive interpretation. The deliberations during the drafting of the Convention show clearly that the restriction in Article 54 to pecuniary obligations was based on doubts concerning the feasibility of an enforcement of non-pecuniary obligations and not on a desire to prohibit tribunals from imposing such obligations".

⁵⁷⁹ *Antoine Goetz et Consorts c. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award del 10 febbraio 1999, (Prosper Weil [Presidente], Mohammed Bedjaoui, Jean-Denis Bredin).

⁵⁸⁰ *Ivi* a pag. 485.

⁵⁸¹ *Ivi* a pag. 516: "En d'autres termes, il incombe à la République du Burundi, en vue d'établir la licéité de la décision litigieuse de retrait de l'agrément, d'accorder aux requérants l'indemnité adéquate et effective prévue à l'article 4 de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements, à moins qu'elle ne préfère leur restituer le bénéfice du régime de la zone franche".

in questione sarebbe comunque di limitata utilità nel dimostrare la sussistenza del potere dei Tribunali d'investimento di assicurare rimedi diversi da quello pecuniario, poiché l'alternativa tra la ricostituzione del regime di favore per l'investitore e il pagamento dell'indennizzo era stata indicata al solo fine di evitare (o prevenire) l'accertamento della illiceità della condotta dello Stato⁵⁸².

Un secondo caso ritenuto rilevante è *Enron v. Argentina*⁵⁸³, nell'ambito del quale tra le parti era insorta una controversia processuale circa la possibilità o meno per il Tribunale di ordinare "injunctive relief". Da una parte, gli attori concordavano circa la possibilità che tali provvedimenti (circa l'esecuzione o la non esecuzione di certi atti) potessero essere adottati e che, nella propria decisione finale, il Tribunale potesse assumere determinazioni pecuniarie e non pecuniarie⁵⁸⁴. D'altra parte, lo Stato convenuto riteneva che i poteri del Tribunale fossero limitati alla possibilità di valutare la liceità internazionale della condotta dello Stato ed eventualmente di determinare il quantum di risarcimento in favore dell'attore⁵⁸⁵. Sulla base dell'analisi della prassi propria di altri Tribunali internazionali, il collegio arbitrale ha risolto la questione affermando la sicura sussistenza di poteri che prescindono quelli di mero accertamento (declaratory powers), e che includono quelli di indicazione di esecuzione di atti specifici⁵⁸⁶.

Sulla base di questi precedenti, quando abbiano accertato l'illecito compiuto da una delle parti, e salvo il caso in cui lo strumento internazionale che fonda la loro autorità lo impedisca⁵⁸⁷, i Tribunali d'investimento avrebbero senza dubbio il potere di prescrivere misure diverse da quelle pecuniarie per sanare l'illecito⁵⁸⁸.

⁵⁸² Schreuer C., "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20 (2004), a pag. 330: "The authority of Goetz for the present issue is limited by two peculiarities of the case. First, neither of the two alternatives suggested by the tribunal in its interim decision on liability was a remedy for an illegal act. Rather, the tribunal offered Burundi two ways to avoid responsibility in the first place. The indemnity proposed by the tribunal was not damages for an illegal expropriation but compensation to render the expropriation lawful".

⁵⁸³ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2004, (Francisco Orrego Vicuna [Presidente], Héctor Gros Espiell, Pierre-Yves Tschanz).

⁵⁸⁴ *Ivi* al par. 77: "To this end, an award can deal both with pecuniary and non-pecuniary determinations, including performance and an injunction".

⁵⁸⁵ *Ivi* al par. 76: "[...] it could only either issue a declaratory statement that might satisfy the investor or else determine the payment of compensation based on a finding that a certain measure is wrongful".

⁵⁸⁶ *Ivi* al par. 81: "The Tribunal accordingly concludes that, in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts".

⁵⁸⁷ Ad esempio, il 2012 U.S. Model BIT dispone che "where a tribunal makes a final award against a respondent, the tribunal may award, separately or in combination, only: (a) monetary damages and any applicable interest; and (b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution". Lo stesso viene disposto dall'art. 1135 del NAFTA. L'art. 26, par. 8, dell'ECT dispone dettagliatamente che "an award of arbitration concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and shall make provision for the effective enforcement in its Area of such awards".

⁵⁸⁸ Rodriguez P.J., "International Contractualism Revisited: Non-Pecuniary Remedies under the Fair and Equitable Treatment Standard", *Chicago Journal of International Law*, vol. 18 (2018), pag. 693; Schreuer C., "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20 (2004), a pag. 332, ove si è fornita una esemplificazione dei rimedi diversi da quelli pecuniari: "In addition to restitution of seized property, the return of a licence or the non-collection of unreasonable taxes, the possibilities include the

Occorre dire come la posizione appena delineata possa dirsi sostenibile solamente se si riescano a dipanare i dubbi relativi alla fase esecutiva della decisione. Nel tentativo di riordinare la casistica, potrebbero darsi le seguenti possibilità.

La prima è che il Tribunale si limiti ad accordare ad una tra le parti, a titolo di risarcimento, una mera somma di denaro. Questa è la soluzione “classica”, e preferibile, in ragione del summenzionato dettato delle norme della Convenzione in materia di riconoscimento ed esecuzione. Quando ad essere soccombente sia lo Stato e questo non si conformi a quanto disposto dal Tribunale, l'attore vittorioso potrà ricorrere alle autorità giudiziarie di altri Stati parte della Convenzione per procedere alla soddisfazione coattiva del credito. Lo stesso vale quando ad essere soccombente sia l'investitore.

La seconda è che il Tribunale imponga al soccombente l'alternativa tra il pagamento di una somma di denaro e l'esecuzione di una prestazione specificamente individuata. Nonostante non si possa negare che l'accertamento operato sulla condotta statale costituisca *res iudicata* (nel senso che fa stato tra le parti l'accertamento sulla liceità o illiceità della condotta originariamente contestata), notevolissimi problemi si pongono nella fase esecutiva. Infatti, è assai probabile che tra le parti sorga un'ulteriore scontro di volontà sull'osservanza di quanto disposto dal Tribunale: questa fattispecie potrebbe presentarsi ogniqualvolta la parte soccombente affermi di avere debitamente eseguito quanto disposto dal Tribunale, in alternativa al pagamento del risarcimento, e la controparte contesti una tale affermazione.

La terza situazione (non dissimile dalla seconda) è quella in cui il Tribunale disponga solo l'esecuzione di una prestazione specifica ovvero quest'ultima e il pagamento, in via non alternativa, di una somma di denaro. Anche in questo caso, potrebbe insorgere una controversia successiva tra le parti circa la conformità della condotta del soccombente al contenuto materiale della decisione.

Giunti a questo punto occorre riflettere su quali siano gli strumenti, nelle mani delle parti, che possano risolvere tali controversie relative all'esecuzione di obblighi diversi da quelli pecuniari.

A prima vista, andrebbe esclusa ogni competenza in materia in capo al giudice nazionale chiamato a dare esecuzione alla sentenza ai sensi dell'art. 54 della Convenzione, che appunto limita il proprio dettato all'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie derivanti dalla sentenza. Infatti, l'attribuzione al giudice nazionale dell'esecuzione del potere di verificare la conformità della condotta dello Stato soccombente al contenuto della decisione del Tribunale internazionale dovrebbe ritenersi chiaramente in contrasto con le norme di diritto internazionale in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione. In altre parole, non è conforme a diritto internazionale che un qualsivoglia giudice nazionale possa valutare la liceità o meno della condotta di uno Stato estero, anche quando questa liceità dipenda dall'osservanza di quanto disposto nella sentenza di un Tribunale d'investimento. A nulla varrebbe obiettare che tutti gli Stati parte della Convenzione hanno rinunciato, per il tramite della adesione al sistema ICSID, alla immunità prevista in loro favore dal diritto internazionale. A rifiutare questa obiezione basti osservare che l'art. 54 enuncia

granting of a permission to transfer currency and the discontinuance of harassment of investor's personnel. Possible obligations imposed upon the investor rather than to the host state might include the employment of local personnel or the reinstatement of wrongfully discharged personnel. Other examples might include compliance with legally imposed performance requirements such as for the use of local components?'

solamente l'obbligo per ogni Stato parte di riconoscere la vincolatività della decisione e (questa è la parte rilevante) di “enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State”. Orbene, tale chiara e limitata formulazione è già di per sé idonea a impedire l'attribuzione al giudice nazionale dell'esecuzione di qualsivoglia potere idoneo a valutare la conformità (o meno) della condotta di uno Stato soccombente al contenuto materiale della decisione, quando questo preveda l'esecuzione di prestazioni diverse dal pagamento di una somma di denaro.

Orbene, l'alternativa logica potrebbe essere quella di ritenere che il Tribunale internazionale che abbia deciso il merito della controversia sia altresì competente a valutare la conformità della condotta della parte soccombente a quanto disposto nella sentenza. Perché questo possa dirsi accettabile, tuttavia, occorre comprendere quale possa essere il titolo giuridico idoneo a fondare il potere decisorio del Tribunale. In primo luogo, sembra ragionevole escludere che questo possa decidere la controversia sull'esecuzione sulla base del titolo della controversia originaria. In altre parole, il Tribunale, avendo già risolto la controversia originaria, non potrebbe mai qualificare quella relativa all'esecuzione come una controversia relativa ad un investimento. Andrebbe parimenti esclusa la possibilità di ricorrere allo strumento previsto dall'art. 50⁵⁸⁹ della Convenzione, mirante alla definizione delle controversie interpretative su significato e portata della decisione, dal momento che quella eventualmente insorgente tra le parti, lungi dall'aver come oggetto la corretta interpretazione della decisione, sarebbe piuttosto relativa alla liceità della condotta del soccombente. In ogni caso, quandanche si ammettesse la possibilità di qualificare quella sulla esecuzione come controversia interpretativa (questo, ovviamente, nel caso in cui la condotta asseritamente illecita della parte soccombente dipenda da una errata interpretazione del contenuto della sentenza), il problema ancora sussisterebbe ove, in seguito alla chiarificazione fornita dal Tribunale⁵⁹⁰, la parte soccombente decidesse di non dare esecuzione a quelle prestazioni specifiche e, conseguentemente, di permanere nell'illecito. Si dovrebbe anche escludere ogni possibilità di valersi dell'art. 51⁵⁹¹, che disciplina la revisione della sentenza ogniqualvolta si scoprono nuovi fatti idonei a ripercuotersi decisivamente su quella (e quando tali fatti fossero sconosciuti al Tribunale e al ricorrente). Infine, pure la via della richiesta di annullamento parrebbe del tutto inappropriata sia in ragione della insussistenza dei requisiti di cui all'art. 52⁵⁹² sia perché non si vede come l'annullamento della sentenza originaria possa in qualche

⁵⁸⁹ L'art. 50 della Convenzione recita: “*If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General*”.

⁵⁹⁰ La competenza alla definizione di controversie interpretative su significato o portata della decisione è propria dell'originario Tribunale. Se questo non è possibile, un nuovo Tribunale andrà costituito.

⁵⁹¹ L'art. 51 della Convenzione recita: “*Either party may request revision of the award [...] on the ground of discovery of some fact of such nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence*”.

⁵⁹² Il quale dispone che la richiesta di annullamento possa essere basata solamente sulle seguenti ragioni: “*1. That the Tribunal was not properly constituted; 2. That the Tribunal has manifestly exceeded its powers; 3. That there was corruption on the part of a member of the Tribunal; 4. That there has been serious departure from a fundamental rule of procedure; or 5. That the award has failed to state the reasons on which it is based*”.

modo favorirne l'esecuzione. In conclusione, l'unica via per poter ottenere una pronuncia del Tribunale sulla liceità della condotta adottata conseguentemente a una sentenza potrebbe essere quella di fare ricorso ai poteri inerenti dell'organo giudiziale. Se da un punto di vista astratto questo è ammissibile, se non altro per evitare di recare pregiudizio alla funzione giurisdizionale, è però evidente come questo non possa dirsi esente da critiche, soprattutto in ragione dell'evidente mancanza di una base giurisdizionale che possa legittimare all'esercizio di tale potere. In altre parole, non pare totalmente priva di credito l'affermazione per cui l'esercizio di poteri inerenti può avere luogo solamente nel procedimento e non quando questo si sia chiuso.

L'analisi appena svolta ha dimostrato che, pur ammettendo che il Tribunale possa annoverare tra i suoi poteri quello di prescrivere come conseguenza dell'illecito l'esecuzione di prestazioni diverse da quella di pagare un risarcimento, una tale prescrizione risulta quantomeno rischiosa, perché sostanzialmente incoercibile. Pertanto, nel definire quale sia il tipo di misura da richiedere al Tribunale, l'attore potrà certamente includere l'indicazione di obblighi diversi da quelli risarcitori ma dovrà essere ben consapevole dei rischi che da una tale richiesta derivano.

2.3.2.2 Determinazione della *causa petendi*

Esaurita la trattazione avente ad oggetto il contenuto della domanda sotto il profilo del *petitum*, occorre indagare più approfonditamente quello della *causa petendi*, ovvero sia ci si deve chiedere quali siano le basi giuridiche su cui l'attore può basare le proprie domande.

La questione è sicuramente tra le più dibattute in dottrina e in giurisprudenza. Infatti, se è fuor di dubbio che l'attore possa avanzare delle pretese che trovano la propria ragion d'essere sulle norme sostanziali previste dal BIT (treaty claims), ovvero sia che possa avanzare al Tribunale la richiesta di sanzionare una o più condotte dello Stato che abbiano violato i diritti previsti dal Trattato in favore dell'investitore, non è così scontato che questi possa agire innanzi al Tribunale per reagire a una asserita violazione delle obbligazioni che derivino da un contratto stipulato con lo Stato ospite o degli obblighi che sullo Stato gravano in virtù del diritto internazionale generale o di trattati diversi da quelli finalizzati alla tutela degli investitori. Le questioni saranno affrontate immediatamente.

In relazione alla prima, nonostante le critiche che ne contestano la validità e l'opportunità⁵⁹³, è evidente come si sia oramai consolidato un indirizzo giurisprudenziale che considera chiaramente distinte le controversie originate da treaty

⁵⁹³ Fadlallah I., “*La Distinction Treaty Claims – Contract Claims*”, in Leben C., *Le Droit International des Investissements et de l'Arbitrage Transnational*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2015), a pag. 770: “*La distinction désamorcée comme fondement d’une compétence élargie, les choses se simplifient. L’investisseur peut porter, devant le tribunal choisi, tout le litige, dans toutes ses composantes. On fera l’économie de longs et fastidieux débats, passablement artificiels, sur la compétence, où les mêmes faits n’auront plus besoin d’être éclairés de faisceaux différents pour décider quel tribunal en connaîtra. [...] Il n’y a qu’avantage à abandonner la distinction en tant que critère de compétence du tribunal. Ce qui ne signifie pas l’unicité des règles applicables au fond. Les deux conflits, de lois et de juridictions, ne seront plus confondus, selon une directive constante du droit international privé?*”.

claims e da contract claims. Più in generale, l'esecuzione di un investimento in un paese estero comporta in moltissimi casi la conclusione di negozi giuridici aventi diversa natura tra investitore e autorità pubbliche⁵⁹⁴, da cui derivano posizioni giuridiche attive e passive per le parti. La problematica che si presenta è quella di comprendere se e quando i Tribunali d'investimento possano decidere le controversie che derivino dall'esecuzione di tali contratti. La chiarificazione della questione è ulteriormente aggravata dalla circostanza per cui il rispetto delle norme previste dal BIT può dipendere (ma ciò non accade in tutti i casi) da quello delle norme previste dal contratto.

Orbene, per quanto concerne la sussistenza della competenza del Tribunale arbitrale a conoscere delle contestazioni meramente relative al rapporto contrattuale, è evidente come questa non possa non dipendere dalla natura e (soprattutto) dall'estensione del consenso prestato dallo Stato ospite⁵⁹⁵. In buona sostanza, quando la clausola compromissoria nel BIT riguarderà "qualsiasi controversia sorta in relazione all'investimento"⁵⁹⁶, allora il Tribunale potrà dirsi astrattamente competente a conoscere anche contract claims. Viceversa, tale possibilità sarà preclusa ogniqualvolta la base di giurisdizione del Tribunale abbia ad oggetto le sole controversie derivanti dalla affermata violazione di obbligazioni previste dal Trattato in cui quella è inclusa⁵⁹⁷.

La sussistenza della giurisdizione del Tribunale a conoscere controversie relative al contratto dipende però da un secondo elemento, ovvero sia dall'inesistenza di una clausola contrattuale che attribuisca a un foro diverso, rispetto a quello del Tribunale arbitrale, la competenza esclusiva a conoscere delle controversie relative a quel negozio giuridico. Nel caso in cui tale clausola esista, è evidente come la seppur ampia formulazione della clausola compromissoria contenuta nel Trattato non possa prevalere, in conformità al principio *pacta sunt servanda*⁵⁹⁸, sulla scelta esclusiva

⁵⁹⁴ Cremades B. M., Cairns D. J. A., "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", in Cremades B. M., Lew J. D. M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, (Parigi: ICC Publishing, 2005): "Foreign investment also usually involves contracts between the investor and entities within the Host State. These contracts might take the form of a concession contract with the State itself, or a territorial unit of the State, or might involve contracts with various state agencies. These contracts will also create rights (and obligations) for investors, which can be called "contract rights" (which give rise to legal proceedings called "contract claims")".

⁵⁹⁵ Crawford J., "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24 (2008), a pag. 361: "Of course, contractual jurisdiction can only be asserted if the terms of the BIT were wide enough to encompass claims under investment contracts".

⁵⁹⁶ Si consideri ad esempio l'Art. 8 del BIT tra Argentina e Francia, il quale copre "any dispute relating to investments made under this Agreement between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party". Per una dettagliata rassegna dei Trattati che includono clausole compromissorie "ampie", si veda Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 234 e ss.

⁵⁹⁷ Un rilevante esempio è certamente fornito dagli articoli 1116 e 1117 del NAFTA, i quali coprono solamente le controversie originate dalla affermata violazione di obbligazioni derivanti dagli articoli del Capitolo 11 del Trattato. Per una dettagliata rassegna dei Trattati che includono clausole compromissorie "restrittive" alle sole obbligazioni derivanti dal Trattato, si veda Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 234 e ss.

⁵⁹⁸ Crawford J., "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24 (2008), a pag. 363: "An investor invoking contractual jurisdiction pursuant to an offer made by the state must itself comply

compiuta dalle parti al momento della conclusione del contratto⁵⁹⁹. Viceversa, solo quando le parti non abbiano stabilito nel contratto alcun foro competente a conoscere delle controversie a quello relative, ovvero quando abbiano operato una designazione non esclusiva, il Tribunale d'investimento potrà dirsi competente nel caso in cui l'attore deduca nel procedimento pretese concernenti l'adempimento di obbligazioni puramente contrattuali.

Quanto detto può ritenersi sufficiente a chiarire che i Tribunali arbitrali possono dirsi competenti alla risoluzione di controversie relative a obblighi contrattuali (contract claims) solamente quando il consenso espresso dallo Stato sia formulato in termini abbastanza ampi e quando non pre-esista una clausola contrattuale che assicuri la competenza esclusiva a conoscere delle controversie contrattuali ad un foro diverso.

Una questione giuridica distinta si dà quando l'attore deduca nel procedimento doglianze relative a violazioni di diritti derivanti direttamente dal Trattato (treaty claims) affermando che queste si siano realizzate per tramite di violazioni contrattuali. Senza che sia necessario approfondire in questa sede quali siano gli standard di protezione sostanziale previsti dai Trattati potenzialmente rilevanti e in che modo si possa realizzare una loro violazione per tramite di violazioni contrattuali⁶⁰⁰, è evidente come serie problematiche possano sorgere quando le parti del contratto abbiano operato una designazione esclusiva del foro competente a conoscere delle controversie relative al contratto.

In altre parole, tali casi problematici si presentano quando l'accertamento della violazione del Trattato dipenda da quello relativo alla violazione del contratto: evidentemente i collegi arbitrali, per poter decidere sulla violazione del Trattato, devono necessariamente decidere sulla violazione del contratto. Tuttavia, l'accertamento pregiudiziale (sul contratto) potrebbe essere ostacolato dalla presenza di una clausola che attribuisce competenza esclusiva sulle violazioni contrattuali ad un foro diverso da quello del Tribunale arbitrale.

Come dovrà agire il Tribunale in un caso siffatto?

A dire il vero, tale fattispecie non è affatto nuova in giurisprudenza, sol che si consideri quanto avvenuto nell'affare Vivendi, il quale pertanto deve essere analizzato.

with its contractual arrangements for dispute settlement with that state. The principle pacta sunt servanda is not one-way street?

⁵⁹⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione del Tribunale sulle obiezioni alla giurisdizione del 29 gennaio 2014, (Ahmed S. El-Kosheri [Presidente], James Crawford, Antonio Crivellaro). Ai parr. da 139 a 148, il Tribunale ha svolto un convincente ragionamento secondo cui i Tribunali d'investimento, pur avendo astrattamente competenza a conoscere anche delle controversie contrattuali, non possano esercitarla quando le Parti abbiano designato nel contratto d'investimento un foro esclusivamente competente per la risoluzione di quelle.

⁶⁰⁰ Ci si riferisce ovviamente alle *umbrella clause* e alle legittime aspettative dell'investitore "coperte" tradizionalmente dalla *fair and equitable treatment clause* (FET). Per una recente indagine sulla prima si veda *ex multis* Siwy A., "Contract Claims and Treaty Claims", in Baltag C., *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, (Wolters Kluwer, 2017), a pag. 215. Per una analisi critica relativa alle seconda si veda *ex multis* Crawford J., "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24 (2008), a pag. 371.

In occasione della privatizzazione nella gestione del settore idrico e fognario in Argentina, la società CGE aveva sottoscritto con le autorità pubbliche (la Provincia di Tucumán) un contratto di concessione che non soltanto provvedeva alla disciplina del rapporto tra le parti ma anche indicava il giudice amministrativo di Tucumán come esclusivamente competente alla risoluzione di controversie eventualmente insorgenti nell'esecuzione del negozio. Orbene, dopo alcune vicissitudini, ciascuna delle parti aveva provveduto alla risoluzione del contratto e, successivamente, l'investitore aveva istituito un procedimento arbitrale ICSID, sulla base del BIT concluso tra Francia e Argentina, lamentando la lesione di alcuni dei diritti che questo prevedeva in suo favore. È in quella sede che il Tribunale arbitrale ha sviluppato il ragionamento relativo al rapporto tra la violazione di norme contrattuali e violazione di norme del Trattato, nel caso in cui per le prime le parti abbiano indicato un dato foro come esclusivamente competente. Il Tribunale ha ritenuto che la natura dei fatti a supporto dei *treaty claims* avanzati dall'attore rendesse impossibile per il Tribunale la separazione delle violazioni del BIT da quelle del contratto, senza che prima si fossero interpretate e applicate le norme del secondo⁶⁰¹. Pertanto, alla luce dell'indicazione nel contratto della competenza esclusiva del giudice amministrativo nazionale, il collegio arbitrale ha concluso come gli investitori, ancor prima di istituire il procedimento arbitrale ICSID, avessero dovuto agire innanzi al giudice amministrativo per la risoluzione delle controversie relative al contratto⁶⁰². Evidentemente insoddisfatti dall'esito del procedimento, i ricorrenti hanno poi agito per l'annullamento della decisione, *inter alia* contestando la legittimità delle conclusioni del Tribunale circa la portata della scelta del foro esclusivamente competente alla decisione sulle controversie contrattuali.

Il Comitato *ad hoc* ha affrontato la questione in primo luogo precisando come non necessariamente una violazione contrattuale conduca ad una violazione del Trattato e viceversa⁶⁰³, e in secondo luogo evidenziando – come già si è detto in apertura della presente trattazione – che le due violazioni sono questioni assolutamente distinte, dal momento che l'esistenza di ciascuna di quelle si determina sulla base di un diverso diritto applicabile⁶⁰⁴. Per questo, secondo il Comitato *ad hoc*, la clausola che indica come esclusivamente competente un dato foro alla decisione sulle controversie contrattuali può impedire la decisione su quelle relative al Trattato solamente nel caso estremo in

⁶⁰¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award del 21 novembre 2000, (Francisco Rezek [Presidente], Thomas Buergenthal, Peter D. Trooboff), a pag. 3: “[...] *the nature of the facts supporting most of the claims presented in this case make it impossible for the Tribunal to distinguish or separate violations of the BIT from breaches of the Concession Contract without first interpreting and applying the detailed provisions of that agreement*”.

⁶⁰² *Ibidem*: “*Accordingly, and because the claims in this case arise almost exclusively from alleged acts of the Province of Tucumán that relate directly to its performance under the Concession Contract, the Tribunal holds that the Claimants had a duty to pursue their rights with respect to such claims against Tucumán in the contentious administrative courts of Tucumán as required by Article 16.4. of their Concession Contract*”.

⁶⁰³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio del 2002, (L. Yves Fortier [Presidente], James R. Crawford, José Carlos Fernandez Rozas), al par. 95: “*As to the relation between breach of contract and breach of treaty in the presente case, it must be stressed that Article 3 and 5 of the BIY do not relate directly to breach of a municipal contract. Rather they set an independent standard. A state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa, and this is certainly true of these provisions of the BIT*”.

⁶⁰⁴ *Ivi* al par. 96: “[...] *whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of the contract are different questions. Each of those claims will be determined by reference to its own proper or applicable law [...]*”.

cui le prime costituiscano base essenziale della domanda⁶⁰⁵. Viceversa, quando la base fondamentale delle domande attoree rimanga il Trattato (che appunto dispone di standard autonomi di protezione dell'investimento), è chiaro che la clausola contrattuale non potrà mai impedire l'accertamento della conformità dello Stato a quelle⁶⁰⁶.

Da un punto di vista generale, il Comitato ha quindi disposto come un Tribunale ICSID non possa rigettare un treaty claim in ragione di una previa pronuncia di un giudice nazionale⁶⁰⁷, né che uno Stato possa sottrarsi alla valutazione sulla liceità della sua condotta al diritto internazionale attraverso determinazioni contrattuali⁶⁰⁸.

Quanto alle concrete determinazioni assunte dal Tribunale d'investimento, il Comitato ha ritenuto che quello avesse manifestamente ecceduto i suoi poteri, poiché aveva ommesso di decidere i treaty claims avanzati dall'attore⁶⁰⁹.

Questa autorevolissima pronuncia ha il grande pregio di chiarire la questione che era stata originariamente posta, ovvero se i Tribunali ICSID possano decidere treaty claims quando questi dipendano dall'accertamento di contract claims per la cui risoluzione sia stato contrattualmente ed esclusivamente individuato un dato foro. La risposta è che i Tribunali d'investimento sono sempre competenti a decidere su treaty claims, anche quando il contenuto di tale decisione dipenda in concreto dall'accertamento ricadente su questioni contrattuali.

Orbene, due punti restano da chiarire, entrambi convincentemente affrontati da recente dottrina⁶¹⁰.

Il primo concerne le modalità attraverso cui viene svolto l'accertamento sulle rilevanti contract claims. In altre parole, qual è la natura propria della verifica delle questioni contrattuali che sia strumentale all'accertamento dei treaty claims?

Orbene, è ragionevole credere che quello svolto dal Tribunale in relazione alle questioni contrattuali sia un accertamento avente una natura meramente pregiudiziale, senza che quindi il collegio possa in qualche modo adottare rimedi da quello derivanti e adottati al solo fine di sanziare la violazione contrattuale⁶¹¹.

⁶⁰⁵ Ivi al par. 98: “In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract”.

⁶⁰⁶ Ivi al par. 101: “On the other hand, where “the fundamental basis of the claim” is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard. At most, it might be relevant – as municipal law will often be relevant – in assessing whether there has been a breach of the treaty”.

⁶⁰⁷ Ivi al par. 102.

⁶⁰⁸ Ivi al par. 103.

⁶⁰⁹ Ivi al par. 115.

⁶¹⁰ Siwy A., “Contract Claims and Treaty Claims”, in Baltag C., *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, (Wolters Kluwer, 2017).

⁶¹¹ Ivi a pag. 217: “That does not mean that it has jurisdiction to decide on a breach of contract. It is therefore not in a position to grant any remedy for a breach of contract. It may only determine its existence as a preliminary step for a breach of treaty. It may only grants remedies for the latter”.

Il secondo punto da chiarire è quello relativo al significato di base essenziale della domanda. In altre parole, quand'è che questioni contrattuali costituiscono la base essenziale della domanda?

Anche in relazione a questa domanda la precitata dottrina ha fornito una chiarificazione convincente, che prevede l'applicazione del c.d. *prima facie* test alla controversia così come plasmata dall'attore al tempo del procedimento contenzioso. In altre parole, il Tribunale deve chiedersi se avesse giurisdizione nel caso in cui le pretese di parte attrice relative alla violazione del BIT fossero fondate, senza potersi pronunciare – perlomeno nella fase giurisdizionale, dal momento che quelle appartengono al merito – sulla violazione relativa al contratto⁶¹². Qualora la risposta a tale domanda fosse positiva, dunque il Tribunale dovrebbe procedere all'indagine sul merito delle questioni dedotte. L'adozione di un tale approccio, oltre ad essere confermato dalla giurisprudenza maggioritaria⁶¹³, sembra assolutamente conforme alla *ratio* che fonda la posizione del Comitato *ad hoc* nel caso Vivendi. Infatti, se l'obiettivo è quello di assicurare che il Tribunale, salvo casi estremi, non possa sottrarsi alla decisione sui treaty claims, è chiaro come vada preferita a fini giurisdizionali l'adozione di un test assai poco esigente, e superabile attraverso una analisi *prima facie* delle pretese attoree.

Tanto chiarito circa l'inclusione di contract claims nell'elemento giustificativo-causale della domanda, occorre ora chiedersi se quest'ultimo possa ricomprendere anche norme che per definizione si rinvengono “al di fuori” del Trattato o del contratto, ovvero sia quelle di diritto internazionale generale o principi generali del diritto internazionale. In altre parole, potrebbe l'attore basare le proprie domande su norme di diritto internazionale generale asseritamente violate dallo Stato? La questione è recentemente emersa in giurisprudenza, senza che questa abbia ancora raggiunto dei risultati soddisfacenti.

Occorre premettere come anche in relazione a questa tematica un ruolo determinante sia giocato dalla formulazione della clausola compromissoria inclusa dalle parti nel Trattato (e pertanto dalla estensione del consenso ivi manifestato dagli Stati). Mutatis mutandis vale qui ciò che si è già detto per la deduzione di controversie meramente contrattuali, ovvero sia che nessuno spazio è aperto per radicare domande attoree in norme che si trovino “al di fuori” del Trattato quando la clausola pattizia ivi inclusa limiti la giurisdizione dei Tribunali arbitrali alle sole controversie relative alla interpretazione o alla applicazione di norme pattizie. Viceversa, quando la clausola compromissoria nel Trattato si riferisca genericamente alle controversie in qualche modo connesse all'investimento, ecco che la questione della deduzione di domande esclusivamente basate su norme di diritto internazionale generale assume grande rilevanza.

⁶¹² Ivi a pag. 223: “For the purpose of determining its jurisdiction, the tribunal is only to take a *prima facie* test. Hence, it must determine whether it would have jurisdiction assuming that claimant's allegations were true. If the claimant therefore submits a case alleging a breach of a treaty, the tribunal at the jurisdictional phase is in no position to question the accuracy of claimant's statements. The approach is sound. In order to determine whether a claimant's case in fact constitutes only a breach of contract or also a breach of a treaty is a question for the merits of the case. A tribunal in the jurisdictional phase of a dispute cannot at this stage take such a decision, as neither party will have submitted its full case”.

⁶¹³ *Ibidem*.

Senza entrare nel merito delle ragioni per cui tali domande potrebbero risultare vantaggiose per l'attore⁶¹⁴, occorre dare anzitutto conto di quali siano le conclusioni recentemente raggiunte, seppur in particolari contesti, da tre Tribunali arbitrali che si sono occupati della questione.

Il primo è *Cambodia Power v. Cambodia*⁶¹⁵, ove il ricorrente aveva lamentato *inter alia* la violazione di “principi di diritto internazionale degli investimenti”. Il Tribunale è stato quindi chiamato a verificare se la sua giurisdizione potesse estendersi alle domande fondate sul diritto internazionale consuetudinario. Questi ha ammesso la sussistenza della propria competenza sulla base di un doppio argomento. Il primo, riflesso del pensiero di Schreuer espresso nel Commentario alla Convenzione ICSID, è che trattandosi di un investimento “coperto” dal sistema ICSID, il “diritto consuetudinario deve dirsi rilevante e può essere applicato a prescindere dalla scelta del diritto applicabile”⁶¹⁶. Il secondo è che, pur avendo le parti designato il diritto inglese (Common law) come diritto applicabile, in ogni caso il diritto internazionale consuetudinario sarebbe stato rilevante poiché da quello incorporato⁶¹⁷. Dopo queste premesse aventi natura generale, il Tribunale ha maggiormente indagato la natura e l'estensione del consenso manifestato dagli Stati parte del rilevante BIT. Nello specifico, il Tribunale ha concluso che se le parti contraenti avessero voluto escludere il diritto consuetudinario dalla sfera del potere giurisdizionale proprio del Tribunale arbitrale, avrebbero dovuto farlo *expressis verbis*, non potendosi una tale limitazione dedurre dal dato testuale (sufficientemente vago) della clausola compromissoria⁶¹⁸. Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale arbitrale ha quindi ammesso le domande basate sul diritto internazionale consuetudinario⁶¹⁹.

A prescindere dalla bontà dell'argomento, qui non immediatamente rilevante, relativo alla incorporazione nella common law del diritto internazionale consuetudinario⁶²⁰, ciò

⁶¹⁴ Una enunciazione di queste è rinvenibile in Parlett K., “*Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration*”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), a pag. 435. Tra le più rilevanti, il fatto che il diritto consuetudinario appronti una tutela più ampia o più intensa ovvero che l'investitore voglia attivare il procedimento ICSID (magari previsto dal contratto d'investimento o dalla legge nazionale) in assenza di BIT.

⁶¹⁵ *Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No. ARB/09/18, Decisione sulla giurisdizione del 22 marzo 2011, (Neil Kaplan [Presidente], John Beechey, Toby Landau).

⁶¹⁶ *Ivi* al par. 332: “*First, as it is clearly explained by Professor Schreuer, customary international law exists and may be applied independently of any choice of law*”.

⁶¹⁷ *Ivi* al par. 333: “*Secondly, and additionally, the express choice of English law itself has the effect of including (rather than displacing) at least a body of customary international law, since customary international law (i.e. general practices of states followed by them from a sense of legal obligation) constitutes part of the Common law by a well established doctrine of incorporation. When customary international law changes, the Common law also incorporates these changes, save to the extent that such changes conflict with domestic law*”.

⁶¹⁸ *Ivi* al par. 335: “*Equally, parties can always consent to exclude customary international law from the scope of their dispute resolution clause. However, one would expect this to be done expressly and unequivocally. In the present case, the PPA, IA, DOG do not indicate that the Parties expressly excluded customary international law from the scope of their consent*”. Quindi, al par. 336: “*the wording of each arbitration clause is itself wide enough to cover claims based on customary international law*”.

⁶¹⁹ *Ivi* al par. 337: “*This broad form of arbitration clause [...] would allow the Parties to articulate claims on the basis of any remedies available in law or equity, including customary international law (as long as these are claims that could be said to arise out of or be in connection with each agreement)*”.

⁶²⁰ Questione molto approfondita dalla dottrina precitata, in Parlett K., “*Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration*”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), alle pagg. 442 e ss.

che più conta è che il Tribunale abbia affermato di essere competente a conoscere domande basate su quello in ragione della ampia formulazione della clausola incorporante il consenso dello Stato alla sua giurisdizione e in ragione della natura “internazionale” dell’investimento. Ad una analisi più meditata, tuttavia, i due elementi, più che essere distinti, risultano assai legati: proprio la natura internazionale dell’investimento richiede che gli Stati, qualora lo desiderino, manifestino espressamente la volontà di escludere dalla giurisdizione del Tribunale l’insieme di norme appartenenti al diritto internazionale generale. In altre parole, perché queste siano irrilevanti, è necessario che gli Stati lo affermino chiaramente.

Dopo *Cambodia Power v. Cambodia*, un’altra decisione rilevante è rinvenibile nel caso *Accession Mezzanine v. Hungary*⁶²¹, ove il Tribunale era stato investito di una controversia relativa alla gestione di una stazione radio in Ungheria. In un primo momento, nonostante la base giurisdizionale riconoscesse al Tribunale la competenza alla risoluzione delle sole controversie relative all’art. 6 del BIT applicabile, il quale disciplinava il mero caso di espropriazione dell’investimento⁶²², il ricorrente aveva dedotto nel procedimento pretese affinché il Tribunale riconoscesse violazioni anche diverse da quelle relative all’art. 6 del BIT e aveva posto a base di quelle anche il diritto internazionale consuetudinario⁶²³. D’altra parte, lo Stato convenuto aveva sollevato un’eccezione ai sensi dell’art. 41, par. 5, delle Rules, poiché riteneva che tutte le pretese che non avevano a che fare con l’espropriazione fossero manifestamente infondate⁶²⁴. Escluse le domande di accertamento di violazioni diverse dall’espropriazione, che nel corso del procedimento le parti avevano deciso di far venire meno poiché al di fuori del consenso manifestato nel BIT⁶²⁵, il Tribunale doveva comunque decidere sulle questioni relative alla espropriazione, dal momento che l’attore insisteva nel porre a base di quelle non soltanto la disciplina sostanziale del BIT bensì anche il diritto internazionale consuetudinario. Secondo l’Ungheria, in considerazione delle limitazioni del consenso prestato a fini giurisdizionali, sarebbe stato preclusa all’attore la possibilità di assumere a base autonoma della domanda il diritto internazionale generale⁶²⁶. Al contrario, secondo il ricorrente, tale possibilità sarebbe stata aperta in virtù della clausola della nazione più favorita (MFN) di cui all’art. 8 del BIT, dal momento che il trattamento assicurato dal diritto internazionale generale all’investitore, nel caso di espropriazione, fosse più favorevole di quello assicurato dal Trattato⁶²⁷.

⁶²¹ *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Decisione sull’obiezione del convenuto ai sensi dell’art. 41, par. 5, delle Rules del 16 gennaio 2013 (Arthur W. Rovine [Presidente], Marc Lalonde, Donald M. McRae).

⁶²² *Ivi* al par. 45.

⁶²³ *Ivi* al par. 38.

⁶²⁴ *Ivi* al par. 47.

⁶²⁵ *Ivi* al par. 64: “[...] it is clear from the BIT, from the Revised Amended Request for Arbitration, the written submissions, and the oral discussion at the Tribunal’s First Session, that Claimants and Respondent are now agreed that expropriation under Article 6 of the BIT is the only substantive issue over which the Tribunal has jurisdiction”.

⁶²⁶ *Ivi* al par. 66: “Neither the BIT, nor Article 42(1) of the ICSID Convention, entitles Claimants to assert customary international law as an independent cause of action”.

⁶²⁷ *Ivi* al par. 56: “Claimants further consider that in accordance with Article 11 of the BIT [Application of Other Rules], “the Tribunal’s jurisdiction under Article 8.1 allows it to find that Hungary’s expropriation under Article 6 “breached customary international law” to the extent that applicable rules of international law, including customary, are more favorable than those in Article 6 of the Treaty”.

Dopo una prima generale affermazione sulla rilevanza dell'intero diritto internazionale, soprattutto per la piena comprensione del concetto di espropriazione, non definito dal BIT⁶²⁸, il Tribunale ha trattato la più delicata questione della possibilità di utilizzare la clausola MFN per ampliare l'ambito della giurisdizione materiale del Tribunale. Abbastanza sbrigativamente, dopo aver evidenziato come in proposito sia necessario serbare una particolare prudenza, il Tribunale ha implicitamente manifestato la sua adesione a quella corrente che nega alle clausole MFN una rilevanza giurisdizionale, affermando come quella inclusa nel BIT non potesse essere interpretata o applicata in modo tale da permettere la creazione di nuove "causes of action", oltre a quelle che siano il chiaro frutto del consenso manifestato dalle parti del BIT⁶²⁹.

Dunque, nonostante il collegio arbitrale abbia in concreto negato la possibilità di avanzare delle domande basate sul diritto internazionale consuetudinario, è comunque evidente come questa decisione risulti assolutamente coerente con quelle precedentemente analizzate. Infatti, anche qui l'indagine del Tribunale si è concentrata sulla natura e sull'estensione del consenso espresso dagli Stati contraenti in relazione alla giurisdizione materiale dell'organo chiamato a risolvere le controversie con gli investitori. In buona sostanza, il Tribunale ha ritenuto che la formulazione della clausola compromissoria nel BIT non consentisse la decisione di domande aventi come propria base giustificativa norme diverse da quella specificamente individuata nella clausola compromissoria del Trattato. La bontà di tale analisi non è pregiudicata dalla circostanza per cui il ricorrente avesse tentato di adoperare la clausola MFN per legittimare la proposizione di domande radicate nel diritto generale. Al contrario, dimostra come anche gli investitori fossero consapevoli della limitatezza del consenso manifestato dagli Stati contraenti. Peraltro, senza entrare in questa sede nel merito della "portata giurisdizionale" delle clausole MFN, è ragionevole credere che il Tribunale abbia agito correttamente perché, se avesse accolto gli argomenti degli attori, avrebbe di fatto "inventato" un consenso inesistente, snaturando quello effettivamente prestato⁶³⁰.

Infine, un altro Tribunale – se pure nell'ambito di un'obiezione preliminare *ex art. 41, par. 5, delle Rules*⁶³¹ – si è occupato della questione. Ci si riferisce a *Emmis International v. Hungary*⁶³², caso in cui due società distinte, incorporate in Stati diversi, avevano

⁶²⁸ *Ivi* al par. 72: "This is not to say that customary international law is a distinct and separate basis of potential liability in this case, which it is not, but rather that customary international law is intertwined with expropriation law and cannot be treated separately". In più, al par. 77 lett. c): "In the absence of definition and guidance as to expropriation in the UK-Hungary BIT, the Tribunal will rely on customary and general principles of international law, as well as contemporary sources of law on expropriation, in determining whether or not an expropriation has occurred and if so, the compensation to be awarded".

⁶²⁹ *Ivi* al par. 73: "MFN clauses are not and should not be interpreted or applied to create new causes of action beyond those to which consent to arbitrate has been given to the Parties".

⁶³⁰ Per una recente indagine sulla portata giurisdizionale delle clausole MFN, si veda Stoppioni E., "Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses", in *MPILux Working Paper 3* (2017).

⁶³¹ L'art. 41, par. 5, delle Rules prescrive che: "Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit [...]". Per una recente trattazione sulle modalità applicative della norma, si veda Markert L., "Summary Dismissal of ICSID Proceedings", *ICSID Review*, vol. 31 (2016), a pag. 695 e ss.

⁶³² *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Decisione

intentato un procedimento comune contro l'Ungheria. Nello specifico, i due BIT rilevanti erano quelli conclusi dall'Ungheria con i Paesi Bassi e con la Svizzera. Mentre la clausola compromissoria inclusa nel primo prevedeva la competenza del Tribunale per ogni controversia relativa a espropriazioni o nazionalizzazioni dell'investimento⁶³³, quella del secondo era più circoscritta, dal momento che limitava la competenza del Tribunale alle controversie “concerning Article 6 of the BIT”⁶³⁴. Oltre alle violazioni del BIT, i ricorrenti avevano anche richiesto al Tribunale di accertare la violazione, da parte dell'Ungheria, della norma di diritto internazionale generale relativa all'espropriazione senza compensazione. D'altra parte, il convenuto aveva ritenuto che tali domande, basate sul diritto consuetudinario, fossero chiaramente “without legal merit”, dal momento che questi non aveva manifestato il proprio consenso alla risoluzione di controversie relative a domande basate esclusivamente sul diritto consuetudinario⁶³⁵.

Dopo aver qualificato quella del convenuto come obiezione relativa alla sua giurisdizione *ratione materiae*, il Tribunale ha raggiunto conclusioni distinte a seconda della base giurisdizionale. Dal momento che, come già si è detto, quella del BIT con la Svizzera era formulata in modo meno ampio, il Tribunale ha ritenuto che le parti avessero limitato il loro consenso solamente alle controversie relative agli standard previsti dal Trattato, escludendo con ciò che potessero essere dedotte nel procedimento delle controversie basate solamente sul diritto consuetudinario⁶³⁶. Conclusioni diverse sono state raggiunte dal Tribunale in relazione alla clausola compromissoria del Trattato tra Ungheria e Paesi Bassi: poiché questa era formulata in termini molto ampi, non era possibile ritenere che le parti avessero voluto escludere dalla competenza del Tribunale le controversie radicate nel diritto internazionale generale⁶³⁷.

La decisione nel caso *Emmis International v. Hungary*, seppure nel contesto “semplificato” dell'art. 41, par. 5, delle Rules, si pone in continuità rispetto a quella di *Cambodia Power v. Cambodia* proprio perché anche qui il Tribunale ha concentrato la propria attenzione sulla estensione del consenso manifestato dagli Stati nel BIT e, conseguentemente, sulla interpretazione della clausola compromissoria ivi contenuta.

Esplorato lo stato della giurisprudenza rilevante, per completare il quadro occorre ora dare brevemente conto di alcune altre interessanti riflessioni dottrinali, assolutamente condivisibili, che hanno precisato le condizioni che dovrebbero sussistere perché un investitore possa basare le proprie domande non solo sul diritto internazionale consuetudinario ma anche su norme internazionali (pattizie) non contenute nel BIT ma in altri strumenti internazionali vincolanti per lo Stato ospite⁶³⁸.

sull'obiezione preliminare ai sensi dell'art. 41(5) delle Rules dell'11 marzo 2013, (Campbell McLachlan [Presidente], Marc Lalonde, Christopher Thomas).

⁶³³ *Ivi* al par. 39.

⁶³⁴ *Ivi* ai parr. 42 e 43.

⁶³⁵ *Ivi* al par. 58.

⁶³⁶ *Ivi* al par. 81.

⁶³⁷ *Ivi* al par. 82.

⁶³⁸ Ci si riferisce alle risultanze dell'analisi sviluppata in Demirkol B., “*Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018).

In primo luogo, questo sarebbe possibile tutte le volte in cui gli Stati parte del BIT non abbiano assegnato ad altri organi giudiziari internazionali la giurisdizione esclusiva a conoscere delle controversie basate su quelle norme “esterne” al BIT⁶³⁹.

In secondo luogo, l'investitore potrà ricorrere ad una norma sostanziale contenuta in un Trattato diverso dal BIT solo se quella non abbia una rilevanza meramente interstatale. In buona sostanza, si richiede che tale norma, che dispone situazioni giuridiche per il solo Stato che ha aderito allo strumento internazionale da cui quella deriva, abbia un contenuto di cui l'investitore possa beneficiare. Solo quando l'investitore possa dimostrare di essere titolare diretto di un interesse giuridico che si realizza direttamente attraverso il rispetto di quella norma, allora e solo allora egli sarà legittimato ad invocarne l'applicazione⁶⁴⁰.

L'analisi svolta ha cercato di comprendere quando e come i ricorrenti possano includere nel perimetro materiale della controversia, sotto il profilo della *causa petendi*, norme diverse da quelle previste nel BIT rilevante. Si è visto come questo sia possibile solamente quando l'ambito del consenso manifestato dalle parti, e incorporato nella clausola compromissoria, non sia limitato alle sole controversie relative derivanti dall'interpretazione o dall'applicazione di norme del BIT specificamente individuate. Nello specifico, quando la portata del consenso sia ampia, nessun ostacolo dovrebbe impedire all'investitore di porre alla base delle sue pretese norme di diritto internazionale ovvero di diritto pattizio (extra-BIT), quando questi sia riuscito a dimostrare la sussistenza di un suo interesse specifico e giuridicamente tutelato relativo all'applicazione di quella norma.

⁶³⁹ È ragionevole ritenere che tale esclusività possa stabilirsi sia quando esista una esplicita affermazione in tal senso sia quando l'interpretazione del testo (alla luce del contesto, dello scopo e dell'oggetto del trattato ovvero di altri mezzi interpretativi) lasci poco spazio a dubbi.

⁶⁴⁰ *Ivi* a pag. 85: “*The limits of investor’s standing in investment arbitration should be designated with reference to investor’s legal interests. Even if an investor is not a direct right-holder, it may be a beneficiary of an international norm. Under such an international norm, the investor would also have a legal entitlement or interest that it can vindicate. So long as an investor can vindicate a legal interest conferred upon it by an international norm, it will have standing in investment arbitration to claim state responsibility for the breach of this norm?*”.

2.3.3 Il perimetro temporale della controversia

Per quanto concerne l'ambito di indagine relativo alla determinazione del perimetro temporale della controversia, occorre in primo luogo evidenziare come non si presenti la necessità di considerare la questione del momento in cui una controversia internazionale, tra investitore e Stato, possa venire ad esistenza, dal momento che tale tematica è già stata sufficientemente indagata nel corso del primo capitolo. Piuttosto, ciò che in questo paragrafo si cercherà di fare, per almeno due ragioni, è di trattare il concetto di fatto generatore della controversia nel diritto degli investimenti.

In primo luogo, infatti, molti BIT escludono l'applicabilità delle loro disposizioni alle controversie che “siano sorte da eventi avvenuti prima dell'entrata in vigore del Trattato”⁶⁴¹. Conseguentemente, quando gli eventi da cui sia sorta la controversia si collochino nel tempo anteriore all'entrata in vigore del Trattato, la tutela giurisdizionale sarà preclusa all'investitore in ragione della carenza della giurisdizione *ratione temporis* in capo al Tribunale arbitrale.

In secondo luogo, diversi BIT, al fine di limitare le possibilità degli investitori di attivare il procedimento contenzioso, richiedono che intercorra un certo lasso temporale tra gli “eventi che hanno condotto alla controversia” e l'istituzione del procedimento contenzioso⁶⁴². L'obiettivo di tali disposizioni è quello di evitare una immediata, e potenzialmente non sufficientemente meditata, attivazione del procedimento contenzioso.

Orbene, alla luce di queste premesse, è necessario chiedersi quale sia il rapporto intercorrente tra il concetto di fatto generatore e quello degli eventi che conducono ad una data controversia o da cui la controversia sia sorta. Per la piena comprensione di tale rapporto, occorre anzitutto fornire una prima definizione giuridica di “fatto generatore”, che possa dirsi valida nell'ambito della responsabilità per violazione di norme a protezione degli investimenti e degli investitori. A questo proposito, non sembra né opportuno né conveniente distanziarsi dalla nozione di fatto generatore elaborata dalla CIG, che – come si è visto *supra* – ricomprende il fatto, o l'insieme di fatti, avente un legame così stretto con la controversia da determinarne l'oggetto. Da un punto di vista puramente logico, l'applicazione della definizione fornita dalla CIG al settore dell'arbitrato di investimento induce a credere che la nozione di fatto generatore debba ricomprendere in sé tutti gli atti che abbiano sostanziato la condotta

⁶⁴¹ “Per una lista esemplificativa si veda Vandevelde K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, (Oxford: Oxford University Press), 2010, a pag. 175: “Some BITs state explicitly that the provisions of the BIT are not applicable to claims or disputes arising out of events that occurred prior to the BIT's entry into force”. A titolo esemplificativo, si riporta l'art. 13 del Norway 2007 Model BIT, in apertura della *Section 3 – Dispute Settlement Provisions*, che dispone che: “This Section does not apply to disputes arising out of events that have occurred before the entry into force of this Agreement”. Evidentemente, la nozione di “events” deve essere operata in riferimento a quanto già previsto all'art. 1 del BIT, la cui seconda parte recita: “The Section [Dispute Settlement Provisions] does not apply to disputes arising out of events that have occurred before the entry into force of this Agreement”.

⁶⁴² Si consideri l'art. 26 del Canada 2004 Model BIT, i cui par. 1, lett. b) e par. 2, lett. b) prevedono che l'investitore possa attivare il procedimento arbitrale solamente quando “at least six months have elapsed since the events giving rise to the claim”. Dello stesso avviso anche l'USA 2012 Model BIT, all'art. 24, par. 3, ove si subordina l'attivazione del procedimento contenzioso al fatto “[...] that at least six months have elapsed since the events giving rise to the claim”.

dello Stato ospite che è oggetto di contestazione da parte dell'investitore. Solo tali atti, infatti, sono idonei a connotare l'oggetto della controversia, proprio poiché l'accertamento della loro liceità internazionale – sulla base della *causa petendi* forgiata dal ricorrente – è il più rilevante presupposto per l'adozione dei rimedi richiesti dall'attore al Tribunale.

In giurisprudenza sono sorte problematiche particolari nei casi in cui il ricorrente abbia tentato di qualificare l'illecito come continuato, pretendendo così di dimostrare che la condotta contestata, in ragione della sua natura, era stata attuata anche nel tempo successivo alla data critica. La questione non è affatto nuova, e occorre indagare l'attitudine dei Tribunali che l'hanno trattata e risolta.

In *Mondev v. United States*⁶⁴³, il Tribunale ha ritenuto che si dovesse distinguere tra un atto avente natura continuata e un atto, già compiuto, che continua ad cagionare effetti dannosi⁶⁴⁴. Dopo la premessa generale per cui la natura – continuata o meno – dell'atto non possa che dipendere dai fatti in concreto e dalla natura della asserita violazione⁶⁴⁵, e ancorando il proprio ragionamento alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati e al Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati⁶⁴⁶, il Tribunale ha ritenuto che l'illecito internazionale commesso dallo Stato (*rectius*, l'espropriazione) si fosse verificato nel momento in cui le autorità avevano disposto il pignoramento dei beni dell'investitore⁶⁴⁷. Infatti, generalmente, perché possa dirsi lecito l'atto autoritativo che priva un soggetto di alcuni beni, c'è bisogno – ai sensi dell'art. 1110 del NAFTA – che l'autorità riconosca contestualmente a quello l'esistenza dell'obbligazione di compensare⁶⁴⁸. Invece, quando le autorità non riconoscano alcun diritto all'indennizzo in capo al soggetto leso, l'illecito deve dirsi compiuto al momento in cui si realizza la privazione dei beni (o nei momenti immediatamente successivi), mentre la mera esistenza della possibilità di ricorrere al giudice interno non può in alcun modo “sospendere” l'illiceità della condotta delle autorità statuali, già compiuta nel tempo anteriore all'entrata in vigore del NAFTA⁶⁴⁹.

⁶⁴³ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, *Award* dell'11 ottobre 2002, (Stephen Ninian [Presidente], James Crawford, Stephen M. Schwebel).

⁶⁴⁴ *Ivi* al par. 58: “For its part the Tribunal agrees with the parties both as to the non-retrospective effect of NAFTA and as to the possibility that an act, initially committed before NAFTA entered into force, might in certain circumstances continue to be of relevance after NAFTA's entry into force, thereby becoming subject to NAFTA obligations. But there is a distinction between an act of a continuing character and an act, already completed, which continues to cause loss or damage”.

⁶⁴⁵ *Ibidem*: “Whether the act which constitutes the gist of the (alleged) breach has a continuing character depends both on the facts and on the obligation said to have been breached”.

⁶⁴⁶ *Ivi* al par. 68: “The basic principle is that a State can only be internationally responsible for breach of a treaty obligation if the obligation is in force for that State at the time of the alleged breach. The principle is stated both in the Vienna Convention on the Law of Treaties and in the ILC's Articles on State Responsibility, and has been repeatedly affirmed by international tribunals”.

⁶⁴⁷ *Ivi* al par. 73: “any expropriation of the enterprise occurred not later than the date of foreclosure, and [...] it was completed at the latest by that date”.

⁶⁴⁸ *Ivi* al par. 71: “It is true that the obligation to compensate as a condition for a lawful expropriation (NAFTA Article 1110(1)(d)) does not require that the award of compensation should occur at exactly the same time as the taking. But for a taking to be lawful [...], at least the obligation to compensate must be recognized by the taking State at the time of the taking, or a procedure must exist at that time which the claimant may effectively and promptly invoke in order to ensure compensation”.

⁶⁴⁹ *Ivi* al par. 71: “A “taking” of property, not acknowledged as such by the government concerned and not accompanied by any offer of compensation, is not rendered conditionally lawful by the contingency that the aggrieved

Viceversa, l'eventuale violazione delle norme del Trattato ad opera dei giudici interni potrà dare luogo ad una violazione distinta rispetto a quella antecedente, e che consiste nel diniego di giustizia. Pertanto, considerato che nel caso di specie gli atti espropriativi erano stati realizzati nel tempo anteriore all'entrata in vigore del Trattato, mentre le pronunce giudiziali erano state rese nel tempo a quella successivo, il Tribunale ha escluso la sussistenza della propria giurisdizione *ratione temporis* per i primi e l'ha riconosciuta per le seconde⁶⁵⁰.

Un altro rilevante caso in cui il Tribunale è stato chiamato alla verifica della natura dell'illecito per capire se il fatto generatore di quello abbia avuto luogo prima o dopo l'entrata in vigore dello strumento internazionale rilevante è *MCI Power v. Ecuador*⁶⁵¹. Se da una parte i ricorrenti non negavano il momento in cui il BIT era entrato in vigore e neppure la non retroattività dei suoi effetti⁶⁵², questi comunque sostenevano, *inter alia*, che quelle compiute dall'Ecuador fossero delle violazioni aventi una natura continuata o composita e che per questo fossero conoscibili dal Tribunale⁶⁵³. Dopo aver iniziato dando conto dei fatti e della loro collocazione temporale, il ragionamento sviluppato dal Tribunale è poi "virato" sul concetto di controversia. In buona sostanza, dopo aver distinto tra "atti e omissioni" antecedenti all'entrata in vigore del BIT e "atti e omissioni" successivi a quel momento, il Tribunale ha evidenziato come le sole controversie che potessero essere oggetto della sua giurisdizione erano quelle relative alla violazione delle norme del BIT derivanti da condotte successive all'entrata in vigore di quello⁶⁵⁴. Nonostante la formulazione di questo passaggio argomentativo possa creare confusione tra il concetto di controversia e quello del suo fatto generatore, occorre comunque evidenziare come in realtà il Tribunale abbia solo espresso l'ovvio concetto per cui una controversia non possa che essere connotata in ragione del suo contenuto cristallizzato. Orbene, è evidente che se il fatto generatore della controversia è quello che ne determina il contenuto, la sua collocazione temporale sarà rilevante a prescindere dal momento in cui lo scontro delle volontà ha avuto luogo. Il Tribunale ha poi dettagliatamente trattato la questione della natura dell'illecito, continuata o composita, e nel suo ragionamento ha anch'esso valorizzato le disposizioni del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati. In buona sostanza, secondo il Tribunale, gli eventi anteriori possono solamente essere considerati dal

party may sue in the local courts for conversion or for breach of contract. There is a distinction between compensation offered or provided for a lawful taking of property and damages for the wrongful seizure of property".

⁶⁵⁰ Ivi al par. 75: "For these reasons, the Tribunal concludes that the only arguable basis of claim under NAFTA concerns the conduct of the United States courts in dismissing LPA's claims. Moreover it is clear that Article 1105(1) provides the only basis for a challenge to that conduct under NAFTA".

⁶⁵¹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award del 31 luglio 2007 (Raúl E. Vinuesa [Presidente], Benjamin J. Greenberg, Jaime Irrarrazabal).

⁶⁵² Ivi al par. 55.

⁶⁵³ Ivi al par. 56: "The Claimants put forward the arguments that the Tribunal must consider events occurring before the BIT entered into force because Ecuador's actions before the BIT entered into force were continuing or composite breaches [...]".

⁶⁵⁴ Ivi al par. 62: "The Tribunal distinguishes acts and omissions prior to the entry into force of the BIT from acts and omissions subsequent to that date as violations of the BIT. The Tribunal holds that a dispute that arises that is subject to its Competence is necessarily related to the violation of a norm of the BIT by act or omission subsequent to its entry into force".

Tribunale “al fine di comprendere il retroterra fattuale, le ragioni o l’ambito delle violazioni del BIT avvenute dopo la sua entrata in vigore”, e nulla di più⁶⁵⁵.

L’analisi di questi due casi ha dimostrato come esista una certa tendenza giurisprudenziale, condivisibile, che ricollega la collocazione temporale del fatto generatore a quella del momento in cui si è avuta la condotta dello Stato che ha asseritamente violato le norme a protezione dell’investitore e dell’investimento. Ovviamente, si è visto come la collocazione temporale della condotta violativa dipenda dalla natura dell’illecito e, nei casi indagati, quest’ultima è stata qualificata utilizzando i criteri propri del diritto internazionale, contenuti nel Progetto di articoli sulle responsabilità internazionale. In buona sostanza, le pronunce appena indagate hanno dimostrato come la connotazione dell’illecito come continuato sia sovente un mero artificio, proposto dal ricorrente, per far sì che il Tribunale possa riconoscersi giurisdizionalmente competente *ratione temporis*.

Esiste però un’altra tendenza giurisprudenziale sulla natura, continua o composita, dell’atto illecito compiuto dallo Stato, contraria a quella precedente. In *SGS v. Philippines*⁶⁵⁶, il Tribunale ha ommesso di indagare se il Trattato potesse “coprire” controversie derivanti da violazioni contrattuali realizzate e “completate” prima dell’entrata in vigore dello strumento internazionale proprio perché, valorizzando la natura dell’illecito contestato, ha ritenuto che le violazioni di obbligazioni derivanti da un contratto di investimento dovessero essere qualificate come illeciti continuati. Nello specifico, poiché il mancato pagamento delle somme dovute in ragione dell’esecuzione del rapporto contrattuale persisteva al momento della data critica, ovvero quella dell’entrata in vigore del Trattato, il Tribunale riteneva che la controversia ricadesse indubbiamente nella sua giurisdizione⁶⁵⁷.

Ugualmente sorprendenti le conclusioni raggiunte dal Tribunale in *Tecmed v. Mexico*⁶⁵⁸: alla luce della chiara formulazione del Trattato, il quale escludeva la retroattività delle proprie disposizioni⁶⁵⁹, il Tribunale aveva confermato come per la sussistenza della propria giurisdizione *ratione temporis* fosse necessario identificare una condotta successiva alla data critica⁶⁶⁰. Tuttavia, il Tribunale fece rientrare nella propria giurisdizione le condotte dello Stato che, se pure antecedenti alla data critica, dovevano considerarsi giuridicamente collegate con quelle costituenti l’illecito, in

⁶⁵⁵ *Ivi* al par. 93: “The Tribunal holds that it has Competence over events subsequent to the entry into force of the BIT when those acts are alleged to be violations of the BIT. Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force”.

⁶⁵⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, (Ahmed S. El-Kosheri [Presidente], James Crawford, Antonio Crivellaro).

⁶⁵⁷ *Ivi* al par. 167: “It is not, however, necessary for the Tribunal to consider whether Article VIII of the BIT applies to disputes concerning breaches of investment contracts which occurred and were completed before its entry into force. At least it is clear that it applies to breaches which are continuing at that date, and the failure to pay sums due under a contract is an example of a continuing breach”.

⁶⁵⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, *Award* del 29 maggio 2003, (Horacio A. Grigera Naon [Presidente], José Carlos Fernández Rozas, Carlos Bernal Vera).

⁶⁵⁹ *Ivi* al par. 63.

⁶⁶⁰ *Ivi* al par. 66.

quanto considerate come suo componente, fattore concorrente, ovvero elemento aggravante o attenuante⁶⁶¹. Nel caso concreto, il Tribunale ritenne che gli atti antecedenti all'entrata in vigore del Trattato costituissero "completamento" di quelli successivi alla data critica, proprio perché al momento della commissione (o omissione) dei primi l'investitore non avrebbe potuto comprenderne la portata, alla luce del fatto che il BIT non era ancora in vigore e che non era oggettivamente possibile insierire tali condotte nel più ampio contesto della condotta attribuibile allo Stato in relazione all'investimento.

Nonostante sembrino maggiormente convincenti le prime ricostruzioni di cui si è dato conto, perché è ivi più chiara la cesura tra il momento in cui l'atto illecito è confezionato e le sue successive ripercussioni, non risulta però possibile dare in questa sede conto, almeno con certezza, di quali possano dirsi i criteri migliori alla distinzione tra illecito istantaneo ad effetti continuati nel tempo e illecito permanente. In realtà, come già si è detto *supra*, ciò dipende sia dalle circostanze fattuali concretamente indagate dal Tribunale sia dalla natura dell'illecito denunciato dall'attore.

Più in generale, la breve rassegna giurisprudenziale che si è svolta ha consentito di comprendere come una certa connotazione qualitativa del fatto generatore della controversia possa incidere sulla sussistenza (o sulla estensione) della giurisdizione temporale del Tribunale adito.

Per completezza occorre evidenziare come vi sia un altro importante caso in cui il fatto generatore, la cui natura è stata delineata in queste pagine, assume rilievo. Ci si riferisce al caso in cui la base giurisdizionale impedisca all'investitore di intentare un procedimento quando sia trascorso oramai un certo periodo di tempo dal momento in cui la condotta statale asseritamente in violazione del Trattato ha avuto luogo. L'esempio più evidente in materia è costituito dall'art. 1117, par. 2, del NAFTA, che sancisce l'impossibilità di avanzare qualsivoglia pretesa ("make a claim") quando siano trascorsi più di tre anni dalla data in cui l'interessato "ha avuto, o avrebbe dovuto avere, conoscenza dell'illecito e conoscenza del danno da quello derivante"⁶⁶².

Un caso assai rilevante relativo alla portata dell'art. 1117 del NAFTA è *Feldman v. Mexico*⁶⁶³. Nella decisione preliminare sulle questioni giurisdizionali, il collegio giudiziale ha praticamente dato per scontato che il termine a quo corrispondesse al tempo in cui le autorità dello Stato avevano implementato le misure asseritamente illecite⁶⁶⁴. Piuttosto, la problematica consisteva nel comprendere se l'espressione "make a claim" dovesse riferirsi al momento della notificazione della "notice of intent

⁶⁶¹ *Ivi* al par. 68.

⁶⁶² L'art. 1117, par. 2, del NAFTA prescrive: "*An investor may not make a claim on behalf of an enterprise described in paragraph 1 if more than three years have elapsed from the date on which the enterprise first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the enterprise has incurred loss or damage*".

⁶⁶³ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Decisione interinale sulle questioni giurisdizionali preliminari (Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues) del 6 dicembre 2000, (Konstantinos D. Kerameus [Presidente], Jorge Covarrubias Bravo, David A. Gantz).

⁶⁶⁴ *Ivi* al par. 43: "*On the other hand, measures complained of by Claimant practically extend over the whole period starting in the years 1990 or 1991*".

to submit a claim to arbitration” ovvero a quello della “notice of arbitration”⁶⁶⁵. Nel caso di specie, e per ragioni che non è necessario approfondire in questa sede, il Tribunale ha concluso che il momento rilevante per l’art. 1117 del NAFTA fosse quello della attivazione vera e propria del procedimento contenzioso⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ *Ibidem*. “Therefore, the issue of the point in time at which the limitation period is interrupted becomes relevant: depending on whether the notice of intent to submit a claim to arbitration or the notice of arbitration has this effect, the three-year limitation period is apt to affect alleged measures taken before, respectively, February 16, 1995, or April 30, 1996, that is, three years counted backwards from each notice”.

⁶⁶⁶ *Ivi* al par. 44.

2.3.4 Il perimetro personale della controversia

Esaurita la trattazione delle questioni più problematiche circa la determinazione dei perimetri materiale e temporale della controversia ad opera dell'attore nella prima fase del procedimento, conviene ora affrontare la tematica della determinazione del perimetro personale al tempo della proposizione della domanda.

Prima di chiarire che cosa si intenda in questa sede con tale espressione, occorre ancora una volta premettere come la trattazione non avrà ad oggetto la nozione di investitore, la quale – replicando qui quanto già si è precisato anche precedentemente in relazione alla nozione di investimento – non interessa perché, se pure di per sé idonea ad incidere sulla sussistenza della giurisdizione del Tribunale, non può essere ritenuta capace di apportare alcun contributo conoscitivo alle modalità di determinazione del perimetro personale della controversia nel momento in cui viene instaurato il procedimento contenzioso. In altri termini, nelle riflessioni sviluppate nelle seguenti pagine, si darà per presupposto che il soggetto intenzionato (uno o più, a seconda dei casi) ad accedere alla tutela giurisdizionale approntata dal BIT e dalla Convenzione ICSID sia un investitore, ovvero sia che soddisfi tutti i requisiti soggettivi previsti da quei due strumenti giuridici internazionali.

Tanto premesso, risulta opportuno precisare come la trattazione si svilupperà attorno a due nuclei essenziali, ciascuno dei quali presenta sue proprie particolarità.

In primo luogo, sarà indagata la fattispecie che vede l'instaurazione del procedimento contenzioso contro il medesimo convenuto da parte di una pluralità di attori. In relazione a ciò, occorre ulteriormente precisare due fattispecie distinte. La prima, più tradizionale, in cui decida di agire congiuntamente un numero limitato di distinti investitori (molto più frequentemente si tratta di persone giuridiche) perché tutti coinvolti, in vario grado, nella medesima operazione economica (direttamente o indirettamente, come nel caso in cui ad instaurare il procedimento sia il titolare di quote di minoranza della società che ha operato l'investimento): quando questi investitori appartengano a Stati diversi (finanche quello in cui l'investimento è stato operato, come si vedrà), non è escluso che un Tribunale possa essere chiamato all'applicazione di diversi Trattati d'investimento, nell'ambito del medesimo procedimento. La seconda, è quella della proponibilità di mass claims, ovvero sia quello di convogliare nel medesimo procedimento, sin dalla sua instaurazione, tutte le pretese giuridiche di un numero, più o meno grande, di investitori, che si ritrovano grossomodo nella medesima situazione.

In secondo luogo, si verificherà anche la situazione inversa, ovvero sia se sia possibile che, a prescindere dal numero degli attori, vi sia una pluralità di Stati convenuti. In relazione a ciò, ci si chiederà anche se lo Stato possa contestare la giurisdizione *ratione personae* del costituito Tribunale Arbitrale, adducendo che la vera controversia non è quella dedotta dall'investitore contro lo Stato bensì quella tra l'investitore e un soggetto diverso.

2.3.4.1 I procedimenti con pluralità di parti

La prima fattispecie da indagare è quella in cui sia coinvolto nell'operazione di investimento un certo numero, predeterminato o predeterminabile, di investitori. Questa è una situazione che si propone con una grande frequenza.

Per avere un quadro chiaro della situazione occorre però un'ulteriore premessa. Nella grande maggioranza dei casi, perché dei soggetti appartenenti a Stati altri possano operare in un certo Stato il loro investimento, è necessario che acquisiscano o costituiscano un ente morale (si tratterà, perlopiù, di società) istituito ai sensi della normativa ivi vigente⁶⁶⁷. In altri termini, l'ente acquistato o costituito sarà al contempo “investimento” e “mezzo per l'esecuzione dell'investimento”.

Il caso più semplice è quello in cui le quote di questo “nuovo” ente appartengano esclusivamente ad un solo soggetto (sia questa persona fisica o giuridica), il quale sarà quindi il solo investitore potenzialmente leso dalla condotta dello Stato. Al contrario, la situazione sarà più complessa ogniqualvolta la proprietà della nuova società sia suddivisa tra una pluralità di soggetti, tutti egualmente investitori.

Nel primo caso, quando una condotta dello Stato ospite asseritamente illecita rechi pregiudizio all'investimento, l'unico titolare delle quote della società-investimento (investitore) potrà agire contro lo Stato. In altre parole, quell'investitore potrà ragionevolmente basare le proprie pretese giuridiche sullo strumento internazionale concluso tra il suo Stato di cittadinanza e lo Stato ospite. Nonostante i primi, iniziali tentativi di contestazione da parte degli Stati convenuti della legittimazione ad agire del ricorrente, la questione non pone oggi alcuna particolare difficoltà. Questo è chiaro sol considerando quanto concluso dal Tribunale nel caso *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*⁶⁶⁸: in quella sede, tra le obiezioni fatte valere dallo Stato convenuto, si stagliava quella per cui i ricorrenti, azionisti di maggioranza della società costituita ai sensi del diritto del Burundi, non avrebbero goduto dello *ius standi*. Secondo il convenuto, al contrario, l'unica legittimata ad agire innanzi al Tribunale sarebbe stata la società asseritamente lesa dalle condotte dello Stato, ovvero quella ivi costituita⁶⁶⁹. Per rigettare tale argomentazione, e quindi per giustificare la scelta di attivare il meccanismo arbitrale senza valersi della società incorporata in Burundi, gli attori avevano argomentato come al sistema di protezione internazionale degli investimenti non potesse accedere la società incorporata nello Stato ospite⁶⁷⁰. Il Tribunale, richiamando le conclusioni raggiunte da precedente giurisprudenza, ha rigettato l'obiezione del convenuto ma, al tempo stesso, ha precisato come neppure gli argomenti degli attori potessero essere condivisibili. In relazione a questi ultimi, infatti, il Tribunale ha precisato come sia la stessa Convenzione ICSID, all'art. 25, a precisare che gli enti incorporati nello Stato ospite possono essere parti nel procedimento

⁶⁶⁷ Koutoglidou A., “*Multiple Party Investment Dispute Resolution: Who Are the Proper Parties?*”, in Macmahon B., *Multiple Party Actions in International Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2009), a pag. 266: “*The issue of corporate nationality for foreign investments becomes more significant when considering that one of the investment policies of developing countries is the requirement that the investment be operated by a local company*”.

⁶⁶⁸ *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Decisione, 10 febbraio 1999, (Prosper Weil [Presidente], Mohammed Bedjaoui, Jean-Denis Bredin).

⁶⁶⁹ *Ivi* al par. 88.

⁶⁷⁰ *Ibidem*.

contenzioso istituito davanti al Tribunale arbitrale purché lo Stato accetti di considerare quell'ente come appartenente ad un altro Stato, in ragione del controllo su di questo esercitato da cittadini di Stati terzi⁶⁷¹.

Inoltre, in relazione alle obiezioni dell'attore circa la sussistenza dello ius standi in capo agli azionisti, il Tribunale ha poi confermato come costante giurisprudenza avesse pacificamente riconosciuto la sussistenza della legittimazione ad agire in capo ai soggetti, persone fisiche e giuridiche, che fossero titolari della quota di controllo della società formalmente destinataria delle misure statuali asseritamente illecite⁶⁷². Tanto basta per chiarire che il singolo possessore delle quote della società-investimento può istituire, con o senza questa, un procedimento arbitrale per lamentare la liceità di condotte statuali lesive dell'investimento. In questo caso, dalla parte attorea, avremo un solo soggetto, o due, nel caso in cui insieme a questi agisca anche la società incorporata nello Stato ospite.

Non risulta molto più complessa la fattispecie in cui le quote sociali della società-investimento appartengano non ad un solo investitore, individuo o ente, bensì ad un gruppo omogeneo e coordinato di investitori, i quali si localizzano in un solo Stato. Tali omogeneità e coordinamento possono dipendere da vari fattori, tra cui l'appartenenza, nel caso di società, ad un medesimo gruppo societario, l'istituzione di consorzi, la conclusione di negozi che vincolano i diversi contraenti all'azione comune in relazione all'investimento, ecc. In ogni caso, è ragionevole supporre che la pluralità di soggetti investitori, in relazione al medesimo investimento, intenda riversare nell'unico procedimento l'insieme delle asserite violazioni ad opera dello Stato. Anche in questo caso, il Tribunale non potrà fare altro che accertare positivamente la sussistenza della sua giurisdizione.

Tuttavia, se pochi sono i problemi che si presentano quando la compagine sociale sia unita nel perseguire il rimedio arbitrale contro lo Stato ospite, lo stesso non si può dire quando decidano di agire in giudizio solamente alcuni tra i soggetti che detengono la titolarità di azioni. Tali questioni sono state pacificamente chiarite dalla giurisprudenza, nel senso di ammettere la legittimazione anche solo degli azionisti di minoranza all'instaurazione di un procedimento contro lo Stato, salvo ovviamente il caso in cui tale possibilità sia espressamente preclusa dal dettato della base giurisdizionale⁶⁷³. In

⁶⁷¹ *Ibidem*. “Cette explication n'est à vrai dire guère convaincante dès lors qu'il résulte de l'article 25 de la Convention du CIRDI, comme le précise le Rapport précité des Administrateurs, qu'une personne morale ayant la nationalité de l'Etat partie au différend peut être parties aux procédures établies sous les auspices du Centre si l'Etat en question accepte de la considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers”.

⁶⁷² *Ivi* al par. 89: “le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seuls personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritable investisseurs. [...] Ce qui est vrai d'un investisseur étranger personne morale possédant le contrôle d'une société de droit local doit l'être d'un investisseur étranger personne physique possédant le contrôle d'une société de droit local”.

⁶⁷³ *Ex multis*, si consideri la pronuncia dell'*Ad-Hoc Committee* in *CMS Gas Transmissions Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, *Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, 25 settembre 2007, (Gilbert Guillaume [Presidente], Nabil Elaraby, James R. Crawford), al par. 73: “The Committee observes in particular that, as regard shareholders equity, the BIT contains nothing which indicates that the investor in capital stock has to have a majority

altre parole, se anche il ricorrente fosse uno solo tra gli azionisti di minoranza, il Tribunale non potrà che dirsi giurisdizionalmente competente, giacché mai potrebbe sindacare la decisione degli altri titolari di quote nella medesima società, di non prendere parte al procedimento.

Una questione distinta sorgerà, eventualmente, nel caso in cui queste ultime decidano di agire autonomamente nel tempo successivo all'instaurazione del procedimento cui non hanno preso originariamente parte.

Un caso particolare si dà quando agiscano congiuntamente in giudizio diversi investitori, individui o società, appartenenti a Stati diversi, che sono tali in quanto titolari di quote societarie della società-investimento. In un caso siffatto ci si potrebbe chiedere se la partecipazione al procedimento di soggetti che basano le proprie pretese giudiziali su strumenti giuridici distinti tra loro possa pregiudicare in qualche modo la sussistenza della giurisdizione *ratione personae* del Tribunale.

In effetti, sembra inevitabile che tali domande, ciascuna delle quali trovi il proprio elemento giurificativo-causale in un diverso BIT, diano luogo a controversie ontologicamente distinte tra loro. Tuttavia, ciò non dovrebbe porre particolari problemi dal punto di vista giurisdizionale perché il fatto che gli attori appartengano a ordinamenti diversi tra loro, e che quindi affermino in giudizio pretese diverse in quanto fondate su diverse basi giuridiche, costituisce pur sempre una questione di diritto applicabile e non pregiudica in nessun modo la sussistenza del potere dell'organo giudiziario di decidere questioni che vengono dedotte da parti, le quali pur sempre godono di una valida base consensuale, anche se manifestata in "luoghi diversi". In altre parole, il profilo del contenuto materiale (processuale) della controversia in questa fase rimane nettamente distinto da quello concernente la sussistenza del potere dell'organo adito di decidere controversie relative all'investimento tra quegli attori e lo Stato e in ogni caso non pregiudica la bontà di quanto qui affermato il fatto che, nella sostanza, la materia controversa dedotta in giudizio dalle due diverse società possa (e anzi, debba) essere considerata come costituente due controversie distinte, in quando composte da distinte *causae petendi*.

Questo è chiaro solo che si consideri la vicenda processuale nel caso *Guaracachi America, Inc v. Plurinational State of Bolivia*⁶⁷⁴. Nonostante questa si sia svolta alla stregua della normativa UNCITRAL, si deve ritenere che le conclusioni ivi raggiunte possano valere anche nell'ambito dei procedimenti regolati dalla normativa ICSID. In quel caso, i ricorrenti erano due società incorporate negli Stati Uniti e nel Regno Unito, che avevano attivato congiuntamente il procedimento contenzioso inoltrando una comune notice of arbitration, lamentando l'illiceità delle stesse condotte messe in essere dalle autorità boliviane in relazione all'investimento da quelle effettuato⁶⁷⁵. A prescindere dal merito delle complesse vicende fattuali e procedurali, bisogna dire come gli attori lamentassero la violazione delle norme di due strumenti giuridici

of the stock or control over the administration of the company. Investments made by minority shareholders are covered by the actual language of the definition, as also recognized by ICSID arbitral tribunals in comparable cases".

⁶⁷⁴ *Guaracachi America, Inc. & Rurelec plc v. Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Decisione, 31 gennaio 2014, (José Miguel Júdece [Presidente], Manuel Conthe, Raúl Emilio Vinuesa).

⁶⁷⁵ *Ivi* ai parr. 5 e ss.

internazionali distinti, ovverosia il BIT tra Stati Uniti e Bolivia e quello tra quest'ultima e il Regno Unito.

Il Tribunale arbitrale si è dettagliatamente speso nell'indagare se l'instaurazione di un procedimento da parte di soggetti diversi, i quali lamentano la violazione di norme appartenenti a due distinti BIT, possa o meno dirsi rispettoso del consenso manifestato dallo Stato nello strumento giurisdizionale su cui si basa l'azione di ciascun attore. Nello specifico, il Tribunale ha evidenziato come il dato testuale degli strumenti su cui gli investitori hanno basato le loro domande non includesse né condizioni né limiti alla possibilità per gli investitori di attivare un procedimento arbitrale congiunto contro lo stesso convenuto⁶⁷⁶ e neppure vincolasse i ricorrenti a basare le proprie pretese giuridiche su un solo BIT⁶⁷⁷. La mancanza di tali vincoli o condizioni, sempre secondo il Tribunale, non poteva essere interpretata nel senso di impedire a due soggetti diversi di intentare contro il medesimo Stato un procedimento in cui – se pure in relazione a diversi BIT – le contestazioni erano basate sugli stessi fatti e sulle stesse violazioni⁶⁷⁸. In conclusione, il Tribunale ha reputato che, sebbene fosse aperta ai ricorrenti la possibilità di instaurare procedimenti arbitrali separati, nulla avrebbe impedito l'attivazione congiunta di un procedimento arbitrale, nonostante l'invocazione di distinti BIT⁶⁷⁹. Nel pervenire a questa decisione, il Tribunale ha conseguentemente escluso che per l'instaurazione di un unico procedimento da parte di più soggetti, e in virtù di distinti BIT, fosse necessario un consenso *ad hoc* dello Stato, salvo ovviamente il caso in cui tale possibilità sia esplicitamente esclusa dalla base giurisdizionale su cui si basa l'azione dei ricorrenti.

L'analisi sino a qui svolta ha dimostrato come la determinazione del perimetro personale della controversia processuale al momento della instaurazione del procedimento contenzioso, perlomeno dalla parte di chi agisce, non presenti particolari problemi dal punto di vista giurisdizionale. In altre parole, l'organo giurisdizionale adito, a seconda che il procedimento sia stato attivato contestualmente da tutti i soggetti potenzialmente abilitati a farlo ovvero solamente da alcuni di essi, dovrà sempre positivamente accertare il proprio potere di risolvere la controversia. A riprova di queste conclusioni, sta il fatto che sino ad oggi sia stato elevato il numero di procedimenti arbitrali con pluralità di parti attrici⁶⁸⁰ e che rarissimamente lo Stato

⁶⁷⁶ *Ivi* al par. 336: “*The offers of arbitration contained in the BITs were not subject to any condition or limitation in their scope that would prevent the two Claimants from submitting a single, joint arbitration case against the Respondent*”.

⁶⁷⁷ *Ibidem*. “*Now were they subject to any condition that claimants in arbitration proceedings must ground their claims in just one BIT*”.

⁶⁷⁸ *Ivi* al par. 337: “*One cannot therefore interpret the Treaties – using the well-known rules of treaty interpretation of Article 31 of the VCLT – as if they contained some limitation of scope preventing a claimant from submitting an arbitral claim together with another claimant when both claims are based on the same alleged facts and on the same alleged breaches although brought under different BITs, provided that each claimant provides its own independent matching consent to arbitration*”.

⁶⁷⁹ *Ivi* al par. 340: “*The Tribunal therefore considers that, even if it would have been possible for the Claimants to submit separate arbitral proceedings, nothing precludes them – given the obvious link between both Claimants and the identity of the facts alleged – from deciding to jointly submit a single arbitration case, albeit invoking different BITs*”.

⁶⁸⁰ Nakajima K., “*Beyond Abaclat: Mass Claims in Investment Treaty Arbitration and Regulatory Governance for Sovereign Debt Restructuring*”, *Journal of World Investment and Trade Law*, vol. 19 (2018), a pag. 223: “*However, multi-party arbitration is a common feature of modern investment arbitration practice. As of 21 August*

convenuto eccepisce la giurisdizione del Tribunale arbitrale in ragione del numero di attori⁶⁸¹.

Una questione evidentemente diversa potrebbe delinarsi in relazione ai cc.dd. mass claims, che sono stati per la prima volta e chiaramente ammessi nel sistema dell'arbitrato di investimenti nel caso *Abaclat v. Argentina*⁶⁸². Per chiarire meglio la natura di questi, è d'uopo ricorrere alla lucida e puntuale analisi sviluppata da Abi-Saab nella opinione dissenziente alla decisione appena citata, ove l'autore profila in maniera convincente due diversi tipi di procedimenti con pluralità di attori, sin dalla fase di instaurazione del procedimento.

Il primo di questi è quello delle aggregate procedures⁶⁸³, le quali ricomprendono, in sostanza, tutti i casi in cui vi sia aggregazione di claims, appartenenti a soggetti diversi, i quali sorgano dal medesimo insieme fattuale⁶⁸⁴. Per esemplificare, si ricadrebbe in questa fattispecie quando esista un numero, magari abbastanza limitato, di investitori nel medesimo settore economico, il quale venga egualmente pregiudicato da una serie di condotte statali asseritamente lesive degli standard di protezione sostanziale previste dai BIT. Mutatis mutandis, non si tratterebbe di una situazione dissimile da quella già precedentemente analizzata di società, partecipanti alla medesima operazione economica, le quali attivino congiuntamente un procedimento in cui vengano manifestate pretese basate su BIT distinti. Nel caso di tali aggregate procedures, stante la sussistenza della giurisdizione del Tribunale in ragione del previo consenso manifestato dallo Stato, il procedimento diverrebbe un mero contenitore di controversie che, pur rimanendo distinte tra loro, vengono trattate congiuntamente per questioni di efficienza processuale. Come opportunamente notato da Abi-Saab, nei casi di aggregate procedures non si richiederebbe alcuna modificazione alla procedura che si seguirebbe nel caso di deduzione di una singola controversia nel procedimento⁶⁸⁵.

La seconda categoria di procedimenti con pluralità di attori già al momento della instaurazione del procedimento contenzioso è quella dei cc. dd. representative proceedings, costituiti perlopiù dalle cc.dd. class actions⁶⁸⁶. Ciò che caratterizza questi casi è il fatto che la deduzione nel procedimento di un elevatissimo numero di

2012, *the Arbitral Tribunal in Ambiente Ufficio v. Argentina* calculated that 38 out of 398 reported ICSID cases, including cases under Additional Facility (AF) Rules, were brought by three or more claimants. If cases brought by two claimants and non-ICSID cases are added, the number should be higher”.

⁶⁸¹ *Ivi* a pag. 224: “Few cases exist in which an objection was made by respondent because of the high number of claimants. With the exclusion of sovereign debt cases [...], *Anderson v. Costa Rica* probably has hitherto the highest number of claimants: the case was registered by 137 Canadian individual nationals pursuant to ICSID (AF) Rules [...]”.

⁶⁸² *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decisione sulla giurisdizione e sulla ammissibilità, 4 agosto 2011, (Pierre Tercier [Presidente], Georges Abi-Saab, Albert Jan van den Berg).

⁶⁸³ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, al par. 131.

⁶⁸⁴ *Ibidem*: “It consists of aggregating or centralizing the different individual claims arising “out of the same fact pattern”, as in the present case, in different ways”.

⁶⁸⁵ *Ivi* al par. 132.

⁶⁸⁶ *Ivi* al par. 133.

domande, anche grazie all'attività di uno (o più) rappresentanti dei membri della class, sia idonea a far sì che tutte queste siano trattate come una sola domanda⁶⁸⁷.

In buona sostanza, la trasformazione della massa di domande in una unica avviene perché le prime sono tutte assorbite dalla seconda ovvero perché tutte le domande appartenenti alla massa vengono trattate come fungibili le une con le altre, legittimando così il giudice a conoscerle come se costituissero una singola domanda, se pur sostenuta da moltissimi soggetti⁶⁸⁸. In altre parole, la differenza tra le due fattispecie darebbe luogo ad un *saut qualitatif*, idoneo – secondo *Abi-Saab* – a trasformare una distinzione meramente quantitativa, ovvero quella del numero di domande dedotte nel procedimento, in una distinzione anche qualitativa, giacché – sempre citando l'Autore – si passerebbe da un' individuale micro-analisi giudiziaria di fenomeni individuali a una macro-analisi giudiziaria di ampie masse di fenomeni individuali come un "tutto impersonale", il quale non può prendere in considerazione l'individualità delle componenti⁶⁸⁹.

Da ciò si evince come la posizione di *Abi-Saab* sia nel senso di operare una distinzione ontologica tra i due casi in cui esista una pluralità di attori al momento dell'instaurazione del procedimento. Da una parte, quello in cui la deduzione di una pluralità di domande, ad opera di un gruppo tutto sommato ristretto di soggetti, non pregiudichi la possibilità del Tribunale di trattare individualmente ciascuna di quelle. Dall'altra, quello dei *mass claims*, in cui la deduzione di un elevatissimo numero di domande, in nome e per conto di un numero molto elevato di soggetti, comporti di fatto una loro modificazione sostanziale.

Secondo *Abi-Saab*, questa distinzione ontologica, o qualitativa, tra domande giustificerebbe, in primo luogo, la necessità di richiedere, qualora si versi nel caso di *mass claims*, un consenso aggiuntivo da parte dello Stato convenuto⁶⁹⁰ e, in secondo luogo, una vera e propria modificazione alle norme che reggono il procedimento arbitrale, poiché quelle vigenti non prevedono alcuna modalità attraverso cui processare tale massa di domande. Secondo l'illustre autore, tale ultima modificazione non potrebbe essere messa in atto dal Tribunale, in virtù dei poteri suoi propri derivanti dall'art. 44 della Convenzione, ma dalle stesse parti, poiché il potere del Tribunale non sarebbe finalizzato a colmare una lacuna normativa bensì a creare diritto⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ *Ivi* al par. 135.

⁶⁸⁸ *Ivi* al par. 140: "For the proceedings to change suddenly into a representative one, the individual claims have to be cast into one claim or transformed into identical fungible claims, which comes down to the same thing (one claim, multiplied by the number of claimants) to enable the tribunal to treat them judicially as one. But this is not possible here, as the claims retain their individualized character".

⁶⁸⁹ *Ivi* al par. 171, dove si dice che la distinzione tra le due fattispecie "constitutes what is called in physics a "quantum leap" (*saut qualitatif*) which transforms quantitative change beyond a certain point into qualitative change. The change here is from the micro-analysis and treatment of individual phenomena (i.e. claims and claimants) individually, into the macro-analysis and treatment of large masses of individual phenomena as an impersonal whole, that cannot take into consideration the individuality of the components".

⁶⁹⁰ *Ivi* al par. 190: "[...] a mere acceptance to arbitrate does not cover collective mass claims actions (regardless of the denomination) and that a special or secondary consent is needed for such collective actions".

⁶⁹¹ Nello specifico, *Abi-Saab* aveva rigettato il ragionamento sviluppato dalla maggioranza del Tribunale arbitrale – secondo cui la disciplina circa la trattazione di *mass claims* poteva essere autonomamente determinata dal collegio giudicante in virtù dei poteri attribuitigli dall'art. 44 della Convenzione ICSID – perché, lungi dall'essere una mera (e limitata) integrazione di lacunae,

È di tutta evidenza come le questioni circa la necessità che vi sia un consenso “secondario” a fini giurisdizionali e circa l’individuazione di un confine netto tra integrazione, legittima, delle norme procedurali vigenti, quando si presentino delle lacunae normative concernenti la celebrazione del procedimento, e “invenzione” o modificazione delle norme procedurali vigenti, illegittima, poiché di per sé preclusa al Tribunale e possibile solo per tramite della manifestazione della volontà delle parti contraenti, dipendano in grande misura da quella più rilevante di comprendere se sia fondato l’argomento che intravede una modificazione qualitativa della massa di domande in un’unica domanda, almeno al momento della introduzione del procedimento contenzioso. Nel tentare di abbozzare una risposta a questa questione, occorre dire di *Abaclat v. Argentina*, sino ad ora l’unico caso ICSID in cui siano stati ammessi – almeno nella fase preliminare – *mass claims*⁶⁹².

Proprio nella decisione sulla giurisdizione e sulla ammissibilità emergono degli elementi che possono essere utili per comprendere se la deduzione innanzi all’organo giudiziale di una massa di domande possa comportare una ontologica modificazione di quelle. Infatti, già nella prima fase del procedimento, il Tribunale ha ammesso come la vasta perimentrazione personale della controversia avesse delle notevoli ricadute sia sul metodo della analisi che i giudici avrebbero dovuto svolgere sia sulla c.d. *representation* dei ricorrenti, ovvero sia circa le modalità del loro stare in giudizio, senza che però questo potesse intaccare l’oggetto dell’analisi che il Tribunale avrebbe dovuto svolgere⁶⁹³.

Nello specifico, il Tribunale ha in primo luogo chiarito come non sarebbe stato possibile trattare i ricorrenti come se ciascuno di quelli fosse da solo in giudizio e, di conseguenza, come certe questioni (il Tribunale fa l’esempio dell’espropriazione) si sarebbero dovute esaminare collettivamente⁶⁹⁴. In secondo luogo, il Tribunale ha ammesso che la deduzione in giudizio avrebbe avuto un impatto sulle posizioni giuridiche processuali proprie dei ricorrenti e del convenuto, dal momento che l’interesse individuale dei singoli avrebbe dovuto essere sacrificato in favore di quello collettivo della “categoria” mentre, d’altra parte, lo Stato convenuto avrebbe perso l’opportunità di argomentare dettagliatamente e diffusamente in relazione alla posizione individuale dei singoli componenti della categoria⁶⁹⁵.

l’attività “creativa” del Tribunale avrebbe costituito chiaramente “*an amendment, modification or revision of the existing rules; an operation which lies beyond the limited power granted to the Tribunal under Article 44 of the Convention*” (così al par. 217).

⁶⁹² Altri casi simili ad *Abaclat* in cui il Tribunale è stato chiamato a verificare se quelli innanzi a lui dedotti fossero o meno *mass claims* sono *Giordano Alpi v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 e *Giovanni Alemanni and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8. In entrambi questi casi, però, i college arbitrali non hanno reputato che si trattasse di *mass claims*.

⁶⁹³ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decisione sulla giurisdizione e sulla ammissibilità, 4 agosto 2011, (Pierre Tercier [Presidente], Georges Abi-Saab, Albert Jan van den Berg), al par. 533.

⁶⁹⁴ *Ivi* al par. 536: “*It will not be possible to treat each Claimant as if he/she was alone and certain issues, such as the existence of an expropriation, will have to be examined collectively, i.e., as a group*”.

⁶⁹⁵ *Ibidem*: “*the implications will likely limit certain of Claimants’ and Argentina’s procedural rights to the extent that Claimants have to waive individual interests in favour of common interests of the entire group of Claimants, while Argentina will not be able to bring arguments in full length and detail concerning the individual situation of each of the Claimants*”.

Il ragionamento sviluppato dal Tribunale appare sin da subito difficilmente sostenibile. Infatti, non è possibile affermare che la deduzione in massa delle domande non è idonea alla modificazione dell'oggetto dell'analisi e allo stesso tempo ammettere non soltanto una limitazione notevole ai diritti processuali delle parti ma anche, e soprattutto, la necessità di provvedere a una trattazione congiunta delle diverse questioni da decidere.

In altre parole, è evidente che quando si confessi la volontà (o necessità) di provvedere a una trattazione “collettiva” (rectius, “semplificata”) delle diverse questioni controverse tra le parti si stia implicitamente ammettendo anche che ciascuna delle controversie appartenenti alla massa di quelle dedotte sarà risolta attraverso la decisione di una controversia più ampia, generale, scaturente per l'appunto dalla vasta perimetrazione soggettiva della controversia nella fase di instaurazione del procedimento. Insomma, si sta chiaramente ammettendo – eminentemente per ragioni di efficienza ed economicità processuale – la fusione delle singole controversie in una controversia più ampia, la quale assume una natura diversa rispetto alla massa di quelle che la costituiscono, non potendo dirsi la seconda il frutto di una mera addizione delle prime⁶⁹⁶.

In conclusione, è quindi ragionevole condividere gli argomenti e le preoccupazioni espresse da *Abi Saab* nella propria opinione dissenziente, sia nella parte in cui egli evidenzia che per la trattazione e la decisione di tale nuova tipologia di controversia andrebbe richiesto un consenso ulteriore degli Stati, non appartenendo questa al tipo delle controversie previste negli strumenti internazionali, sia in quella in cui ritiene che l'attività di modifica del procedimento ICSID da parte del Tribunale, attività finalizzata alla conoscenza e alla decisione di queste controversie, prescindendo la mera integrazione delle norme procedurali già definite e consista piuttosto in una vera e propria attività di creazione di norme giuridiche⁶⁹⁷.

Nonostante costituisca una pronuncia dal contenuto dirompente, quello di *Abaclat* rimane comunque un precedente isolato, dal momento che la giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti non ha conosciuto altri rilevanti casi di mass claims. Tuttavia, come notato in dottrina⁶⁹⁸, non è escluso che in futuro possano ripresentarsi delle condizioni propizie per la riemersione della questione⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ Per una posizione contraria, la quale però sembra ignorare il merito del ragionamento sviluppato dalla maggioranza del Tribunale nel caso *Abaclat*, si vedano Van Houtte H., McAsey B., “*Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID, the BIT and Mass Claims*”, *ICSID Review*, vol. 27 (2012). Gli autori citati escludono, perlomeno implicitamente, che il “*mass element*” possa originare una controversia ontologicamente diversa rispetto alla somma di quelle dedotte in giudizio e, al contrario, ritengono che quella de qua sia semplicemente una vicenda processuale che coinvolge una grande quantità di piccole domande.

⁶⁹⁷ Per gli argomenti a sostegno della posizione contraria, si veda Kabra R., “*Has Abaclat v. Argentina left the ICSID with a “Mass”ive Problem?*”, *Arbitration International*, vol. 31 (2015), a pag. 432 e ss.

⁶⁹⁸ *Ivi* a pag. 450 e ss.

⁶⁹⁹ In dottrina vi è addirittura chi ipotizza, sempre in relazione alle controversie che intercorrano in occasione di ristrutturazioni del debito pubblico, che i Tribunali d'investimento debbano agire come istituzioni incaricate di realizzare un contemperamento tra gli interessi dei creditori privati e quegli dell'ente sovrano. Si vedano le conclusioni in Nakajima K., “*Beyond Abaclat: Mass Claims in*

Con ciò deve considerarsi esaurita la parte dedicata alla perimetrazione personale della controversia dalla parte degli attori. Come si è visto, le fattispecie analizzate sono profondamente diverse tra loro. Occorre comunque dire che, salvo il caso del mutamento sostanziale della controversia quando questa sia dedotta nella “massa”, gli altri casi in cui vi siano una pluralità di attori (o aspiranti tali) non presentano particolari problemi. Infatti, quando ciascuno degli attori deduca nel procedimento una controversia differente rispetto a quella dedotta da altri ricorrenti (perché differente sotto il profilo della *causa petendi* o del *petitum*), è evidente che il procedimento – attivato congiuntamente dalla pluralità degli investitori – diventerà semplicemente un contenitore idoneo alla trattazione e alla risoluzione di quelle controversie, le quali evidentemente conservano la loro propria identità. D'altra parte, mai i Tribunali d'investimento potrebbero dichiararsi incompetenti in ragione della pluralità di controversie dedotte, salvo ovviamente il caso in cui sia la base giurisdizionale a prescriverlo.

2.2.4.2 Il principio della c.d. terza parte necessaria

Conviene ora riflettere sulla possibilità che il procedimento sia instaurato nei confronti di una pluralità di convenuti e sulla eventualità che nell'arbitrato di investimenti possa assumere una qualche rilevanza il principio della terza parte necessaria.

Per la prima questione, quella della pluralità di convenuti, occorre sin da ora dire come non si siano mai dati dei procedimenti che coinvolgessero una pluralità di Stati convenuti. Questo sembra fisiologico anzitutto in considerazione della particolare natura dell'arbitrato di investimenti, architettato per provvedere alla risoluzione di controversie che sono squisitamente bilaterali in quanto coinvolgenti da una parte l'investitore (oppure – come si è visto – gli investitori, i quali si siano posti tutti a sostegno di certe doglianze) e dall'altra lo Stato ove l'investimento è stato realizzato. Questo argomento trova il proprio fondamento nelle clausole arbitrali dei BIT le quali, per l'appunto, limitano la giurisdizione degli organi arbitrali alle controversie sorte in relazione a un investimento che abbia avuto luogo nel territorio dello Stato che si intende convenire innanzi al Tribunale⁷⁰⁰.

Investment Treaty Arbitration and Regulatory Governance for Sovereign Debt Restructuring, *Journal of World Investment and Trade Law*, vol. 19 (2018), a pag. 245.

⁷⁰⁰ Ad esempio, l'art. 26 dell'ECT chiaramente limita la portata della clausa arbitrale a “*disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former [...]*”. Per quanto concerne i Trattati bilaterali di Investimento, è d'uopo dire come si staglino diverse tendenze. La prima è quella manifestata dal *Model BIT* cinese, il quale chiaramente limita l'ambito applicativo della clausola arbitrale a “*any legal dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party [...]*”. La seconda è quella che si presenta nel *Model BIT* Tedesco, il quale prevede la “limitazione territoriale” non già nella clausola arbitrale bensì solo nella definizione di “investimento” che, ai sensi dell'art. 1 del Trattato, ricomprende “*every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State*”. La terza tendenza è quella palesata dal *Model BIT* britannico, ove non è possibile rinvenire alcuna limitazione territoriale né nella clausola arbitrale né nella parte definitoria, ma questa è solamente deducibile

Se ciò non bastasse, a sostegno della posizione qui sostenuta bisognerebbe evidenziare come la manifestazione di pretese contro Stati diversi originerebbe controversie tra loro diverse, non solo perché, evidentemente, le parti differiscono ma anche perché le domande trovano la loro base giustificativa in strumenti internazionali distinti.

Si è precedentemente constatato come l'introduzione di un procedimento ad opera di una pluralità di attori, i quali avanzino pretese basate su strumenti diversi, possa certamente essere ammessa, con ciò intendendo il procedimento come un contenitore per la trattazione congiunta ed efficiente di controversie che però rimangono formalmente distinte. In sostanza, la trattazione di quelle deve considerarsi appropriata per via del particolare legame che intercorre tra la pluralità di ricorrenti, consistente nella partecipazione ad un dato investimento oppure nel fatto di agire nello stesso settore economico che sia stato oggetto di interventi da parte dello Stato.

È assai difficile ipotizzare che lo stesso valga nel caso assai remoto di procedimenti intentati contro una pluralità di convenuti. Infatti, il legame che potrebbe ipotizzarsi tra gli enti sovrani non potrebbe mai dirsi così intenso e forte da legittimare una trattazione congiunta delle controversie dedotte. Infatti, bisogna tenere a mente che l'obiettivo perseguito nel procedimento è quello di verificare la conformità delle condotte statuali alle norme applicabili di diritto internazionale, prevalentemente contenute nel BIT. Orbene, quando uno Stato decida di adottare una certa condotta, questi lo fa sempre e comunque in ragione di una propria deliberazione individuale e in un dato contesto. In altre parole, dove starebbe l'opportunità di "processare" due distinti Stati per condotte che ciascuno di questi ha attuato in un autonomo contesto e che dovrebbero dirsi lesive di norme previste in strumenti diversi? L'unico elemento comune tra le distinte controversie coinvolgenti la pluralità di Stati starebbe nel fatto che le pretese sono mosse dagli stessi investitori e, di per sé, è evidente come questo sia grandemente insufficiente a giustificare la celebrazione di un procedimento contro diversi Stati.

Anche per queste ragioni nell'arbitrato di investimento il principio della terza parte indispensabile non ha mai trovato una positiva accettazione⁷⁰¹. Per verificare la fondatezza di quanto appena affermato occorre comunque indagare i casi rilevanti in cui il convenuto abbia tentato di neutralizzare la giurisdizione del tribunale arbitrale valendosi della dottrina dell'oro monetario.

Il primo e unico rilevante tentativo è stato quello dispiegato dal convenuto nel caso *Chevron v. Ecuador*⁷⁰². Senza richiamare qui i dettagli delle vicende intercorse tra le parti prima dell'attivazione del procedimento, occorre ricordare come in quella sede l'investitore avesse contestato allo Stato la violazione di diversi standard di trattamento. Nello specifico, la responsabilità dello Stato era stata affermata in virtù della

dal preambolo, ove si esplicita come gli Stati desiderino *"create favourable conditions for greater investment by nationals and companies of one State in the territory of the other State"*.

⁷⁰¹ Tzeng P., *"Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues"*, *Brazil Journal of International Law*, vol. 14 (2017), a pag. 125: *"To this day, no investment tribunal has applied the doctrine of indispensable third parties to declare a claim inadmissible"*.

⁷⁰² *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, *Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility* del 27 febbraio 2012, (V.V. Veeder [Presidente], Horacio A. Grigera Naón, Vaughan Lowe).

instaurazione e della celebrazione di un procedimento giudiziale, innanzi a giudici nazionali, intentato da alcuni soggetti privati, i cc.dd. “Lago Agrio Plaintiffs”, contro l’investitore, per danni ambientali che sarebbero derivati dall’attività di sfruttamento delle risorse petrolifere del Paese. In quella sede, l’Ecuador aveva argomentato come fosse possibile per il Tribunale esercitare la propria giurisdizione in ragione dell’assenza dal procedimento dei Lago Agrio Plaintiffs, i quali avrebbero dovuto definirsi parti indispensabili del procedimento. Di primo acchito, è evidente come si trattasse di una invocazione abbastanza “fantasiosa” del principio, dal momento che questo era stato plasmato al fine di tutelare la sfera consensuale di altri enti sovrani e non già di soggetti privati.

Il Tribunale ha trattato la questione assumendo *ex hypothesi* che il principio della terza parte indispensabile sia in ogni caso applicabile nel contesto di arbitrati tra Stato e investitori⁷⁰³. Quindi, per capire se quello potesse concretamente applicarsi al caso di specie, ne ha indagato le fondamenta teoriche: la tutela da assicurare al principio del consenso e la necessità di non pregiudicare posizioni giuridiche appartenenti a Stati non presenti nel procedimento, senza pertanto che questi possano agire in giudizio per tutelarle⁷⁰⁴. Dopo aver ribadito di non avere alcun potere nei confronti dei Lago Agrio Plaintiffs, il Tribunale ha comunque ammesso come le proprie risultanze giudiziali circa gli effetti giuridici prodotti dal c.d. 1995 Settlement Agreement, concluso tra gli investitori e lo Stato, avrebbero potuto astrattamente e indirettamente incidere sulle posizioni soggettive dei Lago Agrio Plaintiffs⁷⁰⁵. Tuttavia, il Tribunale ha subito notato come l’indiretta pronuncia sulle posizioni dei terzi non sarebbe stata un effetto automatico ma sarebbe dipesa dal contenuto concreto della decisione assunta in relazione all’Agreement, e questa era una questione di merito non definibile nella fase giurisdizionale⁷⁰⁶. Per giunta, ricordando come nel caso di specie il Tribunale avesse competenza decisoria solamente in relazione alle doglianze contenute nel BIT, il Tribunale ha poi evidenziato come se anche avesse reputato che lo Stato era tenuto a dare esecuzione all’Agreement, si sarebbe semplicemente creata una situazione di contraddizione tra gli obblighi derivanti dal BIT e i diritti dei Lago Agrio Plaintiffs così come determinati all’esito del procedimento giudiziale interno⁷⁰⁷. In ogni caso, l’unico responsabile per la risoluzione di un tale conflitto sarebbe stato lo Stato. Per il Tribunale tutto ciò era sufficiente per concludere che i Lago Agrio Plaintiffs non potevano dirsi terze parti indispensabili al procedimento.

Il secondo tentativo è stato esperito nel caso *Pig An Life Insurance v. Belgium*⁷⁰⁸. La controversia riguardava la asserita espropriazione da parte del Belgio di un istituto bancario, Fortis, ad opera dello Stato belga. Più nello specifico, il ricorrente, Pig An

⁷⁰³ *Ivi* al par. 4.60.

⁷⁰⁴ *Ivi* al par. 4.61 e ss.

⁷⁰⁵ *Ivi* al par. 4.66: “*In that sense, if there were a decision by the Tribunal in this arbitration that the 1995 Settlement Agreement releases Chevron from all liability, that might be said to decide the legal rights of the Lago Agrio plaintiffs*”.

⁷⁰⁶ *Ibidem*: “*But this is something that depends upon the form and content of the decision of this Tribunal: it is not an inevitable consequence of the Tribunal exercising its jurisdiction. The question of form and content of the decision is a matter to be addressed during the merits phase of this case*”.

⁷⁰⁷ *Ivi* al par. 4.67.

⁷⁰⁸ *Pig An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, Award del 30 aprile 2015, (Lord Collins of Mapesbury [Presidente], Philippe Sands, David A.R. Williams).

Life, era il socio titolare della quota di controllo di Fortis, società bancaria con sede a Bruxelles, la quale controllava anche altre filiali in Olanda e Lussemburgo. In seguito alle turbolenze che avevano travolto il sistema bancario nel 2007, le autorità belghe, così come quelle olandesi e lussemburghesi, furono costrette a rilevare progressivamente rilevanti quote delle società, fino ad assumerne la sostanziale titolarità. Senza entrare nel merito delle intricate operazioni societarie, occorre però dire come nella prima fase del procedimento, il Belgio – al fine di impedire l’esercizio della giurisdizione al Tribunale – avesse lamentato l’assenza dell’Olanda, che andava considerata come parte indispensabile nel procedimento de quo in ragione della profonda cooperazione tra le autorità belghe e quelle olandesi circa la supervisione del Gruppo Fortis e soprattutto in relazione all’intervento di entrambe per evitare il fallimento del suddetto gruppo⁷⁰⁹. A queste argomentazioni, l’attore aveva replicato rimarcando come il principio avrebbe trovato applicazione solamente se le posizioni giuridiche dello Stato assente fossero state un pre-requisito per la decisione sulle domande attoree e anzi ne avessero costituito il vero oggetto⁷¹⁰. Viceversa, nel caso concreto, il principio non avrebbe potuto trovare applicazione perché ciò che l’attore aveva concretamente richiesto al Tribunale era soltanto la determinazione della responsabilità del Belgio per le asserite violazioni del BIT da quest’ultimo commesse in relazione all’investimento operato nel suo territorio⁷¹¹. Sfortunatamente, il Tribunale – avendo ritenuto fondata una eccezione giurisdizionale *ratione temporis* – non ha avuto occasione di pronunciarsi circa l’applicabilità dell’invocato principio dell’oro monetario⁷¹².

Tuttavia, se avesse dovuto affrontare la tematica in questione, è ragionevole credere che il Tribunale avrebbe certamente ritenuto infondata l’eccezione, dal momento che la controversia dedotta nel procedimento dall’attore aveva ad oggetto le specifiche misure liberamente adottate dal Belgio e la conformità di quelle al rilevante BIT. In altre parole, in nessun caso sarebbe stato possibile affermare che l’accertamento di eventuali responsabilità a carico del Belgio avrebbe significato un contestuale accertamento di responsabilità a carico dell’Olanda, sia in virtù del differente contesto in cui le misure di quest’ultima sono state introdotte sia in ragione della diversità di *causa petendi*, e ancora meno che la pronuncia sulla responsabilità belga avrebbe avuto come presupposto quella sulla responsabilità olandese.

L’analisi di questi due casi consente di concludere in favore della fondatezza degli argomenti precedentemente esposti e relativi alla difficoltà di immaginare che un Tribunale arbitrale possa mai reputare fondata una eccezione che lamenti l’assenza di

⁷⁰⁹ *Ivi* al par. 127: “Due to the long-term cooperation between Dutch and Belgian regulators with respect to the supervision of the Fortis Group and due to the intervention of both the Dutch and Belgian regulators and governments to avert the bankruptcy of the Fortis Group, the claims against Belgium implicate the rights and obligations of the Netherlands, a State absent in these proceedings, and require the Tribunal to make factual and legal determinations affecting the Dutch government. [...] For these reasons of consent and due process, the Tribunal in the present case should decline to exercise its jurisdiction”.

⁷¹⁰ *Ivi* al par. 128: “The principle only applies if the rights and interests of an absent State are a prerequisite for, and form the very subject-matter of, the claimant’s claim and the decision to be rendered. Jurisdiction should not be declined if the finding involving an absent third party is merely a finding of fact, or the decision might affect the legal interests of a non-party State, or the decision could well have practical effects for such State”.

⁷¹¹ *Ibidem*: “The principle does not apply in the present case, in which the only breaches asserted are breaches by Belgium of its own treaty obligations with respect to an investment in Belgium”.

⁷¹² *Ivi* al par. 233.

una terza parte necessaria. Dal punto di vista concettuale, questo sicuramente vale per l'assenza dal procedimento di parti non statuali (non-State actors), alla luce del peculiare contesto in cui il principio è stato originariamente plasmato. Ma vale ancora più intensamente nel caso in cui si lamenti l'assenza di uno Stato, essendo assai arduo, se non impossibile, immaginare un caso in cui l'accertamento della responsabilità di uno Stato per violazioni di un BIT da questi concluso abbia a presupposto l'accertamento della responsabilità di un altro Stato, in ragione delle violazioni delle norme previste in un altro Trattato.

Occorre ora riferire di un'altra problematicità concernente la perimetrazione personale della controversia dal lato passivo. Infatti, esiste uno specifico caso in cui lo Stato convenuto, accusato di aver violato norme poste a tutela dell'attore, lamenti come la vera controversia sia intercorrente non già tra sé e l'attore, bensì tra questo e un soggetto terzo. Nello specifico, questo potrebbe facilmente accadere quando l'asserita lesione sia occorsa ad opera di condotte poste in essere da una azienda di Stato con una propria personalità giuridica. Questa è una questione assai delicata perché ricomprende la tematica della imputazione degli atti propri dell'impresa di Stato allo Stato stesso. Recenti riflessioni dottrinali hanno riordinato la caotica e oscillante giurisprudenza, delinando tre diverse tendenze⁷¹³.

La prima, più risalente, è quella formalistica, secondo cui ogni questione circa la imputabilità delle condotte illecite di un soggetto privato allo Stato, lungi dall'essere questione capace di determinare la giurisdizione *ratione personae* del Tribunale, sarebbe una questione di merito, ovverosia dalla imputabilità o meno di quelle dipenderebbe l'esistenza o meno delle lesioni lamentate dall'attore⁷¹⁴. I leading cases di questo primo orientamento sarebbero *Salini v. Morocco*⁷¹⁵, *Consortium RFCC v. Morocco*⁷¹⁶ e *Helnan v. Egypt*⁷¹⁷.

La seconda, poco meno risalente, sarebbe quella intermedia ovvero volta alla tutela del principio della *prima facie*: i Tribunali hanno respinto ogni possibilità di applicare norme sull'attribuzione di condotte private allo Stato perché, ancora una volta, quelle

⁷¹³ Cortesi G. A., "ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises – Moving Toward an Approach Based on General International Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), a pag. 118.

⁷¹⁴ *Ibidem*: "The first approach to be taken into consideration includes those cases where tribunals have maintained that the inquiry on jurisdiction cannot encompass the analysis of any issue of attribution as long as the claims are directed against the respondent State". Quindi a par. 119: "In these cases, the tribunals supported the idea that the issue of attribution pertains exclusively to the merits phase when the arbitrators are called upon to decide issues of State responsibility".

⁷¹⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 31 luglio 2001, (Ibrahim Fadlallah [Presidente], Robert Briner, Bernardo Cremades).

⁷¹⁶ *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decisione sulla giurisdizione del 16 luglio 2001, (Ibrahim Fadlallah [Presidente], Robert Briner, Bernardo Cremades).

⁷¹⁷ *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decisione del Tribunale sulle obiezioni giurisdizionali del 17 ottobre 2006, (Yves Derains [Presidente], Rudolf Dolzer, Michael Lee).

appartengono esclusivamente al merito della controversia da decidere⁷¹⁸, salvo il caso (esplicitato però solo nei casi più recenti) in cui manifestamente manchi ogni legame tra lo Stato e l'impresa di cui questi è titolare. I casi più rilevanti in questa sede sarebbero *Maffezini v. Spain*⁷¹⁹, *Jan de Nul v. Egypt*⁷²⁰ e *Saipem v. Bangladesh*⁷²¹.

Infine, sarebbe emersa una terza e più recente tendenza, secondo cui – a fronte di una obiezione alla giurisdizione *ratione personae* del Tribunale – le norme relative all'attribuzione delle condotte dell'impresa allo Stato andrebbero applicate già nella fase giurisdizionale, ovvero al fine di comprendere se lo Stato sia o meno la “vera” parte della controversia dedotta in giudizio dall'attore. I casi da menzionare in proposito sono *Toto Costruzioni v. Lebanon*⁷²², *Gustav Hamester v. Ghana*⁷²³, *Electrabel v. Hungary*⁷²⁴ e *Tulip Real Estate v. Turkey*⁷²⁵.

Le risultanze di questa esplorazione casistica consentono anzitutto di evidenziare come non esista alcuna giurisprudenza costante in relazione alla questione qui trattata. Al contrario, lo stato della giurisprudenza è frammentato e altamente multiforme. Inoltre, come pure ammesso dalla dottrina citata, in ciascuno dei ragionamenti delle decisioni che sostanziano le linee tendenziali appena esposte, ma soprattutto nella terza, si intravedono incertezze teoriche e “aree grigie”. Per questo, conviene forse tentare di capire quale sia, perlomeno dal punto di vista teorico, la soluzione più solida. Ovviamente, per realizzare un tale obiettivo non sarà possibile prescindere dai passaggi-chiave dei ragionamenti sviluppati dai Tribunali.

La terza tendenza sopra esposta trova la propria ragion d'essere nella impossibilità di immaginare che lo Stato, quando non possano essergli imputati gli atti dell'impresa di Stato, sia parte della controversia coinvolgente quest'ultima e l'attore e, per questa

⁷¹⁸ Cortesi G. A., “ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises – Moving Toward an Approach Based on General International Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), a pag. 120: “[...] assertion by many arbitral tribunals that their refusal to apply the rules on attribution was due to the fact that, according to their view, the scope of application of those rules was limited to the field of State responsibility, an issue pertaining exclusively to the merits”.

⁷¹⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione sulla giurisdizione del 25 gennaio 2000, (Francisco Orrego Vicuna [Presidente], Thomas Buergenthal, Maurice Wolf).

⁷²⁰ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decisione sulla giurisdizione del 16 giugno 2006, (Gabrielle Kaufmann-Kohler [Presidente], Pierre Mayer, Brigitte Stern).

⁷²¹ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decisione sulla giurisdizione e indicazione di misure cautelari del 21 marzo 2007, (Gabrielle Kaufmann-Kohler [Presidente], Christoph H. Schreuer, Philip Otton).

⁷²² *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell'11 settembre 2009, (Hans van Houtte [Presidente], Alberto Feliciani, Fadi Moghaizel).

⁷²³ *Gustav F W Hamester GmbH & CO KG v. The Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award del 18 giugno 2010, (Brigitte Stern [Presidente], Bernardo Cremades, Toby Landau).

⁷²⁴ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decisione su giurisdizione, diritto applicabile e responsabilità del 30 novembre 2012, (V.V. Veeder [Presidente], Gabrielle Kaufmann-Kohler, Brigitte Stern).

⁷²⁵ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award del 10 marzo 2014, (Gavan Griffith [Presidente], Michael Evan Jaffe, Rolf Knieper).

ragione, il Tribunale dovrebbe dirsi giurisdizionalmente incompetente *ratione personae*⁷²⁶. La dottrina precitata ha positivamente salutato l'adozione di questo approccio, che applica le norme in materia di attribuzione già nella fase giurisdizionale, perché maggiormente rispettoso del principio per cui la riunione delle obiezioni giurisdizionali al merito debba essere limitato a circostanze eccezionali per non costringere uno Stato a permanere nel procedimento contenzioso più del necessario⁷²⁷.

A ben vedere, però, anche se già nella fase giurisdizionale risulta chiaro che gli atti della impresa di Stato non possono essere imputati a quest'ultimo, non è comunque possibile negare l'esistenza di una controversia tra investitore e Stato, dal momento che il primo muove delle pretese giuridicamente fondate contro il secondo. Orbene, il fatto che la fondatezza di tali pretese dipenda dal positivo accertamento della imputabilità delle condotte adottate dall'impresa allo Stato significa soltanto che per l'esito della controversia tra le parti sarà decisivo, anche se non ovviamente sufficiente, verificare la sussistenza di questa imputabilità ma non che la controversia vera intercorra tra parti diverse rispetto a quelle che sono presenti in giudizio⁷²⁸. Pertanto, pare più corretto ritenere che quella concernente l'imputazione delle condotte dell'impresa di Stato a quest'ultimo debba necessariamente considerarsi come una questione di merito, e non di giurisdizione *ratione personae*.

Con la chiusura della trattazione circa la problematica perimetrazione della controversia dal lato passivo deve considerarsi conclusa anche la più vasta indagine sulla determinazione del perimetro personale della controversia al tempo della instaurazione del procedimento. L'analisi ha dimostrato come questa possa rivelarsi insidiosa soprattutto in relazione al caso della massa di ricorrenti e, inoltre, in ragione della difesa spendibile dallo Stato convenuto in merito alla non imputabilità degli atti posti in essere da imprese di Stato. In relazione alla prima questione, si è visto come la deduzione in massa abbia l'effetto di alterare la natura di ciascuna delle controversie singolarmente "isolabili". In relazione alla seconda, si è notato come la questione della imputabilità debba necessariamente costituire una questione di merito, assolutamente inidonea della capacità di privare il collegio arbitrale del potere di decidere e risolvere quella controversia.

Infine, si è visto come altre questioni siano invece meno problematiche o marginali. Tra le prime, quello della possibilità per una pluralità di investitori, i quali si ritrovino in una situazione simile in relazione ad un solo investimento o a più investimenti vicini, di attivare congiuntamente il procedimento contenzioso contro lo Stato che abbia messo in essere delle condotte lesive di più soggetti. Tra le seconde, la tematica della

⁷²⁶ Questa la linea di pensiero sviluppata, per esempio, nella precitata decisione nel caso *Tulip Real Estate v. Turkey*, ove al par. 327 si dice: "In conclusion, the Tribunal [...] determines by majority that Emlak's conduct [...] is not attributable to the Turkish State and is, on that basis, outside the remit of the Tribunal".

⁷²⁷ Cortesi G. A., "ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises – Moving Toward an Approach Based on General International Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), a pag. 137: "Arbitrators should always keep in mind both the opinion of Judge Huber, according to which the joining of the objection to jurisdiction to the merits should be limited to exceptional circumstances in order not to compel a State to remain in proceedings for longer than necessary, and the practice of ICJ, according to which the interest of the respondent that the case not be discussed before the tribunal shall be duly considered".

⁷²⁸ Per una posizione contraria si veda Nouvel Y., "Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDP", in Leben C., *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l'Investissement*, (Louvain-la-Neuve: Anthemis, 2006), a pag. 31.

adoperabilità del principio della terza parte necessaria nell'ambito dell'arbitrato di investimenti: si è visto come questo difficilmente possa conciliarsi con la struttura e le finalità proprie di questo sistema.

2.4 La controversia al momento della instaurazione del procedimento contenzioso: considerazioni frutto della comparazione

L'indagine svolta nel secondo capitolo ha tentato di mettere in luce gli aspetti problematici relativi alla deduzione processuale della controversia innanzi ai diversi organi giurisdizionali indagati, sotto tre distinti profili "perimetrali": quello materiale, quello temporale e quello personale.

Nel sistema giurisdizionale della CIG, il primo perimetro inerisce la "materia" della controversia, ovvero sia il suo oggetto, sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo, entrambi decisivi per verificare la sussistenza della giurisdizione della Corte, soprattutto quando questa venga adita attraverso la domanda unilaterale di una parte.

In relazione al profilo quantitativo, si è evidenziato come la Corte, valendosi dei criteri identificati nel primo capitolo del presente lavoro, provveda a verificare – a fini giurisdizionali – che su tutte le questioni controverse dedotte dall'attore lo scontro di volontà delle parti si sia verificato nel tempo anteriore all'instaurazione del procedimento. All'opposto, non pregiudicherebbe la sussistenza della giurisdizione della Corte la scelta dell'attore di dedurre solo alcune delle questioni oggetto di controversia nel tempo antecedente all'instaurazione del procedimento e di escluderne altre, non esistendo alcun obbligo in tal senso, salvo che questo derivi dalla base giurisdizionale. Peraltro, come si vedrà *infra*, il convenuto gode degli strumenti per rimediare a una siffatta scelta dell'attore.

Per quanto concerne il profilo qualitativo della controversia, è noto come la CIG – in virtù della natura generale della propria giurisdizione – possa decidere controversie relative a qualsiasi materia e possa assicurare qualsiasi rimedio che sia stato richiesto dalle parti e che sia stato reputato opportuno. In altre parole, quando il procedimento viene attivato unilateralmente, il ricorrente è libero nella identificazione della *causa petendi* e del *petitum* della propria domanda. Questo è vero in astratto ma, come noto, in molti casi gli Stati limitano la portata del loro consenso giurisdizionale, e conseguentemente il potere della Corte, alla decisione di alcune tipologie di controversie, limitatamente a certe materie ovvero a certi strumenti internazionali. Quando ciò accade, è frequente che tra le parti vi sia disaccordo in relazione alla connotazione qualitativa della controversia: il convenuto sosterrà che l'attore ha tentato di portare innanzi alla Corte una controversia che non può essere decisa poiché ricadente al di fuori del consenso rilevante a fini giurisdizionali; d'altro canto, l'attore affermerà che la controversia può essere decisa in quanto coperta dal consenso manifestato dalle parti. Nonostante la Corte debba inizialmente basarsi su quanto dedotto dalle parti, si è visto come questa sia poi libera di discostarsene e di provvedere ad una autonoma qualificazione dell'oggetto della controversia. A tal proposito, l'analisi della rilevante giurisprudenza ha consentito di concludere come in nessun caso la Corte abbia arbitrariamente operato un mutamento dell'oggetto della controversia; piuttosto, ciò che ha fatto è rimuovere il velo che sulla controversia la parte ricorrente aveva gettato al fine di aggirare le limitazioni giurisdizionali.

Nel sistema rimediabile dell'OMC, la tematica della determinazione del perimetro materiale della controversia presenta peculiarità distinte rispetto a quelle del sistema della CIG. Infatti, in primo luogo, gli organi del DSU non si spendono per accertare che su tutte le questioni dedotte nel procedimento sia ricaduto lo scontro di volontà delle parti o per controllare che la controversia sia effettivamente ricompresa tra le categorie che ricadono nella giurisdizione dell'organo adito. Piuttosto, i panel sono solitamente chiamati a verificare che il ricorrente abbia correttamente identificato le misure contestate e le norme del sistema OMC che si reputano violate.

Questo approccio è dovuto essenzialmente alle caratteristiche del sistema rimediabile. Da una parte, infatti, non è necessario verificare che sulle questioni dedotte sia caduto lo scontro di volontà anteriore al procedimento perché tale scontro non risulta assolutamente rilevante, dal momento che la controversia sorge solo al momento della proposizione della richiesta di costituzione del panel. Dall'altra, non occorre verificare che le pretese delle parti diano luogo a una controversia che può essere decisa, poiché nel sistema rimediabile dell'OMC tali pretese possono trovare fondamento giuridico solo e soltanto nel diritto dell'OMC. In altre parole, un Membro mai potrebbe portare innanzi al panel delle pretese che trovino la propria ragion d'essere in strumenti giuridici internazionali diversi dal diritto dell'OMC e, per questo, mai la connotazione qualitativa della controversia potrebbe ingenerare problematiche giurisdizionali.

Se ciò è vero, è quindi chiaro il motivo per cui i panel prestano estrema attenzione solamente a che gli elementi previsti dall'art. 6 del DSU, ovvero le specifiche misure che sono oggetto di contestazione e una breve indicazione della base giuridica della domanda idonea a rappresentare chiaramente il problema, siano indicati nella richiesta di costituzione del panel in conformità alla norma in questione.

Data l'estrema delicatezza di questa fase, poiché è lì che si determinano i confini del potere decisorio dell'organo e, conseguentemente, quelli della controversia, è chiaro perché le modalità di redazione della richiesta di costituzione del panel e dei terms of reference abbiano generato corposissimo contenzioso. Gli organi del DSU hanno chiaramente definito quali sono i criteri che devono essere soddisfatti nella indicazione dei due elementi della richiesta: mentre l'identificazione delle misure oggetto di contestazione non sembra destare particolari preoccupazioni, salvo qualche criticità quando si contesti al convenuto di aver omesso di adempiere ad un certo obbligo, perché in questo caso ciò che si deve indicare è "una non-misura", più problematica risulta la sommaria individuazione della base giuridica della domanda in maniera tale da presentare chiaramente il problema. Qui, ciò che si richiede ai Membri non è tanto una mera elencazione delle norme che si reputano violate bensì di pervenire alla piena identificazione delle specifiche obbligazioni violate in conseguenza dell'adozione delle misure da parte del convenuto. Peraltro, si è notato come non siano identificabili altri ostacoli giurisdizionali derivanti da particolari connotazioni quantitative o qualitative della controversia.

Da ultimo, si è visto come – nell'attivare il procedimento innanzi al Tribunale arbitrale d'investimento istituito ai sensi della normativa ICSID – l'investitore sia chiamato alla identificazione delle questioni controverse. Questo significa che, anzitutto, occorrerà

identificare nella richiesta, sebbene non in maniera dettagliata, quali siano le condotte dello Stato che hanno asseritamente realizzato la violazione. Successivamente, sarà necessario rappresentare le norme che si reputano violate e il rimedio che il ricorrente mira ad ottenere. Ciascuna di queste due ultime questioni presenta tuttavia particolari problematicità.

In primo luogo, infatti, si è notato come – per una corretta identificazione della *causa petendi* – il ricorrente debba prestare attenzione alla formulazione in concreto della clausola compromissoria contenuta nello strumento internazionale ed eventualmente alla modalità con cui sono state formulate altre clausole compromissorie, magari contenute in contratti conclusi dall'investitore con le autorità dello Stato. Più precisamente, si è visto che se da una parte il ricorrente potrà certamente dedurre *treaty-claims*, dall'altra non è scontato che questi possa dedurre *contract-claims*, essendo quest'ultima evenienza dipendente dalle modalità di redazione della clausola compromissoria del trattato su cui il Tribunale basa i propri poteri e dalla eventuale individuazione di un certo foro, diverso dal Tribunale istituito ai sensi del BIT, come esclusivamente competente a conoscere delle controversie relative all'interpretazione o alla applicazione del contratto. Un'ulteriore problematica deriva dalla possibilità di dedurre nel procedimento delle domande che trovino la propria base giuridica non già in un BIT bensì nel diritto internazionale generale oppure in norme pattizie che vincolino lo Stato ospite nei confronti di altri Stati o Organizzazioni internazionali. Nonostante abbia manifestato un approccio assai prudente, la giurisprudenza sembra ammettere tali domande ma solamente quando la clausola giurisdizionale rilevante sia formulata in termini sufficientemente ampi e soltanto quando l'investitore riesca a dimostrare la sussistenza di un interesse specifico e giuridicamente tutelato in relazione alla applicazione delle norme invocate a sostegno delle sue pretese.

In secondo luogo, si è trattato dei rimedi – costituenti il *petitum* – la cui adozione può essere richiesta dall'investitore al Tribunale in conseguenza dell'avvenuto accertamento della violazione dell'investimento ad opera dello Stato ospite. A questo proposito, si è visto come la Convenzione ICSID metta a disposizione dell'investitore vittorioso dei rimedi esecutivi nel solo caso in cui gli obblighi derivanti dalla sentenza, non osservati dallo Stato soccombente, abbiano natura pecuniaria. Al contrario, nessun rimedio è dato nel caso in cui lo Stato soccombente ometta di dare esecuzione a obblighi derivanti dalla sentenza che abbiano natura diversa rispetto a quella pecuniaria. Nonostante tale silenzio, la giurisprudenza si è assestata nel senso di consentire la proposizione di domande che richiedano al Tribunale di ordinare allo Stato l'adozione di specifiche condotte, diverse rispetto al mero pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento. Tale orientamento risulta certamente condivisibile, poiché l'assenza di norme regolanti la fase esecutiva di obblighi diversi rispetto a quelli pecuniari non può considerarsi sufficiente alla dimostrazione dell'assenza, in capo al Tribunale, del potere di prescrivere specifiche condotte in seguito all'accertamento della violazione, da parte delle autorità dello Stato, dei diritti dell'investitore. D'altro canto, però, nel momento in cui provvede a tracciare il perimetro materiale della controversia processuale, l'investitore deve essere pienamente consapevole dell'assenza di rimedi esecutivi nel caso in cui lo Stato soccombente ometta di dare esecuzione agli obblighi, discendenti dalla sentenza, aventi natura non pecuniaria.

L'analisi comparativa ha dimostrato come la perimetrazione materiale della controversia processuale presenti al contempo tratti comuni e distinti innanzi ai vari organi giurisdizionali indagati.

Anzitutto, è comune che – nella deduzione processuale della controversia – debbano essere immediatamente indicate con una certa precisione quali siano le condotte, poste in essere dalla controparte, che hanno dato origine alla asserita violazione. Tale questione, comunque, assumerà maggiore rilievo nella determinazione del perimetro temporale della controversia.

Per quanto concerne, invece, la identificazione della *causa petendi* della domanda, i sistemi presentano alcuni tratti distinti. Infatti, innanzi alla CIG, tale identificazione è decisiva perché idonea a connotare la natura della controversia e, pertanto, idonea a far ricadere quella dedotta in una categoria di controversie piuttosto che in un'altra. Nel sistema rimediabile dell'OMC, invece, l'individuazione delle basi giuridiche della domanda risponde a logiche diverse: dal momento che solo le norme del sistema dell'OMC possono essere poste a sostegno di una pretesa innanzi ai panel, è necessario che queste vengano indicate con grande perizia, così da non pregiudicare la posizione della controparte che, in aderenza al paradigma del due process, deve poter conoscere sin da subito, e con precisione, qual è la natura delle contestazioni che gli sono mosse. Infine, nel sistema dell'arbitrato ICSID, la specificazione delle basi giuridiche della domanda si presenta problematica in relazione a due situazioni distinte. La prima si dà quando l'investitore intenda proporre al Tribunale sia delle domande basate sul rilevante BIT che su uno o più contratti d'investimento; la seconda si presenta quando l'investitore proponga delle domande che si basano non solo su norme del BIT ma anche sul diritto consuetudinario ovvero su diritto pattizio vincolante per lo Stato ospite. In entrambi i casi, occorrerà analizzare attentamente la natura e la portata del consenso giurisdizionale manifestato dalle parti.

In conclusione, in rapporto alla identificazione della *causa petendi*, è evidente come la CIG e i Tribunali ICSID rispondano a logiche molto simili, dal momento che l'individuazione di una *causa petendi* piuttosto che un'altra può determinare un mutamento della natura della controversia e, conseguentemente, far ricadere quella dedotta in una categoria di dispute che l'organo adito non ha la competenza da risolvere. Peraltro, in entrambi i sistemi, l'organo adito ha premura di verificare che le questioni dedotte nel procedimento fossero già controverse nel tempo antecedente la sua instaurazione. Al contrario, il sistema rimediabile dell'OMC presenta caratteristiche distinte, poiché lì la determinazione della base giuridica della domanda, lungi dall'essere idonea a connotare la natura della controversia a fini giurisdizionali, è finalizzata in maniera pressoché esclusiva a rendere edotta la controparte di quali siano le obbligazioni violate, in aderenza al paradigma del due process. Come già si è detto, inoltre, i panel non indagano mai che le questioni dedotte fossero controverse nel tempo antecedente all'instaurazione del procedimento contenzioso.

Per quanto concerne la determinazione del *petitum*, le cose stanno in maniera ancora diversa. Innanzi alla CIG, la questione non pone alcun tipo di problema, giacché la Corte può – ovviamente nel rispetto delle domande attoree – ordinare l'adozione del rimedio più opportuno in conseguenza dell'accertamento dell'illecito. All'estremo opposto, i panel nel sistema rimediabile dell'OMC godono solamente di poteri di

accertamento della liceità (o meno) delle misure contestate. Nel mezzo, al di là dell'indubbia sussistenza dei poteri di accertamento, si è visto come vi sia stato dibattuto in relazione al potere dei Tribunali ICSID di prescrivere rimedi diversi da quelli pecuniari. Nonostante ad oggi la giurisprudenza ammetta pacificamente tale potere, si è visto come l'investitore vittorioso nel merito potrà poi essere vittima di insormontabili difficoltà nell'esecuzione della decisione a lui favorevole.

Esaurite le generali considerazioni sulla determinazione del perimetro materiale della controversia al tempo della instaurazione del procedimento, occorre ora concentrarsi sulle modalità con cui viene tracciato il perimetro temporale della controversia.

Si è visto come tale espressione possa essere intesa in almeno due modi.

Anziutto, ci si potrebbe riferire al momento in cui viene ad esistenza la controversia come scontro di volontà tra le parti. In questa sede non è però necessario occuparsi ancora della questione, poiché è già stata trattata nel primo capitolo.

Piuttosto, conviene concentrare l'attenzione sul secondo significato attribuibile a tale espressione, ovvero a quello che concerne la collocazione nel tempo del fatto generatore della controversia. Le modalità attraverso cui individuare il fatto generatore sono state plasmate dapprima nella giurisprudenza della CPGI per poi essere successivamente recepite, e ulteriormente sviluppate, in quella della CIG. In sostanza, la Corte reputa che possa essere definito "generatore" solamente il fatto che abbia con la controversia un legame così stretto da determinarne l'oggetto. Tendenzialmente, quindi, sarà fatto generatore della controversia la condotta, o l'insieme delle condotte, che, agli occhi del ricorrente, abbia determinato la violazione della norma giuridica e, conseguentemente, la lesione del suo interesse. Problematiche analoghe insorgono nel sistema di protezione degli investimenti dell'ICSID. Si è notato, infatti, come un gran numero di BIT prescriva che l'investitore possa ricorrere al sistema di protezione arbitrale solamente quando sia trascorso un certo periodo di tempo tra gli eventi che hanno portato alla controversia e il momento in cui viene attivato il meccanismo arbitrale per risolverla. Alternativamente, si è visto come altri strumenti internazionali impediscano di ricorrere al sistema rimediabile dopo che sia trascorso un certo periodo di tempo da quegli stessi eventi, che hanno portato alla controversia.

Orbene, si è appurato come il concetto di fatto generatore, sviluppato nella giurisprudenza delle Corti Mondiali, coincida sostanzialmente con quello degli eventi che conducono alla controversia, sviluppato nella giurisprudenza dei Tribunali arbitrali. Se ciò è vero, va da sé che la corretta collocazione nel tempo di entrambi richiederà l'applicazione del medesimo armamentario logico giuridico in relazione alla determinazione del tipo di illecito, essendo la prima altamente dipendente dal secondo.

Questioni analoghe non si rinvengono nel sistema rimediabile dell'OMC, dal momento che in quella sede mai assume rilevanza, a fini giurisdizionali, la collocazione nel tempo del fatto generatore della controversia. Di conseguenza, mai gli organi del DSU sono chiamati alla individuazione del tipo di illecito a fini giurisdizionali *ratione temporis*.

Infine, si è cercato di stabilire quale sia l'atteggiamento degli organi giurisdizionali analizzati in rapporto alla determinazione del perimetro personale della controversia. A questo proposito, sono state analizzate due distinte situazioni. In primo luogo, si è

cercato di comprendere come i procedimenti con pluralità di parti si staglino in ciascuno dei sistemi giurisdizionali indagati. In secondo luogo, si è immaginato il caso in cui una parte spenda nel procedimento l'argomentazione secondo cui la "vera" controversia da decidere non sarebbe quella tra le parti costituite nel procedimento, bensì quella intercorrente tra una sola di quelle e una parte terza, rimasta estranea al processo.

In relazione alla prima situazione, si è visto come il procedimento innanzi alla CIG sia assai elastico, dal momento che questo ammette in sé una pluralità di attori e/o di convenuti. A dire il vero, la prassi sembra andare nel senso opposto, dal momento che, tendenzialmente, quando uno Stato voglia muovere contestazioni aventi la medesima natura, o natura analoga, nei confronti di più Stati, questi preferisce instaurare diversi procedimenti distinti per ciascun convenuto. Allo stesso modo, quando diversi Stati intendano muovere medesime doglianze nei confronti di uno solo, questi preferiscono instaurare distinti procedimenti. Ciò, tuttavia, è dovuto unicamente a scelte dovute a strategia processuale delle parti e non già a particolari inidoneità della struttura del procedimento CIG ad accogliere una pluralità di Stati nel medesimo lato.

Il procedimento innanzi agli organi rimediali dell'OMC presenta delle caratteristiche distinte. Infatti, in quella sede è pacifico che una pluralità di Membri possa agire contro uno solo al fine di pervenire all'accertamento dell'illiceità di misure da questo adottate. Non è però ammissibile il caso opposto, ovvero sia quello in cui un solo Membro intenda contestare, nel medesimo procedimento, le misure adottate da diversi altri Membri. Questo schema risponde alla necessità di evitare che il procedimento abbia ad oggetto questioni troppo eterogenee tra loro, quali sarebbero misure adottate in ordinamenti diversi. La questione sarà oggetto di ulteriore approfondimento *infra*, in occasione dello studio dell'allargamento dell'oggetto processuale della controversia durante il procedimento.

Nel sistema giurisdizionale dell'ICSID si sono indagati i procedimenti con pluralità di attori. In proposito, occorre operare una distinzione tra il caso in cui la compagine attorea sia contenuta, anche se non assolutamente omogenea, e quello in cui numerosissimi investitori intendano convogliare nel medesimo procedimento le loro pretese (c.d. mass claims). Proprio tali ultimi procedimenti presentano particolari problematiche. Infatti, come si è avuto modo di vedere, la deduzione in giudizio di un siffatto, ingentissimo, numero di pretese determina una modificazione qualitativa di ciascuna di quelle. Più precisamente, nell'aderire a un procedimento coinvolgente una "massa" di investitori, il singolo deve essere consapevole che la sua domanda perderà la propria identità, dal momento che quella – insieme a tutte le altre – andrà a costituirne una nuova, più generale, con le conseguenze procedurali cui si è fatto cenno nel corso della trattazione.

In relazione alla seconda situazione, nell'ambito della giurisprudenza della CIG ha trovato applicazione il principio della terza parte necessaria, che impedisce alla Corte di decidere la controversia pendente tra le due parti, costituite nel procedimento, ogniqualvolta siffatta decisione presupponga la necessaria risoluzione di una controversia (distinta) tra una di quelle e una parte terza, che non partecipa al

procedimento. In buona sostanza, tale situazione si presenta ogniqualvolta l'oggetto della decisione richiesta alla Corte sarebbe costituito dagli interessi giuridici propri di uno Stato terzo, che non partecipa al procedimento e che neppure intende parteciparvi. In un caso del genere, quindi, si sta implicitamente affermando che la prima, e vera, controversia che la Corte dovrebbe decidere non è quella dedotta in giudizio bensì quella intercorrente tra una delle parti costituite e un soggetto terzo.

L'applicazione del principio della terza parte necessaria è stata apertamente esclusa dagli organi del sistema rimediabile dell'OMC: questa evenienza è dovuta sia alla natura della giurisdizione del sistema rimediabile, la cui obbligatorietà per tutti i Membri fa venire meno la necessità di salvaguardare gli interessi di chi non abbia accettato tale giurisdizione, sia perché risulta pressoché impossibile immaginare, anche solo in astratto, un caso in cui l'accertamento della non conformità di misure adottate da un certo Membro possa presupporre l'accertamento relativo a misure poste in essere da un altro Membro.

Ancora diversa è la situazione nella giurisprudenza arbitrale ICSID. Nonostante alcuni Tribunali ne abbiano ammesso l'applicabilità, almeno da un punto di vista teorico, mai al principio della terza parte necessaria è stata data concreta applicazione. Anche in questo ambito, analogamente a quanto già si è detto per il sistema rimediabile dell'OMC, è comunque complesso – e forse anche impossibile – immaginare che la responsabilità dello Stato ospite per la lesione di un investimento possa presupporre l'accertamento della responsabilità di un altro soggetto.

Con ciò si chiude l'analisi comparativa delle modalità attraverso cui viene operata la deduzione della controversia nel procedimento. È conclusivamente possibile notare come, relativamente alla fase di instaurazione del procedimento, i sistemi giurisdizionali indagati presentino molteplici tratti in comune. Molti altri tratti, invece, risultano distinti e ciò è sostanzialmente dovuto alla particolare natura dei poteri che l'organo chiamato a decidere la controversia può esercitare e alle modalità di tale esercizio.

PARTE TERZA

**POSSIBILI MUTAMENTI
PERIMETRALI DELLA
CONTROVERSIA DURANTE IL
PROCEDIMENTO**

3.1 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento innanzi la CIG

Dopo aver dato conto dell'estensione materiale, temporale e personale della controversia internazionale al tempo dell'instaurazione del procedimento contenzioso, ci si deve chiedere quali sono i mutamenti che l'oggetto della controversia subisce in occasione di alcuni accadimenti che possono avere luogo nel corso del procedimento. Tali mutamenti hanno diversa entità e si caratterizzano per il fatto di essere "provocati" da una pluralità di soggetti: lo stesso attore, il convenuto oppure gli Stati terzi.

Nelle pagine che seguono si esporranno i casi in cui l'organo adito per risolvere la controversia abbia trattato di domande nuove proposte nel corso del procedimento da parte dall'attore, per capire quali siano i criteri adottati per determinarne l'ammissibilità. Quindi, si darà conto della disciplina normativa e della giurisprudenza rilevante in materia di domande riconvenzionali, per individuare quali siano i limiti alla loro proponibilità. Infine, si indagheranno le fattispecie di intervento cui possono ricorrere i terzi rimasti estranei al procedimento nella fase della sua instaurazione. In generale, comunque, si tenterà di comprendere in che modo l'oggetto della controversia possa essere alterato per effetto dei predetti accadimenti processuali.

3.1.1 Cenni sulle modalità di celebrazione del procedimento

In via preliminare, occorre dare sinteticamente conto dei principali snodi procedurali che caratterizzano la vicenda davanti alla Corte, al fine di comprendere in quali di essi possa eventualmente occorrere una modificazione dell'oggetto processuale della controversia. Giova precisare che il Regolamento vincola il Presidente, come regola generale, ad un coinvolgimento delle parti in relazione ad ogni questione procedurale⁷²⁹, norma a cui da sempre la Corte ha tentato di dare piena esecuzione⁷³⁰.

In conformità all'art. 44 del Regolamento, la prima fase dopo l'instaurazione del procedimento è integralmente scritta. È la stessa Corte, dopo aver sentito le parti, a decidere sul numero, sull'ordine e sul tempo di presentazione degli atti. Così come previsto dall'art. 45, nel caso di procedimento che sia stato attivato tramite la proposizione di una domanda unilaterale, la procedura scritta consisterà nella proposizione di una memoria da parte dell'attore e di una contro-memoria da parte del convenuto. Solo in caso di accordo delle parti (se la Corte vi consente) oppure quando la Corte lo reputi necessario, è data alle parti l'indicazione di provvedere ad un'altra

⁷²⁹ L'art. 31 del Regolamento prevede che: *"In every case submitted to the Court, the President shall ascertain the views of the parties with regard to questions of procedure. For this purpose he shall summon the agents of the parties to meet him as soon as possible after their appointment, and whenever necessary thereafter"*.

⁷³⁰ Rosenne S., *Procedure in the International Court – A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, (The Hague-Boston-Londra: Martinus Nijhoff Publishers), 1983, a pag. 78.

fase scritta, potendo l'attore depositare una replica e il convenuto una controreplica. D'altra parte, quando il procedimento sia originato dalla proposizione di un accordo *ad hoc*, sarà quest'ultimo a dettare le norme sullo svolgimento della fase scritta, salvo diversa disposizione della Corte (sempre dopo aver sentito le parti). Qualora l'accordo rimanga silente e le parti non abbiano raggiunto un accordo, entrambe saranno chiamate al deposito contestuale di una memoria e di una contro-memoria.

Quanto al contenuto di tali atti processuali, in generale l'art. 49 prevede che la memoria debba includere una affermazione in fatto, una in diritto e le richieste cui mira la parte ("a statement of the relevant facts, a statement of law, and the submissions"). A sua volta, la contro-memoria debba contenere: 1) l'ammissione o la negazione dei fatti affermati nella memoria; 2) qualsiasi altro fatto (che il convenuto reputi necessario); 3) osservazioni sull'affermazione in diritto contenuta nella memoria; 4) una affermazione in diritto che costituisca replica; 5) le altre richieste. La medesima disposizione precisa, inoltre, che la replica e la controreplica non possano essere meramente ripetitive di quanto già precedente affermato bensì che debbano limitarsi ad evidenziare le questioni che sono ancora oggetto di divergenza tra le parti (i cc.dd. "issues that still divide them").

Chiusa la fase scritta, si apre dunque quella orale. Su questa, che è costituita essenzialmente dalle esposizioni degli agenti delle parti, dall'assunzione delle testimonianze e dall'acquisizione delle consulenze, la Corte esercita un potere massimo giacché, ai sensi dell'art. 58, una volta sentite le parti può decidere l'ordine con cui procedere. A prescindere dal contributo apportato dai testimoni e dai consulenti, è qui rilevante la sola attività di esposizione delle pretese delle parti e del loro fondamento. Tale attività è specificamente disciplinata dall'art. 60, che prevede che le esposizioni orali a nome delle parti debbano essere per quanto possibile succinte e nei limiti di quanto richiesto da una adeguata presentazione delle pretese in udienza. Per questo, la norma impone che tali esposizioni orali tocchino solamente le questioni ancora controverse tra le parti, che non coinvolgano quanto già esposto nella fase scritta e che non siano una mera ripetizione dei fatti e degli argomenti precedentemente esposti. Esaurita l'intera fase orale, l'agente della parte deve procedere alla lettura delle conclusioni finali; nel solo caso in cui emergano delle circostanze straordinarie, la Corte potrebbe disporre una riapertura della fase orale.

La sintetica esposizione delle fasi processuali e delle loro componenti consente di inferire come una modificazione del *petitum* potrebbe certamente verificarsi in occasione di ogni esposizione delle conclusioni e delle richieste della parte. Infatti, considerato che – come evidenziato da Rosenne⁷³¹ - ciascuna di quelle conclusioni altro non sarebbe che l'affermazione di ciò che si richiede alla Corte di includere nella motivazione della decisione, non è escluso che nel corso del procedimento ciascuna delle parti possa decidere di apportare delle modifiche alle proprie conclusioni. In questo caso, la Corte dovrebbe pronunciarsi solo sulle ultime formulate mentre tutte quelle precedenti, ovvero l'evoluzione nella loro formulazione, avrebbe solamente una mera rilevanza ai fini dell'interpretazione delle ultime proposte⁷³².

⁷³¹ *Ivi* alle pagg. 112 e 113.

⁷³² *Ibidem*. "They therefore constitute an important chain in the evolution of the case through the proceeding".

3.1.2 Mutamenti alle domande attoree nel corso del procedimento

Nel precedente capitolo si sono delineati i caratteri propri dell'onere che incombe sull'attore di identificare l'oggetto della controversia, così come previsto dall'art. 40 dello Statuto e dall'art. 38 del Regolamento della Corte. Allora si era precisato come l'oggetto processuale fosse composto da *petitum* e causa petendi. Dunque, ci si deve ora chiedere se e in che modo la condotta processuale dell'attore, successiva all'instaurazione del procedimento, possa comportare una modificazione dell'oggetto processuale della controversia. Per rispondere a questa domanda assume immediata rilevanza quanto già precisato *supra* in relazione all'art. 38 del Regolamento. Quest'ultimo esige, infatti, non solo l'indicazione delle domande ma anche una succinta indicazione dei fatti e delle basi su cui quelle si fondano. Ed è proprio questa formulazione normativa a risultare potenzialmente problematica, poiché apre alla possibilità che l'attore possa successivamente manipolare le proprie richieste.

In generale, sin da risalente giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, si è sancito che la facoltà garantita alle parti di modificare le loro conclusioni debba essere esercitata in modo ragionevole e senza recare pregiudizio alle disposizioni statutarie e regolamentari che richiedono l'indicazione dell'oggetto della controversia. Si è quindi indicato che la controversia portata all'attenzione della Corte non possa, in ragione delle modificazioni apportate alle conclusioni, essere trasformata in una controversia avente un carattere diverso⁷³³. Le ragioni a fondamento di tale approccio sono molteplici e consistono nella tutela degli Stati terzi, cui viene notificata la domanda al fine di permettere loro l'esperimento degli interventi di cui agli artt. 62 e 63 dello Statuto, di cui si dirà dettagliatamente *infra*, nella certezza del diritto e nella buona amministrazione della giustizia⁷³⁴. Risulta necessario, quindi, sia indagare le modalità attraverso cui l'attore può pervenire alla modificazione dell'oggetto della domanda sia individuare in concreto il limite di tale mutamento, non ammesso quando questo determini un mutamento del carattere della domanda proposta.

3.1.2.1 Decremento della controversia ad opera dell'attore

Non sembra porre particolari problemi il caso in cui l'attore nel corso del procedimento abbia deciso di non riproporre, nelle proprie conclusioni finali, domande avanzate precedentemente. In questo caso, salvo che l'altra parte insista per una pronuncia in relazione a quelle stesse domande, queste dovrebbero dirsi abbandonate: come già riferito, tale mutamento in fieri potrebbe solamente avere una mera rilevanza interpretativa in relazione alle conclusioni finali. Questa ricostruzione va accolta in quanto pienamente conforme alla logica sottesa alla c.d. discontinuance, di cui si dirà *infra*. Infatti, se l'attore può unilateralmente rinunciare alla pronuncia di

⁷³³ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The "Société Commerciale de Belgique"*, Judgment, 15 giugno 1939, Series A/B, a pag. 173: "The Court has not hitherto had occasion to determine the limits of this liberty, but it is clear that the Court cannot, in principle, allow a dispute brought before it by application to be transformed by amendments in the submissions into another dispute which is different in character".

⁷³⁴ *Ibidem*.

merito su tutte le questioni originariamente dedotte, *a fortiori* egli potrebbe validamente rinunciare alla pronuncia su alcune di quelle.

3.1.2.2 Incremento della controversia ad opera dell'attore

Molto più complessa risulta la questione delle domande nuove, o aggiunte, in relazione alle quali la Corte si è sforzata di sviluppare una giurisprudenza coerente, avviata con la decisione di merito della controversia sul Tempio di Préah Vihear del 1962⁷³⁵. Come noto, la Cambogia aveva convenuto la Thailandia innanzi alla CIG perché voleva che la Corte accertasse che il Tempio in questione era sottoposto alla sua sovranità, e non a quella Tailandese. Di conseguenza, nel caso in cui la Corte avesse reputato fondata la pretesa cambogiana, l'attore richiedeva non solo che la Thailandia fosse condannata a ritirare le proprie forze militari stanziate intorno al tempio ma anche che fosse costretta a restituire tutti i manufatti sottratti dalla struttura durante l'occupazione militare⁷³⁶. In relazione a quest'ultima richiesta, in quanto emersa solamente nell'ultima parte della fase orale del procedimento, il convenuto richiedeva alla Corte di decretarne il rigetto perché costituiva “un allargamento della domanda proposta dalla Cambogia nella sua domanda introduttiva e nel corso della fase scritta”⁷³⁷.

Alla Corte fu quindi data l'occasione di pronunciarsi in relazione a domande emerse solo nelle conclusioni della fase scritta del procedimento senza che queste fossero state formulate precedentemente. La pretesa della Cambogia alle restituzioni fu positivamente accolta perché, secondo la Corte, non si trattava di un “allargamento” della domanda originale, di per sé inammissibile, bensì di una pretesa che era già implicita nella domanda concernente la sovranità e a questa consequenziale.

Successivamente, la Corte ebbe a trattare di queste tematiche anche nel caso Fisheries Jurisdiction tra Germania e Islanda⁷³⁸. In quell'occasione, una delle conclusioni avanzate dalla Germania consisteva nella richiesta che le fosse dichiarata inopponibile la normativa islandese che estendeva a 50 miglia marine dalla costa l'area di esercizio di poteri sovrani in relazione alle attività di pesca. A fronte dell'azione giudiziale intrapresa dall'attore, l'Islanda decise di non costituirsi in giudizio. Solo nel corso del procedimento, la Germania aveva richiesto alla Corte di pronunciare in suo favore un risarcimento del danno per le misure coercitive esercitate su navi battenti bandiera tedesca: infatti, tali misure da parte delle autorità islandesi avevano avuto luogo solo dopo l'apertura del procedimento e quindi erano state menzionate per la prima volta solamente nella Memoria depositata dall'attore.

⁷³⁵ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 6.

⁷³⁶ *Ivi* a pag. 11.

⁷³⁷ *Ivi* a pag. 14.

⁷³⁸ *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175. La controversia era stata originata dalla pretesa islandese di prolungare l'area su cui l'Islanda avrebbe potuto esercitare i propri poteri sovrani in relazione alle attività di pesca, portandola a 50 miglia marine dalla costa. Tale pretesa veniva concretizzata con l'adozione di normativa interna seguita da azioni unilaterali di attuazione.

La Corte precisò che quella richiesta alla Corte non era una pronuncia in relazione ad ogni specifico atto illecito bensì una affermazione di principio circa l'obbligo dell'Islanda al risarcimento dei danni cagionati. A prescindere dalla decisione concretamente raggiunta nel merito, determinata da questioni di insufficienza probatoria, la Corte ritenne di ammettere la domanda "addizionale" perché questa derivava dalla domanda costituente l'oggetto della domanda (e, pertanto, l'oggetto della controversia processuale)⁷³⁹. È ragionevole ritenere che la Corte abbia deciso in favore dell'ammissibilità della domanda perché da un positivo accertamento della inopponibilità della normativa islandese alla Germania sarebbe inevitabilmente derivato per l'Islanda il dovere di riparare ogni atto coercitivo volto all'attuazione di tale normativa.

Più recentemente la Corte è tornata ad occuparsi del tema delle domande "aggiunte" nel corso del procedimento in *Certain Phosphate Lands in Nauru*⁷⁴⁰. Come già precisato, il nucleo della controversia consisteva nell'accertamento della responsabilità dell'Australia, a titolo di Amministratore, per i fatti consistenti nello sfruttamento delle terre a fosfato nel territorio di Nauru. Sin dalla prima memoria scritta, l'attore aveva richiesto alla Corte di pronunciarsi anche sulla positiva sussistenza di un titolo giuridico a sostegno delle pretese relative ai beni d'oltremare dei membri della British Phosphate Commission. D'altra parte, l'Australia aveva reagito richiedendo alla Corte di dichiarare l'inammissibilità della domanda in quanto "nuova" rispetto a quelle inizialmente proposte nell'atto introduttivo.

Secondo l'Australia, oltre al carattere nuovo della domanda, l'attore non era riuscito a dimostrare l'esistenza di un nesso tra quest'ultima domanda e le domande concernenti la responsabilità australiana: l'introduzione della domanda addizionale avrebbe quindi trasformato la controversia portata davanti alla Corte in una controversia nuova⁷⁴¹. D'altro canto, Nauru argomentava che, se pure la domanda fosse stata nuova, questa sarebbe stata comunque ammissibile perché aveva un rapporto diretto con il contesto degli elementi fattuali e giuridici relativi allo sfruttamento dei fosfati nel periodo indagato. Per queste ragioni, quella doveva dirsi implicita nelle domande proposte nell'atto introduttivo⁷⁴².

Dopo aver accertato il carattere di novità formale della domanda, sulla base del dato oggettivo della sua assenza nell'atto introduttivo, e pur avendo riconosciuto come tra questa e il "contesto generale" esistessero certi legami, la Corte ritenne giustamente di non poterla ammettere perché l'oggetto della controversia su cui sarebbe caduto il giudizio della Corte sarebbe stato diverso rispetto a quello che era stato delineato con l'atto introduttivo. In sostanza, la Corte avrebbe dovuto rivolgere la propria attenzione a questioni relative a elementi estrinseci rispetto alla domanda iniziale, quali quelle relative alla composizione e all'origine esatta dell'insieme di tali beni⁷⁴³.

⁷³⁹ *Ivi* al par. 72.

⁷⁴⁰ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240; vedi *supra*.

⁷⁴¹ *Ivi* al par. 63.

⁷⁴² *Ibidem*.

⁷⁴³ *Ivi* ai parr. 69 e 70.

In questa prima fase giurisprudenziale, quindi, la Corte ha confermato che una domanda nuova dal punto di vista formale è ammissibile quando quella sia implicita nell'oggetto processuale della controversia perché derivante logicamente dalle domande di cui tale oggetto è composto.

La questione è stata ulteriormente indagata dalla Corte nel caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, ove l'attore aveva dedotto fatti e circostanze diversi rispetto a quelli già "succintamente" indicati al momento della instaurazione del procedimento contenzioso e, per questo, asseritamente idonei ad alterare l'oggetto della domanda⁷⁴⁴. Tra le moltissime eccezioni preliminari sollevate dal convenuto, infatti, la sesta aveva ad oggetto la mancanza dei requisiti di cui doveva godere l'atto introduttivo, ai sensi dell'art. 38 del Regolamento della Corte e in virtù dei principi generali del processo, in relazione al dovere di adeguata rappresentazione dei fatti su cui era basata la richiesta dell'attore, comprese le date, le circostanze e la precisa individuazione geografica (in territorio camerunense) degli affermati incidenti attribuibili alla Nigeria⁷⁴⁵. In altre parole, secondo il convenuto, la natura del "materiale" dedotto nel procedimento dall'attore avrebbe impedito al convenuto di preparare la propria contromemoria e, soprattutto, alla Corte di svolgere un equo ed efficace accertamento giudiziale⁷⁴⁶. La vera questione era però un'altra: fino a che punto poteva l'attore introdurre nel corso del procedimento fatti e circostanze diverse rispetto a quelle già incluse nella domanda? Infatti la Nigeria, pur riconoscendo all'attore un "certo margine di manovra" rispetto a quanto già incluso nell'atto introduttivo, riteneva che tale margine dovesse comunque dirsi necessariamente limitato da quanto incluso nella domanda.

Per decidere sulla fondatezza della sesta obiezione preliminare, la Corte fece riferimento sia al dato testuale dell'art. 38 del Regolamento, il quale, giova ricordarlo, dispone che vengano solo "succintamente" indicati i fatti e le basi su cui si poggia la domanda, sia alla prassi degli Stati, i quali solitamente si riservano il diritto di presentare fatti e considerazioni giuridiche addizionali rispetto a quelle indicate nell'atto che ha instaurato il procedimento. Non sorprendentemente, la Corte giunse al risultato che l'unica limitazione posta dalla CIG a tali facoltà attoree consiste nella necessità che la deduzione di fatti e di circostanze nuove non provochi un mutamento nella natura della controversia così come delineata al momento della instaurazione del procedimento⁷⁴⁷.

A prescindere dalle conclusioni specificamente raggiunte dalla CIG⁷⁴⁸, è necessario evidenziare come una indagine di questo genere dipenda necessariamente dal caso

⁷⁴⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998*, ai parr. 95 e ss.

⁷⁴⁵ *Ivi* al par. 96.

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

⁷⁴⁷ *Ibidem*: "The limit of the freedom to present such facts and legal considerations is "that the result is not to transform the dispute brought before the Court by the application into another dispute which is different in character" [...]. In this case, Cameroon has not so transformed the dispute".

⁷⁴⁸ Che andrebbero però quanto meno criticate, dal momento che la deduzione nel corso del procedimento di incidenti diversi rispetto a quelli indicati nella *Application* (asseritamente attribuiti alla Nigeria), e successivi a quest'ultima, non potevano che implicare un allargamento della domanda, dal momento che tale deduzione mirava ad estendere la responsabilità del convenuto.

concreto⁷⁴⁹. In generale, è possibile comunque affermare che il mutamento della natura della controversia dedotta nel procedimento si dia quando i fatti o le circostanze rappresentate dall'attore mirino a sostenere, se pure non espressamente, domande diverse rispetto a quelle prefigurate nell'atto introduttivo del procedimento. Tale diversità dovrebbe riconoscersi quando la nuova pretesa poggi su un elemento giustificativo-causale sostanzialmente diverso rispetto a quello che sostiene le domande proposte nell'atto introduttivo.

Le conclusioni appena elaborate sono state nuovamente riaffermate nei rilevanti casi che la Corte ha deciso successivamente. In *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*⁷⁵⁰, il Nicaragua aveva in prima battuta richiesto alla Corte solamente di tracciare il confine marittimo mentre al termine della procedura orale aveva allargato le proprie conclusioni, richiedendo alla Corte di decidere sulla sovranità di alcune isole presenti nell'area controversa. La Corte evidenziò come la domanda formalmente nuova fosse intrinsecamente già inclusa in quella originaria perché, per tracciare la linea di confine, sarebbe stato necessario svolgere un accertamento preliminare sulla spettanza della sovranità sulle Isole nell'area controversa⁷⁵¹. In questo caso, non solo la *causa petendi* delle due domande risultava la medesima, ma soprattutto la decisione della domanda formalmente nuova costituiva questione pregiudiziale rispetto alla decisione della domanda originaria, dal momento che la determinazione del tracciato della linea dipendeva dall'accertamento della spettanza di diritti sovrani in relazione a quelle isole.

La Corte adottò il medesimo approccio nel caso Diallo, ove la Guinea aveva lamentato l'illiceità del trattamento che le autorità congolese avevano riservato al suo nazionale Diallo nel periodo tra il 1995 e il 1996⁷⁵². Successivamente, addirittura dopo che la Corte aveva pronunciato la sua decisione relativa alle obiezioni preliminari, l'attore richiese al collegio un ulteriore accertamento dell'illiceità in relazione a misure adottate dalle autorità congolese tra il 1988 e il 1989. La Corte rigettò tale domanda in quanto inammissibile perché sostanzialmente nuova. Infatti, secondo il ragionamento sviluppato dai giudici, la domanda si riferiva a un contesto diverso rispetto a quelli in cui avrebbero avuto luogo le violazioni del 1995 e del 1996, anche perché in relazione alle nuove domande non erano stati esauriti i ricorsi interni. Pertanto, essendo diverso il quadro normativo interno, erano diverse anche le situazioni giuridiche soggettive eventualmente protette dal diritto internazionale⁷⁵³. Nonostante la critica formulata da alcuni giudici⁷⁵⁴, secondo cui tale approccio sarebbe esageratamente formalistico, la

⁷⁴⁹ Ed è stata la stessa Corte a precisarlo successivamente. Si veda *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objection (Nigeria v. Cameroon), Judgment, I.C.J. Reports 1999*, al par. 15: "Whether that is the case ultimately has to be decided by the Court in each individual case in which the question arises".

⁷⁵⁰ *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 659.

⁷⁵¹ *Ivi* al par. 114.

⁷⁵² *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 639.

⁷⁵³ *Ivi* al par. 46.

⁷⁵⁴ Ci si riferisce alla dichiarazione congiunta di Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade e Yusuf ove l'approccio della Corte viene qualificato come troppo formalistico, dal

decisione va apprezzata perché evidenza che la deduzione nel corso del procedimento di fatti che fondano una domanda nuova escluderebbe qualsivoglia rapporto tra le domande. In sintesi, per provvedere alla decisione relativamente a ciascuna delle due domande, la Corte avrebbe dovuto considerare elementi giustificativo-causali notevolmente diversi tra loro.

In conclusione, ciò che rende inammissibile una domanda formalmente nuova dipende dall'identificazione della *causa petendi*: se per decidere nel merito la domanda formalmente nuova è necessario indagare elementi totalmente diversi da quelli che giustificano la domanda originaria, la domanda sarà inammissibile. Viceversa, saranno pienamente ammissibili le domande nuove quando la loro decisione sia logicamente necessaria per decidere le domande originarie oppure quando la risoluzione delle domande nuove risulti immediatamente consequenziale, dal punto di vista logico, rispetto alla risoluzione di quelle originarie. Alla luce di ciò, risulta pacificamente ammissibile l'estensione del *petitum* ogniqualvolta i rimedi eventualmente richiesti nel corso del procedimento trovino fondamento nella *causa petendi* precedentemente definita, senza alterarla.

Tanto premesso circa l'ammissibilità delle nuove ulteriori proponibili dall'attore, conviene ora concentrare l'attenzione sull'eventualità che il mutamento perimetrale della controversia sia dovuto a eventi processuali (ma non solo) provocati da soggetti diversi dall'attore.

momento che le violazioni occorse nel 1988 e 1989 si sarebbero dovute considerare come segno della continuità dell'azione intrapresa dalle autorità congolese contro Diallo.

3.1.3 Alterazioni perimetrali ad opera del convenuto

3.1.3.1 Domande riconvenzionali

La maggioranza degli ordinamenti processuali nazionali conosce e riconosce il concetto della riconvenzione, strumento messo a disposizione del convenuto per permettergli di ottenere a proprio favore, nello stesso procedimento istituito dall'attore, qualche cosa che va al di là del rigetto della domanda dell'attore e quindi anche dell'accertamento giuridico su cui si basa il detto rigetto⁷⁵⁵. Anche sul piano internazionale, l'istituto de quo deve tener conto di due interessi opposti: quello della parte attrice di evitare, per ragioni di economia processuale, una inutile moltiplicazione delle attività processuali in conseguenza della proposizione di pretese, da parte del convenuto, sconnesse rispetto a quelle attoree; quella del convenuto, a che la Corte, per risolvere la controversia in maniera bilanciata e corente, conosca allo stesso tempo anche le domande da questo proposte⁷⁵⁶.

Orbene, al tempo in cui le controversie internazionali venivano risolte per tramite del ricorso all'arbitrato, ossia grosso modo sino alla fine del primo conflitto mondiale, la riconvenzione non aveva alcuno spazio, giacché le pretese e le contro-pretese che gli interessati volevano sottoporre al giudizio degli arbitri dovevano trovare la loro espressione nel compromesso, che stabiliva in maniera definita l'oggetto e i limiti della controversia⁷⁵⁷. Tale istituto giuridico processuale fu quindi ammesso nel diritto internazionale solamente in occasione di una modifica del Regolamento della CPGI, avvenuta nel 1936, stante la possibilità che il procedimento contenzioso potesse trovare la propria "scintilla" nella proposizione di una domanda da parte dell'attore⁷⁵⁸.

Anzitutto, risulta opportuno evidenziare come la chiarezza delle parole di Anzillotti non possa che confermare la ricostruzione teorica che si è proposta nel presente lavoro, ovvero che – giova ricordarlo – in caso di compromesso *ad hoc* sono le stesse

⁷⁵⁵ Anzillotti D., "La Riconvenzione nella Procedura Internazionale", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 8 (1929), a pag. 318.

⁷⁵⁶ Arcari M., "Domande Riconvenzionali nel Processo di Fronte alla Corte Internazionale di Giustizia", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 81 (1998), a pag. 1047.

⁷⁵⁷ Anzillotti D., "La Riconvenzione nella Procedura Internazionale", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 8 (1929), a pag. 309.

⁷⁵⁸ Per la precisione, lo Statuto della CPGI non faceva alcun espresso riferimento alle domande riconvenzionali (nonostante nel corso dei negoziati per la redazione fosse emerso il bisogno di disciplinare tale strumento). Piuttosto, sin dalla prima versione del Regolamento del 1922, era l'art. 40 del Regolamento, adottato dalla Corte in virtù dei poteri a lei espressamente riconosciuti dall'art. 30 dello Statuto, a far menzione delle domande riconvenzionali, prevedendo soltanto che queste ultime dovessero costituire il contenuto della contro-memoria. Tale disposizione rimase invariata sino al 1936 (sopravvivendo così alle modifiche regolamentari del 1926 e del 1931), quando, in ragione della accresciuta consapevolezza di dover dettare una più precisa disciplina circa la proposizione delle domande riconvenzionali, la CPGI modificò l'art. 40 e introdusse una disciplina specifica all'art. 63 del nuovo Regolamento. Quest'ultima deve essere considerata come il predecessore dell'attuale art. 80, poiché disponeva: "When proceedings have been instituted by means of an application, a counter-claim may be presented in the submissions of the Counter-Memorial, provided that such counter-claim is directly connected with the subject of the application and that it comes within the jurisdiction of the Court. [...]". Per una completa trattazione delle vicende che portarono all'adozione dell'art. 63, cf. Rosenne S., *Essays on International Law and Procedure*, (Leiden, Boston: Brill Nijhoff), 2007, a pag. 267 e ss.

parti a definire l'oggetto storico della controversia e a renderlo oggetto processuale, ricomprendendo in esso *petitum* mediato e *causa petendi* delle pretese avanzate da ciascuna delle parti. Di conseguenza, nel caso in cui sia stato l'attore a definire l'oggetto processuale della controversia con la sua domanda introduttiva, la proposizione di domanda riconvenzionale da parte del convenuto non può non comportare un incremento quantitativo dell'oggetto processuale della controversia⁷⁵⁹.

Per comprendere appieno le modalità tramite cui tale espansione si realizza, è necessario riflettere sul dato testuale del Regolamento oggi vigente e sulla giurisprudenza che nel corso del tempo ha progressivamente definito requisiti e condizioni per ammettere l'apertura di un simile procedimento incidentale⁷⁶⁰.

Ancora oggi lo Statuto della CIG tace in relazione all'istituto della domanda riconvenzionale mentre la norma del Regolamento che va considerata è quella di cui all'art. 80⁷⁶¹. Quest'ultima ha subito nel corso del tempo diverse modifiche che hanno sempre coinvolto mere questioni inerenti le modalità e il tempo della proposizione e mai hanno intaccato la natura dei presupposti giuridici richiesti perché la domanda riconvenzionale possa dirsi ammissibile⁷⁶².

Tali condizioni sono essenzialmente due. Nello specifico, la domanda riconvenzionale può validamente innestarsi in un altro procedimento solo qualora sussista la giurisdizione della Corte in relazione a quella domanda⁷⁶³ e la domanda sia direttamente connessa all'oggetto della domanda principale.

⁷⁵⁹ Arcari M., "Domande Riconvenzionali nel Processo di Fronte alla Corte Internazionale di Giustizia", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 81 (1998), a pag. 1046, parla di "allargamento dell'oggetto iniziale del giudizio". Secondo le modalità che si vedranno *infra*, anche la Corte ha pacificamente ammesso che l'elemento idoneo a differenziare tra domanda riconvenzionale e difesa nel merito è l'ampliamento dell'originario oggetto della controversia, cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-claims, Order of 17 December 1997, I. C. J. Reports 1997*, p. 243, al par. 27.

⁷⁶⁰ La domanda riconvenzionale non può che considerarsi come procedimento incidentale sol che si pensi che questa è disciplinata nella *Section D* del Regolamento.

⁷⁶¹ L'art. 80 del Regolamento CIG recita: "1. *The Court may entertain a counter-claim only if it comes within the jurisdiction of the Court and is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party.* 2. *A counter-claim shall be made in the Counter-Memorial and shall appear as part of the submissions contained therein. The right of the other party to present its views in writing on the counter-claim, in an additional pleading, shall be preserved, irrespective of any decision of the Court, in accordance with Article 45, paragraph 2, of these Rules, concerning the filing of further written pleadings.* 3. *Where an objection is raised concerning the application of paragraph 1 or whenever the Court deems necessary, the Court shall take its decision thereon after hearing the parties*".

⁷⁶² Per una panoramica sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale in relazione alle domande riconvenzionali si veda Salerno F., "La Demande Reconventionnelle dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103 (1999), alle pagg. 334 e ss.

⁷⁶³ Come recentemente chiarito dalla stessa CIG, quando la domanda riconvenzionale si basi sul medesimo titolo giurisdizionale della principale, è sufficiente che tale titolo sussista al momento dell'introduzione del procedimento ad opera dell'attore, ovvero sia quello del deposito della domanda, e non necessariamente quando il convenuto richiede alla Corte di decidere la domanda riconvenzionale. Si veda in proposito Crespi Reghizzi Z., "Domande Riconvenzionali davanti alla Corte Internazionale di Giustizia: l'Ordinanza del 15 Novembre 2017 nel caso delle Pretese Violazioni di Diritti Sovrani e Spazi Marini nel Mare dei Caraibi (Nicaragua v. Colombia)", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 101 (2018), alle pagg. 502 e ss.

Il primo dei due requisiti non è immediatamente rilevante per le finalità qui perseguite. Comunque conviene aderire alla posizione di chi ritiene che la base giurisdizionale fondante la giurisdizione della Corte in relazione a una data domanda riconvenzionale non debba necessariamente corrispondere a quella che legittima la Corte a decidere della domanda principale⁷⁶⁴. Sebbene la questione non sia mai stata chiarita dalla CIG, andrebbero rigettate le posizioni dottrinali contrarie, le quali confondono i due requisiti, pretendendo che la comunanza di titolo giurisdizionale realizzi anche l'altro requisito necessario, ovvero sia quello della connessione giuridica tra domande⁷⁶⁵: in realtà, già si è pacificamente dimostrato che basare la domanda riconvenzionale sul medesimo titolo giurisdizionale della domanda principale non risulta affatto sufficiente alla soddisfazione del requisito della connessione⁷⁶⁶. Peraltro, tali posizioni asseriscono che ammettere un titolo giurisdizionale diverso rispetto a quello della domanda principale equivarrebbe a pregiudicare l'unitarietà del "diritto applicabile" alla controversia⁷⁶⁷. Tale posizione è ancora meno sostenibile della prima, poiché confonde tra base di giurisdizione e le norme applicabili per risolvere nel merito una data controversia.

Più rilevante ai nostri fini risulta il secondo requisito, cioè quello della sussistenza di una connessione diretta tra la domanda principale e quella riconvenzionale.

In dottrina, ove si è sempre lamentata poca chiarezza in relazione al requisito della connessione diretta⁷⁶⁸, si è tentato di tracciare una distinzione di massima tra le domande riconvenzionali dirette e quelle indirette⁷⁶⁹. Mentre le prime sarebbero quelle "arising out of the facts or transactions upon which the complainant's claim is based", le seconde sarebbero quelle "arising out of facts or transactions extrinsic to those upon which a complainant's claim is based"⁷⁷⁰. Tale distinzione è utile, anche se limitatamente, perché evidenzia la necessità di indagare la natura, intrinseca o

⁷⁶⁴ In tal senso si era già pronunciata il giudice Higgins nella sua Opinione Individuale relativa all'Ordinanza sulle domande riconvenzionali nel caso *Oil Platforms (Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Claim, Order of 10 March 1998, I. C. J. Reports 1998, Individual Opinion of Judge Higgins*, p. 218.

⁷⁶⁵ Come ad esempio Distefano G., "La Demande Reconvencionnelle au Fil del Textes Régissant le Fonctionnement de la Cour de La Haye et de sa Jurisprudence", *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, vol. 18 (2008), a pag. 62, ove l'Autore pare far convergere i due requisiti che, al contrario, debbono rimanere bene distinti.

⁷⁶⁶ Anzillotti D., "La Riconvenzione nella Procedura Internazionale", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 8 (1929), a pag. 319.

⁷⁶⁷ Il caso classico sarebbe quello in cui la domanda principale è basata su una clausola compromissoria di un trattato disciplinante una data materia. In questo caso, ammettere una domanda riconvenzionale basata su un titolo giurisdizionale diverso potrebbe pregiudicare l'esclusiva applicazione delle norme di quel trattato per la risoluzione della controversia.

⁷⁶⁸ Scerni M., "La Procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale", *Recueil des Cours*, vol. 65 (1938), a pag. 645

⁷⁶⁹ Arcari M., "Domande Riconvenzionali nel Processo di Fronte alla Corte Internazionale di Giustizia", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 81 (1998), a pag. 1050.

⁷⁷⁰ Così Hudson Manley O., *The Permanent Court of International Justice*, (New York: The Macmillan Company), 1934, a pag. 426. L'Autore citato basava tale distinzione sul progetto di convenzione relativo alla competenza delle corti (nazionali) nei confronti di Stati stranieri, ultimato negli anni trenta del secolo scorso dal gruppo di ricerca sul diritto internazionale della *Harvard Law School*: si veda *American Journal of International Law*, 1932, a pag. 490 e ss.

estrinseca, dei fatti e dei rapporti su cui la riconvenzionale è basata rispetto a quelli su cui è invece basata la principale.

Condivisibilmente, certa dottrina⁷⁷¹ ritiene che la CIG abbia fornito decisivi contributi in relazione all'interpretazione delle condizioni di ammissibilità delle domande riconvenzionali con le Ordinanze che hanno deciso la questione nei casi Genocide (Bosnia)⁷⁷² e Oil Platforms⁷⁷³. Proprio nella prima di queste che la Corte ha preso una netta posizione in relazione al requisito della diretta connessione, precisando come la mancanza di ulteriori precisazioni del Regolamento debba implicare una certa discrezionalità della Corte nella valutazione della sussistenza di tale connessione⁷⁷⁴. Secondo la Corte, come regola generale, la connessione tra domanda principale e riconvenzionale deve essere valutata sia in diritto che in fatto⁷⁷⁵. Tale impianto è stato successivamente confermato nell'Ordinanza sulle domande riconvenzionali proposte dagli Stati Uniti nel caso delle Oil Platforms⁷⁷⁶.

La Corte ha espressamente sostenuto che la diretta connessione sussiste quando vi sia una connessione al contempo fattuale e giuridica tra domande⁷⁷⁷. Orbene, per capire sino a che punto la domanda riconvenzionale possa estendere l'oggetto della controversia, è necessario indagare come ciascuno di siffatti elementi sia stato affrontato nella giurisprudenza della CIG.

Risulta necessario indagare anzitutto il caso Genocide (Bosnia). In quella sede, l'esistenza di un nesso giuridico tra le domande non poteva essere negata perché il convenuto, la Jugoslavia, aveva richiesto alla Corte di affermare la responsabilità della Bosnia per la violazione delle stesse norme giuridiche che costituivano la base della domanda principale⁷⁷⁸. Pur riconoscendo come in nessun caso la violazione della Convenzione ad opera della controparte potesse servire come causa di giustificazione, la Corte ha precisato che il nesso giuridico richiesto era soddisfatto perché, attraverso le loro pretese, le parti miravano a realizzare il medesimo obiettivo giuridico, ovverosia l'accertamento della responsabilità internazionale per la violazione della Convenzione contro il genocidio. In relazione alla connessione in fatto, la CIG ha reputato che tale requisito fosse soddisfatto perché le condotte asseritamente illecite della Bosnia, contestate dalla Jugoslavia, si erano collocate nel medesimo contesto fattuale di quelle

⁷⁷¹ *Ex multis*, vedi Thirlway H., "Counterclaims Before the International Court of Justice: The Genocide Convention and Oil Platforms Decisions", *Leiden Journal of International Law*, vol. 12 (1999), a pag. 200.

⁷⁷² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-claims, Order of 17 December 1997*, I. C. J. Reports 1997, p. 243.

⁷⁷³ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Claim, Order of 10 March 1998*, I. C. J. Reports 1998, p. 190.

⁷⁷⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-claims, Order of 17 December 1997*, I. C. J. Reports 1997, p. 243, al par. 33.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁷⁶ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Claim, Order of 10 March 1998*, I. C. J. Reports 1998, ai parr. 37 e ss.

⁷⁷⁷ Per una opinione contraria si veda Salerno F., "La Demande Reconventionnelle dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103 (1999), alla pag. 349: "Pour la recevabilité de la demande reconventionnelle il n'est pas nécessaire de vérifier dans tous les cas les deux éléments de connexité. La Cour peut s'appuyer sur un seul élément si elle le juge suffisant au regard de l'objet du différend ou du contenu de ce que le défendeur veut opposer à la requête".

⁷⁷⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-claims, Order of 17 December 1997*, I. C. J. Reports 1997, p. 243, al par. 35.

contestate nell'atto introduttivo dall'attore, ovverosia negli stessi luoghi e nel medesimo periodo di tempo⁷⁷⁹.

Nel caso *Oil Platforms*, la CIG ha confermato l'ammissibilità della domanda riconvenzionale presentata dagli Stati Uniti contro l'Iran perché, per quanto concerne la connessione giuridica, quella mirava alla realizzazione del medesimo obiettivo giuridico, ovverosia l'accertamento della violazione del Trattato di amicizia del 1955 (il quale costituiva appunto la base giuridica della domanda dell'Iran) e, in relazione alla connessione fattuale, quella si basava sugli stessi fatti e sulle stesse circostanze della domanda principale⁷⁸⁰.

Una domanda riconvenzionale è stata poi avanzata nel caso *Land and Maritime Boundary* tra Camerun e Nigeria⁷⁸¹. Lì, il convenuto intendeva pervenire all'allargamento della controversia originaria – che si riferiva alla sovranità sulla penisola di Bakassi e su altre zone in prossimità del Lago Chad e alla illiceità delle condotte nigeriane che le avevano occupate – estendendola anche ad altri incidenti occorsi nella zona del confine che dovevano essere qualificati – secondo la Nigeria – come illeciti internazionali commessi dal Camerun⁷⁸². Anche alla luce della mancanza di opposizione da parte dell'attore, la Corte ha accertato non solo che i fatti a base della riconvenzionale avevano la medesima natura di quelli posti alla base della domanda principale e che si erano realizzati lungo il confine tra i due Stati (con ciò soddisfacendo il requisito della connessione fattuale), bensì anche che la domanda nigeriana condivideva con quella camerunese la medesima finalità giuridica, ovverosia l'accertamento della responsabilità internazionale della controparte⁷⁸³.

Un altro caso rilevante per la presente analisi è *Armed Activities on the Territory of the Congo*, tra il Congo e l'Uganda⁷⁸⁴. L'attore aveva convenuto l'Uganda innanzi alla CIG per risolvere una controversia relativa a diversi atti di aggressione asseritamente compiuti dall'Uganda in territorio congolese. Nella contro-memoria l'Uganda aveva mosso contro l'attore delle accuse simili, ivi comprese quelle di aver utilizzato la forza e di essersi ingerita nei suoi affari interni⁷⁸⁵. Successivamente, il Congo si era opposto alla ammissibilità della domanda riconvenzionale: secondo l'attore, infatti, la connessione in fatto doveva implicare “unità di luogo, di azione e di tempo” mentre quella in diritto presupponeva che “le due domande convenzionale e riconvenzionale” mirassero all'accertamento del medesimo strumento giuridico o delle stesse norme⁷⁸⁶. Al fine di verificare la soddisfazione del requisito della diretta connessione, la Corte ha provveduto a una più chiara identificazione delle domande riconvenzionali avanzate dall'Uganda contro il Congo, ovverosia: 1) l'aver compiuto degli atti di aggressione, 2) l'aver attaccato sedi diplomatiche, nonché personale diplomatico e civile a Kinshasa,

⁷⁷⁹ *Ivi* al par. 34.

⁷⁸⁰ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Counter-Claim*, *Order of 10 March 1998*, I. C. J. *Reports 1998*, al par. 38.

⁷⁸¹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, *Order of 30 June 1999*, I.C.J. *Reports 1999*, p. 983.

⁷⁸² *Ivi* alla pag. 985.

⁷⁸³ *Ibidem*.

⁷⁸⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Order of 29 November 2001*, I.C.J. *Reports 2001*, p.660.

⁷⁸⁵ *Ivi* al par. 4.

⁷⁸⁶ *Ivi* al par. 10.

3) l'aver violato il c.d. "Lusaka Agreement", ovvero l'accordo che mirava alla cessazione delle ostilità nel territorio congolese⁷⁸⁷.

Dopo aver evidenziato come non sia necessario, a fini di ammissibilità della riconvenzionale, che gli argomenti a sostegno di questa debbano al contempo essere funzionali al rigetto della domanda principale, la Corte ha reputato positivamente sussistente la connessione in relazione alla prima riconvenzionale, dal momento che, pur essendo questa relativa a eventi occorsi in un periodo di tempo più ampio, ma comunque "vicino", rispetto a quello cui si riferiva la domanda principale, tali fatti dovevano comunque dirsi parte del medesimo "complesso fattuale" rispetto a quelli rappresentati dall'attore⁷⁸⁸. Peraltro, le domande (principali e riconvenzionali) miravano al medesimo obiettivo, ovvero l'accertamento della responsabilità per violazione del divieto di uso della forza e di quello che vieta ogni ingerenza negli affari interni di un altro Stato⁷⁸⁹. Le stesse conclusioni sono state raggiunte dalla Corte in relazione alla seconda domanda riconvenzionale⁷⁹⁰. Infine, la Corte ha ritenuto che la terza domanda riconvenzionale non fosse direttamente connessa alla principale perché ineriva fatti relativi alla violazione di strumenti internazionali che miravano alla risoluzione dei conflitti nell'area. Conseguentemente, tali fatti avevano natura diversa rispetto a quelli rappresentati dall'attore, e pertanto non appartenenti al medesimo "complesso fattuale"⁷⁹¹. La Corte ha altresì ritenuto che neppure il requisito della connessione in diritto fosse soddisfatto, poiché la riconvenzionale mirava all'accertamento della responsabilità del Congo per violazione di un accordo internazionale e non certo per la violazione di norme sull'uso della forza oppure sul divieto di ingerenza negli affari interni di un altro Stato⁷⁹².

Più recentemente, la Corte è tornata a pronunciarsi in relazione all'ammissibilità di domande riconvenzionali nel caso *Jurisdictional Immunities of the State* tra Germania e Italia⁷⁹³. Come noto, la Germania aveva convenuto l'Italia per lamentare la violazione della norma di diritto internazionale generale sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile. Dal canto suo, l'Italia aveva reagito proponendo una domanda riconvenzionale con cui richiedeva alla Corte di condannare la Germania a riparare i danni subiti dalle vittime italiane in conseguenza delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dalle forze tedesche che occupavano il territorio italiano dal 1943 al 1945⁷⁹⁴. La Corte non ha avuto occasione di trattare la tematica dell'esistenza di una connessione diretta tra le domande perché ha ritenuto di non essere giurisdizionalmente competente in relazione alla riconvenzionale. Infatti, l'art. 27 della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie del 1958, su cui si fondava la giurisdizione della Corte, limitava la giurisdizione *ratione temporis*

⁷⁸⁷ *Ivi* al par. 37.

⁷⁸⁸ *Ivi* al par. 38.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ *Ivi* al par. 40.

⁷⁹¹ *Ivi* al par. 42.

⁷⁹² *Ibidem*.

⁷⁹³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010*, p. 310.

⁷⁹⁴ *Ivi* al par. 3.

della Corte a fatti e situazioni successivi alla sua entrata in vigore e la CIG ha reputato che il vero fatto generatore della domanda italiana fosse a questa pre-esistente⁷⁹⁵.

Da ultimo, la Corte ha affrontato la tematica indagata nell'ambito del procedimento riunito tra Costa Rica e Nicaragua (*Certain Activities e Construction of a Road*)⁷⁹⁶. Dapprima, il Costa Rica aveva convenuto il Nicaragua davanti alla Corte per aver occupato e sfruttato parte del suo territorio, e in particolare aveva lamentato l'occupazione avvenuta in occasione della costruzione di un canale nell'area del confine e in occasione dello svolgimento di attività di dragaggio del fiume San Juan⁷⁹⁷. Successivamente, il Nicaragua aveva presentato quattro domande riconvenzionali, l'ultima delle quali era relativa alla violazione da parte del Costa Rica delle misure cautelari già indicate dalla Corte. La Corte ha reputato di non dover decidere sull'ammissibilità di quest'ultima, dal momento che – riconoscendo come la questione non potesse essere rilevante nell'ambito della procedura relativa all'ammissione delle riconvenzionali – le parti avrebbero comunque potuto sollevare ogni questione relativa al rispetto delle misure cautelari nella fase di merito⁷⁹⁸. Inoltre, la prima domanda, analoga a quella presentata nel procedimento parallelo in cui il Nicaragua era parte attrice, era poi divenuta priva di oggetto in ragione della decisione della Corte di riunire i procedimenti⁷⁹⁹. La Corte si è quindi concentrata sulla seconda e sulla terza domanda riconvenzionale.

Con la seconda il convenuto chiedeva alla Corte di affermare che questi era il solo titolare della sovranità in relazione alla Baia di San Juan del Norte; con la terza, che questi era titolare del diritto di navigare liberamente sul Colorado, un affluente del fiume San Juan de Nicaragua, sino a quando non fossero state ristabilite le condizioni di navigabilità del San Juan già esistenti al tempo della conclusione del trattato del 1858⁸⁰⁰.

Nell'analizzare le condizioni di ammissibilità *ex art.* 80 del Regolamento, in primo luogo la Corte ha espressamente affermato di dover considerare se i fatti invocati dal Costa Rica e dal Nicaragua a sostegno della loro domande fossero relativi alla stessa area geografica e al medesimo periodo di tempo⁸⁰¹. In secondo luogo, la Corte ha espressamente riferito di dover considerare se tali fatti condividessero la medesima natura, ovvero se le condotte affermate fossero simili⁸⁰². Infine, se vi fosse una connessione diretta (in diritto) fondata sui principi o strumenti giuridici su cui le domande erano basate, ovvero se le parti stessero perseguendo la medesima finalità giuridica oppure no⁸⁰³.

⁷⁹⁵ *Ivi* al par. 30.

⁷⁹⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Counter-Claims, Order of 18 April 2013, I.C.J. Reports 2013*, p. 200.

⁷⁹⁷ *Ivi* al par. 1.

⁷⁹⁸ *Ivi* ai parr. 39 e 40.

⁷⁹⁹ *Ivi* al par. 24.

⁸⁰⁰ *Ivi* al par. 25.

⁸⁰¹ *Ivi* al par. 32.

⁸⁰² *Ibidem*.

⁸⁰³ *Ibidem*.

Nel verificare in concreto se tali requisiti fossero soddisfatti, la Corte ha anzitutto escluso la sussistenza della connessione in fatto, per diverse ragioni, sia geografiche che temporali⁸⁰⁴. Infatti, la Corte ha reputato non solo che la domanda principale e la seconda riconvenzionale fossero relative ad aree geograficamente distinte ma anche che si riferissero a periodi di tempo totalmente diversi (la principale era relativa a eventi occorsi nel 2010, mentre la riconvenzionale a eventi che si collocavano nel diciannovesimo secolo). Peraltro, i fatti a sostegno delle due domande non condividevano la medesima natura, poiché – pur essendo entrambe relative a questioni di sovranità territoriale – la riconvenzionale non era relativa alla spettanza della sovranità territoriale sull’Isola Portillos e neppure alla spettanza della sovranità territoriale in relazione al tracciato del confine lungo il corso d’acqua conteso. La Corte ha accertato anche la carenza del nesso giuridico, poiché, mentre il Costa Rica evidenziava che la propria sovranità era stata violata per alcune condotte compiute dalla controparte nell’Isola e per le attività di dragaggio, il Nicaragua rivendicava la sovranità su una zona già occupata. Peraltro, mentre il Costa Rica basava le proprie pretese su un trattato del 1858 e sul diritto dell’ambiente, il Nicaragua aveva posto alla base della sua domanda il fatto che la situazione giuridica in relazione alla Baia di San Juan del Norte fosse evoluta rispetto al regime stabilito dal trattato del 1858, in ragione di cambiamenti fisici occorsi al territorio. Secondo la Corte, quindi, le parti miravano alla realizzazione di finalità giuridiche distinte⁸⁰⁵.

Conclusioni solo parzialmente diverse sono state raggiunte dalla Corte in relazione alla terza domanda riconvenzionale. Dal punto di vista del collegamento fattuale, le pretese del Nicaragua miravano all’affermazione del diritto di navigazione sul fiume Colorado fino a quando non fosse stato possibile accedere al Mar dei Caraibi attraverso il fiume San Juan. La Corte ha dapprima riconosciuto come potesse esservi una sorta di connessione geografica tra le domande, dal momento che quelle erano relative allo stesso sistema fluviale, così come una connessione temporale, dal momento che il diritto di navigazione del Nicaragua sul Colorado deriverebbe dal fatto che il Costa Rica gli impedirebbe di dragare il fiume San Juan. Tuttavia, la Corte ha poi escluso che i fatti sottesi alla terza domanda condividessero la medesima natura di quelli sottesi alla domanda principale del Costa Rica, poiché questi ultimi erano invocati per dimostrare l’esistenza di violazioni di sovranità e violazioni di obblighi di diritto ambientale da parte del Nicaragua. Al contrario, la terza domanda riconvenzionale mirava all’accertamento di violazioni derivanti dai tentativi del Costa Rica di impedire al Nicaragua di dragare il fiume San Juan, e tale differenza nella natura dei fatti sottesi alle domande era sufficiente, secondo la Corte a dimostrare l’inesistenza di legami fattuali tra quelle⁸⁰⁶. Infine, per quanto concerne l’esistenza di una connessione in diritto, la Corte ha notato la domanda principale e la terza riconvenzionale non condividessero la medesima finalità giuridica, poiché per l’appunto il Costa Rica affermava violazioni di sovranità territoriale, di suoi propri diritti di navigazione sul fiume San Juan e di obblighi di diritto ambientale incombenti sul convenuto, mentre il Nicaragua invocava suoi diritti di navigazione sul fiume Colorado⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ *Ivi* al par. 34.

⁸⁰⁵ *Ivi* al par. 35.

⁸⁰⁶ *Ivi* al par. 36.

⁸⁰⁷ *Ivi* al par. 37.

Dall'analisi della prima giurisprudenza della Corte vi è chi, in dottrina, ha tratto la conclusione che la Corte abbia adottato il criterio della "prevedibilità", così da escludere l'ammissibilità di tutte le domande riconvenzionali che l'attore non abbia potuto ragionevolmente prevedere al tempo della proposizione della domanda⁸⁰⁸. In buona sostanza, tale dottrina ricollega il criterio della prevedibilità alla base di giurisdizione, sostenendo che per essere prevedibile la riconvenzionale debba ricadere nell'ambito di applicazione del titolo giurisdizionale della principale⁸⁰⁹, ed evidenzia come non dovrebbe essere possibile proporre nel processo delle domande riconvenzionali eccedenti *ratione materiae* il titolo su cui si fonda la domanda principale, le quali dovrebbero invece essere giudizialmente proposte avviando un autonomo procedimento⁸¹⁰. Tale posizione dottrinale non sembra del tutto persuasiva poiché risulta molto simile alle tesi, già precedentemente rigettate, che confondono tra il requisito della sussistenza di un valido titolo giurisdizionale e quello della connessione diretta tra domande⁸¹¹. Nonostante ciò, è da ritenere comunque che il criterio della "prevedibilità", purché slegato dalla comunanza del titolo giurisdizionale, possa essere valorizzato come elemento utile per comprendere fino in fondo la prassi applicativa del requisito della connessione diretta da parte della CIG. Infatti, per quanto concerne il requisito della connessione in diritto, non potranno mai dirsi imprevedibili, per l'attore, quelle domande riconvenzionali che abbiano ad oggetto condotte aventi la medesima natura di quelle che costituiscono l'oggetto della domanda principale, dal momento che il *petitum* incluso nella riconvenzionale si riferisce allo stesso corpus normativo cui si riferisce il *petitum* della domanda principale (ad esempio, diritto dei trattati, diritto del mare, diritto ambientale, diritto diplomatico)⁸¹². In secondo luogo, in relazione al requisito della connessione in fatto, non potranno mai dirsi imprevedibili le domande che abbiano ad oggetto condotte che si collocano nel medesimo contesto fattuale e temporale di quelle che sono oggetto della domanda principale.

Con ciò si esaurisce l'analisi sui limiti posti dalla Corte all'allargamento dell'oggetto della controversia in ragione della proposizione di una o più domande riconvenzionali. Le soluzioni appena enunciate, le quali ammettono che possa essere proposta una domanda riconvenzionale solo quando questa si riferisca al medesimo corpus normativo della domanda principale e quando sia basata su fatti uguali, o diversi ma connessi, rispetto a quelli posti a fondamento della domanda principale, a prescindere dalla comunanza di titolo giuridico, garantiscono sia i diritti processuali dell'attore sia l'interesse della Corte a una buona amministrazione del procedimento, per ragioni parzialmente coincidenti. Entrambi, infatti, hanno interesse a che la controversia sia definita con quanta più speditezza possibile e nel migliore dei modi. Per questo, la Corte può conoscere di controversia avente contenuto diverso dalla principale solo

⁸⁰⁸ Salerno F., "La Demande Reconventionnelle dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103 (1999), a pag. 366 e ss.

⁸⁰⁹ *Ibidem*: "La prévisibilité réside dans le fait que la demande reconventionnelle devra se situer dans le champ matériel du titre de compétence avancé par le demandeur".

⁸¹⁰ *Ibidem*: "Si le défendeur veut présenter des requêtes qui excèdent *ratione materiae* le titre sur lequel se fonde la demande principale, il devra avoir recours à une requête autonome".

⁸¹¹ Si veda appunto Distefano G., "La Demande Reconventionnelle au Fil des Textes Régissant le Fonctionnement de la Cour de La Haye et de sa Jurisprudence", *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, vol. 18 (2008), a pag. 62.

⁸¹² Kolb R., *The International Court of Justice*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 2013, a pag. 672.

quando tra le due esista un certo tipo di connessione e proprio tale connessione permette alla Corte di indagare uno spettro fattuale più vasto e di tener conto di argomentazioni giuridiche di più ampio respiro.

3.1.3.2 Condotte extraprocessuali del convenuto idonee a privare la controversia del suo oggetto

Prima di passare alla trattazione degli altri eventi processuali potenzialmente rilevanti ai fini qui perseguiti, occorre accennare all'esistenza della possibilità, prevista per il convenuto, di alterare l'oggetto processuale per tramite di una sua condotta extraprocessuale. L'esempio più lampante è quello in cui la condotta del convenuto sia idonea a rendere, almeno temporaneamente, la controversia processuale priva del suo oggetto: ci si riferisce alla decisione della CIG nel caso dei Nuclear Tests tra Nuova Zelanda e Francia⁸¹³. In quella sede, l'attore aveva richiesto alla Corte non solo di accertare l'illiceità internazionale della condotta francese consistente nell'esecuzione di test nucleari atmosferici nella zona del Sud Pacifico ma anche di dichiarare che ogni altra condotta simile a quelle avrebbe dato luogo a ulteriori violazioni di diritto internazionale⁸¹⁴. D'altra parte, il governo francese aveva deciso di non costituirsi ma aveva fatto pervenire alla Corte una lettera attraverso la quale aveva richiesto alla Corte di rimuovere il caso dal registro⁸¹⁵. A prescindere da ogni problematica relativa alla sussistenza del giurisdizione in capo alla CIG e da ogni riflessione circa la fondatezza nel merito delle pretese attoree, occorre rammentare come la Corte avesse dato assoluta rilevanza a certe affermazioni pubbliche provenienti dalle autorità di vertice dello Stato francese, con cui queste impegnavano il paese a cessare le sperimentazioni atmosferiche⁸¹⁶, per concludere come l'obiettivo dell'attore fosse stato raggiunto nel corso del procedimento⁸¹⁷. Alla luce di ciò, e rimarcando come la funzione giudiziaria si risolveva nella risoluzione di controversie esistenti, la Corte ha stimato che la condotta francese fosse idonea a privare la domanda dell'attore di ogni suo oggetto e, pertanto, che qualsiasi conclusione giudiziaria sarebbe stata priva di ragion d'essere⁸¹⁸. In buona sostanza, la condotta della Francia avrebbe reso la controversia priva di ogni oggetto (c.d. "mootness"): appare chiaro come la Corte avesse deciso di chiudere il procedimento perché aveva ritenuto di non poter decidere questioni meramente astratte⁸¹⁹. Questo è stato a tutt'oggi l'unico caso in cui la Corte abbia utilizzato la dottrina della "mootness", la quale – giova ricordarlo – non trova alcun riferimento

⁸¹³ *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 457.

⁸¹⁴ *Ivi* al par. 11.

⁸¹⁵ *Ivi* al par. 14.

⁸¹⁶ *Ivi* al par. 53: "The Court considers that the President of the Republic, in deciding upon the effective cessation of atmospheric tests, gave an undertaking to the international community to which his words were addressed".

⁸¹⁷ *Ivi* al par. 55: "Thus the Court faces a situation in which the objective of the Applicant has in effect been accomplished, inasmuch as the Court finds that France has undertaken the obligation to hold no further nuclear tests in the atmosphere in the South Pacific".

⁸¹⁸ *Ivi* al par. 59: "Thus the Court concludes that, the dispute having disappeared, the claim advanced by New Zealand no longer has any object. It follows that any further finding would have no *raison d'être*".

⁸¹⁹ *Ivi* al par. 62: "Thus the Court finds that no further pronouncement is required in the present case. It does not enter into the adjudicatory functions of the Court to deal with issues in abstracto, once it has reached the conclusion that the merits of the case no longer fall to be determined".

normativo né nello Statuto né nel Regolamento della Corte. Per questo, al fine di tutelare la posizione attorea da eventuali ripensamenti delle autorità francesi, la Corte ha messo a disposizione (rectius, inventato) un procedimento *ad hoc*, aperto all'attore, prevedendo che “if the basis of this Judgment were to be affected, the Applicant could request an examination of the situation in accordance with the provisions of the Statute”, senza che a ciò ostasse l'estinzione dell'originale base di giurisdizione, vale a dire l'accettazione unilaterale della giurisdizione della Corte da parte della Francia, ai sensi dell'art. 36, par. 2 dello Statuto, su cui l'attore aveva basato le proprie domande⁸²⁰.

A prescindere dall'infruttuoso tentativo della Nuova Zelanda di riassumere il procedimento qualche decennio dopo⁸²¹, ciò che emerge dall'analisi di questo caso è come, evidentemente a seconda del tipo di domanda concretamente dedotta dall'attore, la condotta unilaterale del convenuto possa far venire meno l'esigenza di procedere ad una pronuncia nel merito della controversia. In altre parole, l'azione o l'inazione del convenuto può privare la domanda, e conseguentemente la controversia processuale, del suo oggetto, rendendo inutile qualsivoglia pronunciamento giudiziario da parte della Corte. Tali condotte eventualmente abusive del convenuto rischiano di pregiudicare irreparabilmente i diritti dell'attore, poiché consentirebbero al primo di sottrarsi ad un accertamento giudiziale sulla sua responsabilità. In ragione della sua pericolosità intrinseca, lo strumento della “mootness” andrebbe usato con assoluta prudenza, per evitare di recare pregiudizio non solo alle ragioni dell'attore ma anche a quelle della buona amministrazione della giustizia. Infine, occorre evidenziare come la condotta della Corte, nel senso di prevedere un mezzo speciale atipico, rispetto a quelli previsti dallo Statuto, per “riassumere” il procedimento⁸²² in caso di asserita violazione del convenuto dei suoi propri impegni, dimostri l'attenzione prestata dalla Corte a ricercare il giusto equilibrio tra la posizione dell'attore e le ragioni di economicità giudiziale, che impediscono di impegnare risorse quando l'esito del procedimento sia privo di alcuna portata concreta.

Con ciò si chiude la parte dedicata all'indagine delle modalità attraverso cui il convenuto può, dentro o fuori il procedimento, provocare una alterazione sicuramente significativa dell'oggetto della controversia. Occorre ora indagare i casi in cui tale allargamento si debba all'attività di soggetti terzi rispetto all'attore e al convenuto.

⁸²⁰ *Ivi* al par. 63.

⁸²¹ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I.C.J. Reports 1995.*

⁸²² *Ibidem* al par. 53.

3.1.4 L'intervento del terzo nel procedimento

Nel corso del precedente capitolo si era solamente accennato a quale dovesse essere la natura propria degli interessi dello Stato intenzionato ad intervenire nel procedimento. Infatti, si era rilevato che l'intervento potesse essere certamente dispiegato sia da Stati che sono terze parti necessarie (consentendo così alla Corte di esercitare la propria giurisdizione) sia da Stati la cui responsabilità può essere indirettamente affermata nel giudizio, ovverosia quando l'interesse di questi venga solamente inciso (affected in inglese) dalla decisione resa in un procedimento che coinvolge parti diverse. Mentre della prima fattispecie si è già detto, ciò che rimane da comprendere ora è quando uno Stato possa lamentare che un suo proprio interesse è "toccato" da una decisione resa tra altri soggetti.

La prima disposizione statutaria rilevante è quella dell'art. 62 dello Statuto della CIG, che tratta dell'intervento "generale", ammesso ogniqualvolta lo Stato riesca a dimostrare che un suo interesse giuridico potrebbe essere toccato da una decisione resa dalla Corte per risolvere una controversia tra altre parti⁸²³. Tale disposizione trova attuazione nel Regolamento della Corte agli artt. 81, 84 e 85.

A prescindere dalla necessità che la parte indichi nella richiesta di intervento una valida base di giurisdizione⁸²⁴ (come si vedrà, questo dipenderà dalla natura dell'intervento esperito), è necessario verificare quali siano i criteri adottati dalla Corte per valutare se l'interesse dedotto in giudizio dal terzo interveniente soddisfi quanto prescritto dall'art. 62. In altre parole, sulla base di quali argomenti la Corte ritiene che un interesse di uno Stato possa dirsi effettivamente "affected" da una decisione vincolante per altri Stati?

Sino all'inizio degli anni novanta, la giurisprudenza della CIG si era rivelata decisamente restrittiva⁸²⁵ e fu solo con il caso *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* del 1990 che la Corte ammise l'intervento di uno Stato terzo nel procedimento⁸²⁶. In quell'occasione, il Nicaragua riteneva che il vero oggetto della

⁸²³ "Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene".

⁸²⁴ Questione risolta dalla Corte nel senso di non ritenere necessario un vincolo giurisdizionale tra lo Stato interveniente e le parti del procedimento principale. Si veda in proposito *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990*, al par. 100.

⁸²⁵ Si pensi che sino ad allora la Corte non aveva mai ammesso alcun intervento *ex art. 62*. La questione era più recentemente emersa sia in *Tunisia/Libya Continental Shelf* sia in *Libya/Malta Continental Shelf*. Nel primo caso, la Corte rigettò la richiesta di intervento perché reputò che le finalità dell'intervento consistevano nella mera volontà dell'interveniente di far valere gli argomenti di puro diritto su cui la Corte avrebbe dovuto basare la propria decisione (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981*, al par. 33 della sentenza). Nel secondo caso, la richiesta di intervento italiana fu rigettata perché la Corte ritenne che gli effetti di tale richiesta consistevano nell'allargamento dell'oggetto della controversia, giacché la Corte avrebbe dovuto conoscere delle controversie intercorrenti tra l'Italia e ciascuno dei due Stati partecipanti al procedimento (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, par. 41 della sentenza).

⁸²⁶ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990*, p. 92; il procedimento trovava la propria origine nella presentazione di un accordo *ad hoc* concluso da El Salvador e Honduras con cui le Parti richiedevano alla Corte di

controversia che la Corte era chiamata a risolvere fosse costituito da situazioni giuridiche sue proprie e che pertanto, in applicazione del principio dell'Oro monetario, il suo intervento dovesse considerarsi come condicio sine qua non perché la Corte potesse decidere il caso nel merito⁸²⁷. La Corte sviluppò un ragionamento volto in primo luogo ad indagare se in relazione ad alcune delle domande potessero dirsi esistenti degli interessi giuridici del Nicaragua eventualmente "toccati" dalla decisione e, in secondo luogo, se tali interessi fossero vero oggetto della decisione richiesta alla Corte. La decisione della Corte fu finalmente chiarificatrice perché, pur accertando l'effettiva esistenza in capo al Nicaragua di interessi giuridici all'eventuale accertamento del condominium costituito dalle acque del Golfo di Fonseca, ritenne che questi non potessero configurarsi come vero oggetto della decisione nel senso previsto dalla decisione sull'Oro monetario, con conseguente potere della Corte di decidere le questioni di merito senza che fosse necessaria la partecipazione del Nicaragua. L'esistenza di tali interessi in effetti fu però considerata dalla Corte come giustificativa dell'intervento del Nicaragua come Stato terzo.

Alcuni autori dubitano che la giurisprudenza della Corte sia definitivamente mutata in senso più favorevole all'ammissione degli interventi degli Stati terzi *ex art. 62*, dal momento che dopo la decisione del 1990 la Corte sembrerebbe essere tornata su posizioni più restrittive⁸²⁸. Occorre dunque verificare la giurisprudenza della Corte sul punto.

Nel caso *Land and Maritime Boundary* del 1998⁸²⁹, la Nigeria – convenuta dal Cameroon sulla base della dichiarazione unilaterale di accettazione della giurisdizione della Corte – aveva eccepito, pur non citando espressamente il principio dell'Oro monetario, l'assenza di una terza parte necessaria, dal momento che le questioni di delimitazione marittima avrebbero necessariamente coinvolto diritti e interessi di Stati terzi⁸³⁰. In sede di decisione delle obiezioni preliminari, la Corte – pur ritenendo l'eccezione come non avente natura esclusivamente preliminare⁸³¹ – negò che di per sé la determinazione tra due sole parti di un confine c.d. "tripoint" viola di per sé i diritti della terza parte, ammettendo tuttavia che questa avrebbe avuto interesse ad intervenire per evitare ogni pregiudizio a suoi diritti ed interessi⁸³². A fronte di questo "invito all'intervento"⁸³³, è agevole comprendere perché la Corte abbia senza difficoltà ammesso l'intervento della Guinea Equatoriale nel procedimento⁸³⁴.

delimitare la linea di frontiera in un tratto non ancora delimitato dal Trattato che le Parti avevano concluso nel 1980 e di determinare la situazione giuridica delle isole nel Golfo di Fonseca e degli spazi marittimi dentro e fuori da questo.

⁸²⁷ *Ivi* al par. 52.

⁸²⁸ Come sostenuto da Bonafé B.I., "*Discretionary Intervention (Article 62, Statute of the Court)*", in Almeida P.W. e Sorel J.M., *Latin America and the International Court of Justice* (Londra: Routledge, 2017), a pag. 104.

⁸²⁹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment*, I. C. J. Reports 1998, p. 275.

⁸³⁰ *Ivi* al par. 76.

⁸³¹ *Ivi* al par. 117.

⁸³² *Ivi* al par. 116.

⁸³³ Così è stato definito da Chinkin C., "*Article 62*", in Zimmermann A. *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, II ed., Oxford University Press, 2012, a pag. 1549.

⁸³⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Application to Intervene, Order of 21 October 1999*, I. C. J. Reports 1999.

Pochi anni dopo, la Corte fu poi stata chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di intervento proveniente dalle Filippine nel caso Pulau Ligitan⁸³⁵. L'interveniente aveva tentato di dimostrare che la sussistenza di un suo proprio interesse dipendeva dal fatto che per la risoluzione della controversia pendente tra Indonesia e Malesia, la Corte avrebbe dovuto dare una certa interpretazione di strumenti convenzionali di cui anch'esso era parte. Secondo l'interveniente, questo avrebbe pregiudicato i propri interessi giuridici nella misura in cui, poi, l'interpretazione relativa a quegli strumenti convenzionali data dalla Corte avrebbe pregiudicato le pretese filippine relative al Borneo del Nord⁸³⁶. La Corte ritenne di non poter accettare questa argomentazione perché in generale il fatto che uno Stato voglia impedire l'adozione da parte della Corte di certe interpretazioni (che potrebbero essere in contrasto con i propri interessi relativi ad altre controversie) non è di per sé dimostrativo della sussistenza di un pregiudizio di qualsivoglia natura agli interessi giuridici del terzo⁸³⁷. Infatti, secondo la Corte, alcuni tra gli atti e gli strumenti internazionali che le Filippine avevano posto a base delle proprie argomentazioni non erano neppure stati fatti valere dalle parti come base delle proprie domande⁸³⁸ e, in ogni caso, le altre basi giuridiche a fondamento delle domande delle parti, nonché gli argomenti sviluppati in relazione a quelle, risultavano non connesse in alcun modo alle pretese Filippine di sovranità sul Borneo del Nord. In buona sostanza, la controversia era limitata solo e soltanto ad aree spaziali distinte rispetto a quella del Borneo del Nord.

Più recentemente, nella decisione in Territorial and Maritime Dispute del 2011⁸³⁹ tra Nicaragua e Colombia, la Corte si è pronunciata sulla richiesta di intervento presentata da Honduras. Questo riteneva che i suoi interessi giuridici rischiassero di essere "toccati" in una precisa area geografica, comprendente il luogo in cui la Corte aveva già definito il confine con il Nicaragua con sentenza nel 2007. Secondo Honduras, la Corte non aveva determinato l'estremità del confine e pertanto questo "non poteva essere determinato nella sua interezza". Inoltre, Honduras riteneva che fosse suo interesse conoscere quali fossero le ripercussioni derivanti dalla sentenza del 2007 sui suoi diritti derivanti dal trattato del 1986 (stipulato tra Honduras e Colombia). La Corte ha ritenuto che l'interveniente non fosse riuscito a dimostrare l'esistenza di interessi di natura giuridica giustificativi dell'intervento⁸⁴⁰. A ben vedere, però, non è possibile sostenere che il ragionamento della Corte comporti un nuovo restringimento delle condizioni secondo cui l'intervento del terzo andrebbe ammesso. Molto più semplicemente, la CIG ritenne che l'interveniente non era riuscito a dimostrare come la decisione potesse toccare i suoi interessi giuridici, perché da una parte questi dovevano dirsi già coperti dalla *res iudicata* della decisione che la Corte aveva adottato

⁸³⁵ *Sovereignty over Pulau Ligitan und Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Application, for Permission to Intervene, Judgment, I. C. J. Reports 2001*, p. 575.

⁸³⁶ *Ivi* par. 41 e ss.

⁸³⁷ Così la Corte *ivi* al par. 83.

⁸³⁸ Questa situazione si è data perché alle Filippine non era stata data la possibilità di accedere al primo giro di memorie scritte delle parti.

⁸³⁹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, p. 420.

⁸⁴⁰ *Ivi* al par. 75.

nel 2007⁸⁴¹, dall'altra a causa della rilevanza unicamente bilaterale del trattato del 1986 tra Honduras e Colombia.

Da ultimo, e per la prima volta in un caso non concernente questioni di sovranità, la CIG ha ammesso l'intervento del terzo, la Grecia, nel caso delle Jurisdictional Immunities tra Germania e Italia⁸⁴². La Grecia aveva richiesto di poter prendere parte al procedimento perché una sentenza greca costituiva l'oggetto di una decisione di esecuzione pronunciata dall'autorità giudiziaria Italiana e per questo interessi giuridici potevano essere toccati dalla decisione della CIG⁸⁴³. La Corte ammise senza difficoltà l'intervento della Grecia⁸⁴⁴.

Nonostante il rilievo del giudice Gaja secondo cui non esisterebbe alcuna norma internazionale che imporrebbe o vieterebbe a un Stato di riconoscere ed eseguire le decisioni dell'autorità giudiziaria di un altro⁸⁴⁵, si è sostenuto in dottrina che la asserita responsabilità italiana avrebbe avuto quale presupposto logico proprio la violazione da parte greca delle norme sull'immunità dalla giurisdizione⁸⁴⁶. In sostanza, per pervenire all'accertamento della responsabilità italiana sarebbe stato necessario determinare una previa responsabilità della Grecia che, a questo punto, avrebbe dovuto dirsi parte indispensabile del procedimento. Tale ricostruzione va rigettata proprio in ragione di quanto incluso dal giudice Gaja nella sua dichiarazione, ovvero sia che la responsabilità italiana doveva considerarsi pienamente autonoma rispetto all'accertamento della responsabilità greca. Piuttosto, la Corte sembra aver ritenuto che l'intervento della Grecia fosse ammissibile perché questa era dotata di un interesse giuridico a comprendere se e come le sentenze civili rese dai suoi giudici fossero riconosciute ed eseguite all'estero⁸⁴⁷.

La disamina giurisprudenziale appena conclusa mirava alla individuazione di quali fossero gli interesse idonei, secondo la Corte, a giustificare un intervento ai sensi dell'art. 62 dello Statuto. Come si è visto, la casistica più rilevante, perlomeno da un punto di vista quantitativo, è quella concernente i casi di delimitazione marittima o territoriale. In altre parole, quando tra due soggetti insorga una controversia circa l'estensione della propria sovranità (rectius, in relazione all'estensione della sfera di esercizio di diritti sovrani), è altamente probabile – soprattutto in contesti di più

⁸⁴¹ *Ibidem*.

⁸⁴² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Application for Permission to Intervene, Order of 4 July 2011, I.C.J. Reports 2011*, p. 494; la Germania aveva convenuto l'Italia richiedendo alla CIG di accertare la violazione verificatasi in occasione delle pronunce della Suprema Corte di Cassazione italiana che avevano riconosciuto ingenti risarcimenti alle vittime delle violenze perpetrate da soldati tedeschi in territorio italiano nel corso del secondo conflitto mondiale. Secondo l'attore, tali decisioni si ponevano in contrasto con la norma internazionale sulla immunità dalla giurisdizione

⁸⁴³ *Ivi* al par. 17: "Greece points out that 'a Greek judicial body and Greek nationals lie at the heart of the Italian enforcement proceedings'".

⁸⁴⁴ *Ivi* al par. 34.

⁸⁴⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Application for Permission to Intervene, Order of 4 July 2011, I.C.J. Reports 2011, Declaration of judge Gaja*, par. 2.

⁸⁴⁶ Si veda Forlati S., "Intervento nel processo ai sensi dell'art. 62 dello Statuto: quale coerenza nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia?", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 94 (2011), a pag. 1200 e 1201.

⁸⁴⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Application for Permission to Intervene, Order of 4 July 2011, I.C.J. Reports 2011*, al par. 25.

generale confusione circa l'estensione delle rispettive sfere di esercizio – che, quando sia dedotta innanzi alla Corte una controversia tra due Stati, anche quelli “vicini” vogliano poter prendere parte al procedimento per tutelare le loro rispettive situazioni. In altre parole, in questi casi l'intervento avrà come fine quello di far sì che la Corte non si pronunci indirettamente o implicitamente su questioni che possano condizionare l'esistenza o l'estensione delle sfere di esercizio di diritti appartenenti ad altri Stati. L'analisi della giurisprudenza ha quindi dimostrato come l'approccio della Corte in relazione a queste questioni, nonostante alcune critiche, risulti notevolmente elastico: in genere, l'intervento in questione viene qualificato come inammissibile solamente quando lo Stato che ne faccia richiesta prospetti alla Corte questioni giuridiche pressochè esclusivamente teoriche o non dia sufficiente prova dell'esistenza di interessi giuridici suoi propri che sarebbero pregiudicati dalla decisione. Questo accade, per esempio, quando la controversia territoriale e marittima derivi dalla interpretazione o dalla applicazione di strumenti internazionali che interessano solamente le parti principali del procedimento, e non parti diverse. Inoltre, la più recente giurisprudenza consente di concludere che l'intervento potrebbe essere ammesso anche in casi diversi rispetto a quelli in cui lo scontro di volontà abbia ad oggetto l'estensione della sfera di esercizio di sovranità. In questi casi, come si è visto nel procedimento contenzioso tra Germania e Italia, è comunque richiesto al soggetto interveniente di dimostrare non solo l'esistenza di una qualche sua propria condotta che possa rischiare di essere connotata come internazionalmente illecita, ovviamente di riflesso rispetto a quella del convenuto, ma anche e soprattutto che esista un nesso tra quella condotta e quella oggetto dello scrutinio giudiziale: si è visto come alcune delle decisioni giudiziarie italiane asseritamente illecite consistessero nel riconoscimento e nell'esecuzione di una decisione proveniente dalle autorità giudiziarie greche. In sintesi, quindi, la giurisprudenza della Corte si è assestata nel senso di richiedere, a fini di ammissibilità dell'intervento, che tra l'interesse dello Stato terzo e l'oggetto del giudizio principale, costituito da diritti o obblighi delle parti principali, sia rinvenibile un certo grado di connessione, per l'oggetto o per il titolo⁸⁴⁸.

Tanto premesso sulla natura degli interessi giuridici sottesi della richiesta di intervento, ci si deve interrogare su quale sia la posizione processuale propria dello Stato che sia stato autorizzato all'intervento. Detto altrimenti, bisogna capire che cosa possa fare lo Stato, ovvero sia quali siano le sue facoltà processuali, quando questi sia stato ammesso nel procedimento, e ciò è necessario per comprendere se e come questo possa eventualmente incidere sul perimetro della controversia.

⁸⁴⁸ Crespi Reghizzi Z., *L'Intervento “come non Parte” nel Processo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Milano: Giuffrè Editore), 2017, a pag. 406 e ss. L'autore citato ritiene che il giudizio di ammissibilità dell'intervento debba costituire una “valutazione complessiva, avente natura anche discrezionale, che non si esaurisce nell'accertamento delle condizioni poste dal par. 1 dello stesso articolo [62], ma combina tale accertamento con ulteriori fattori”. Ancora sul grado di connessione dell'interesse dell'interveniente con il rapporto controverso tra le parti originarie del processo pendente: Cellamare G., *Le Forme di Intervento nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Bari: Cacucci Editore), 1991, a pag. 58 e ss.

Sin dalle già citate pronunce in *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*⁸⁴⁹ e in *Territorial and Maritime Dispute*⁸⁵⁰, la Corte ha precisato come di per sé l'intervento *ex art. 62* possa essere utilizzato dallo Stato terzo sia per costituirsi come parte processuale vera e propria in un procedimento instaurato tra soggetti diversi, sia per consentire un accesso al procedimento in qualità di non-parte⁸⁵¹.

Il primo caso si presenta quando il soggetto terzo ammesso al procedimento intenda avanzare una propria domanda processuale autonoma, avente *petitum* e *causa petendi* definiti. Per la realizzazione di tale intervento, proprio perché l'art. 62 non può essere inteso come mezzo per aggirare il requisito del consenso, è necessario non solo che l'interveniente voglia divenire parte a tutti gli effetti ma anche, e soprattutto, che questi alleghi una valida base di giurisdizione, oppure che riesca ad ottenere il consenso delle altre parti processuali. Nonostante questo allargamento teorico nell'utilizzo dell'art. 62, che porta ad ammettere un intervento del terzo come parte, è da dire che sino ad oggi nessun caso del genere si è verificato. Di conseguenza, se pure è certo che l'intervento come parte processuale determini un'estensione perimetrica dell'oggetto della controversia, dal momento che il terzo interveniente proporrà una domanda autonoma, non risulta però possibile identificare eventuali limiti a tale estensione.

Piuttosto, occorre chiedersi se e in che modo il terzo, che partecipi al procedimento valendosi dell'art. 62 senza assumere la qualifica di parte, possa incidere sull'oggetto della controversia.

In generale, la natura dell'intervento dispiegabile *ex art. 62* come non-parte è variabile. In primo luogo, si può dare un intervento ad *adiuvandum* quando l'interveniente sostenga la posizione di una delle parti processuali al fine di tutelare i propri interessi giuridici⁸⁵². Con siffatto intervento, "l'interveniente non fa valere un proprio diritto", ma si limita "a sostenere le ragioni di una delle parti del processo originario", "processo che rimane pertanto circoscritto alla controversia tra le parti originarie"⁸⁵³. In secondo luogo, è ammissibile un intervento che potremmo qualificare come *ad infringendum iura utriusque competitoris vel ad excludendum*, il quale si realizza quando il terzo non abbia alcun interesse (diretto o indiretto) a sostenere la posizione di una delle parti, bensì intenda contestare le pretese di entrambe⁸⁵⁴. Date queste premesse, stante l'impossibilità per l'interveniente di avanzare nuove domande impicanti nuovi petita⁸⁵⁵, è impossibile per

⁸⁴⁹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990*, par. 99.

⁸⁵⁰ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011*, par. 27.

⁸⁵¹ "[...] the Chamber of the Court considered the status of a State seeking to intervene and accepted that a State may be permitted to intervene under Article 62 of the Statute either as a non-party or as a party".

⁸⁵² Ad esempio, una tale situazione si sarebbe concretizzata se il Regno Unito o la Nuova Zelanda avessero deciso di intervenire per sostenere la posizione del convenuto in *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*.

⁸⁵³ Morelli G., "Note sull'Intervento nel Processo Internazionale", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 65 (1982), a pag. 808.

⁸⁵⁴ Si prenda ad esempio in considerazione la richiesta della Guinea di intervenire in *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*.

⁸⁵⁵ Giova ricordare che la Corte non si è mai discostata dalle proprie valutazioni relativamente alla introduzione di una "fresh dispute", elaborate in *Libya/Malta Continental Shelf*.

lo Stato interveniente pervenire all'allargamento della controversia⁸⁵⁶. Da una parte, nel caso di intervento ad adiuvandum, mai potrebbe lo Stato terzo estendere l'oggetto della controversia ampliando la *causa petendi* che l'attore ha posto a fondamento della sua pretesa o quella che il convenuto ha posto alla base della sua domanda riconvenzionale. Dall'altra, nel caso di *intervento ad excludendum*, neppure è possibile immaginare il perché di una deduzione di una base giuridica nuova, se non al fine di affermare una pretesa autonoma del terzo, che però non è proponibile, non essendo quello costituito come parte nel procedimento.

Pertanto, all'intervento del terzo come non parte vanno ricollegati degli effetti assai diversi da quello della modificazione dell'oggetto della controversia. Nello specifico, l'oggetto dell'intervento come non parte è quello di fornire una sollecitazione finalizzata a orientare la decisione della Corte.

Tale ricostruzione è certamente supportata dalla giurisprudenza⁸⁵⁷ e dalla dottrina⁸⁵⁸ che hanno qualificato il fine dell'intervento come di mera informazione e di mera argomentazione. L'intervento mira alla realizzazione di obiettivi distinti, a seconda del contesto in cui l'intervento ha luogo. In primo luogo, quando gli interessi giuridici in capo all'interveniente non siano ricollegati a una controversia con le parti del procedimento principale, l'intervento sarà con tutta probabilità funzionale a che la Corte presti attenzione a che la decisione non pregiudichi tali situazioni del terzo. In siffatto caso, in sostanza, l'interveniente cerca di limitare la portata della decisione. In secondo luogo, quando tali situazioni siano oggetto di contrasto con una o entrambe le parti del processo, il fine dell'intervento sarà diverso, poiché questo – nel sostenere l'infondatezza delle pretese di una o di entrambe le parti – mirerà ad una indiretta affermazione della fondatezza della pretesa dell'interveniente, sebbene questa non sia stata formalmente dedotta nel procedimento.

⁸⁵⁶ Si veda Rosenne S., *Intervention in the International Court of Justice*, (Dordrecht, Boston, Londra), 1993, a pag. 189: “Each decision of the Court must be therefore be situated within the material and the temporal context of the case, itself situated within the material and the temporal context of the case, itself situated within the parameters established by the Parties to that case. The would-be intervener must seek to intervene in that case, and in that case alone”.

⁸⁵⁷ E' sufficiente ricordare le due ragioni sulla cui base la Corte ha reputato che alla richiesta di intervento della Guinea Equatoriale dovesse essere dato accoglimento: “First, generally, to protect the legal rights of the Republic of Equatorial Guinea in the Gulf of Guinea by all legal means available, and in this regard, therefore, to make use of the procedure established by Article 62 of the Statute of the Court. Second, to inform the Court of the nature of the legal rights and interests of Equatorial Guinea that could be affected by the Court's decision in the light of the maritime boundary claims advanced by the Parties to the case before the Court”, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Application to Intervene, Order of 21 October 1999*, I. C. J. Reports 1999, p. 1029, al par. 4.

⁸⁵⁸ Chinkin C., “Article 62”, in Zimmermann A. et al., *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, II ed., Oxford University Press, 2012, a pag. 1556 e Crespi Reghizzi Z., *L'Intervento “come non Parte” nel Processo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Milano: Giuffrè Editore), 2017, a pag. 319 e ss.; per l'opinione contraria si veda Cellamare G., *Le Forme di Intervento nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Bari: Cacucci Editore), 1991, a pag. 84.

Esaurita la trattazione dell'istituto dell'intervento ai sensi dell'art. 62, occorre ora analizzare quello dell'intervento *ex art. 63*, definito in dottrina come speciale⁸⁵⁹.

Quando la Corte, per decidere una controversia coinvolgente due Stati, debba procedere ad interpretare una norma di una convenzione multilaterale che è stata posta a fondamento della pretesa giudiziale di una delle parti in giudizio, è possibile per tutte le altre parti dello strumento internazionale multilaterale prendere parte al procedimento⁸⁶⁰. A tal fine, l'interveniente deve presentare alla Corte "a statement of the construction of those provisions for which it contends"⁸⁶¹. Lo Statuto qualifica quello ad intervenire come un vero e proprio diritto e specifica che l'interpretazione data alla convenzione dalla Corte sarà parimenti vincolante per l'interveniente.

Nello specifico, l'intervento potrà essere esperito sia quando l'oggetto della controversia sia caratterizzato da una pretesa che si fonda su una certa interpretazione della norma della convenzione multilaterale sia quando lo scontro di volontà delle parti principali ricada esclusivamente su come vada interpretata siffatta norma (c.d. controversia interpretativa pura). Conviene esemplificare.

Il primo caso è quello in cui la controversia tra gli Stati A e B abbia ad oggetto una certa pretesa del primo che viene giustificata dall'attore in ragione di una certa interpretazione di una norma pattizia. Di contro, lo Stato B respinge tale pretesa perché, avendo A errato nell'interpretazione della norma, la reputa infondata. In questo frangente, lo Stato C potrebbe avere interesse ad intervenire nel processo per sostenere l'erroneità dell'interpretazione fornita da A (e quindi per affermarne un'altra) oppure per manifestare la propria adesione all'interpretazione così come approntata dall'attore.

Il secondo caso è quello in cui l'interpretazione di una norma convenzionale, lungi dal costituire il titolo giuridico di una certa pretesa, costituisca essa stessa l'oggetto della controversia tra due Stati (sarebbe il caso di una controversia interpretativa pura). In un caso siffatto, un terzo che sia parte di quello strumento convenzionale potrebbe

⁸⁵⁹ Kolb R., *The International Court of Justice*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 2013, a pag. 694 e ss; Morelli G., "Note sull'Intervento nel Processo Internazionale", *Rivista di Diritto internazionale*, vol. LXV (1982), a pag. 805.

⁸⁶⁰ L'art. 63 dello Statuto recita: "1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith. 2. Every state so notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it."

⁸⁶¹ Questo è ciò che, tra le altre cose, richiede l'art. 82 del Regolamento della Corte, che recita: "1. A State which desires to avail itself of the right of intervention conferred upon it by Article 63 of the Statute shall file a declaration to that effect, signed in the manner provided for in Article 38, paragraph 3, of these Rules. Such a declaration shall be filed as soon as possible, and not later than the date fixed for the opening of the oral proceedings. In exceptional circumstances a declaration submitted at a later stage may however be admitted. 2. The declaration shall state the name of an agent. It shall specify the case and the convention to which it relates and shall contain: (a) particulars of the basis on which the declarant State considers itself a party to the convention; (b) identification of the particular provisions of the convention the construction of which it considers to be in question; (c) a statement of the construction of those provisions for which it contends; (d) a list of the documents in support, which documents shall be attached. 3. Such a declaration may be filed by a State that considers itself a party to the convention the construction of which is in question but has not received the notification referred to in Article 63 of the Statute."

intervenire per proporre una interpretazione della norma diversa da quelle già proposte in giudizio oppure per sostenere la validità dell'interpretazione data da uno di quelli.

Come evidenziato in dottrina⁸⁶², in passato si è consumato lo scontro tra coloro che sostenevano che l'interveniente avrebbe acquisito la qualità di parte⁸⁶³ e quelli che escludevano l'acquisto di tale qualità⁸⁶⁴. Nonostante alcuni (scarsi) elementi che emergono nella prassi giurisprudenziale⁸⁶⁵, sembra opportuno ritenere, sia per ragioni di carattere testuale che per ragioni di natura logico-giuridica, che l'intervento *ex art.* 63 faccia assumere necessariamente all'interveniente la qualità di parte. Infatti, l'adozione di una soluzione altra impedirebbe di capire a quale titolo avverrebbe il coinvolgimento dell'interveniente nel perimetro soggettivo del giudicato, che proprio secondo il dettato dell'art. 59 corrisponde a quello delle parti in causa. Giova precisare, comunque, che per l'interveniente farà stato soltanto l'interpretazione data dalla Corte alla norma in questione e non già la decisione in relazione alla controversia bilaterale nel cui ambito quella norma era stata originariamente invocata.

Per comprendere quali siano i poteri processuali propri dell'interveniente, e per comprendere se questo abbia la facoltà di estendere l'oggetto processuale della controversia, occorre analizzare la rilevante giurisprudenza della Corte. Sin dalla sua costituzione, la CIG è stata chiamata a decidere sull'ammissibilità dell'intervento "interpretativo" solamente in quattro casi.

In *Nuclear Tests* tra Australia e Nuova Zelanda e Francia, la Corte di fatto non ha preso alcuna posizione, dal momento ha subordinato la trattazione delle questioni sull'intervento a un positivo accertamento della sua giurisdizione⁸⁶⁶.

Ancora, la Corte si è pronunciata su una dichiarazione di intervento nel caso *Attività Militari e Paramilitari in e contro in Nicaragua*⁸⁶⁷, giacché in quell'occasione El Salvador intendeva valersi del diritto previsto dall'art. 63. Pronunciandosi con ordinanza, la Corte, avvalendosi dello stesso ragionamento utilizzato in *Nuclear Tests*, decise per la

⁸⁶² Davì A., *L'Intervento davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Napoli: Jovene), 1984, a pag. 78.

⁸⁶³ Tale posizione era sostenuta dal dato testuale dell'art. 63 che appunto assoggetta l'interveniente agli effetti del giudicato.

⁸⁶⁴ Tale posizione era motivata dalle modalità concrete tramite cui si attua concretamente l'intervento; *ex multis*, cf. Anzilotti D., *Corso di Diritto Internazionale*, (Roma: Athenaeum), 1923, a pag. 60, secondo cui il diritto di intervenire sarebbe utilizzato in modo "non tecnico"; Hammarškjold A., "Le Règlement de la Cour Permanente de Justice Internationale", *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, vol. III (1922), a pag. 143 dove, nel rilevare come "la Cour a été d'avis que "l'interveniant" ne peut jouer d'autre role que de soumettre à la Cour ses observations au sujet de l'interprétation: ce role a semblé à la Cour suffisant pour que l'interprétation de la convention devienne également obligatoire, selon les termes du Statut, à l'égard de "l'interveniant"', l'autore evidenziava come "il s'agit d'un cas de quasi-intervention".

⁸⁶⁵ Ci si riferisce alla dichiarazione di intervento depositata dalla Nuova Zelanda nel procedimento *Whaling in the Antarctic*, ove l'interveniente espressamente affermava che nonostante "it does not seek to be a party to the proceedings", egli "by availing itself of its right to intervene, it accepts that the construction given by the judgment in the case will be equally binding upon it". Si veda *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, I.C.J. Reports 2013*, p. 4.

⁸⁶⁶ *Nuclear Tests (Australia v. France), Application to Intervene, Order of 12 July 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 320.

⁸⁶⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Declaration of Intervention, Order of 4 October 1984, I. C.J. Reports 1984*, p. 215.

non ammissione dell'intervento, a ragione del fatto che l'intervento era stato avanzato in una fase processuale non opportuna. El Salvador omise di riproporre una dichiarazione di intervento nelle fasi processuali successive.

Pertanto, è d'uopo considerare esclusivamente il caso Haya de la Torre⁸⁶⁸ e quello della Caccia alle balene nell'Antartico⁸⁶⁹.

Il primo non era altro che la prosecuzione della vicenda che già aveva visto la pronuncia della Corte nel caso del diritto di asilo e ivi la materia del contendere consisteva nella consegna del rifugiato alle autorità del Perù⁸⁷⁰. Cuba aveva dichiarato di volersi valere del diritto previsto dall'art. 63 dello Statuto al fine di fornire le sue proprie osservazioni in relazione alla interpretazione delle disposizioni rilevanti della Convenzione dell'Avana sull'asilo, osservazioni contenute in un Memorandum allegato alla dichiarazione di intervento. A fronte dell'opposizione peruviana all'intervento cubano, la quale lamentava che nella sostanza l'intervento sarebbe equivalso a un appello proposto da uno Stato terzo, la Corte riconobbe come, nonostante molte delle questioni avanzate da Cuba fossero già state decise nella decisione del 1950, alcune altre dovessero considerarsi nuove rispetto a quanto già deciso. Nella parte del proprio ragionamento dedicata a come dovesse effettivamente avvenire l'interpretazione della Convenzione dell'Avana sul punto controverso dell'esistenza o meno di un obbligo vincolante per gli Stati alla consegna dei soggetti cui è stato garantito il diritto d'asilo, in violazione dell'art. 2⁸⁷¹, la Corte recepì manifestamente argomenti che provenivano da parte cubana e ciò dimostra come l'interveniente possa certamente prospettare argomenti nuovi in relazione a come debba essere costruito il significato da attribuire alla *causa petendi*. In buona sostanza, già qui emerge come l'interveniente non possa provocare un allargamento dell'oggetto della controversia per tramite della allegazione di nuove basi giuridiche della domanda di una delle parti, bensì debba limitarsi alla deduzione di argomenti relativi a quella specifica base giuridica, già dedotta da una parte processuale, e costituita dalla convenzione multilaterale di cui è parte.

Più recentemente, la Corte ha ammesso l'intervento della Nuova Zelanda nel procedimento che coinvolgeva Australia e Giappone. La lettura della decisione di merito adottata dalla Corte consente di delineare con più precisione quale sia stata la dinamica dell'intervento neozelandese⁸⁷². Infatti, l'interveniente aveva proposto una interpretazione della Convenzione internazionale per la caccia alle balene che avrebbe avuto come conseguenza diretta quella di rendere illecita la condotta giapponese⁸⁷³. D'altra parte, il convenuto, pur concedendo la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 63 dello Statuto, precisava come tale interpretazione dovesse reputarsi erronea⁸⁷⁴. Nel delineare il ragionamento a supporto della decisione, e precisamente nella parte del ragionamento volto all'individuazione della corretta interpretazione da dare all'art.

⁸⁶⁸ *Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 71.

⁸⁶⁹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, I.C.J. Reports 2013*, p. 3.

⁸⁷⁰ Le circostanze del caso saranno più dettagliatamente descritte *infra*.

⁸⁷¹ *Ivi* alle pagg. 80 e 81.

⁸⁷² *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226.

⁸⁷³ *Ivi* al par. 26.

⁸⁷⁴ *Ivi* al par. 27.

VIII, par. 1, della Convenzione de qua, traspare la grande premura della Corte nel dare conto degli argomenti neozelandesi⁸⁷⁵. In buona sostanza, anche in questo caso l'interveniente ai sensi dell'art. 63 dello Statuto non ha potuto fare altro che rappresentare alla Corte i propri argomenti in relazione alla disposizione summenzionata.

Tanto basta per dimostrare la piena inidoneità dell'intervento *ex art.* 63 all'allargamento dell'oggetto della controversia, dal momento che l'interveniente potrà solamente proporre argomenti nuovi in relazione alle basi giuridiche scelte dalle parti principali. In altre parole, come recentemente notato da Crespi Reghizzi, nonostante in questa fattispecie l'interveniente assuma la qualità di parte processuale, l'oggetto dell'intervento *ex art.* 63 consiste esclusivamente nello svolgimento di attività argomentativa, da parte dello Stato terzo, su una questione interpretativa necessaria alla Corte per decidere la controversia principale⁸⁷⁶.

L'analisi svolta sin qui ha indicato come l'intervento esperibile dal terzo innanzi alla CIG abbia una duplice natura e ha esposto quali sono le condizioni perché l'interveniente possa effettivamente prendere parte al procedimento. Quindi, ci si è chiesti se le due distinte modalità di intervento possano dirsi idonee ad incidere sull'oggetto processuale della controversia.

Quella “generale”, ai sensi dell'art. 62 dello Statuto, ricomprende ogni caso in cui una decisione della Corte possa riguardare un interesse di un soggetto terzo (nella forma più intensa, l'interesse è tale da qualificare il suo titolare come “terza parte necessaria” e l'intervento è un mezzo per consentire alla Corte di dispiegare pienamente i propri poteri). A prescindere dal remoto (e non approfondito) caso in cui l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 62 consenta all'interveniente di definirsi come vera e propria parte processuale (proponendo una autonoma domanda giudiziale), è evidente come in questi casi l'azione dell'interveniente consisterà nella deduzione di argomenti relativi all'oggetto della controversia, senza però che questi possano alterarne (almeno da un punto di vista formale) il perimetro.

Quella “speciale”, che si dà ogniqualvolta l'oggetto della controversia tra altri soggetti ricomprenda una certa “ricostruzione” del significato di una norma giuridica convenzionale. In questo caso, l'interveniente diventerà in ogni caso parte, perché anche a quello vengono estesi gli effetti della cosa giudicata relativa alla corretta interpretazione da dare alla norma dello strumento multilaterale.

Per quanto concerne i poteri e le facoltà dell'interveniente, occorre ripetere quanto già detto in relazione all'intervento “generale”. Infatti, lo Stato terzo non potrà mai provocare incrementi dell'oggetto della controversia, ma potrà solamente svolgere attività argomentativa in relazione alla interpretazione da attribuire alla base giuridica della domanda di una delle parti.

⁸⁷⁵ *Ivi* dal par. 51 al par. 97.

⁸⁷⁶ Crespi Reghizzi Z., *L'Intervento “come non Parte” nel Processo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Milano: Giuffrè Editore), 2017, a pag. 314.

3.2 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento nel sistema rimediabile dell'OMC

3.2.1 Cenni sulle modalità di celebrazione del procedimento

Lo svolgimento del procedimento è in larga parte disciplinata dallo stesso DSU, il cui art. 12 dispone che i panel, salvo diverso accordo, debbano seguire le working procedures previste all'allegato 3 al DSU. Tale disposizione assicura anche una certa discrezionalità ai panel poiché permette loro di utilizzare – nella definizione delle loro procedure – una sufficiente flessibilità, finalizzata al perseguimento di un'alta qualità delle pronunce, senza che si rechi pregiudizio alla tempestività della decisione. Questa procedura è stata definita da alcuni come standardizzata⁸⁷⁷, mentre altri hanno registrato come nella prassi i lavori dei panel siano armonizzati, ovviamente a seconda del tipo di questioni che sono oggetto di indagine nel corso del procedimento⁸⁷⁸.

A prescindere dalle modalità di calendarizzazione dei lavori⁸⁷⁹, è previsto che subito dopo la costituzione del panel inizi una fase dedicata alla trattazione della vicenda processuale. Tale vicenda è animata principalmente dalle parti e si compone essenzialmente di due fasi, ciascuna di queste composta a sua volta da una parte scritta e da una parte orale. In totale, quindi, le parti processuali hanno a disposizione due fasi scritte e due fasi orali.

Salva la possibilità per i collegi decidenti di provvedere ad aggiustamenti procedurali, dopo la costituzione del panel è previsto che ogni parte – prima l'attore e poi il convenuto, salvo che il panel decida diversamente⁸⁸⁰ - indirizzi al collegio una memoria descrittiva delle circostanze di fatto e degli argomenti giuridici a sostegno della propria posizione⁸⁸¹. In concreto, la prima memoria attorea include il testo della misura oggetto di contestazione e ogni altra informazione “documentale” relativa a questa, unitamente a una esposizione del ragionamento giuridico su cui la contestazione si basa⁸⁸². D'altra parte, con una propria memoria scritta (che in sostanza costituisce la reazione alla prima memoria attorea), il convenuto ha l'onere di dimostrare la perfetta compatibilità della misura contestata con il diritto OMC, dopo averne anch'egli fornito una

⁸⁷⁷ Sacerdoti G., “Settling International Economic Disputes: the WTO and Other Models. Trade and Investments”, in Rovine A. W., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2014*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), a pag. 315.

⁸⁷⁸ Canal-Forgues E., *Le Règlement des Différends à l'OMC*, (Bruxelles: Bruylant), 2008, a pag. 75.

⁸⁷⁹ L'allegato 3 include anche un calendario dei lavori che, tuttavia, può sempre subire delle modifiche quando occorrono degli eventi inaspettati.

⁸⁸⁰ L'art. 12, par. 6, del DSU recita: “The complaining party shall submit its first submission in advance of the responding party's first submission unless the panel decides, in fixing the timetable referred to in paragraph 23 and after consultations with the parties to a dispute, that the parties should submit their first submissions simultaneously”.

⁸⁸¹ Il par. 4 delle *Working Procedures* prevede che “Before the first substantive meeting of the panel with the parties, the parties to the dispute shall transmit to the panel written submissions in which they present the facts of the case and their arguments”.

⁸⁸² Palmeter D., Mavroidis P.C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2004, a pag. 157.

connotazione fattuale⁸⁸³. Tali memorie devono poi essere condivise con le altre parti (i terzi intervenienti nel procedimento, di cui si dirà) prima della celebrazione della prima udienza⁸⁸⁴.

Dopo il primo “giro” di memorie scritte, le parti compaiono di fronte al panel per la prima vera udienza. In questa sede, è l’attore il primo a prendere la parola per presentare la propria domanda. Segue poi il convenuto, cui è richiesto di esprimere il proprio punto di vista in merito alla domanda attorea⁸⁸⁵. Alla prima udienza sono anche invitate le terze parti, ovverosia quei Membri che hanno previamente notificato al DSB l’esistenza di un interesse nella controversia (dei requisiti “a maglie larghe” richiesti per poter partecipare al procedimento come terzo si dirà *infra*), e in quella sede queste sono tenute, nel corso di una sessione separate a ciò specificamente dedicata, ad esprimere la loro posizione⁸⁸⁶.

Dopo la chiusura della prima udienza, viene fissato un ulteriore termine entro cui entrambe le parti sono tenute al deposito delle seconde memorie scritte, che l’Allegato 3 definisce come “written rebuttals”⁸⁸⁷. Infatti, il fine di queste è quello di confutare quanto incluso dalla controparte nella prima memoria e quanto affermato dai suoi rappresentanti nel corso della prima udienza. Come evidenziato in dottrina, il deposito della seconda memoria potrebbe non esaurire il novero delle comunicazioni scritte che le parti possono indirizzare al panel, poiché quelle hanno ulteriori possibilità di elaborare scritti in risposta alle domande avanzate dai giudicanti nel corso delle udienze e, in alcuni casi, è addirittura accaduto che il panel abbia autorizzato le parti al deposito di documenti contenenti dei commenti relativamente alle risposte fornite al panel dalla controparte⁸⁸⁸.

Si apre infine la seconda (e ultima) udienza, anche questa finalizzata alla contestazione di quanto precedentemente dedotto dalla controparte. In quella sede, è previsto che il primo a prendere la parola, se questa è la sua volontà, sia il convenuto e che l’attore possa intervenire solamente quando il primo abbia esaurito l’esposizione delle proprie contestazioni. Usualmente, le terze parti non possono prendere parte a questa fase ma i panel godono di un margine ampio nell’accordare a queste diritti maggiori rispetto a quelli istituzionalmente previsti dal DSU e dalla sua appendice.

⁸⁸³ *Inv.*: “The responding party’s later-filed first submission inherently will be somewhat in the nature of a rebuttal, but it also should set out any affirmative defences that may be claimed, keeping in mind that a party asserting an affirmative defence has the burden of establishing it. It should also set out the responding party’s factual view of the measure at issue”.

⁸⁸⁴ L’art. 12, par. 6, del DSU recita: “Each party to the dispute shall deposit its written submissions with the Secretariat for immediate transmission to the panel and to the other party or parties to the dispute”.

⁸⁸⁵ Il par. 5 delle *Working Procedures* prevede: “At its first substantive meeting with the Parties, the panel shall ask the party which has brought the complaint to present its case. Subsequently, and still at the same meeting, the party against which the complaint has been brought shall be asked to present its point of view”.

⁸⁸⁶ Il par. 6 delle *Working Procedures* prevede: “All third parties which have notified their interest in the dispute to the DSB shall be invited in writing to present their views during a session of the first substantive meeting of the panel set aside for that purpose. All such third parties may be present during the entirety of this session”.

⁸⁸⁷ Il par. 7 delle *Working Procedures* prevede che: “Formal rebuttals shall be made at a second substantive meeting of the panel. The party complained against shall have the right to take the floor first to be followed by the complaining party. The parties shall submit, prior to that meeting, written rebuttals to the panel”.

⁸⁸⁸ Palmetier D., Mavroidis P.C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2004, a pag. 159.

Chiusa la fase di discussione, l'art. 15 del DSU prevede che il panel debba fornire alle parti una bozza di rapporto (c.d. draft report) che dia conto dei fatti e degli argomenti avanzati dalle parti. Queste sono quindi chiamate a presentare per iscritto ed entro un termine precisamente definito dal panel i propri commenti relativi alla bozza di rapporto. Dipoi, il panel provvede alla circolazione di un rapporto provvisorio (c.d. interim report) contenente sia le sezioni descrittive sia i suoi rilievi e le sue conclusioni. Successivamente, è previsto che le parti possano richiedere al panel l'apertura di una "finestra temporale" aggiuntiva al fine di consentire la redazione di ulteriori commenti solamente in relazione a "certi aspetti" (certain aspects) del rapporto provvisorio. Tale "finestra temporale" può prevedere lo svolgimento di ulteriori incontri tra i giudicanti e le parti oppure può consistere nell'autorizzazione al deposito di ulteriori memorie delle parti a commento del rapporto provvisorio. Nel caso in cui tali richieste non pervengano al panel, il rapporto provvisorio dovrà considerarsi come finale. Viceversa, nel caso in cui le parti avanzino tale richiesta, il rapporto definitivo dovrà dare conto anche degli ultimi commenti proposti dalle parti.

Tanto premesso, è dunque opportuno indagare se nel corso del procedimento possano eventualmente avvenire delle modifiche al perimetro materiale della controversia, e realizzate ad opera dell'attore, del convenuto oppure delle terze parti. Pertanto, il seguito della trattazione darà conto, nello specifico, dei vari accadimenti processuali, ma anche quelli extraprocessuali che abbiano rilevanza processuale, che potrebbero dirsi idonei alla modifica del perimetro della controversia.

3.2.2 Mutamenti alle domande attoree nel corso del procedimento

Ci si deve chiedere anzitutto se la condotta dell'attore nel corso del procedimento possa dirsi in qualche modo idonea ad alterare il perimetro della controversia così come definito dallo stesso attore nella fase di instaurazione del procedimento. In altre parole, è possibile per l'attore – in occasione di uno o più tra gli snodi procedurali appena delineati – provocare una riduzione ovvero un incremento dell'oggetto materiale della controversia?

Già si è notato come in tale sistema rimediale il ricorrente possa determinare il *petitum* attraverso l'indicazione delle misure di cui si contesta la legittimità. In più, questi potrebbe agire sulla identificazione della *causa petendi*, per tramite della individuazione delle norme che le misure “censurate” avrebbero asseritamente violato. Pertanto, l'unico modo in cui l'attore potrebbe ridurre l'estensione materiale della controversia sarebbe quello di rinunciare alla contestazione di alcune misure ovvero di rinunciare alla pretesa che queste collidano con una o più norme OMC. Viceversa, egli potrebbe provocare l'allargamento dell'oggetto della controversia per tramite della contestazione di nuove misure, diverse rispetto a quelle già contestate nella fase di instaurazione del procedimento, oppure allegando che le stesse collidono con norme diverse rispetto a quelle poste come base giuridica della domanda iniziale.

3.2.2.1 Decremento della controversia ad opera dell'attore

Occorre comprendere se nel corso del procedimento la condotta dell'attore possa determinare una riduzione dell'ambito materiale della controversia. Questo potrebbe avvenire perché l'attore manifesta una volontà in tal senso, facendo così venire meno una o più pretese nei confronti del convenuto, ovvero perché omette di trattare tempestivamente alcune questioni, ed in questo bisognerebbe individuare una volontà di rinuncia implicita che ha senso solo se si ammette l'esistenza di un onere processuale, incombente sull'attore, di trattare in ogni fase le sue pretese, così come delineate nella richiesta di costituzione del panel.

Tale questione è stata espressamente risolta dall'Organo di Appello nel caso EC – Bananas III⁸⁸⁹. L'Organo era stato chiamato a pronunciarsi sull'esistenza di un onere incombente sull'attore di trattare nella prima memoria scritta, argomentandole, tutte le pretese incorporate nella richiesta di costituzione. In primo grado, il panel aveva ritenuto che il fatto che l'attore non avesse estesamente trattato, ma semplicemente richiamato alla prima occasione utile – la prima memoria scritta – alcune questioni incluse nella richiesta di costituzione del panel, aveva determinato una “fuoriuscita” di tali questioni dalla giurisdizione del panel⁸⁹⁰. Più precisamente, è noto come nell'ambito di quel procedimento fossero diversi i Membri che lamentavano la conformità al diritto dell'OMC delle norme europee in materia di importazione di banane. Nello specifico,

⁸⁸⁹ EC – Bananas III, WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 9 settembre 1997.

⁸⁹⁰ EC – Bananas III, WT/DS27/R/MEX, Rapporto del panel del 22 maggio 1997, ai parr. 7.309 e ss.

il Messico aveva omesso di agomentare nella prima memoria alcune specifiche pretese, diverse rispetto a quelle avanzate dagli altri attori, e semplicemente aveva aderito alle domande già precisate e argomentate dagli altri. Il panel aveva quindi deciso di trattare le questioni, già argomentate da altri attori, cui il Messico aveva aderito e, d'altra parte, aveva escluso di poter esaminare quelle non argomentate⁸⁹¹. Lo stesso trattamento era stato riservato ad alcune pretese di Honduras e Guatemala, inerenti ad alcune violazioni al GATS, debitamente incorporate nella richiesta di costituzione ma non trattate nella prima memoria scritta⁸⁹².

L'Organo di Appello ha censurato la condotta del panel precisando come né nel DSU né nella prassi del GATT possa essere individuato alcun riferimento al dovere di argomentare alla prima memoria scritta le pretese già esposte nella richiesta di costituzione, dal momento che il perimetro della controversia (c.d. "scope of the case") non è certo definito dalla memoria scritta bensì dai terms of reference⁸⁹³. Tanto è sufficiente per concludere come, in senso lato ed esclusa l'esistenza di obblighi procedurali specifici al riguardo, non sia mai possibile inferire dalla mancata (e dettagliata) trattazione di alcune questioni nel corso del procedimento la volontà di rinunciare a certe pretese. Tutt'al più, è ragionevole ritenere che tale mancata trattazione si risolva nella mancata soddisfazione dell'onere di dimostrare la fondatezza delle proprie pretese la quale, come ovvio, comporterà il rigetto della domanda nel merito.

Al contrario, che dire del caso in cui la volontà di rinunciare a certe pretese sia manifestata espressamente dall'attore nel corso del procedimento? Di primo acchito, potrebbe dirsi che l'attore possa sempre rinunciare a una o più pretese (e tale rinuncia dovrebbe quindi essere "registrata" dall'organo decidente), salvo il caso in cui il convenuto si opponga ovvero non aderisca alla richiesta dell'attore. Infatti, l'instaurazione e la celebrazione del procedimento non mirano solamente alla soddisfazione degli interessi propri dell'attore, che agisce per l'ottenimento di una decisione di accertamento dell'incompatibilità al diritto dell'OMC della misura contestata, bensì anche quelli propri del convenuto, il quale, viceversa, punta a che il decidente affermi la compatibilità delle misure adottate al diritto dell'OMC. Può dirsi tale ricostruzione "teorica" conforme alla prassi giurisprudenziale?

La questione è stata oggetto di trattazione in un caso molto più complesso. Infatti, in US – Steel Plate⁸⁹⁴, l'attore (l'India) aveva manifestato nella prima memoria scritta la sua volontà di rinunciare a certe domande originariamente incluse nella richiesta di costituzione del panel. Successivamente, lo stesso attore aveva comunicato, in una lettera appositamente redatta, di voler "riesumere" ("resurrect") alcune domande tra quelle cui aveva rinunciato, dal momento che aveva ottenuto delle informazioni di cui non disponeva prima della presentazione della prima memoria scritta⁸⁹⁵. Nel decidere la questione, il panel evidenziava come nonostante si trattasse di misure effettivamente

⁸⁹¹ *Ibidem*.

⁸⁹² *EC – Banans III*, WT/DS27/R/GTM; WT/DS2/R/HND, Rapportos del panel del 22 maggio 1997, ai parr. 7.57 e 7.58.

⁸⁹³ *EC – Banans III*, WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 9 settembre 1997, al par. 145.

⁸⁹⁴ *US – Steel Plate*, WT/DS206/R, Rapporto del panel del 28 giugno 2000.

⁸⁹⁵ *Ivi* al par. 7.25.

incluse nella richiesta di costituzione, questo non imponeva comunque al panel di decidere la questione, dal momento che l'attore aveva esplicitamente abbandonato la propria pretesa. Questa conclusione era oltretutto sostenuta dalla necessità di preservare i diritti processuali del convenuto e delle terze parti, dal momento che questi, confidando nell'effettività della rinuncia attorea, avevano omesso di argomentare la questione nelle loro prime memorie scritte⁸⁹⁶. In altre parole, secondo i decidenti, riammettere pretese cui l'attore aveva rinunciato avrebbe determinato la lesione del diritto di difesa garantito al convenuto e del diritto delle terze parti di presentare le proprie posizioni in relazione alle domande proposte dall'attore (dato che queste, come si vedrà, non hanno diritto di proporre proprie domande ma solamente di agire nell'ambito delle pretese, determinate unilateralmente dall'attore). Per raggiungere tale conclusione, il panel aveva impiegato "analogicamente" quanto deciso dall'Organo di Appello nel caso EC – Bananas III⁸⁹⁷, nella parte in cui quello aveva affermato che una domanda non potesse essere sollevata per la prima volta nella prima memoria scritta, senza che questa fosse inclusa nella richiesta di costituzione del panel. Tuttavia, tale soluzione non sembra la sola ragionevolmente accoglibile. Nel sistema rimediabile dell'OMC, come si è precisato *supra*, i panel sono legittimati all'adozione di particolari accorgimenti procedurali finalizzati alla maggiore efficienza della loro operatività e, soprattutto, al raggiungimento di decisioni di alta qualità. Nulla avrebbe impedito al panel di modificare la propria procedura e prevedere delle nuove "finestre", sostitutive della prima memoria scritta, in cui il convenuto e le terze parti avrebbero potuto dare conto delle loro posizioni relativamente alle pretese "resuscitate". Così facendo, i decidenti avrebbero provveduto comunque alla piena tutela dei diritti del convenuto e delle terze parti, dando concreta applicazione al principio di economia processuale e garantendo una decisione non qualitativamente inferiore a quella effettivamente adottata.

Tuttavia, a prescindere dalla concreta decisione circa la riammissione di pretese cui si è rinunciato, l'esposizione sin qui condotta consente di affermare che è sempre possibile per l'attore rinunciare alle proprie pretese nel corso del procedimento. Nonostante non sia stato esplicitato nel caso di specie, tale rinuncia dovrebbe produrre i propri effetti sin dal momento in cui questa viene manifestata dall'attore, senza che sia richiesta l'adesione da parte del convenuto o delle terze parti. Tuttavia, conformemente ai principi che reggono il processo, e precisamente quello per cui quest'ultimo è strumento nelle mani di tutte le parti per la soddisfazione dei propri interessi, è ragionevole credere che nel caso in cui il convenuto, ma non un Membro terzo, si opponga alla rinuncia, il panel debba comunque decidere nel merito della pretesa attorea, nonostante questa non sia più sostenuta dall'attore.

3.2.2.2 Incremento della controversia ad opera dell'attore

Per quanto concerne l'allargamento dell'oggetto della controversia attraverso l'allegazione di nuove misure o di nuove norme che siano state asseritamente violate, la giurisprudenza ha da sempre escluso la possibilità di statuire su questioni diverse

⁸⁹⁶ *Ivi* al par. 7.26.

⁸⁹⁷ *Ivi* al par. 7.27.

rispetto a quelle incluse nei terms of reference⁸⁹⁸. In altri termini, i giudici dell'OMC hanno costantemente prestato attenzione al fatto che la presentazione di argomentazioni a sostegno della propria posizione non si risolvesse nella deduzione di contestazioni nuove, in quanto diverse rispetto a quelle incluse nei terms of reference. A tal proposito, è ben possibile rintracciare nella giurisprudenza dell'Organo di Appello una netta distinzione tra claims e arguments: sin dal caso EC- Bananas III⁸⁹⁹ è chiaro che le prime devono essere incluse nella richiesta di costituzione del panel (come peraltro si è già visto nel corso del presente lavoro) mentre i secondi possono, e anzi devono, essere sviluppati e chiariti nel corso del procedimento (memorie scritte ed esposizioni orali).

Nel caso concreto, l'Organo di Appello aveva negato la legittimità di quanto affermato in primo grado dal panel, il quale aveva concluso che, se anche vi fossero stati dei dubbi relativamente alla soddisfazione dei requisiti previsti dall'art. 6, par. 2 – in merito al contenuto della richiesta di costituzione del panel – in ogni caso questi dovevano ritenersi sanati dalla proposizione di memorie scritte, dal momento che queste avevano presentato in maniera sufficientemente chiara e precisa le questioni legali e fattuali da decidere⁹⁰⁰. Tale censura dell'Organo di Appello sembra radicarsi proprio sulla ontologica distinzione che deve intercorrere tra claims e arguments. Ritenerne che i secondi possano sanare la deficienza dei primi equivarrebbe a confondere elementi naturalmente diversi in quanto rispondenti a distinte funzioni. I primi operano già una perimetrazione del contenuto della controversia mentre i secondi si muovono nell'ambito della perimetrazione già effettuata senza poterla mai superare. Pertanto, in nessun modo lo sviluppo degli argomenti nel corso della procedura potrà mai implicare la contestazione di nuove misure ovvero il riferimento a nuove norme OMC di cui si reputa la violazione.

Tuttavia, se pure in teoria tale distinzione appare chiara, in concreto può presentare alcuni problemi, a seconda che si stia considerando una questione meramente giuridica ovvero una questione puramente fattuale. Più precisamente, ancora una volta, bisognerebbe distinguere a seconda che le argomentazioni dell'attore, da interpretare, siano relative alle basi giuridiche della sua pretesa ovvero alle misure che questi contesta.

In relazione alle prime, è opportuno riferire quanto avvenuto in Thailand — H-Beams⁹⁰¹, ove, già nella prima fase del procedimento, l'attore aveva lamentato come il convenuto avesse determinato l'esistenza di una lesione, nell'ambito di un procedimento antidumping, in assenza di “positive evidence” e senza una “objective examination”. Il tutto si sarebbe quindi risolto in violazione dell'art. VI del GATT e

⁸⁹⁸ Si veda per esempio *Japan — Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, Rapporto del panel dell'11 luglio 1996, al par. 6.5. In quella sede, il convenuto aveva eccepito la contestazione, da parte degli Stati Uniti, della normativa chiamata “*Japanese Taxation Special Measures Law*”, senza che questa fosse stata debitamente inclusa nei terms of reference all'inizio del procedimento. I decidenti ovviamente davano ragione al Giappone e dichiaravano di non poter procedere all'indagine nel merito della conformità della misura al diritto OMC.

⁸⁹⁹ *EC — Bananas III*, WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 9 settembre 1997, al par. 141.

⁹⁰⁰ *Ivi* al par. 143.

⁹⁰¹ *Thailand — H-Beams*, WT/DS122/R, Rapporto del panel del 28 settembre 2000.

dell'art. 3 dell'Accordo antidumping⁹⁰². Sulla base della circostanza per cui l'attore nella sua prima memoria scritta aveva trattato di alcuni fattori (tra quelli inclusi nel disposto dell'art. 3, par. 4, dell'Accordo antidumping) e successivamente aveva fatto riferimento ad altri, il convenuto aveva reputato di dover eccepire la deduzione di nuove domande. Nel decidere la questione, il panel evidenziava come la proposizione dell'eccezione fosse il frutto di una erronea comprensione della distinzione tra claim e arguments. Mentre il primo era stato sufficientemente delineato con l'indicazione dell'art. 3, par. 4, dell'Accordo, i secondi altro non erano che l'indicazione dei fattori che le autorità della Thailandia avrebbero dovuto prendere in considerazione nello svolgimento della valutazione antidumping. Per questo, l'attore doveva essere libero di allegarli nella fase del procedimento reputata più opportuna.

Questa decisione consente di affermare con sufficiente sicurezza che non costituirà oltrepasamento della base giuridica della pretesa, così come delineata al tempo dell'instaurazione del procedimento, la deduzione di questioni che la stessa norma originariamente indicata prendeva in considerazione, anche se tali questioni sono presentate dall'attore per la prima volta in momenti diversi del procedimento. Viceversa, va considerata come deduzione di questione nuova la formulazione di qualsiasi argomento che implichi, direttamente o indirettamente, la violazione di norme diverse rispetto a quelle indicate nella richiesta di costituzione del panel.

Per quanto concerne l'indicazione delle misure contestate, occorre richiamare quanto già riferito sulla loro indicazione nella richiesta di costituzione del panel. In quella sede, si era analizzato il caso Japan – Film, ove il panel aveva indicato che i requisiti di specificità dovevano dirsi soddisfatti anche quando le misure contestate direttamente davanti al panel fossero sussidiarie o connesse a quelle espressamente incluse nella richiesta, ma questo solo se la controparte avesse ricevuto adeguata informazione circa “the scope of the claims asserted by the complaining party”⁹⁰³. Analizzata in questa sede, tale decisione va interpretata nel senso di consentire che nel corso del procedimento possano essere dedotte misure diverse rispetto a quelle espressamente incluse nella richiesta solo quando queste siano sussidiarie (o connesse) e quando l'altra parte ne sia informata. Tale soluzione è stata successivamente riaffermata in US – Carbon Steel⁹⁰⁴ e in Argentina — Footwear (EC)⁹⁰⁵.

Occorre verificare se questa impostazione risulti condivisa dall'Organo di Appello. Per capirlo, è necessario investigare il suo operato nel caso Australia - Salmon⁹⁰⁶, la cui pronuncia è di pochissimo successiva a quella di Japan - Film. In quella sede, l'appellante, l'Australia, reputava che il panel avesse errato nell'interpretazione dei

⁹⁰² *Ivi* al par. 7.45; così recitava la richiesta della Polonia: “That authorities have made a determination that Polish imports caused injury to the Thai domestic industry, in the absence of, *inter alia*, “positive evidence” to support such a finding and without the required “objective examination” of enumerated factors such as import volume, price effects, and the consequent impact of such imports on the domestic industry, in contravention of Article VI of GATT 1994 and Article 3 of the Antidumping Agreement”.

⁹⁰³ *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rapporto del panel del 31 marzo 1998, al par. 10.2

⁹⁰⁴ *US – Carbon Steel*, WT/DS213/R, Rapporto del panel del 3 luglio 2002, ai parr. VIII.903 e VIII.904.

⁹⁰⁵ *Argentina — Footwear (EC)*, WT/DS121/R, Rapporto del panel del 25 giugno 1999, ai parr. 8.35 e 8.36.

⁹⁰⁶ *Australia – Salmon*, WT/DS18/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 20 ottobre 1998.

terms of reference. Infatti, mentre la richiesta di costituzione richiamava le misure australiane che miravano ad impedire l'importazione di salmone fresco, ghiacciato o congelato, il panel riteneva di poter estendere la propria indagine anche alla normativa che prevedeva l'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (nello specifico, un particolare trattamento termico) al salmone affumicato, dal momento che le due misure costituivano "due facce della stessa medaglia"⁹⁰⁷. Al contrario, l'Organo di Appello ritenne che le due misure non potessero considerarsi "due facce della stessa medaglia", dal momento che ciascuna era diretta a un prodotto diverso (il trattamento termico era riservata al solo salmone affumicato, dal momento che la sua applicazione al salmone fresco, ghiacciato o congelato ne avrebbe comportato la distruzione)⁹⁰⁸. A prescindere dal rilievo per cui si versa in uno di quei casi in cui l'indicazione del prodotto consente l'indicazione della misura (la questione è già stata considerata precedentemente in relazione ai criteri per la soddisfazione dei requisiti di cui all'art. 6, par. 2, del DSU), l'analisi della decisione consente di inferire che se l'Organo di Appello avesse effettivamente ritenuto che le due misure costituivano due "facce della stessa medaglia", allora avrebbe ammesso una interpretazione estensiva delle misure indicate nella richiesta di costituzione del panel. Tuttavia, quand'è che risulta possibile affermare che due misure sono "facce della stessa medaglia"? Appare ragionevole ritenere che si sia in presenza di misure che costituiscono "facce della stessa medaglia" quando tra queste intercorra un nesso di sussidiarietà o connessione così intenso da rendere se non necessaria quantomai grandemente opportuna l'analisi di entrambe (il caso classico è quello delle misure interne di attuazione ed esecuzione della misura debitamente indicata nella originaria richiesta di costituzione del panel). Invece, per quanto concerne la necessità che il convenuto sia informato della portata e dell'ambito delle pretese avanzate dal ricorrente, non è possibile escludere che l'evidenza del nesso tra le misure sia di per sé sufficiente⁹⁰⁹.

L'analisi svolta ha evidenziato come solo in limitatissimi casi sia possibile dedurre misure e norme dell'OMC non incluse nella richiesta di costituzione del panel. Conseguentemente, risulta quantomai arduo – se non impossibile – per l'attore pervenire ad un allargamento dell'oggetto processuale della controversia. Si tratta infatti di un sistema rimediale alquanto "rigido" che non consente la proposizione di domande nuove: se proposte in occasione delle memorie scritte o delle deduzioni orali, tali nuove domande devono reputarsi al di fuori della giurisdizione del panel. Peraltro, poiché quelle analizzate sono questioni giurisdizionali, i panel devono sempre ed *ex officio* verificare che le deduzioni attoree ricadano nell'ambito del perimetro materiale della controversia tratteggiato al tempo della instaurazione del procedimento.

In generale, tale approccio degli organi del DSU, rigidamente ancorati alla perimetrazione della controversia realizzata al momento della instaurazione del procedimento, sembra rispondere ad una preoccupazione sistemica di impedire che i

⁹⁰⁷ *Ivi* al par. 93, che richiama il par. 8.95 del Rapporto del panel.

⁹⁰⁸ *Ivi* al par. 101.

⁹⁰⁹ Come peraltro già evidenziato in *Japan – Film*, WT/DS44/R, Rapporto del panel del 31 marzo 1998, par.10.8: "*In our view, the requirements of Article 6.2 would be met in the case of a "measure" that is subsidiary or so closely related to a "measure" specifically identified, that the responding party can reasonably be found to have received adequate notice of the scope of the claims asserted by the complaining party. The two key elements -- close relationship and notice -- are inter-related: only if a "measure" is subsidiary or closely related to a specifically identified "measure" will notice be adequate*".

panels possano spingersi ad indagare aspetti della controversia che le parti non vogliono siano toccati.

Chiusa l'analisi che ha trattato delle (seppur limitate) facoltà di allargamento e di riduzione dell'oggetto della controversia nel corso del procedimento ad opera dell'attore, occorre ora verificare l'esistenza di eventuali facoltà di alterazione del perimetro della controversia proprie del convenuto.

3.2.3 Alterazioni perimetrali ad opera del convenuto

3.2.3.1 Domande riconvenzionali

Lo strumento classico di cui tradizionalmente godono i convenuti nei vari sistemi processuali è quello della domanda riconvenzionale. Come già si è visto nella trattazione della disciplina dettata dalla procedura CIG al riguardo, questa comporta inevitabilmente una estensione processuale della materia controversa sulla quale ricadono gli effetti di cosa giudicata. Chiaramente, tale incremento quantitativo si deve alla proposizione di una nuova domanda, che va al di là di una mera difesa e che incorpora un autonomo *petitum*.

Il sistema rimediale dell'OMC non ammette in nessun modo l'istituto della domanda riconvenzionale e ciò viene tradizionalmente ricondotto a due ragioni, entrambe derivanti da quanto disposto dell'art. 3, par. 10, del DSU.

La prima è dovuta al fatto che la procedura stabilita dal DSU non potrebbe mai dirsi propriamente contenziosa e pertanto non è opportuno che il convenuto possa “reagire attaccando” nel corso del procedimento.⁹¹⁰ Tale ragione non sembra però veramente decisiva, dal momento che la natura contenziosa del procedimento non dipende dalla quantità delle questioni dedotte innanzi all'organo decidente bensì dall'atteggiamento assunto dai soggetti che prendono parte al procedimento. In sostanza, la proposizione di nuova materia processuale di per sé non ha nulla a che vedere con la natura conflittuale del procedimento. A riprova di ciò, il fatto che un Membro convenuto in un primo procedimento possa immediatamente attivarne un secondo, parallelo, in cui conviene l'attore del primo⁹¹¹.

In secondo luogo, nel sistema del DSU, occorre evitare che questioni totalmente sconnesse tra loro vengano trattate nel medesimo procedimento, e ciò in ragione del fatto che ciascun Membro dell'organizzazione risulta individualmente responsabile degli illeciti che compie, a prescindere da ogni altra condotta eventualmente commessa da altri Membri. In altre parole, le domande riconvenzionali non sono ammesse perché, non potendo non avere quale loro oggetto la liceità di misure adottate dall'attore nel suo proprio ordinamento, estenderebbero l'oggetto della controversia processuale a questioni, e cioè misure, totalmente slegate ed eterogenee rispetto a quelle originariamente dedotte. Tali considerazioni risultano generalmente conformi alla struttura dell'OMC, secondo la quale mai un membro potrebbe reagire autonomamente a presunte violazioni commesse da altri Membri.

Anche nel versante del convenuto, quindi, l'impossibilità di dedurre nuova materia controversa nel corso del procedimento risponde al dovere di ostinata obbedienza che il sistema impone nei confronti dei terms of reference, e ciò – conviene ricordarlo – sembra dovuto alla necessità di impedire che i panel possano spingersi ad indagare, e

⁹¹⁰ Palmeter D., Mavroidis P.C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2004, alle pag. 112 e 113.

⁹¹¹ Come è accaduto nei casi *Brazil – Aircraft* e *Canada – Aircraft*, ove i due procedimenti hanno percorso due vie esattamente parallele, dal momento che i panel hanno adottato il medesimo calendario.

a decidere, aspetti della controversia che la parte attrice non ha voluto dedurre in giudizio.

3.2.3.2 Difese del convenuto fondate su norme esterne all'OMC

Avendo a mente quest'ultima considerazione sulla inammissibilità di domande riconvenzionali nel procedimento innanzi a organi dell'Intesa, occorre trattare di una particolare questione problematica, relativa a quale possa essere la natura delle difese spendibili dal convenuto nel procedimento. Infatti, sono immaginabili delle difese che – se pur incapaci di alterare il perimetro della controversia dal punto di vista formale – possono però mutarne l'oggetto in maniera sostanziale. Si pensi al caso in cui, quando a un Membro sia contestata l'adozione di certe misure in ragione del loro asserito contrasto con la normativa OMC, questo cerchi di giustificare la violazione deducendo che la sua violazione è stata effettivamente realizzata a titolo di contromisura, legittima da punto di vista del diritto internazionale generale in quanto adottata al solo fine di reagire ad una precedente violazione di una norma extra-OMC che sia stata commessa dall'attore a suo danno. Appare evidente come, in un siffatto caso, il convenuto voglia utilizzare la norma extra-OMC per giustificare la propria condotta contrastante con il diritto OMC e, di conseguenza, per modificare almeno parzialmente l'oggetto della controversia processuale. La questione è estremamente delicata perché l'esito della analisi potrebbe determinare, per almeno una delle parti (nel nostro caso, il convenuto), l'impossibilità di "incanalare" nel sistema rimediabile l'intera controversia – così come nata e cresciuta prima dell'instaurazione del procedimento – dal momento che questa includerebbe anche norme esterne al sistema dell'OMC. Nel caso ipotizzato, è infatti chiaro che il convenuto non potrebbe far valere in giudizio i profili della controversia non dedotti dall'attore, ovvero la violazione da parte di quello di una norma di diritto internazionale diversa rispetto a quelle proprie del sistema dell'OMC.

Per chiarire questa questione, bisogna trattare della più vasta problematica del diritto applicabile nel sistema di risoluzione delle controversie stabilito dal DSU. Si è ritenuto di dover escludere dalla trattazione il caso specifico in cui entrambe le parti processuali, per tramite di una modificazione *ad hoc* dei terms of reference, richiedano all'organo di decidere una controversia applicando (anche o solamente) un diritto diverso rispetto a quello dell'OMC. A prescindere comunque dalle difficoltà nell'ammettere una tale possibilità per i Membri coinvolti⁹¹², occorre dire che questa non pone particolari

⁹¹² La questione è stata trattata in dottrina da Pauwelyn J., *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2003, a pag. 444. In quella sede, l'autore dà conto di due possibili ricostruzioni della questione. La prima ammette che il consenso di entrambe le Parti processuali possa prevalere sulla limitazione che deriverebbe dalla natura propria del sistema rimediabile (l'autore cita a sostegno di questa prima teorica il caso dell'arbitrato *ex art. 25* del DSU tra Canada e Comunità Europee – *Arbitration Award on Canada/European Communities Article XXVIII Rights (DS12/R), BISD (37s/80)*). La seconda è quella che valorizza gli articoli 1.1 e 3.2 del DSU, secondo cui ogni controversia deve essere limitata "to disputes brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the WTO covered agreements". Nonostante l'attore sembri preferire la prima delle due alternative (sulla base di quanto già argomentato in Pauwelyn J., "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", *The American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), a pag. 554), almeno per quanto concerne i poteri dei panel è forse preferibile la seconda, in quanto maggiormente rispettosa del dettato

problemi dal punto di vista della determinazione dell'oggetto processuale della controversia, poiché tale determinazione è operata congiuntamente da entrambe le parti. Viceversa, come si è già accennato, potrebbe risultare problematico ai nostri fini il caso in cui una sola parte del procedimento deduca nel procedimento norme extra-OMC per giustificare la propria condotta in violazione del diritto dell'OMC.

Da un lato, bisogna dire che lo strumento istitutivo del sistema rimediale dell'OMC, contrariamente a quanto accade nel caso di altre giurisdizioni internazionali permanenti⁹¹³, non chiarisce in maniera inequivoca quali siano le norme che si devono applicare per la risoluzione delle controversie dedotte bensì – come si è peraltro già visto – definisce solamente il campo della giurisdizione *ratione materiae*⁹¹⁴. Dall'altro, bisogna notare come la giurisprudenza abbia costantemente affermato l'impossibilità di “leggere” e quindi interpretare il corpus normativo dell'OMC in “clinical isolation from public international law”⁹¹⁵, il tutto anche alla luce di quanto previsto dall'art. 3, par. 2, DSU, nella parte in cui afferma, *inter alia*, che il sistema rimediale mira a chiarire le disposizioni dei “covered agreements” in conformità con le norme di interpretazione del diritto internazionale generale⁹¹⁶.

Tuttavia, può questo dirsi sufficiente per impedire ai panel e all'Organo di Appello di applicare norme diverse rispetto a quelle dell'OMC, le quali siano invocate dal convenuto a sostegno delle proprie difese, ai fini della decisione della controversia? La dottrina si è divisa sulla possibilità che una norma extra-OMC possa fondare una difesa idonea a giustificare violazioni di norme dell'OMC⁹¹⁷.

Da una parte, c'è chi ritiene logicamente errato dedurre dall'appartenenza del diritto dell'OMC al diritto internazionale la circostanza che il secondo sia pienamente integrato nel primo⁹¹⁸. Secondo questa posizione, sarebbero solamente tre le modalità

normativo degli art. 1.1 e 3.2. del DSU. In altre parole, il consenso delle parti della controversia troverebbe come proprio limite invalicabile quello della struttura del sistema, messo in atto per risolvere esclusivamente controversie costituite da pretese che si fondino su norme dell'OMC e non quelle relative a pretese che si basino sulle sole norme provenienti dal diritto internazionale generale o pattizio.

⁹¹³ Tra tutte, quella più importante e significativa è la Corte Internazionale di Giustizia, il cui Statuto, all'art. 38, dà conto dell'insieme delle norme che la Corte è chiamata ad applicare nella risoluzione delle controversie giuridiche che le vengono sottoposte.

⁹¹⁴ Ancora una volta le norme rilevanti sono quelle previste dal DSU agli artt. 1 e 3.

⁹¹⁵ Si veda ad esempio quanto affermato in *US – Gasoline*, WT/DS2/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 29 aprile 1996, al par. 17.

⁹¹⁶ Sul punto si veda De Andrade M.C., “*Path to Judicial Activism? The Use of ‘Relevant Rules of International Law’ by the WTO Appellate Body*”, *Brazilian Journal of International Law*, vol. 15 (2018), alle pagg. 312 e ss.

⁹¹⁷ Van Damme I., “*Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation*”, in Bethlehem D., McRae D., Neufeld R., Van Damme I., *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), a pag. 317 e ss.

⁹¹⁸ Così per esempio Trachtman J., “*Jurisdiction in WTO Dispute Settlement*”, in Yerxa R., Wilson B., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), a pag. 136. Gli argomenti a fondamento di questa posizione sono diversi. In primo luogo, l'art. 3.2 del DSU prevede che il fine del meccanismo sia quello di preservare diritti e obblighi dei Membri ai sensi dei covered agreements. In secondo luogo, il riferimento contenuto nell'art. 3.2 alle sole “*customary rules of interpretation of public international law*” dovrebbe denotare la volontà delle Parti di escludere ogni altra norma non menzionata (tale conclusione è frutto dell'adozione della

in cui il diritto internazionale può assumere rilievo nel sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC⁹¹⁹. In primo luogo, conformemente al riferimento alle sole norme di diritto internazionale relative all'interpretazione di cui all'art. 3.2 del DSU, è evidente che le norme del diritto internazionale possono condizionare l'interpretazione e quindi il contenuto da attribuire alle norme dell'OMC. In secondo luogo, quando siano le stesse norme dell'OMC a richiamare, incorporandole, altre norme di diritto internazionale. In terzo luogo, quando il diritto internazionale rilevi come mero fatto per l'applicazione del diritto dell'OMC. Sulla stessa linea di pensiero si pone un'altra parte della dottrina, che ritiene che l'applicazione di norme "esterne" all'OMC possa comportare diversi rischi⁹²⁰. Infatti, l'approccio liberale rischierebbe di snaturare la natura della giurisdizione propria del sistema rimediabile dell'OMC, giacché lo renderebbe un foro avente una giurisdizione generale⁹²¹. Da ciò deriverebbe il rischio di "sovraccaricare" il sistema rimediabile dell'OMC e, al contempo, di impedire lo sviluppo di altri sistemi o fori per la risoluzione di controversie⁹²².

D'altra parte, vi è chi assume una posizione più aperta e ritiene che nel procedimento di risoluzione delle controversie nel sistema dell'OMC sia possibile applicare anche norme di diritto internazionale diverse da quelle dell'OMC, nella misura in cui queste siano compatibili con i covered agreements⁹²³, oppure chi ritiene che tutte le fonti del diritto così come individuate dall'art. 38 dello Statuto della CIG siano, almeno in potenza, delle fonti cui il sistema rimediabile dell'OMC deve attingere⁹²⁴.

tecnica interpretativa dell'*expressio unius est exclusio alterius* – se le Parti avessero incorporare nel sistema dell'OMC delle norme diverse rispetto a quelle relative all'interpretazione, avrebbero dovuto farlo esplicitamente). In terzo luogo, sarebbero assurdi i riferimenti ai covered agreements inclusi negli artt. 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 19.1, 22.2 e 22.9 del DSU, se fosse applicabile anche "altro" diritto internazionale alla risoluzione delle controversie. In quarto luogo, a risolvere definitivamente la questione sarebbe il disposto dell'art. 7.1 del DSU, il quale prevede che il "*mandate is to examine the matter in light of the relevant provisions of the covered agreements, and nothing more?*".

⁹¹⁹ *Ivi* a pag. 140.

⁹²⁰ Marceau G., "*Call for Coherence in International Law*", *Journal of World Trade*, vol. 87 (1999), a pag. 109.

⁹²¹ *Ibidem*.

⁹²² *Ivi* a pag. 111.

⁹²³ Questa per esempio è la soluzione che è stata adottata in *Bartels L.*, "*Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings*", *Journal of World Trade Law*, vol. 35 (2001), a pag. 502: "[...] Panels and the Appellate Body "*shall apply the covered agreements and other rules of international law not incompatible with the covered agreements*". Secondo il ragionamento dell'autore citato, contrariamente alle conclusioni di Trachtmann, l'art. 7 non direbbe assolutamente nulla in merito al diritto applicabile da parte dei panel e dell'Organo di Appello. Inoltre, anche secondo quanto sostenuto dalla giurisprudenza (l'autore impiega le conclusioni del panel nel caso *Korea – Government Procurement*), andrebbe rigettata l'applicazione del principio dell'*expressio unius est exclusio alterius*, poiché porrebbe l'intero sistema dell'OMC "*in a legal vacuum*" così impedendo agli organi decidenti di adempiere alle loro funzioni (*ivi* a pag. 506). Viceversa, il principio per cui l'unico limite dell'applicazione del diritto extra-OMC è quello del rispetto del diritto OMC si fonderebbe sulla norma di cui all'art. 3.2: "[...] *in the context of conflicts between different sources of potentially applicable law, the rule also has another function, which is to ensure that in the event of a conflict between the provisions of the covered agreement and any other applicable law, the covered agreements shall prevail*".

⁹²⁴ Questo è il pensiero che si rinviene in Palmetier D., Mavroidis P. C., "*The WTO Legal System: Sources of Law*", *The American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), a pag. 399: "*To the contrary, all of the subparagraphs of Article 38 (1) are potential sources to be drawn on in WTO dispute settlement*". Risulta interessante che gli autori citati giungano a questa conclusione proprio in ragione di una particolare

Esiste poi una posizione diversa, secondo cui norme esterne al sistema dell'OMC potrebbero solamente fondare difese ma non potrebbero mai supportare delle autonome pretese⁹²⁵.

La possibilità di fondare difese su norme esterne al sistema dell'OMC è stata esplicitamente trattata dall'Organo di Appello nel caso Mexico – Taxes on Soft Drinks⁹²⁶. In quella sede, il Messico aveva cercato di spendere l'argomento secondo cui le misure adottate si sarebbero dovute qualificare come contromisure, di quelle previste dal diritto internazionale generale, le quali nel caso di specie – secondo il Messico – dovevano dirsi perfettamente legittime, poiché gli Stati Uniti avevano ostacolato la costituzione di un tribunale arbitrale nell'ambito del NAFTA⁹²⁷. In primo luogo, il Messico aveva richiesto al panel di dichiararsi giurisdizionalmente incompetente, dal momento che la controversia sarebbe stata di competenza di un tribunale istituito ai sensi del NAFTA⁹²⁸. In seguito alla prevedibile decisione del panel di dichiararsi giurisdizionalmente competente⁹²⁹, il Messico aveva deciso di presentare le proprie difese affermando che l'adozione delle misure interne contestate era consentita ai sensi e per gli effetti di cui all'art. XX (d) del GATT, in ragione del fatto che tali misure risultavano necessarie per indurre la controparte all'adempimento degli obblighi derivanti dal NAFTA⁹³⁰. Il panel decise la questione evidenziando come non potessero dirsi soddisfatti i requisiti richiesti dall'art. XX (d) del GATT⁹³¹. Infatti, secondo il ragionamento sviluppato dal panel non era possibile sostenere né che l'espressione "law and regulations", di cui alla lettera d) dell'art. XX, includesse il diritto internazionale⁹³² né che le misure interne, qualificate dal convenuto come contromisure, fossero idonee al raggiungimento della finalità prevista dalla norma (ovverosia, quella di "to secure compliance"), considerato che queste non potevano soddisfare il "certo grado di certezza" richiesto in relazione al raggiungimento dell'obiettivo previsto dalla norma⁹³³.

Nonostante la decisione indagata non abbia trattato *expressis verbis* della questione dell'utilizzo in quanto tale delle norme di diritto internazionale "esterne" all'OMC come difesa dedotta dal convenuto, sembra che questa possa dirsi rilevante ai nostri fini per almeno due ragioni.

In primo luogo, riferendosi all'argomentazione dell'attore secondo cui l'interpretazione del Messico dell'art. XX (d) avrebbe consentito a qualsiasi membro dell'OMC di utilizzare la norma come mezzo per ledere i diritti previsti dai covered

interpretazione donata all'art. 7, dal momento che a quest'ultimo andrebbe assegnato il ruolo di "substitute, mutatis mutandis, for Article 38" (*ibidem*).

⁹²⁵ Pauwelyn J., *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2003, a pag. 491.

⁹²⁶ *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, WT/DS308/R, Rapporto del panel del 7 ottobre 2005. Oggetto del contendere era l'imposizione, da parte del Messico, di alcune imposte che secondo gli Stati Uniti, avrebbero violato sotto l'art. III, parr. 2 e 4, del GATT.

⁹²⁷ *Ivi* al par. 4.335.

⁹²⁸ *Ivi* al par. 4.2.

⁹²⁹ Si consideri l'*Annex B* al rapporto.

⁹³⁰ *Ivi* ai parr. 4.166 e ss.

⁹³¹ *Ivi* al par. 8.204.

⁹³² *Ivi* ai parr. 8.191.

⁹³³ *Ivi* al par. 8.188.

agreements nella misura in cui questi dovevano dirsi necessari “to secure compliance with any other international agreement”⁹³⁴, i decidenti si sono riferiti ai travaux préparatoires del GATT 1947, evidenziando come nel corso dei negoziati per l’istituzione dell’International Trade Organisation, l’India avesse effettivamente proposto l’introduzione di una norma per giustificare uno Stato, qualora questo avesse adottato delle misure temporaneamente discriminatorie nel caso in cui questo fosse l’unico modo per reagire efficacemente alle discriminazioni poste in essere da un altro Stato in materie estranee all’ambito di azione della costituenda International Trade Organisation, pendente una procedura per la risoluzione della controversia in seno alle Nazioni Unite⁹³⁵. Tale proposta non fu però accettata dalle parti contraenti. Se non altro, questo militerebbe in favore dell’esclusione della possibilità di valersi di norme esterne all’OMC anche solo per fondare una mera difesa in giudizio.

In secondo luogo, se pure è vero che il convenuto aveva cercato di agganciare la norma esterna all’OMC all’art. XX (d) del GATT (e in questa strategia andrebbe forse letta la sua consapevolezza che la mera deduzione della violazione derivante dal diritto internazionale “altro” rispetto a quello dell’OMC non sarebbe valsa a fondare con successo una difesa), bisogna dire che se il panel fosse stato convinto della possibilità di giustificare la violazione di una norma dell’OMC in ragione della violazione di una norma “esterna”, questi avrebbe potuto considerare l’argomento del Messico come difesa autonoma, a prescindere dal riferimento ad una o più tra le eccezioni previste dai trattati: tale eventuale condotta del panel sarebbe stata giustificata dalla necessità di rispettare alcuni principi. In primo luogo, quello per cui nulla nel DSU debba essere inteso come limite alla facoltà del panel di utilizzare liberamente gli argomenti dedotti dalle parti, oppure di sviluppare un proprio ragionamento giuridico, a sostegno delle conclusioni nel merito⁹³⁶. In secondo luogo, perché il panel è istituzionalmente chiamato ad operare un “objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case”⁹³⁷. In terzo luogo, perché non vi sarebbe stata lesione del principio *ne eat iudex extra petita partium*, dal momento che l’argomento doveva dirsi implicito nel ragionamento sviluppato dal Messico, come dimostra le circostanze che il Messico aveva anche richiesto al panel di non pronunciare delle risultanze e delle raccomandazioni che potessero ledere la sua propria situazione giuridica in altre sedi (ovverosia, in altri fori)⁹³⁸. In altre parole, tutto ciò starebbe a dimostrare come il convenuto avesse (nemmeno troppo) implicitamente posto alla base delle sue difese la violazione da parte degli Stati Uniti delle obbligazioni derivanti dal NAFTA.

Anche l’Organo di Appello si è pronunciato sulla vicenda, dal momento che il Messico aveva presentato doglianze sia in relazione alla mancata declinatoria di giurisdizione da

⁹³⁴ *Ivi* al par. 8.171.

⁹³⁵ *Ivi* al par. 8.176.

⁹³⁶ Così in *EC – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello del 16 gennaio 1998, al par. 156: “Panels are inhibited from addressing legal claims falling outside their terms of reference. However, nothing in the DSU limits the faculty of a panel freely to use arguments submitted by any of the parties – or to develop its own legal reasoning – to support its own findings and conclusions on the matter under its consideration”.

⁹³⁷ Così dispone l’art. 11 del DSU.

⁹³⁸ *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, WT/DS308/R, Rapporto del panel del 7 ottobre 2005, al par. 8.205.

parte del panel sia in relazione alla ricostruzione di quello sui requisiti dell'art. XX (d) e sulla loro concreta soddisfazione⁹³⁹.

A prescindere dai rilievi dell'Organo di Appello sulla mancata declinatoria della giurisdizione, non immediatamente rilevante in questa sede, bisogna dire del ragionamento sviluppato in appello circa i requisiti dell'art. XX (d). Infatti, nonostante abbia rigettato la ricostruzione del panel per cui le misure adottate debbano essere connotate da un certo grado di certezza, questo ha confermato che l'espressione "laws and regulations" deve essere interpretata nel senso di includere esclusivamente delle disposizioni di diritto interno, con ciò escludendo obbligazioni internazionali incombenti su un altro membro dell'OMC⁹⁴⁰.

Tuttavia, ciò che più conta nel ragionamento sviluppato dall'Organo di Appello è che, una volta accolte le argomentazioni del Messico, per risolvere le controversie pendenti i panel o l'Organo di Appello dovrebbero alternativamente o "assumere" la violazione dell'obbligo internazionale esterno all'OMC oppure indagare l'effettiva violazione di questo⁹⁴¹ e questo sarebbe inaccettabile perché si assisterebbe ad una mutazione delle funzioni proprie degli organi previsti dal DSU⁹⁴².

Tanto è sufficiente per concludere che in nessun caso il convenuto possa giustificare la propria condotta illecita affermando di aver adottato delle contromisure in reazione ad una violazione anteriore realizzata dall'attore, salvo il caso in cui la norma extra-OMC sia incorporata nel sistema per tramite di un richiamo o di un riferimento, operato da una norma dell'OMC. Infatti, a prescindere dall'eventuale implicito rigetto da parte dell'attore di una simile difesa, quest'ultimo non potrebbe mai "subire" il mutamento dell'oggetto della controversia per tramite dell'inclusione nel procedimento di norme extra-OMC perché, come si è detto, tale inclusione – secondo l'autorevole opinione dell'Organo di Appello – avrebbe come effetto quello di snaturare le funzioni (ovverosia, la natura della giurisdizione) degli organi previsti dal DSU.

3.2.3.3 Condotte extraprocessuali del convenuto idonee a privare la controversia del suo oggetto

Occorre infine trattare di un'ultima fattispecie, ovverosia quella della modificazione o della abrogazione, nel corso del procedimento e ad opera del convenuto, delle misure contestate. In buona sostanza, pare opportuno chiedersi se l'asserita estinzione delle misure contestate risulti idonea a privare la controversia del suo oggetto processuale.

⁹³⁹ *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, WT/DS308/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, al par. 39.

⁹⁴⁰ *Ivi* al par. 75.

⁹⁴¹ *Ivi* al par. 78: "[...] *Mexico's interpretation would imply that, in order to resolve the case, WTO panels and Appellate Body would have to assume that there is a violation of the relevant international agreement (such as the NAFTA) by the complaining party, or they would have to assess whether the relevant international agreement has been violated*".

⁹⁴² *Ibidem*. "WTO panels and the Appellate Body would thus become adjudicators of non-WTO disputes. As we noted earlier, this is not the function of panels and the Appellate Body as intended by the DSU".

La questione è stata affrontata diverse volte dall'Organo di Appello, ad esempio nel caso Chile – Price Band System⁹⁴³. L'Organo era stato chiamato in quella sede a pronunciarsi sulla correttezza della condotta del panel che in primo grado aveva indagato l'argomento elaborato dal Cile, con cui quest'ultimo aveva sostenuto di aver modificato il proprio regime interno di “price band”⁹⁴⁴. Il panel aveva ritenuto di non potersi astenere dall'indagare le misure denunciate dall'attore esclusivamente in ragione dell'argomento del convenuto, poiché da ciò sarebbe derivata una violazione dell'art. 11 del DSU⁹⁴⁵.

Al fine di corroborare le conclusioni raggiunte in primo grado, l'Organo di Appello ha in primo luogo utilizzato un argomento indubbiamente astuto. Infatti, ha ritenuto che le modifiche introdotte nel corso del procedimento dal convenuto ricadessero comunque nell'ambito della giurisdizione esercitata dal panel perché, nella sua richiesta di costituzione, l'attore aveva indicato, oltre alla specifica legislazione contestata, anche tutti “i regolamenti e le disposizioni complementari e/o gli emendamenti” a questa⁹⁴⁶. Se pure un tale argomento appare convincente non bisogna però negare come questo sia anche rischioso, poiché è interesse del sistema rimediale in quanto tale che al momento della instaurazione del procedimento – come si è già notato nella parte a questo dedicata – l'attore provveda a identificare con quanta più precisione possibile l'ambito di esercizio della giurisdizione dell'organo decidente.

In ogni caso, e a prescindere da quest'ultimo commento, va detto anche che l'Organo di Appello non si è sottratto alla verifica della solidità degli argomenti sviluppati dal panel. A tal fine, il Collegio ha infatti richiamato e valorizzato le vicende processuali del caso Brazil – Export Financing Programme for Aircraft⁹⁴⁷. In quel procedimento le modifiche al sistema normativo brasiliano erano occorse nel lasso di tempo intercorrente tra la chiusura delle consultazioni e la costituzione del panel. In relazione a tali evenienze, l'Organo di Appello aveva deciso che tali modifiche normative non potevano dirsi pregiudizievoli rispetto all'estensione della giurisdizione degli organi del DSU, poiché quelle non avevano mutato l'essenza delle misure contestate⁹⁴⁸. L'Organo di Appello, se pure consapevole della circostanza per cui quello attualmente pendente era un caso in cui le misure erano state emendate non già tra la fase delle consultazioni e quella della costituzione del panel, bensì dopo la costituzione del panel e nel corso

⁹⁴³ *Chile - Price Band System*, WT/DS207/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 23 settembre 2002.

⁹⁴⁴ *Chile – Price Band System*, Rapporto del panel del 3 maggio 2002, WT/DS207/R, ai parr. 4.110 e ss.

⁹⁴⁵ *Ivi* al par. 7.7: “*We would be acting in a manner inconsistent with our duties under Article 11 of the DSU if we were to refrain from making findings for the sole reason that Chile amended the challenged measure at a late stage of the proceedings*”.

⁹⁴⁶ *Chile - Price Band System*, WT/DS207/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello: “*First of all, we note that Argentina’s request for the establishment of a panel refers to the measure at issue as the price band system “under Law 18.525, as amended by Law 18.591 and subsequently by Law 19.546, as well as the regulations and complementary provisions and/or amendments” (emphasis added). Such amendments, in our view, include Law 19.772. The broad scope of the panel request suggests that Argentina intended the request to cover the measure even as amended. Thus, we conclude that Law 19.772 falls within the panel’s terms of reference*”.

⁹⁴⁷ *Ivi* al par. 136.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, richiamando il contenuto del rapporto di *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*: “*We emphasize that the regulatory instruments that came into effect in 1997 and 1998 did not change the essence of the export subsidies for regional aircraft under PROEX*”.

dello svolgimento del procedimento innanzi a quello, ha comunque ritenuto di dover valorizzare l'argomento della "identità sostanziale" tra le misure originariamente contestate e quelle risultanti all'esito delle intervenute modifiche. Nello specifico, l'Organo di Appello aveva notato che la normativa sopravvenuta (la legge 19.772) aveva solamente aggiunto un paragrafo finale all'art. 12 della legge 18.525, la misura originariamente contestata e inclusa nei terms of reference, e, alla luce dell'analisi del contenuto di questo, l'Organo di Appello aveva comunque concluso in favore della sostanziale identità del c.d. sistema "price band" prima e dopo l'introduzione della legge 19.772. In altre parole, l'aggiunta di un solo paragrafo non era stata idonea ad alterare nella sostanza le misure già contestate dall'attore e, per questo, l'Organo di Appello ha confermato come, in relazione a quelle ultime, fosse pienamente sussistente la giurisdizione degli organi del DSU.

Orbene, è innegabile come questa presa di posizione dell'Organo di Appello abbia contribuito a chiarire le questioni oggetto dell'analisi. Infatti, sulla scorta di questa, è possibile formulare le seguenti conclusioni, relative alla condotta che il panel dovrebbe assumere quando il convenuto rappresenti nel corso del procedimento il fatto dell'avvenuta modifica alle misure originariamente contestate dall'attore.

Anzitutto, il panel dovrebbe sempre verificare l'effettività della asserita modifica e l'incisività di quella sulle misure contestate. Se il collegio accerta che una modifica non c'è stata o che quella non è idonea ad incidere sulle misure contestate, questi dovrà procedere ad un accertamento ricadente sulle misure contestate e ancora vigenti. Al contrario, qualora il panel verifichi che gli emendamenti sono effettivi e che questi impattano sulle misure contestate, il collegio dovrà indagare la natura di tale impatto. Se questo è tale da far venire integralmente meno la sostanza delle misure contestate, l'accertamento su quelle non avrebbe ragione d'essere se e quando questo si riveli assolutamente inutile, perché di fatto all'estinzione delle misure interne corrisponde l'estinzione della controversia, in quanto priva di un contenuto sostanziale. D'altra parte, se l'impatto è tale da far venire meno solo in parte la sostanza delle misure contestate, allora l'accertamento del panel dovrà non solo svolgersi sulle misure originariamente contestate che, anche dopo la modifica legislativa, continuano ad avere rilievo ma anche su quelle estinte, quando l'accertamento su queste abbia una qualche utilità. A margine, occorre notare come l'indagine che il panel è chiamato ad effettuare abbia una natura non già formale (non ci si dovrebbe limitare all'indagine del mero testo delle disposizioni in questione) bensì sostanziale (ci si dovrebbe effettivamente chiedere se e quanto gli effetti prodotti dalla misura emendata differiscono rispetto a quelli della misura originariamente contestata).

Molto più recentemente, l'Organo di Appello è tornato sulla questione, confermando questa ricostruzione e chiarificandola ulteriormente, soprattutto in relazione a quali siano i casi in cui l'accertamento sulle misure estinte nel corso del procedimento possa dirsi di una qualche utilità: ci si riferisce alla controversia EU – PET Pakistan, tra Pakistan e Unione Europea⁹⁴⁹. Senza entrare nel merito delle misure contestate dalla parte attrice e dedotte innanzi al panel, conviene limitarsi a rilevare come quelle fossero venute meno dopo la costituzione dell'organo da parte del DSB, e dopo l'accordo

⁹⁴⁹ EU – PET (*Pakistan*), WT/DS486/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 16 maggio 2018.

delle parti sulla sua composizione, e tuttavia prima che quello potesse iniziare effettivamente i propri lavori⁹⁵⁰. Per questo, l'Unione Europea aveva richiesto ai giudici dell'OMC di pronunciare una decisione interinale idonea a chiudere il procedimento in ragione dell'intervenuta cessazione delle misure interne contestate⁹⁵¹. Successivamente, il panel aveva comunicato alle parti la decisione di rigettare la richiesta dell'Unione Europea, rimandando l'esposizione delle ragioni della decisione al rapporto.

Nel rapporto, il panel ha esposto i motivi che lo hanno indotto a decidere sulla liceità delle misure contestate dal Pakistan nonostante quelle fossero già estinte. In buona sostanza, e in conformità con la giurisprudenza di cui si è appena dato conto, il panel ha affermato di essere titolare del potere discrezionale di decidere su misure estinte. I giudici dell'OMC hanno basato tale determinazione discrezionale su tre distinti argomenti: in primo luogo, hanno evidenziato che gli effetti delle misure contestate erano venuti meno dopo la costituzione del panel; in secondo luogo, hanno rilevato come il Pakistan (l'attore) permanesse nella richiesta di accertamento della loro illiceità; in terzo luogo, hanno ritenuto vi fosse "la ragionevole possibilità" che l'Unione Europea potesse adottare nuove misure compensative, a loro volta capaci di determinare lesioni al diritto dell'OMC identiche (o sostanzialmente simili) a quelle provocate dalle misure estinte⁹⁵².

Contro una tale determinazione l'Unione Europea ha poi attivato il procedimento innanzi l'Organo di Appello, lamentando essenzialmente un abuso da parte del panel nell'esercizio della sua discrezionalità. In buona sostanza, nonostante il panel avesse positivamente accertato la sussistenza della propria giurisdizione, la decisione su una controversia oramai divenuta moot avrebbe determinato una lesione dell'art. 11 del DSU perché, secondo il ricorrente, l'aver giurisdizione comunque "non legittimerebbe a un esercizio svincolato ("boundless") di quel potere"⁹⁵³, in virtù del fatto che l'esercizio del potere giurisdizionale dovrebbe comunque ispirarsi a quanto disposto dall'art. 3 del DSU, nella parte in cui indica come finalità sistemica quella del raggiungimento di una pronta risoluzione delle controversie⁹⁵⁴.

L'Organo di Appello è stato quindi chiamato a verificare se l'aver deciso, se pure con efficacia meramente dichiarativa, su misure già estinte avesse "pregiudicato" l'obiettivo previsto all'art. 3 del DSU e, conseguentemente, avesse determinato una violazione del dovere, previsto appunto dall'art. 11 del DSU, di effettuare un "objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements". L'Organo di Appello ha in primo luogo escluso che la condotta del panel avesse determinato una lesione dell'art. 3 del DSU perché, secondo propria giurisprudenza costante, la mera estinzione (o la cessazione degli effetti) della misura contestata non può dirsi di per sé idonea alla realizzazione dell'obiettivo del "satisfactory settlement of the matter" o della "positive solution to the dispute"⁹⁵⁵.

⁹⁵⁰ *Ivi* ai parr. 5.3 e 5.4.

⁹⁵¹ *Ivi* al par. 5.5: "[...] the European Union filed a request for a preliminary ruling, asking, inter alia, that the panel cease all work in this dispute because the measure at issue had expired".

⁹⁵² *Ivi* al par. 5.9.

⁹⁵³ *Ivi* al par. 5.12.

⁹⁵⁴ *Ivi* al par. 5.22.

⁹⁵⁵ *Ivi* al par. 5.27.

Sulla base di queste risultanze, l'Organo di Appello ha inoltre escluso che potesse configurarsi la lesione dell'art. 11 del DSU sulla base dell'argomento letterale per cui l'oggetto dell'accertamento operato dal panel, ovvero sia la c.d. "matter in dispute", non ricomprende solamente le misure contestate bensì anche l'applicabilità e il rispetto delle norme rilevanti dell'OMC⁹⁵⁶. In altre parole, l'estinzione della misura, sebbene rilevante, non potrebbe dirsi idonea ad estinguere tutto l'oggetto su cui cade l'accertamento dei giudici dell'OMC⁹⁵⁷. Quest'ultimo argomento, tuttavia, appare decisamente formalistico poiché, se pure è vero che l'oggetto della controversia nel sistema dell'OMC ricomprende a diverso titolo sia le misure contestate sia le norme da quelle asseritamente violate, occorre chiedersi che senso abbia (rectius, se abbia un senso) una valutazione sulle seconde quando vengano meno le prime. In ogni caso, l'Organo di Appello ha concluso con il rigetto delle pretese dell'appellante poiché ha reputato, in ragione della posizione delle parti processuali e del rischio di re-imposizione di misure uguali o simili a quelle estinte, che una controversia ancora esistesse in ragione della divergenza sussistente tra le parti circa una parte dell'oggetto della controversia, ovvero sia la sua *causa petendi*, costituita dalle particolari modalità interpretative e applicative delle rilevanti norme dell'OMC⁹⁵⁸.

L'analisi appena svolta dimostra chiaramente come l'Organo di Appello abbia chiarificato quando una pronuncia su misure estinte possa dirsi effettivamente utile. Evidentemente, facendo derivare dalla permanente divergenza tra le parti circa l'interpretazione e l'applicazione della norme asseritamente violate (ovvero sia della *causa petendi*) la sopravvivenza – anche solo parziale – della controversia, di fatto questi ha ammesso il potere di pronuncia del panel ogniqualvolta il convenuto insista per la declaratoria di non conformità. Nello specifico, tuttavia, è evidente come la controversia dedotta innanzi ai giudici dell'OMC cambi la propria natura. Infatti, questa non sarebbe più in nessun modo ricollegata alla concreta violazione derivante dalle misure oramai estinte bensì diverrebbe una controversia, avente natura quasi esclusivamente teorica, avente ad oggetto il contrasto tra la interpretazione che delle norme rilevanti era stata data dal convenuto, e che legittimava all'adozione delle misure asseritamente lesive, e quella datane dall'attore, che lo induceva a perorare l'illegittimità di quelle stesse misure. In buona sostanza, l'utilità della pronuncia starebbe proprio nel fornire un chiarimento, a questo punto rilevante solamente a livello teorico, su quale sia l'interpretazione di quelle norme da prediligere. Occorre infine notare come gli effetti di una tale pronuncia siano solo nel senso di orientare le condotte future e non possano impedire un nuovo procedimento, perlomeno nel caso in cui il convenuto adotti, successivamente alla pronuncia dei giudici dell'OMC, delle misure simili a quelle estinte nel corso del precedente procedimento. Viceversa, problematico sarebbe il caso in cui il convenuto decidesse di adottare misure uguali rispetto a quelle estinte e che erano state ritenute illegittime. In questo caso, dovrebbero dirsi rilevanti gli effetti positivi della cosa giudicata e il panel successivamente chiamato a decidere su quelle misure non potrebbe discostarsi da quanto deciso dal primo panel, anche se solo in punto di diritto.

⁹⁵⁶ *Ivi* al par. 5.28.

⁹⁵⁷ *Ibidem*: "Hence, the expiry of the measure at issue, on its own, while relevant, does not dispense with the "matter" that a panel is tasked with examining".

⁹⁵⁸ *Ivi* al par. 5.49.

In generale, è da ritenere che quella adottata dall'Organo di Appello sia la soluzione più opportuna, perché la più idonea alla tutela delle prerogative del sistema rimediale. Da una parte, infatti, sottrae al convenuto la possibilità di pregiudicare il funzionamento dell'intero procedimento attraverso modifiche solo formali alle misure contestate dall'attore, dall'altra assicura sempre che le decisioni incluse nei rapporti (dei panel o dell'Organo di Appello) abbiano concreta rilevanza e possano veramente contribuire alla risoluzione e all'estinzione delle controversie "incanalate" nel sistema rimediale.

3.2.4 Intervento del terzo nel procedimento

Esaurita la trattazione sulle limitate facoltà dell'attore e del convenuto di provocare alterazioni dell'oggetto processuale della controversia, occorre ora indagare la posizione dei terzi intervenienti. In primo luogo, bisogna chiarire quali siano i presupposti, previsti dalle norme attualmente vigenti, che legittimano all'intervento. Quindi, sarà necessario trattare del ruolo che gli intervenienti giocano nel corso del procedimento e dei poteri di cui sono titolari. Tuttavia, per ragioni di completezza, conviene anzitutto (e molto sinteticamente) ripercorrere la storia dell'intervento dei terzi nel sistema rimediabile prima del GATT e poi dell'OMC.

Bisogna evidenziare come il GATT del 1947 non contenesse alcun riferimento all'istituto dell'intervento dei terzi nel procedimento di risoluzione delle controversie. Questo ha trovato la propria origine nella giurisprudenza dei primi panel (istituiti nel contesto del GATT 1947), i quali iniziarono ad ammettere la presentazione delle opinioni da parte dei terzi che al contempo avessero affermato di essere titolari di un interesse sostanziale nella controversia e che avessero manifestato al Consiglio il desiderio di esprimere la propria posizione al panel incaricato di dirimerla⁹⁵⁹. La prima codificazione della prassi risale al 1958, quando il Consiglio incluse in una propria decisione, dedicata alla chiarificazione di certi aspetti della procedura consultiva condotta ai sensi dell'art. XXII del GATT, due interi paragrafi alla disciplina dell'intervento dei terzi nel procedimento⁹⁶⁰. Come si è notato, tali paragrafi saranno grandemente (ma non integralmente) ripresi dal DSU⁹⁶¹. Nel 1979, le parti contraenti affrontarono per la seconda volta la questione in occasione dell'adozione – alla conclusione dei negoziati di Tokyo – del c.d. “Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance”⁹⁶². Tuttavia, secondo recente dottrina, lo stato delle cose al tempo non era assolutamente soddisfacente poiché non si era definito in maniera chiara e una volta per tutte quali fossero i diritti procedurali degli intervenienti⁹⁶³. Infine, l'istituto indagato è stato oggetto di trattazione nel corso dell'Uruguay Round, che ha portato alla definizione della disciplina oggi vigente nel DSU⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ *Ex multis* si consideri Nguyen N. H., *L'Intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, (Parigi: L'Harmattan), 2016, a pag. 25 e ss.

⁹⁶⁰ *Ini* a pag. 26; il testo della decisione recitava: “*b) Toute tierce partie contractante qui déclarera avoir un intérêt commercial substantiel en la matière informera, dans les quarante-cinq jours qui suivront la notification par le Secrétaire exécutif de la demande de consultation, les parties à la consultation et le Secrétaire exécutif de son désir d'être admise à y participer; c) ladite partie contractante sera admise à participer à la consultation sous réserve que la ou les parties contractantes auxquelles est adressée la demande de consultation reconnaissent le bien-fondé de la revendication d'un intérêt substantiel; dans l'affirmative, elles ne informeront les parties contractantes intéressées et le Secrétaire exécutif*”.

⁹⁶¹ *Ini* a pag. 27.

⁹⁶² *Ibidem*.

⁹⁶³ *Ini* a pag. 29: secondo Nguyen, nello specifico, gli strumenti cui ci si è riferiti erano silenti in relazione al diritto di ricevere le comunicazioni, al diritto di partecipare alle udienze e di presentare una dichiarazione orale, al diritto di rispondere alle domande poste dalle parti principalari o dal panel etc. Per ulteriori criticità, come quella dell'inclusione dell'attività dei terzi intervenienti nel rapporto, si consideri Carmody C., “*Of Substantial Interest: Third Parties Under GATT*”, *The Michigan Journal of International Law*, vol. 18 (1997), a pag. 629.

⁹⁶⁴ *Ini* a pag. 30.

Esposte le tappe fondamentali che hanno portato alla codificazione della fattispecie astratta, ci si deve dunque chiedere quali siano i presupposti che legittimano un Membro all'intervento.

La disciplina oggi è dettata dall'art. 4 DSU in relazione alla richiesta di intervento nella procedura consultiva e dall'art. 10 DSU in relazione alla richiesta di intervento nel procedimento pendente innanzi al panel. Il primo prevede che possa richiedere di intervenire nella fase consultiva solamente chi abbia un "interesse commerciale sostanziale"; invece, il secondo richiede che l'interveniente sia titolare solamente di un "interesse sostanziale".

A prescindere dall'eventuale significato di questa differenziazione terminologica (che però assume rilevanza per le ragioni che si diranno appena *infra*), in considerazione del fatto che la controversia giuridica viene ad esistenza con un contenuto cristallizzato solamente con la richiesta di costituzione del panel, per capire se e come un eventuale intervento può modificare il perimetro della controversia nel corso del procedimento è necessario limitare l'indagine al contenuto dell'art. 10⁹⁶⁵.

Quest'ultimo dispone che i Membri che siano intenzionati a prendere parte al procedimento debbano essere titolari di un interesse sostanziale relativamente alle questioni che siano oggetto di trattazione di fronte al panel e debbano notificare tale interesse al DSB.

Il secondo è un presupposto avente natura meramente procedurale e pertanto non troppo problematico, dal momento che per la sua soddisfazione è necessario che il Membro semplicemente dia esecuzione a una data condotta. Se si considera che la partecipazione dei terzi ha delle ricadute meramente procedurali (ad esempio, sulla formazione del panel, giacché è previsto che, salvo l'accordo delle parti, a decidere la controversia non possano essere cittadini di Stati che prendono parte al procedimento⁹⁶⁶), si comprende come eventuali criticità possano derivare, ad esempio, dal momento in cui viene esperito l'intervento. Tuttavia, il Segretariato dell'Organizzazione ha sviluppato una prassi idonea alla risoluzione del problema e consistente nell'attendere una decina di giorni tra la deliberazione del DSB di dare seguito ad una richiesta di costituzione e la nomina effettiva dei membri del collegio, di modo che i potenziali intervenienti possano notificare il loro interesse nel corso di quella "finestra temporale"⁹⁶⁷. Bisogna comunque dire come la soluzione preferibile sia in ogni caso quella della notificazione dell'interesse *ex ante*.

⁹⁶⁵ L'art. 10 del DSU prevede che: "1. *The interests of the parties to a dispute and those of other Members under a covered agreement at issue in the dispute shall be fully taken into account during the panel process.* 2. *Any Member having a substantial interest in a matter before a panel and having notified its interest to the DSB (referred to in this Understanding as a "third party") shall have an opportunity to be heard by the panel and to make written submissions to the panel. These submissions shall also be given to the parties to the dispute and shall be reflected in the panel report.* 3. *Third parties shall receive the submissions of the parties to the dispute to the first meeting of the panel.* 4. *If a third party considers that a measure already the subject of a panel proceeding nullifies or impairs benefits accruing to it under any covered agreement, that Member may have recourse to normal dispute settlement procedures under this Understanding. Such a dispute shall be referred to the original panel wherever possible*".

⁹⁶⁶ Così dispone l'art. 8, par. 3, del DSU: "*Citizens of the Members whose governments are parties to the dispute or third parties as defined in paragraph 2 of Article 10 shall not serve on a panel concerned with that dispute, unless the parties to the dispute agree otherwise*".

⁹⁶⁷ Wauncymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 338.

Al contrario, il primo requisito potrebbe sembrare maggiormente problematico. Infatti, qual è la natura propria dell'interesse di cui il Membro deve essere titolare per potersi dire legittimato all'intervento?

La risposta a questa domanda non è rinvenibile negli strumenti giuridici che regolano il sistema rimediabile ma va ricercata nella giurisprudenza. La questione si è posta (perlomeno implicitamente) sin dalle prime pronunce dei panel nel sistema del GATT. Tuttavia, l'indagine di quella risalente giurisprudenza non consente di individuare alcuna decisione in cui vi sia stata una chiara esplicitazione degli elementi utili a chiarire il requisito dell'interesse sostanziale, dal momento che tale requisito è sempre stato trattato con ambiguità e superficialità dai decidenti⁹⁶⁸. Inoltre, anche dopo la costituzione dell'OMC, la prassi degli organi previsti dal DSU ha seguito, senza discostarsene, l'approccio dei vecchi panel istituiti nel contesto del GATT, senza riuscire a palesare in maniera soddisfacente il profilo dell'interesse sostanziale richiesto dall' art. 10 del DSU⁹⁶⁹.

Come si è notato in dottrina, tale requisito è stato condannato quasi totalmente all'irrelevanza⁹⁷⁰, dal momento che nella prassi l'intervento dei terzi è praticamente sempre ammesso. Infatti, il fatto che la disposizione del DSU si riferisca ad un "interesse sostanziale" (e non, invece, un "interesse commerciale sostanziale") significa che questo può includere non soltanto i casi in cui la condotta del convenuto abbia pregiudicato in concreto degli interessi commerciali dell'interveniente bensì anche quelli in cui tale terzo abbia un mero interesse di natura "sistemica", ovvero sia quando questo prenda parte al procedimento al solo fine di rappresentare al panel o all'Organo di Appello la propria posizione "in diritto" ovvero nel tentativo di influenzare il ragionamento giuridico sviluppato dall'organo decidente⁹⁷¹.

Quali sono le ragioni che hanno spinto all'adozione di un simile approccio?

In primo luogo, la stessa natura "aperta" della giurisdizione degli organi previsti dal DSU. Infatti, la connotazione dell'interesse di cui il terzo deve dirsi titolare per esperire l'intervento ha subito l'influenza derivante dalla connotazione dell'interesse di cui deve dirsi titolare l'attore per attivare il procedimento contenzioso⁹⁷². La natura di quest'ultimo è stata meglio specificata nel caso EC – Bananas III: in quella sede il panel aveva ammesso che anche gli Stati Uniti, nonostante la loro produzione di banane fosse quantitativamente quasi insignificante, potessero avanzare delle proprie e autonome pretese nei confronti dell'allora Comunità Europea⁹⁷³. Quest'ultima si era

⁹⁶⁸ Carmody C., "Of Substantial Interest: Third Parties Under GATT", *The Michigan Journal of International Law*, vol. 18 (1997), a pag. 630.

⁹⁶⁹ *Ibidem* a pag. 641.

⁹⁷⁰ Iwasawa Y., "WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision", *Journal of International Economic Law*, vol. 5 (2002), a pag. 303: "Thus, the requirement to have a "substantial interest" hardly works as a restraining factor for third-party intervention in the WTO. If a third party expresses a wish to intervene in panel proceedings, intervention is in fact allowed".

⁹⁷¹ *Ex multis*, si consideri per esempio il procedimento EC – Bananas III. In quella sede, furono ammessi, senza che emergessero particolari criticità, gli interventi sia del Giappone che del Canada, nonostante nessuno dei due potesse definirsi un paese esportatore di banane.

⁹⁷² Ciò è innegabile, sol che si consideri che la dottrina che ha trattato dell'intervento del terzo nel sistema rimediabile dell'OMC ha sempre, contestualmente, trattato della natura dell'interesse che deve sussistere in capo all'attore.

⁹⁷³ EC – Bananas III, Rapporto del panel del 22 maggio 1997, WT/DS27/R/USA, ai parr. 7.47 e ss.

invece opposta al tentativo statunitense di attivazione del procedimento, allegando come gli Stati Uniti non avessero in concreto nessun interesse all'accertamento della conformità alle norme dell'OMC della normativa europea che aveva istituito un nuovo regime per l'importazione delle banane⁹⁷⁴. Chiamato a pronunciarsi sulle doglianze delle Comunità Europee relativamente al ragionamento sviluppato dal panel, l'Organo di Appello ha precisato come non solo nessuno strumento giuridico dell'OMC contenga riferimenti alla nozione di interesse ad agire⁹⁷⁵, bensì anche che spetti a ciascun Membro dell'organizzazione ogni valutazione in relazione all'attivazione del procedimento contenzioso⁹⁷⁶. Pertanto, gli Stati Uniti dovevano dirsi titolari dell'interesse a proporre la domanda perché un loro interesse, anche solo potenziale, non poteva essere escluso⁹⁷⁷. Se pure la dottrina è divisa circa il significato da attribuire alla decisione, soprattutto in relazione alla ammissibilità della c.d. *actio popularis*⁹⁷⁸, è impossibile negare come oggi sia molto più facile e agevole, per un Membro, dirsi legittimato alla proposizione di una domanda.

Questo abbassamento della intensità dell'interesse richiesto al potenziale attore ha determinato anche un abbassamento della soglia dell'interesse richiesto al terzo per intervenire. Sarebbe infatti irragionevole richiedere un interesse più intenso all'interveniente rispetto a quello richiesto all'attore.

Esistono poi diverse altre ragioni "sistemiche" per agevolare l'intervento dei terzi nei procedimenti contenziosi, che non è qui opportuno approfondire. Come segnalato dalla dottrina, è d'uopo solo accennare come tale istituto sia fondamentale per assicurare trasparenza al sistema rimediale, per incrementarne la multilateralità e per permettere a Membri privi di esperienza (e spesso di risorse necessarie per ottenerla) di aumentare la conoscenza del sistema rimediale delle proprie delegazioni, al fine di garantire un loro sempre maggiore coinvolgimento nell'utilizzo delle procedure previste dal DSU⁹⁷⁹.

In ogni caso, esaurita la trattazione dei presupposti richiesti per l'esercizio dell'intervento, bisogna rivolgere ora l'attenzione a quale sia il contenuto dei diritti

⁹⁷⁴ *Ibidem*, ai par. 2.21 e ss.

⁹⁷⁵ *EC – Bananas III*, Rapporto dell'Organo di Appello del 9 settembre 1997, WT/DS27/AB/R, al par. 132.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, al par. 135.

⁹⁷⁷ *Ivi* al par. 136.

⁹⁷⁸ Ad esempio, da una parte c'è chi, come Luff D., *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, (Bruxelles: Bruylant – L.G.D.J.), 2004, a pag. 794, ritiene che l'accertamento di un interesse perlomeno "personale" sia di per sé sufficiente ad escludere l'ammissibilità della c.d. *actio popularis*. Si veda anche Papa M. I., "L'Actio Popularis nel Sistema di Risoluzione delle Controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio", in Ligustro A., Sacerdoti G., *Problemi e Tendenze nel Diritto Internazionale dell'Economia – Liber Amicorum in Onore di Paolo Picone* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2011), a pag. 595. Dall'altra, c'è chi, come Iwasawa Y., "WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision", *Journal of International Economic Law*, vol. 5 (2002), a pag. 298, ritiene che con questa pronuncia l'Organo di Appello sia arrivato vicino ad ammetterla; sulla stessa linea, Yenkong N. H., "Third Party Rights and the Concept of Legal Interest in the World Trade Organization Dispute Settlement: Extending Participatory Rights to Enforcement Rights?", *Journal of World Trade*, vol. 38 (2004), a pag. 760.

⁹⁷⁹ Per la trattazione di tutte queste questioni è opportuno rinviare a Albashar F., Maniruzzaman A., "Reforming the WTO Dispute Settlement System: A Rethink of the Third Party Right to Access to Panel and Appeal Processes from Developing Countries' Perspective", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 11 (2010), a pag. 316 e ss.

processuali di cui gli intervenienti divengono titolari, per poi capire quale siano le ricadute di questi sul perimetro della controversia.

Si è appunto evidenziato come l'intervento sia uno strumento facilmente adoperabile dai Membri e, tuttavia, a tale facilità corrisponde una notevole limitatezza delle facoltà degli intervenienti.

Come si è giustamente detto, il sistema ha preferito non introdurre delle limitazioni per accedere al procedimento ma ne ha previste (e di notevoli) nel procedimento⁹⁸⁰.

Nel DSU è lo stesso art. 10 a prevedere quali siano i diritti propri degli intervenienti. Molto sinteticamente, è ivi previsto che questi debbano poter essere sentiti dal panel e che possano presentare a questo delle memorie scritte, che tali memorie siano condivise anche con le altre parti e che il rapporto finale debba dare conto dell'attività svolta dai terzi nel corso del procedimento. Per poter fare ciò, i terzi hanno diritto a conoscere il contenuto delle submissions presentate dalle parti nel corso della prima seduta del panel con le parti⁹⁸¹. Inoltre, il ruolo dei terzi è ulteriormente dettagliato nell'Allegato 3 delle Working Procedures, il cui paragrafo 6 dispone che i terzi intervenienti siano invitati a presentare la propria posizione per iscritto nel corso di una parte della prima sessione a loro dedicata.

In alcuni casi passati è capitato che l'organo decidente abbia garantito ai terzi intervenienti dei diritti ulteriori e "rafforzati" rispetto a quelli previsti dagli strumenti che si sono appena descritti⁹⁸². Ciò tuttavia non sorprende se si tiene a mente quanto detto in apertura, ovvero che il panel gode di notevole discrezionalità nel plasmare lo sviluppo del procedimento, al fine di rendere maggiormente efficiente il sistema rimediabile e di garantire che questo pronunci decisioni di alta qualità.

Se questi sono gli spazi di azione dei terzi nel procedimento, è opportuno chiedersi quali siano in concreto i contenuti di questo loro agire. Similmente a quanto vale per le parti, *a fortiori* i terzi questi non possono in nessun caso dedurre nel procedimento nuove claims ma solamente proporre nuovi arguments⁹⁸³. Pertanto, i terzi intervenienti non potrebbero mai contestare la legittimità di misure interne del convenuto non contestate dall'attore ovvero denunciare che le misure contestate dall'attore contrastano con norme dell'OMC diverse da quelle enunciate dall'attore. In sostanza,

⁹⁸⁰ Il riferimento alla sussistenza di limiti "sostanziali" piuttosto che "procedurali" è rinvenibile in Carmody C., "Of Substantial Interest: Third Parties Under GATT", *The Michigan Journal of International Law*, vol. 18 (1997), a pag. 634.

⁹⁸¹ Si è ragionevolmente evidenziato in Guoha Y., Mercurio B., Yongjie L., *WTO Dispute Settlement Understanding – A Detailed Interpretation*, (The Hague: Kluwer Law International), 2005, a pag. 101, che "the object and purpose of Article 10.3 of this Understanding is to allow third parties to participate in an informed and hence meaningful manner in a session of the meeting with the parties specifically set aside for this purpose".

⁹⁸² Nella vigenza del "vecchio" sistema del GATT, sono celebri a questo proposito i casi *Bananas I*, *Bananas II* e *Semiconductors*. In quell'occasione, i diritti rinforzati erano stati attribuiti con il consenso di tutte le parti del procedimento. Nel sistema rimediabile dell'OMC, invece, è celebre il caso *EC – Bananas III*, ove il panel ha garantito dei diritti ulteriori – quali quello di assistere al secondo incontro con le parti e di formulare in quella sede delle brevi dichiarazioni – nonostante alcune delle parti principali fossero in disaccordo. L'allargamento dei diritti dei terzi si è avuto ad esempio anche nei casi *EC – Tariff Preferences* e *EC – Hormones*.

⁹⁸³ Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 339.

potrebbero solamente sviluppare delle deduzioni relative al *petitum* e alla *causa petendi* dedotti dall'attore e contestati dal convenuto senza possibilità di dedurre nuove claims mascherate da arguments.

Alcune delle ragioni a fondamento della scelta di limitare al massimo l'allargamento dell'oggetto della controversia si sono già viste precedentemente nell'analisi della condotta dell'attore e, soprattutto, di quella del convenuto (circa l'inammissibilità delle domande riconvenzionali). Tuttavia, a riprova del fatto che i terzi intervenienti sono "incatenati" dai terms of reference si pone anche lo stesso art. 10, par. 4, nella parte in cui prevede che se un Membro ritiene che una misura già oggetto di un procedimento pendente pregiudichi i benefici che gli derivano da un covered agreement, questo possa ricorrere al normale procedimento di risoluzione delle controversie, nel qual caso – se possibile – la controversia sarà deferita al panel originario⁹⁸⁴. Questo vuol dire che vi sarà (se possibile) identità di panel solamente quando un Membro intenda dolersi del fatto che le misure, già giudizialmente contestate da un altro Membro, violano norme diverse da quelle indicate dall'attore. Viceversa, almeno apparentemente, non si potrebbe valere dello stesso "privilegio" il Membro che voglia contestare misure diverse rispetto a quelle già precedentemente contestate da un altro anche se le nuove contestazioni siano radicate sulla stessa base giuridica delle seconde.

Appare quindi chiaro come l'istituto dell'intervento del terzo nel sistema rimediale dell'OMC sia molto frequentemente utilizzato dai Membri interessati proprio in ragione della sostanziale insussistenza di ostacoli procedurali. Tuttavia, il fondamento di tale facilità non sta solo nella sostanziale assenza in capo ai terzi intervenienti di strumenti efficaci per incidere sul perimetro della controversia, che rimane assolutamente immutato rispetto a come le parti principali, e cioè l'attore, l'hanno caratterizzato. Infatti, tali facilità (e quindi, di converso, le limitazioni nel procedimento) si giustificano in ragione della mancata estensione ai terzi intervenienti degli effetti della raccomandazione che si indirizzano solamente alle parti principali⁹⁸⁵. Una soluzione diversa (nel senso di considerare i terzi intervenienti come vincolati all'esito della procedura) sarebbe inaccettabile, salvo un massiccio incremento delle loro facoltà e dei loro poteri nel procedimento contenzioso.

⁹⁸⁴ Recita il par. 4 dell'art. 10 del DSU: "*If a third party considers that a measure already the subject of a panel proceeding nullifies or impairs benefits accruing to it under any covered agreement, that Member may have recourse to normal dispute settlement procedures under this Understanding. Such a dispute shall be referred to the original panel wherever possible*".

⁹⁸⁵ Come si è opportunamente evidenziato in Angelet N., "*Le Tiers à l'Instance dans la Procédure de Règlement des Différends de l'OMC*", in Ruiz Fabri H., Sorel J.-M., *Le Tiers à l'Instance devant les Juridictions Internationales*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2005), a pag. 224. Sull'assenza di effetti sui terzi della raccomandazione si veda anche Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 339.

3.3. Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento innanzi al Tribunale d'investimento

3.3.1 Cenni sulle modalità di celebrazione del procedimento

Dopo aver delineato come le parti – in realtà, nella grandissima maggioranza dei casi si tratta del solo attore – provvedono a delinare i perimetri della controversia nel momento in cui il procedimento contenzioso viene instaurato, occorre ora verificare se e come tali perimetri possano subire delle alterazioni in ragione di eventi processualmente rilevanti. Anche in questa sede, però, prima di comprendere se e come la condotta dell'attore, del convenuto e dei terzi possa assumere un qualsivoglia rilievo, è necessario tracciare sinteticamente lo svolgimento del procedimento contenzioso innanzi ai Tribunali d'investimento nel sistema ICSID.

Una volta che sia stata compiuto il processo di costituzione del Tribunale arbitrale, il procedimento può effettivamente prendere l'abbrivio. La sua celebrazione è regolata sia dalla Convenzione ICSID sia dalle Arbitration Rules.

Il primo strumento detta delle fondamentali norme in materia di Kompetenz-Kompetenz, trattazione delle obiezioni preliminari (art. 41), diritto applicabile nella decisione della controversia (art. 42), raccolta degli elementi di prova (art. 43), assenza di una delle parti (art. 45) e indicazione di eventuali misure cautelari (art. 47).

Di maggiore importanza ai nostri fini, però, sono le norme di cui agli artt. 44 e 46. Infatti, per la vera e propria celebrazione del procedimento, il primo rimanda alla normativa di dettaglio stabilita dalle Arbitration Rules, sempre derogabili se sussiste il consenso delle parti, e altresì attribuisce al Tribunale il potere di decidere tutte le questioni che non siano espressamente disciplinate dalle Rules o dalle parti⁹⁸⁶. Inoltre, il secondo prevede che, salvo il caso in cui le parti decidano altrimenti, il Tribunale – qualora una parte lo richieda – possa decidere domande incidentali o addizionali e domande riconvenzionali che sorgano direttamente dall'oggetto della controversia, ma solo se ricadano nell'ambito del consenso prestato dalle parti e nell'ambito giurisdizionale dell'ICSID⁹⁸⁷.

Tanto è sufficiente per comprendere come sia di assoluta importanza l'indagine della disciplina processuale fornita dalle Arbitration Rules, le cui disposizioni significative sono quelle che vanno dall'art. 13 all'art. 38. Limitando l'indagine a quanto risulta rilevante in questa sede, una volta che il Tribunale sia stato costituito è necessario che entro sessanta giorni, o entro un altro termine stabilito dalle parti, questo tenga la sua

⁹⁸⁶ L'art. 44 della Convenzione prevede che: “*Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question*”.

⁹⁸⁷ L'art. 46 della Convenzione prevede che: “*Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre*”.

prima udienza, dedicata alla c.d. “preliminary procedural consultation”, prevista dall’art. 20 delle Rules. In questa sede, l’azione del Presidente del Tribunale mira a comprendere quali siano le posizioni delle parti in relazione a certe questioni relative alla procedura. Tra queste, spiccano quelle relative al numero e all’ordine di presentazione delle memorie e al limite temporale per la loro trasmissione⁹⁸⁸, da una parte, e alla circostanza che le parti – qualora lo vogliano – possano rinunciare alla fase scritta o a quella orale della procedura, dall’altra⁹⁸⁹. Nella prassi accade che il Segretariato dell’ICSID faccia circolare un modello preliminare standardizzato (c.d. “preliminary agenda”) e chieda alle parti di manifestare la loro posizione sulle varie questioni ivi indicate⁹⁹⁰. Tale documento costituisce in sostanza la base per una discussione tra le parti volta alla definizione delle diverse questioni relative alla procedura. In ogni caso, sarà possibile, se non auspicabile, che le parti si siano confrontate prima dell’udienza per verificare l’esistenza di un accordo sulle questioni relative alla organizzazione del procedimento.

L’art. 21 delle Rules apre alla possibilità che, su richiesta del Segretario Generale ovvero a discrezione del Presidente del Tribunale, sia organizzata una c.d. “pre-hearing conference”, al fine di scambiare informazioni e di verificare l’esistenza di fatti che non siano contestati dalle parti, al fine, evidentemente, di accelerare lo svolgimento del procedimento. Inoltre, la stessa disposizione prevede che, su richiesta di almeno una delle parti, siffatta udienza sia convocata per l’esperimento di un tentativo di conciliazione. Nella pratica, tuttavia, la celebrazione di questa udienza non è molto frequente.

Qualora le parti riescano ad accordarsi sulle modalità di svolgimento del procedimento, è chiaro che il Tribunale non potrà che recepirle e procedere alla redazione di un calendario rispettoso della loro volontà, con il solo limite del rispetto della Convenzione e delle Administrative and Financial Regulations⁹⁹¹. In ogni caso, ai sensi dell’art. 26, e sempre nel rispetto della volontà delle parti, sarà il Tribunale – ma anche il solo Presidente, quando sia delegato dal Tribunale – a stabilire il calendario per lo svolgimento del procedimento, ivi compresa la facoltà di accordare delle proroghe per la proposizione delle memorie.

Per quanto concerne la vera e propria struttura del procedimento, è assai importante il dettato dell’art. 29, il quale dispone, salvo che le parti abbiano deciso altrimenti, che vi siano due fasi distinte: prima quella scritta e successivamente quella orale⁹⁹². Se pure è vero che la possibilità di rinunciare ad una delle due fasi tradizionalmente previste è sempre a disposizione delle parti, purché vi sia un chiaro ed esplicito accordo in questo senso, è parimenti evidente come una scelta di questo tipo non possa che avere delle ripercussioni notevoli sullo “spazio” concesso alle parti per l’esposizione delle

⁹⁸⁸ “The number and sequence of the pleadings and the time limits within which they are to be filed”.

⁹⁸⁹ Le parti se lo vogliono possono optare per “dispensing with the written or the oral procedure”.

⁹⁹⁰ Happ R., “ICSID Rules”, in Schütze R. A., *Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary*, (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013), a pag. 954; Reed L., Paulsson J., Blackaby N., *Guide to ICSID Arbitration*, (The Netherlands: Wolters Kluwer – Law & Business), 2011, a pag. 138.

⁹⁹¹ L’art. 20, infatti, dispone che: “In the conduct of the proceeding the Tribunal shall apply any agreement between the parties on procedural matters, except as otherwise provided in the Convention or the Administrative and Financial Regulations”.

⁹⁹² L’art. 29 delle Rules prescrive che: “Except if the parties otherwise agree, the proceeding shall comprise two distinct phases: a written procedure followed by an oral one”.

rispettive posizioni al Tribunale. In definitiva, la decisione di rinunciare tout court ad una delle fasi, oltre che essere poco opportuna⁹⁹³, è anche pericolosa.

Tanto premesso, sul presupposto che il procedimento sia effettivamente composto dalle due fasi, è necessario volgere lo sguardo all'art. 31, specificatamente dedicato alla fase scritta. Nel caso in cui il procedimento sia stato unilateralmente azionato da una delle parti, è previsto che l'attore depositi una prima memoria ("memorial"), seguita da una contro memoria del convenuto ("counter-memorial"). Solo se le parti lo richiedano e/o il Tribunale lo reputi necessario, si darà poi la possibilità di depositare una replica ("reply") dell'attore e, quindi, una contro replica ("rejoinder") del convenuto. Viceversa, qualora il procedimento sia stato istituito per iniziativa congiunta di entrambe le parti, ciascuna dovrà provvedere al deposito, negli stessi termini, di una memoria e successivamente, di nuovo qualora le parti lo stabiliscano e/o il Tribunale lo reputi necessario, di una replica. Peraltro, quando il procedimento sia stato istituito da entrambe le parti, a queste è comunque data la possibilità di qualificarne una come parte attrice.

La stessa disposizione dà poi conto di quale debba essere il contenuto degli atti processuali sino ad ora solo indicati. La prima memoria attorea deve includere una indicazione dei fatti rilevanti ("a statement of the relevant facts"), una affermazione di diritto ("a statement of law") e l'affermazione delle pretese ("the submissions"). Di contro, la disciplina della contro memoria, della replica e della contro replica è unitaria, poiché ciascuno di questi atti dovrà contenere: l'ammissione o la negazione dei fatti rappresentati dall'attore, con l'eventuale indicazione di ulteriori fatti reputati necessari, le osservazioni circa le affermazioni di diritto svolte da parte attrice – e pertanto lo svolgimento di autonome affermazioni di diritto – e, infine, l'indicazione delle proprie pretese⁹⁹⁴.

Assume grande rilevanza a questo punto il contenuto dell'art. 40 delle Rules, poiché questo indica quali siano i termini per la proposizione di domande addizionali, da parte dell'attore, e di domande riconvenzionali, da parte del convenuto. Infatti, salvo il diverso accordo delle parti, le prime non possono essere proposte dopo la replica, mentre le seconde possono essere avanzate solamente sino al deposito della contro memoria. La disposizione fa poi salvi i poteri del Tribunale di ammettere domande addizionali e domande riconvenzionali anche oltre i termini previsti, a patto che la parte giustifichi il ritardo. Infine, è previsto che il Tribunale fissi un nuovo termine entro cui la parte contro cui è stata rivolta la domanda nuova possa presentare delle sue osservazioni. Sulla natura che la domanda nuova debba possedere per essere qualificata come domanda addizionale o come domanda riconvenzionale si dirà appena *infra*, nei paragrafi dedicati.

Già in questa sede, però, occorre convenire con quella dottrina che ha evidenziato come sia interesse sistemico prioritario non solo quello del deposito delle domande nuove quanto prima possibile, ma anche di garantire alla parte contro cui tali nuove domande sono rivolte uno "spazio" adeguato e idoneo alla deduzione di osservazioni

⁹⁹³ Happ R., "ICSID Rules", in Schütze R. A., *Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary*, (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013), a pag. 961.

⁹⁹⁴ L'art. 31, par. 3, prescrive che: "*A counter-memorial, reply or rejoinder shall contain an admission or denial of the facts stated in the last previous pleading; any additional facts, if necessary; observations concerning the statement of law in the last previous pleading; a statement of law in answer thereto; and the submissions*".

su quelle, salva la necessità di non alterare in misura eccessiva il calendario dei lavori già elaborato dal Tribunale⁹⁹⁵. Al contrario, è chiaro che una tale alterazione possa avere luogo solo se la deduzione delle domande nuove, che sia avvenuta dopo il termine prescritto, risulta solidamente giustificata dalla parte che intende avvanzarle. In altre parole, perché la condotta processuale di una parte possa alterare il calendario stabilito dal Tribunale c'è bisogno di dimostrare l'esistenza di fondate e serie ragioni.

Da una parte, autorevolissima dottrina (Schreuer) ha evidenziato diversi casi in cui la proposizione di domande nuove, addizionali o riconvenzionali, non ha determinato alcuna complicazione nella gestione della procedura e nella calendarizzazione determinata dal Tribunale⁹⁹⁶, e ciò vale anche nei casi in cui il collegio giudicante abbia concesso alle parti la possibilità di valersi di ulteriori "giri" di memorie scritte⁹⁹⁷. È ragionevole credere che tali complicazioni sorgano ogniquale volta la controparte si opponga all'ammissibilità di tali domande.

Dall'altra, la stessa dottrina ha individuato diversi casi in cui la proposizione di domande nuove è stata in qualche modo ostacolata dalla controparte a motivo del tempo della deduzione⁹⁹⁸. Questi casi sono utili a comprendere come, in realtà, i Tribunali siano titolari di una notevole discrezionalità nel plasmare lo svolgimento del procedimento. Tra tutti, per esempio, in *Benvenuti & Bonfant v. Congo*⁹⁹⁹, il Tribunale ha concesso al convenuto la facoltà di presentare domande riconvenzionali ben oltre la conclusione della fase scritta a motivo della situazione politica interna allo Stato, la quale aveva impedito il normale funzionamento di alcune agenzie governative interne¹⁰⁰⁰. D'altra parte, è particolarmente rilevante quanto accaduto in *Enron v. Argentina*, ove – a procedimento avanzato – l'investitore ha depositato una nuova richiesta di arbitrato contro lo Stato, instaurando così un nuovo procedimento contenzioso. Il Segretariato dell'ICSID ha quindi formalmente richiesto al Tribunale se le domande contenute nella nuova richiesta di arbitrato potessero essere considerate come domande addizionali nel primo procedimento. Dopo aver richiesto e ricevuto osservazioni scritte da entrambe le parti, il Tribunale ha quindi deciso di qualificare quelle nuove domande come domande addizionali ma, nonostante ciò, ha determinato che i procedimenti dovessero rimanere distinti almeno sino al momento della decisione sulla sussistenza della giurisdizione in relazione alle due diverse domande¹⁰⁰¹. Tale decisione del Tribunale sembra ragionevolmente ispirata soprattutto dalla necessità

⁹⁹⁵ Happ R., "ICSID Rules", in Schütze R. A., *Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary*, (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013), a pag. 976.

⁹⁹⁶ Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 736. Ci si riferisce per esempio a *Middle East Cement v. Egypt*, *SOABI v. Senegal*, *Tanzania Electric v. IPTL*.

⁹⁹⁷ *Ibidem*, ad esempio in *Atlantic Triton v. Guinea*.

⁹⁹⁸ *Ivi* a pag. 737 e ss.

⁹⁹⁹ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, *Award* del 15 agosto 1980 (non pubblico).

¹⁰⁰⁰ Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 737: "The Tribunal granted the request in view of the fact that 'special circumstances of a domestic political nature had prevented the normal functioning of certain Congolese State Agencies'".

¹⁰⁰¹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), *Decision on jurisdiction* del 14 gennaio 2004, (Francisco Orrego Vicuna [Presidente], Héctor Gros Espiell, Pierre-Yves Tschanz), al par. 17: "[...] the Tribunal decided to accept the new request for arbitration as a claim ancillary to the present case and to have both cases proceed on separate tracks until the Tribunal has decided on jurisdiction in respect of both claims".

di evitare la moltiplicazione dei procedimenti tra le stesse parti e in relazione al medesimo retroterra fattuale¹⁰⁰². Con una decisione autonoma, il Tribunale si è poi determinato in favore della sussistenza della giurisdizione anche per le domande nuove, dopo avere già confermato quella per le domande originarie¹⁰⁰³.

Questa brevissima analisi dimostra come il rispetto del calendario previsto per lo svolgimento della procedura sia un bene indubbiamente da tutelare ma non a tutti i costi. Infatti, è chiaro che ragioni di equità processuale impongono di prevedere la possibilità, in favore della parte contro cui vengono proposte domande nuove, uno spazio per presentare delle osservazioni su tali domande. D'altra parte, si è anche visto come diversi fattori spingano a ritenere che i Tribunali non debbano assumere una posizione troppo rigida o formalista circa l'applicazione delle Rules. Questo vale indubbiamente in relazione alle domande nuove proposte dagli investitori, perché non è escluso che questi possano instaurare procedimenti diversi in relazione a quelle (quando però quelle domande avrebbero potuto essere incluse già nella prima richiesta di arbitrato ci si potrà eventualmente interrogare sulla sussistenza di un abuso di processo da parte dell'attore). Ma vale anche per lo Stato, il quale potrebbe giustificare la tardiva proposizione di domande riconvenzionali basandosi su circostanze straordinarie che hanno compromesso la funzionalità di certi apparati interni. In ogni caso, ogni valutazione è rimessa alla discrezionalità del Tribunale, il quale sarà certamente chiamato a svolgere un apprezzamento sulla meritevolezza delle giustificazioni addotte da una o da entrambe le parti.

Chiusa la fase scritta, si apre quella orale. Questa è disciplinata dall'art. 32 delle Rules, il quale – a dire il vero – non sembra fornire una dettagliata descrizione né delle modalità né del contenuto né del tempo delle udienze. Infatti, la disposizione si limita ad affermare l'ovvio quando evidenzia che la fase orale è “costituita dell'udienza innanzi al Tribunale cui partecipano le parti, i loro agenti, consulenti e avvocati, e i testimoni e i periti” (par. 1). Inoltre, si dice che – salva la possibilità per una delle parti di opporsi – il Tribunale può autorizzare, dopo aver consultato il Segretariato Generale dell'ICSID, la partecipazione di soggetti diversi alle udienze (par. 2). Infine, è previsto che i membri del Tribunale possano rivolgere richieste di spiegazioni ai soggetti indicati al primo paragrafo (par. 3).

Pertanto, per comprendere appieno come si svolgano in concreto le udienze innanzi ai Tribunali di investimento ICSID, occorre riferirsi a quanto esposto dalla dottrina, che ha preso a modello lo svolgimento di alcuni procedimenti. Tradizionalmente, l'udienza è inaugurata con le dichiarazioni di apertura delle parti, seguite da una fase dedicata ai testimoni e ai periti, e si conclude con le loro dichiarazioni di chiusura¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² A riprova di ciò, il fatto che il Tribunale abbia espressamente indicato tale moltiplicazione non solo come fattore di inefficienza e iniquità ma anche come ingiustificata in considerazione degli sforzi dell'ICSID di ridurre la molteplicità di procedimenti contro l'Argentina. *Ivi* al parr. 85, da 82 a 84, da 86 a 88.

¹⁰⁰³ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), *Decision on jurisdiction (Ancillary Claim)* del 2 agosto 2004, (Francisco Orrego Vicuna [Presidente], Héctor Gros Espiell, Pierre-Yves Tschanz), al par. 26.

¹⁰⁰⁴ Happ R., “ICSID Rules”, in Schütze R. A., *Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary*, (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013), a pag. 963.

A prescindere dalla durata delle udienze, che può essere anche di una o due settimane a seconda della complessità delle questioni trattate¹⁰⁰⁵, ciò che conta è che a ciascuna delle parti sia garantita una quantità di tempo pari a quella garantita all'altra, ovvero sia che ciascuna possa svolgere un esame equo e completo delle questioni rilevanti. In relazione al contenuto vero e proprio delle dichiarazioni delle parti, occorre dare molto credito a chi ritiene che l'udienza non sia un'occasione per ripetere ciò che già è contenuto negli atti della fase scritta. Al contrario, questa costituirebbe un'opportunità per cogliere quali siano, e per affrontarle, le questioni che stanno più a cuore agli arbitri¹⁰⁰⁶.

Una volta che si sia esaurita anche la fase orale nei tempi predeterminati dal Tribunale, il procedimento viene dichiarato chiuso, ai sensi dell'art. 38 delle Rules¹⁰⁰⁷. La stessa disposizione prevede poi che il Tribunale, prima della pronuncia della decisione, possa riaprire il procedimento quando si sia manifestata la disponibilità di un elemento di prova tale da costituire un fattore decisivo ovvero sia che sia vitale per chiarire certe questioni specifiche¹⁰⁰⁸.

Con ciò è da ritenere conclusa la sintetica e preliminare esposizione della struttura del procedimento innanzi ai Tribunali ICSID. Si è notato come il “luogo” in cui più probabilmente avverranno alterazioni perimetrali della controversia è la fase scritta. Al contrario, è molto più improbabile che tali alterazioni avvengano nella fase orale, la quale serve piuttosto a “raccolgere” quanto trasmesso da testimoni ed esperti oppure mira alla persuasione degli arbitri ovvero a dipanare eventuali loro incertezze.

¹⁰⁰⁵ In dottrina si è detto che rispetto alle udienze in certi ordinamenti nazionali (quali quello tedesco), quelle innanzi al Tribunale di investimento sono molto più lunghe: Happ R., “*ICSID Rules*”, in Schütze R. A., *Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary*, (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013), a pag. 976. Viceversa, rispetto ad altre giurisdizioni internazionali, potrebbero dirsi “relativamente corte”, così ad esempio Reed L., Paulsson J., Blackaby N., *Guide to ICSID Arbitration*, (The Netherlands: Wolters Kluwer – Law & Business), 2011, a pag. 141.

¹⁰⁰⁶ *Ivi* a pag. 142.

¹⁰⁰⁷ L'art. 38, par. 1, recita: “*When the presentation of the case by the parties is completed, the proceeding shall be declared closed*”.

¹⁰⁰⁸ L'art. 38, par. 2, recita: “*Exceptionally, the Tribunal may, before the award has been rendered, reopen the proceeding on the ground that new evidence is forthcoming of such a nature as to constitute a decisive factor, or that there is a vital need for clarification on certain specific points*”.

3.3.2 Mutamenti alle domande attoree nel corso del procedimento

3.3.2.1 Decremento della controversia ad opera dell'attore

In giurisprudenza e in dottrina non sembra destare alcuna problematica il caso in cui l'attore decida di rinunciare ad una o più domande da lui originariamente proposte. Conformemente a quanto si dirà *infra* in relazione all'istituto della discontinuance, e salvo il caso in cui il convenuto insista affinché il Tribunale si pronunci comunque, il perimetro materiale della controversia potrà subire riduzioni, anche significative, ad opera dell'attore.

3.3.2.2 Incremento della controversia ad opera dell'attore

L'obiettivo di questo paragrafo è quello di comprendere in che modo e fino a che punto l'attore possa determinare un allargamento del perimetro materiale della controversia, per tramite della proposizione di domande nuove. Occorrerà individuare quali siano i requisiti che una domanda deve soddisfare affinché possa essere qualificata come addizionale. Una volta che questi siano stati individuati, si cercherà di comprendere secondo quali modalità la proposizione di una domanda addizionale possa comportare una alterazione perimetrale della controversia.

Prima di procedere, occorre però fornire qualche chiarimento in relazione alla terminologia utilizzata dagli strumenti giuridici rilevanti (ancora una volta, Convenzione ICSID e Rules). Come già si è detto *supra*, l'art. 46 della Convenzione ICSID sembra coprire tre diverse fattispecie: le domande incidentali, quelle addizionali e quelle riconvenzionali. Orbene, posto che il convenuto, come si vedrà, ha solamente a disposizione lo strumento della domanda riconvenzionale, ci si deve chiedere se e in che cosa differiscano le domande incidentali da quelle addizionali, dal momento che l'attore sembra poter ricorrere indistintamente ad entrambe. Ancora una volta risulta opportuno riferirsi a Schreuer, il quale – dopo aver ricordato come la distinzione tra domande “incidentali” e domande “addizionali” fosse già emersa in occasione della discussione per la redazione della Convenzione – ammette come la differenza tra le due non sia mai stata veramente chiarita¹⁰⁰⁹.

L'autore tenta di distinguere le domande incidentali da quelle addizionali ipotizzando come possano ricadere tra le prime quelle che sorgono come diretta conseguenza della domanda principale¹⁰¹⁰. Viceversa, tra le seconde andrebbero ricomprese quelle che sono espressione di un emendamento alle domande originarie¹⁰¹¹. A prescindere dalla

¹⁰⁰⁹ Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 740.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*. “One may surmise that an incidental claim is one that arises as a consequence of the primary claim, such as a claim for interest or procedural costs”.

¹⁰¹¹ *Ibidem*. “An additional claim may be seen to be one that is put forward by way of a later amendment to the original pleading”.

difficoltà di intravedere in queste ipotizzate distinzioni un criterio davvero decisivo, conviene recepire quanto già concluso dal Tribunale in *ADF v. United States*, ove il collegio ha ritenuto che non si dovesse porre la questione della distinzione poiché per entrambe si richiede una stretta connessione con la domanda principale¹⁰¹². In altre parole, pare condivisibile ritenere che la distinzione tra domande incidentali e addizionali non abbia alcuna ragione d'essere e risulti assolutamente inutile, dal momento che il regime normativo applicabile alle due risulta essere il medesimo. Per questo, in questa sede, si è preferito adoperare il termine di domande addizionali, idoneo a ricomprendere sia quelle incidentali che quelle addizionali.

Tanto premesso sulla terminologia adoperata dagli strumenti giuridici rilevanti, è ora necessario comprendere quali siano i casi in cui tra le domande nuove e quelle principali sia stato accertato un nesso di connessione sufficiente. Inoltre, per ciascuno di essi, si cercherà di capire in che modo operi l'allargamento. In generale, infatti, l'art. 46 – come già si è visto – consente la proposizione di tutte le domande nuove che sorgano direttamente dall'oggetto della controversia, che ricadano nell'ambito del consenso manifestato dalle parti e che siano coperte dalla giurisdizione dell'ICSID¹⁰¹³. L'art. 40 delle Rules si limita poi a replicare quanto già disposto dall'art. 46 della Convenzione.

Una prima serie di domande addizionali, assai poco problematica, è costituita da quelle che l'attore abbia avanzato nel corso del procedimento per richiedere al Tribunale di allocare le spese sostenute dalla parte ricorrente per lo svolgimento del procedimento¹⁰¹⁴. Nella prassi, è emerso come tali domande possano avere ad oggetto sia i costi sostenuti per il procedimento ICSID sia quelli affrontati per procedimenti fattualmente connessi (ma diversi) svolti innanzi ad altro foro. Mentre per la decisione sui primi non si presenta alcun ostacolo, giacché l'allocatione delle spese per il procedimento ICSID è regolata dalla Convenzione stessa, per le seconde la giurisprudenza sembra più cauta. Infatti, in tempi risalenti si sono dati dei casi in cui il convenuto abbia richiesto al Tribunale di investimento ICSID di ottenere il risarcimento del danno derivante dalle spese sostenute per difendersi innanzi ad altro foro, a fronte delle contestazioni ivi giudizialmente dedotte dall'attore¹⁰¹⁵. È evidente

¹⁰¹² *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, *Award* del 9 gennaio 2003, (Florentino P. Feliciano, Arman de Mestral, Carolyn B. Lamm), al par. 144: “*It is not necessary to distinguish between “incidental claims” and “additional claims;” both must satisfy the requirement of a close relationship with or connection to the original or primary claim*”.

¹⁰¹³ Di nuovo, le domande nuove in generale possono essere decise se “*arising out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre*”.

¹⁰¹⁴ Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 748.

¹⁰¹⁵ Lo stesso Schreuer si riferisce ai casi *MINE v. Guinea* e *Atlantic Triton v. Guinea*. In entrambi, lo Stato convenuto aveva richiesto al Tribunale di condannare l'investitore al pagamento delle spese da quello sostenute innanzi ad altri fori. Nel primo caso, il Tribunale ha accolto alcune tra le istanze formulate dal convenuto perché l'investitore aveva attivato altri procedimenti giurisdizionali nonostante la competenza esclusiva dell'ICSID; al contrario, ha rigettato quelle relative ad altri procedimenti che una condotta diligente dello Stato avrebbe potuto paralizzare. Nel secondo, il Tribunale ha rigettato le pretese dello Stato perché l'investitore si era rivolto all'autorità giudiziaria per ottenere delle misure cautelari in una situazione di oggettiva difficoltà circa la comprensione della portata dell'art. 26 delle Rules.

come una pronuncia su queste questioni richieda una attenta analisi da parte del Tribunale d'investimento non solo sulla condotta dello Stato (con ciò intendendo anche la concreta condotta processuale dello Stato serbata innanzi agli altri fori) ma anche della buona fede (o meno) dell'investitore al momento della attivazione della pluralità di procedimenti. Nonostante queste problematiche, la prassi in cui sono emerse tali richieste risulta non molto corporosa. In ogni caso, dal punto di vista teorico, il nesso rilevante tra la domanda principale (che nel minimo avrà sicuramente ad oggetto l'accertamento della violazione dei diritti dell'attore) e quella nuova consisterà nella strumentalità dei mezzi (procedurali), cui la seconda si riferisce, che sono necessari per la realizzazione della prima. Questo incide anche sulle modalità di allargamento del perimetro della controversia nel caso indagato. Infatti, per quanto attiene il *petitum*, si tratterà perlopiù del pagamento di una somma di denaro in favore di chi abbia fondatamente attivato un procedimento arbitrale per vedere sanzionata l'illiceità della condotta della controparte. Quanto alla *causa petendi*, è ragionevole ritenere che l'elemento giustificativo-causale di una tale domanda sia costituito sia dalle disposizioni che nella Convenzione si occupano di costi del procedimento (ovverosia gli artt. 59 e 60) sia dalle disposizioni che nei singoli Trattati apprestano lo strumento dell'arbitrato internazionale per la risoluzione delle controversie tra Stato e investitore. D'altro canto, pare corretto affermare che con questo tipo di domanda nuova l'attore non intenda allargare l'oggetto della controversia a questioni fattuali connesse a quelle su cui ricadeva la domanda principale (ovverosia a quelle che componevano la controversia preprocessuale). Ovviamente, non si considererà in questa sede lo stato della giurisprudenza sulle modalità e sui criteri tendenzialmente adottati per il riparto dei costi del procedimento tra le parti, poiché tale indagine esulerebbe dal fine del presente lavoro¹⁰¹⁶. Sulla base di quanto esposto, però, non sembrano presentarsi – in relazione alle domande appartenenti a questa prima categoria – particolari problemi sulla sussistenza della connessione né con l'oggetto della controversia né col consenso delle parti né con la sussistenza della giurisdizione del Centro.

Una seconda categoria di domande addizionali, individuata da Schreuer¹⁰¹⁷, sarebbe quella costituita dalle domande che abbiano ad oggetto i danni patrimoniali, conseguenza delle condotte illecite delle autorità dello Stato, che siano subiti in via diretta da soggetti diversi dall'investitore e solamente in via indiretta da quest'ultimo. La fattispecie è chiara se si richiamano per esempio le vicende rilevanti in *SPP v. Egypt*, ove l'investitore aveva costituito una joint venture con un'altra società (la ETDC) per la realizzazione di un dato progetto, oggetto di investimento. Successivamente, il Governo egiziano aveva deciso di cancellare tale progetto e, di conseguenza, la Banca Centrale del Paese (agendo su raccomandazione delle autorità governative) aveva provveduto alla confisca dei fondi e dei documenti di ETDC. In ragione di tali ultime misure, ETDC era stata messa nella condizione di non poter saldare i propri debiti (derivanti da un precedente prestito) nei confronti di SPP, così cagionando una lesione patrimoniale a quest'ultima. È evidente come, in un caso siffatto, nonostante si rivolgessero verso un dato soggetto, le condotte statuali siano state idonee a

¹⁰¹⁶ Sui temi dei costi del procedimento ICSID si vedano Reed L., Paulsson J., Blackaby N., *Guide to ICSID Arbitration*, (The Netherlands: Wolters Kluwer – Law & Business), 2011, a pag. 154 e, inoltre, Donovan D. F., “Allocation of Costs”, in Kinnear M. et al., *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), a pag. 555.

¹⁰¹⁷ Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 741.

determinare una lesione della posizione di altri soggetti¹⁰¹⁸. La stessa dottrina prende poi in considerazione il caso opposto, ovverosia quello in cui le condotte dello Stato ospite ricadano direttamente su certi investitori ma rechino lesioni anche a soggetti terzi, i quali – a loro volta – agiscono nei confronti dell'investitore per un risarcimento del danno. Infatti, accade solitamente che l'investitore, al fine di realizzare l'investimento, entri in rapporti contrattuali con soggetti terzi. Quando sia messo nella condizione di non poter onorare le obbligazioni derivanti da tali altri contratti, in ragione di misure che siano state adottate nei suoi confronti dallo Stato, l'investitore potrà essere chiamato a rispondere di tali inadempimenti e conseguentemente condannato a risarcire i danni subiti dai terzi. È chiaro però che in un caso siffatto la lesione patrimoniale è conseguenza (anche se indiretta) della condotta adottata dallo Stato, ed è pacifico che questo quest'ultimo possa essere chiamato a risponderne innanzi al Tribunale di investimento.

È innegabile come nei casi appena esposti sia chiaramente identificabile un nesso tra la condotta illecita dello Stato e la lesione patrimoniale subita dall'investitore (sia questa diretta o indiretta, concomitante o successiva alla misura contestata). Al contempo, è altresì chiaro come tali danni patrimoniali subiti dall'investitore ricadano nell'ambito delle domande originariamente formulate all'inizio del procedimento (le quali si riferivano alla violazione di specifiche norme a tutela dell'investitore in ragione di certe condotte statali). Infatti, è chiaro che quando l'investitore – nel corso del procedimento – deduca di aver provveduto al pagamento di risarcimenti nei confronti di controparti contrattuali verso cui sia risultato inadempiente in ragione di condotte illecite dello Stato ospite oppure quando stia lamentando che una lesione cagionata ad un altro soggetto da parte dello Stato ospite gli abbia procurato dei danni, egli stia in realtà sostanziando (completandola) la domanda di risarcimento derivante dalla violazione della norma originariamente posta a fondamento delle domande originarie. Al contrario, potrebbero dirsi domande nuove solamente quelle che lamentino, alternativamente o cumulativamente, violazioni di norme giuridiche (e/o rimedi a queste conseguenti) non manifestate al momento della istituzione del procedimento. Se ciò è vero, in nessun caso l'allegazione di specifiche condotte statuali, ricadenti nell'ambito di domande già avanzate, potrebbe mai essere negata dal Tribunale, proprio perché tali allegazioni sostanziano domande già avanzate, ricadendo così nel perimetro della controversia senza alterarlo. In altre parole, i nuovi argomenti dedotti dall'attore costituiranno uno sviluppo dei fatti che sono parte della più ampia *causa petendi*, poiché la incrementano senza però mutarla. In ogni caso, le nuove allegazioni dell'investitore, perché possano ricadere nell'ambito della controversia così come già definita, devono essere tutte relative al medesimo investimento. Viceversa, quando tali nuove allegazioni si riferiscano ad investimenti diversi rispetto a quello originariamente dedotto, va da sé che quanto dedotto non potrà che originare una domanda nuova inammissibile, in quanto totalmente priva di connessione con quella originariamente proposta¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, *Award* del 20 maggio 1992, (Eduardo Jimenez De Arechaga [Presidente], Mohamed Amin El Mahdi, Robert F. Pietrowski, Jr.), ai parr. 230.

¹⁰¹⁹ E ciò è evidentemente accaduto in *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, *Award* del 9 gennaio 2003, (Florentino P. Feliciano, Arman de Mestral, Carolyn B. Lamm), al par. 144.

Occorre infine considerare con più attenzione il peculiare (e non infrequente) caso in cui l'attore decida di portare alla cognizione del Tribunale delle condotte statuali asseritamente illecite le quali siano state realizzate nel tempo successivo alla instaurazione del procedimento. In relazione a queste, è opportuno chiedersi se il regime applicabile rimanga quello appena delineato oppure no. In generale, la risposta non può che essere positiva. Infatti, si è detto in giurisprudenza che la mera contestazione di condotte successive all'instaurazione del procedimento non possa dirsi capace di originare una nuova (seconda) controversia, diversa da quella già dedotta¹⁰²⁰. Ciò deve reputarsi vero, ma nel senso che qualora le nuove condotte dello Stato consistano in uno "sviluppo" delle violazioni già delineate, è chiaro come queste non possano costituire domande nuove, bensì argomenti idonei a sostanziare e a definire le domande già poste, dal punto di vista del loro elemento causale o giustificativo. Viceversa, quando queste deduzioni siano volte a contestare la legittimità di certe condotte in relazione a norme diverse, rispetto a quelle originariamente introdotte, non sarà possibile negare loro la natura di domande nuove. Anche in questo caso, occorrerà ammettere la necessità che vi sia un nesso tra quelle e le domande originarie, nel senso che entrambe devono riferirsi al medesimo investimento. Questo criterio, infatti, sembra ancora una volta l'unico idoneo a impedire la moltiplicazione di procedimenti, attenenti al medesimo investimento, che incrementerebbe il rischio di pervenire a delle decisioni difformi (sia nel ragionamento che nel dispositivo).

L'analisi appena conclusa consente di formulare alcune conclusioni. Anzitutto, le domande avanzate nel corso del procedimento, che siano relative a investimenti diversi rispetto a quelli cui si riferivano le domande originariamente proposte, devono considerarsi nuove e non ammissibili poiché prive di qualsivoglia connessione con le domande originarie. D'altra parte – eccezion fatta per le allegazioni avanzate nel corso del procedimento, relative al medesimo investimento e qualificabili come argomenti finalizzati a sostanziare le violazioni originariamente denunciate – possano dirsi domande nuove solamente quelle che lamentino la conformità delle condotte statuali – siano state esse oggetto di contestazione al momento della instaurazione del procedimento o meno – a norme diverse rispetto a quelle dedotte al momento della instaurazione del procedimento. In questi ultimi casi, sembra ragionevole ritenere che il fatto che si disputi in relazione al medesimo investimento sia idoneo a superare ogni problematicità circa la portata del consenso manifestato dalle parti e circa la competenza del centro ICSID: il fatto che tali domande si riferiscano allo stesso investimento cui si riferivano le domande originarie dovrebbe in re ipsa determinare la soddisfazione del requisito che richiede che le domande nuove debbano sorgere direttamente dall'oggetto della controversia originaria ("arising directly out of the subject-matter of the dispute").

Infine, non presentano particolari problematiche né le domande finalizzate al riconoscimento delle spese processuali in favore della parte vittoriosa né quelle volte alla condanna del soccombente al pagamento degli interessi. Infatti, in questi casi, il requisito della connessione è lampante sol che si pensi alla strumentalità intercorrente tra queste domande e quelle originariamente dedotte, dal momento che le prime sono determinanti per assicurare effettività alle seconde: negare l'ammissibilità di queste

¹⁰²⁰ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione sulla giurisdizione del 17 luglio 2003, (Francisco Orrego Vicuna [Presidente], Marc Lalonde, Francisco Rezek), al par. 107.

domande frustrerebbe irreparabilmente le finalità stesse del procedimento contenzioso.

Questa ricostruzione ha consentito di fare chiarezza anzitutto su quali siano effettivamente i casi in cui si possa parlare di domanda nuova (addizionale). Inoltre, in relazione a questi, ha evidenziato secondo quali modalità debba intendersi operante l'allargamento perimetrale della controversia quali siano i suoi limiti: l'attore avrà in generale un margine di manovra abbastanza ampio, salvo il caso in cui la nuova domanda inerisca a un investimento diverso rispetto a quello originariamente portato all'attenzione del Tribunale. Solo in quest'ultimo caso il Tribunale dovrà sicuramente negare la sussistenza di un nesso di connessione rilevante tra le domande originarie e quelle presentate dall'attore nel corso del procedimento.

Con ciò si deve ritenere chiusa la trattazione delle domande nuove che possano essere avanzate dall'attore. Conviene ora concentrare l'attenzione sulla disciplina delle domande riconvenzionali.

3.3.3 Le domande riconvenzionali

Un altro mezzo, questa volta a disposizione del convenuto, generalmente idoneo a provocare un allargamento del perimetro della controversia è quello della domanda riconvenzionale. Come già si è visto, tale istituto è richiamato dall'art. 46 della Convenzione e dall'art. 40 delle Rules. Tali due strumenti prevedono che il convenuto possa avanzare una domanda riconvenzionale solamente quando ricorrano le condizioni che già sono state analizzate in relazione alle domande addizionali proponibili dall'attore, ovverosia quando la domanda nuova: 1. sorga direttamente dall'oggetto della controversia; 2. ricada nell'ambito del consenso già manifestato dalle parti; 3. sia ricompresa nella competenza del Centro. Chiaramente, quando le parti siano d'accordo che il Tribunale decida anche sulla domanda riconvenzionale, l'indagine sulla sussistenza di tali requisiti risulta superflua. Quest'ultima situazione, comunque, non si dà in moltissimi casi, giacché raramente l'investitore acconsentirà alla decisione di una domanda per lui potenzialmente molto pregiudizievole¹⁰²¹.

Inoltre, non si dirà alcunché circa i termini temporali per la formulazione delle domande riconvenzionali, poiché il tema è già stato ampiamente affrontato *supra*.

Tanto premesso in generale, è evidente come occorra riflettere in primo luogo su quali siano i casi in cui il consenso manifestato dalle parti possa dirsi idoneo a ricomprendere eventuali domande riconvenzionali. Inoltre, ci si interrogherà su quale debba essere la natura del collegamento tra la domanda riconvenzionale e l'oggetto della controversia, perché la prima possa dirsi ammissibile. Infine, si cercherà di capire quando la domanda riconvenzionale possa dirsi ricadente nella competenza del Centro. L'analisi su queste questioni, evidentemente, consentirà di comprendere secondo quali modalità, e fino a che punto, potrà avvenire l'allargamento della controversia processuale.

In effetti, l'indagine della giurisprudenza rilevante induce a credere che la questione in assoluto più complessa sia certamente quella della verifica che ha ad oggetto la portata del consenso manifestato dalle parti. Tendenzialmente, infatti, i Tribunali d'investimento per prima cosa interpretano le clausole compromissorie rilevanti per verificare se il consenso ivi manifestato possa dirsi idoneo a ricomprendere le domande riconvenzionali¹⁰²². Successivamente, i Tribunali indagano quale debba essere la natura

¹⁰²¹ Per una attentata analisi dei motivi a sostegno di questa conclusione si vedano Lalive P., Halonen L., "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", in Belohlávek A. J., Rozehnalová N., *Czech Yearbook of International Law*, (Juris, 2011), al par. 7.02.: "From the point of view of the investor there is nuisance value in forcing the state to initiate its claims before a separate forum – a concern that often plays a role in arbitration and litigation strategy – with a potential deterrent effect that will lead to such claims never being heard. There is also the more "presentable" concern of turning the eye of the tribunal away from the state's actions and focusing more on the behavior of the investor, with the risk of detrimental effect on the tribunal's perception of the main claims as well. For these and multitude of other possible reasons, litigants have, as a practical matter, throughout time sought to challenge jurisdiction of an arbitral tribunal to hear the claims of their adversaries once a dispute has arisen. As a result, trying to get investor to agree to hear all disputes before the same tribunal for the sake of efficiency seems in most cases unrealistic".

¹⁰²² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No 2 del 16 ottobre 2012, (Florentino P. Feliciano [Presidente], J. Christopher Thomas, André Faurès), in *ICSID Review*, vol. 18 (2003), a pag. 302: "The source of jurisdiction to consider such a counter-claim and the governing law applicable to such a claim is of capital importance".

del rapporto tra domande principali e domande riconvenzionali perché le seconde possano dirsi ammissibili.

In generale, comunque, le manifestazioni del consenso rilevanti a fini giurisdizionali possono essere contenute o nel contratto sottoscritto tra l'investitore e le autorità dello Stato o nel BIT rilevante, concluso dallo Stato ospite e invocato dall'investitore a sostegno delle proprie pretese. Non senza critica, si è altresì ammesso che tale consenso possa essere quello manifestato dalle parti al di fuori del contratto o del BIT rilevante¹⁰²³. Tuttavia, una simile questione non sarà affrontata in questa sede e ci si limiterà, piuttosto, alla portata del consenso manifestato nel rilevante contratto o BIT.

Orbene, non si presenta come particolarmente problematica la proposizione di domande riconvenzionali da parte dello Stato quando l'investitore abbia attivato il procedimento arbitrale facendo ricorso alla clausola compromissoria di un contratto e quando venga formulata in via riconvenzionale una domanda relativa alla violazione di norme previste da quello stesso accordo. Infatti, così come tradizionalmente accade nell'arbitrato commerciale, lo Stato richiederà al Tribunale di accertare eventuali violazioni contrattuali asseritamente commesse dalla controparte (l'investitore). Nonostante sia ovvio che la decisione del Tribunale in ordine all'ammissibilità di tali domande riconvenzionali dipenderà dalla concreta formulazione della clausola, occorre presumere che questa possa essere azionata da ciascuna delle parti, poiché entrambe avevano negoziato il contratto in posizione di parità. Al contrario, risulta assai improbabile ritenere che, in ragione della propria formulazione, la clausola giurisdizionale, contenuta in un contratto stipulato in condizioni di formale parità, e avente ad oggetto violazioni contrattuali, possa essere azionata esclusivamente da una delle parti (cioè l'investitore) e non anche dall'altra (lo Stato).

A riprova di ciò, non deve sorprendere che i primi procedimenti in cui i Tribunali d'investimento sono stati chiamati a decidere dell'ammissibilità (o meno) di domande riconvenzionali siano stati proprio quelli aventi ad oggetto delle controversie essenzialmente contrattuali. Ed è proprio in questa sede che gli arbitri hanno identificato la natura del nesso che deve intercorrere tra le domande originariamente introdotte dall'attore e quelle riconvenzionali. Come evidenziato da autorevole dottrina¹⁰²⁴, i primi risalenti esempi di trattazione di domande riconvenzionali sono

¹⁰²³ Si vedano Dudas S., "Treaty Counterclaims under the ICSID Convention", in Baltag C., *ICSID Convention after 50 Years – Unsettled Issues*, (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017), a pag. 404, e Kaliki J., "Counterclaims by States in Investment Arbitration", *Investment Treaty News Quarterly*, vol. 2 (2013).

¹⁰²⁴ Hoffmann A. K., "Counterclaims", in Kinnear M. *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), a pag. 512: "Although counterclaims do not appear frequently in investment arbitration proceedings, they have been part of this system since its inception".

rinvenibili in Adriano Gardella v. Ivory Coast¹⁰²⁵, Benvenuti v. Congo¹⁰²⁶, Klöckner v. Cameroon¹⁰²⁷, Amco v. Indonesia¹⁰²⁸, SPP v. Egypt¹⁰²⁹ e Atlantic Triton v. Guinea¹⁰³⁰.

Tra questi, la decisione più significativa ai nostri fini è quella raggiunta in Klöckner, ove il collegio arbitrale ha ritenuto che, in generale, le domande riconvenzionali siano ammissibili solamente se “indivisibili” e “interdipendenti” rispetto a quella principale. In tutte le decisioni appena citate non si sono presentate, per le ragioni anzidette, particolari difficoltà nell’ammettere la giurisdizione del Tribunale adito, e le domande riconvenzionali sono state ritenute infondate nel merito¹⁰³¹. Risulta parimenti chiaro, in sintesi, come la caratterizzazione del nesso che deve intercorrere tra la domanda principale e quelle riconvenzionali non sia stata particolarmente travagliata. Infatti, la subordinazione dell’ammissibilità delle seconde all’indivisibilità o interdipendenza rispetto alle prime è solo in apparenza un criterio restrittivo. Nella sostanza, infatti, i criteri della indivisibilità e della interdipendenza, in relazione a domande – principali e riconvenzionali – contrattuali, sono stati ritenuti soddisfatti già in ragione della circostanza che entrambe trovassero la propria giustificazione giuridica nell’interpretazione o nell’applicazione delle norme del contratto. In ultima analisi, in siffatti casi, i Tribunali d’investimento hanno considerato che fosse sufficiente, in via quasi esclusiva, la sussistenza di un legame giuridico tra le domande, senza troppo curarsi dell’esistenza, tra quelle, di un eventuale collegamento fattuale.

Viceversa, lo scenario è radicalmente distinto nei casi in cui l’investitore abbia dedotto innanzi al Tribunale d’investimento delle domande basate sul rilevante BIT, in relazione sia all’estensione della clausola giurisdizionale sia alla natura del collegamento tra domande principali e domande riconvenzionali.

Per quanto concerne la sussistenza della giurisdizione dei Tribunali d’investimento, occorre verificare anzitutto se la volontà dell’investitore, il quale nel corso del procedimento si opponga all’ammissibilità delle domande riconvenzionali, possa essere in qualche modo vincolante per il Tribunale. Successivamente, ci si concentrerà sulla formulazione testuale della clausola compromissoria, per capire quali siano i casi

¹⁰²⁵ *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d’Ivoire*, (ICSID Case No. ARB/74/1), *Award* del 29 agosto 1997, (Pierre Cavin [Presidente], Jacques Michel Grossen, Dominique Poncet).

¹⁰²⁶ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, *Award* del 15 agosto 1980, (Jorgen Trolle [Presidente], Rudolf Bystricky, Edilbert Razafindralambo).

¹⁰²⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, *Award* del 21 ottobre 1983, (Eduardo Jiménez de Aréchaga [Presidente], Dominique Schmidt, William D. Rogers).

¹⁰²⁸ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, *Award* del 21 ottobre 1983, (Berthold Goldman [Presidente], Noah Rubins, Isi Foighel).

¹⁰²⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, *Decisione sulla giurisdizione* del 27 novembre 1985, (Eduardo Jiménez de Aréchaga [Presidente], Robert Pietrowski, Mohamed Amin El Mahdi).

¹⁰³⁰ *Atlantic Triton Company Limited v. People’s Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, *Award* del 21 aprile 1986, (Pieter Sanders [Presidente], Bredin Prat, Albert Jan van den Berg).

¹⁰³¹ Hoffmann A. K., “Counterclaims”, in Kinneer M. *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), a pag. 512: “In all cases, the tribunal affirmed or did not discuss its jurisdiction over the counterclaim, but it then rejected it on the merits”.

in cui il consenso delle parti della Trattato possa dirsi sufficientemente esteso da ricomprendere le domande riconvenzionali dedotte dallo Stato.

In relazione alla prima problematica, ci si era chiesti – già in tempi risalenti – se la mancanza del consenso dell'investitore alla decisione sulle domande riconvenzionali potesse effettivamente impedire al Tribunale di decidere su quelle. La risposta non può che essere negativa. Infatti, se pure è generalmente vero che nell'attivare il procedimento giurisdizionale l'investitore presta il proprio consenso alla giurisdizione del Tribunale, è parimenti vero che tale manifestazione da parte dell'investitore altro non è che l'accettazione di una offerta all'arbitrato previamente formulata, e già perimetrata, dagli Stati che hanno concluso il rilevante BIT¹⁰³². Nonostante la giurisprudenza sia ad oggi pacifica sul punto, vi sono ancora dei recentissimi casi in cui si è assistito all'opposizione dell'investitore all'introduzione della domanda riconvenzionale proprio perché quest'ultima ricadeva "al di fuori del consenso" da quello prestato¹⁰³³.

La seconda questione, relativa a quale debba essere la formulazione necessaria della clausola giurisdizionale perché le domande riconvenzionali possano essere trattate e decise, può essere risolta solamente se si ha riguardo alle conclusioni, solo apparentemente divergenti, raggiunte sul punto da recentissima giurisprudenza.

Da una parte, è da dire come il Tribunale d'investimento in *Spyridon Roussalis v. Romania* abbia deciso di non trattare le domande riconvenzionali in ragione del dettato della clausola compromissoria, la quale limitava la propria portata alle "controversie tra un investitore di uno Stato contraente e l'altro Stato in relazione ad un obbligo del secondo" ai sensi del BIT¹⁰³⁴. Nel corso del proprio ragionamento, e dopo aver fatto riferimento all'interpretazione del dato testuale secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna¹⁰³⁵, il Tribunale ha evidenziato come nel caso concreto dal BIT derivassero degli obblighi solamente per gli Stati e non per gli investitori. In ragione di ciò, secondo il Tribunale, ogniqualevolta il BIT specifichi che il diritto applicabile sia esclusivamente quello costituito dalle norme ivi previste, qualsiasi domanda riconvenzionale dovrà ricadere al di fuori della giurisdizione del Tribunale¹⁰³⁶. Per il momento occorre

¹⁰³² Lalive P., Halonen L., "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", in Belohlávek A. J., Rozehnalová N., *Czech Yearbook of International Law*, (Juris, 2011), al par. 7.30.: "A BIT is not an à la carte selection of provisions among which the investor can choose – deciding, for example, to arbitrate its own expropriation claim but not the state's "essential security interests" defence. The offer to arbitrate in a BIT's dispute resolution provision can only be accepted according to its own terms. If those terms provide for an opportunity for the state to introduce counterclaims, then an investor cannot exclude this possibility by wording its acceptance of the offer narrowly".

¹⁰³³ Si veda, ad esempio, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award dell'8 dicembre 2016, (Andreas Bucher [Presidente], Pedro J. Martínez-Fraga, Campbell McLachlan), al par. 1121.

¹⁰³⁴ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award del 7 dicembre 2011, (Bernard Hanotiau [Presidente], Andrea Giardina, Michael Reisman), al par. 868. Testualmente, la clausola includeva "disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former".

¹⁰³⁵ Ivi al par. 869.

¹⁰³⁶ Ivi al par. 871: "Therefore, when the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction. Indeed, in order to extend the competence of a tribunal to a State counterclaim, "the arbitration agreement should refer to disputes that can also be brought under domestic law for counterclaims to be within the tribunal's jurisdiction".

riflettere sul primo motivo sviluppato dal Tribunale (circa il dato testuale della disposizione). Del secondo, relativo alle conseguenze della scelta del diritto applicabile, si dirà appena *infra*. Orbene, appare evidente come in questo caso la clausola giurisdizionale fosse così chiara e precisa da non lasciare alcun “margine di manovra” al Tribunale. In altre parole, se il Tribunale avesse stabilito comunque di poter conoscere e decidere le domande riconvenzionali, questi avrebbe agito in palese violazione della portata della clausola giurisdizionale redatta dalle parti del BIT.

Totalmente opposte sembrano le conclusioni raggiunte dal Tribunale in *Goetz v. Burundi*, ove lo Stato aveva dedotto una domanda riconvenzionale con cui richiedeva al Tribunale di accertare alcune violazioni, asseritamente commesse dall’investitore, relative al certificato che autorizzava la banca ad esercitare le proprie attività secondo precise modalità prestabilite dall’autorità¹⁰³⁷. Nello specifico, a fini giurisdizionali, il Tribunale ha dapprima reputato che la domanda fosse effettivamente relativa ad un investimento così come definito dal Trattato applicabile¹⁰³⁸. Conseguentemente, in relazione all’ammissibilità della domanda, ha reputato questa circostanza come sufficiente anche alla soddisfazione della connessione, richiesta dallo Statuto e dalle Rules, tra domanda principale e domanda riconvenzionale. Sinteticamente, il rapporto diretto della domanda riconvenzionale con l’oggetto della controversia era evidente sol che si rammentasse che la “controversia principale” era quella relativa alla liceità della sospensione del certificato concesso dalle autorità dello Stato per l’esercizio delle attività bancarie (con conseguente chiusura della banca), mentre quella derivante dalla domanda riconvenzionale aveva ad oggetto il mancato rispetto di quanto previsto nello stesso certificato. La domanda riconvenzionale è stata infine rigettata nel merito in ragione dell’insufficienza delle prove dedotte dallo Stato convenuto¹⁰³⁹. Come opportunamente evidenziato dalla dottrina, è palese come il Tribunale abbia potuto agire in tal modo perché la clausola compromissoria, costituita dall’art. 8 del Trattato rilevante, nel definire la nozione di “controversia relativa ad un investimento”, specificava come questa potesse essere: 1) quella relativa all’interpretazione o applicazione di un contratto d’investimento tra uno Stato parte e un investitore di un altro Stato parte; 2) l’interpretazione o l’applicazione di ogni autorizzazione concessa dalle autorità dello Stato ospite e mirante a regolare gli investimenti esteri; 3) l’affermazione della violazione di qualsivoglia diritto derivante dal BIT rilevante¹⁰⁴⁰. Orbene, è chiaro che nel caso specifico, seppure fosse stata proposta dal convenuto, la domanda nuova dovesse dirsi chiaramente ricadente nell’ambito del consenso, rilevante a fini giurisdizionali, manifestato dalle parti (e precisamente nell’ambito del numero 2).

¹⁰³⁷ *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award del 21 giugno 2012, (Gilbert Guillaume [Presidente], Jean-Denis Bredin, Ahmed Sadek El Kosheri), al par. 277: “La demande reconventionnelle est relative aux conditions dans lesquelles ABC aurait exercé ces mêmes activités en méconnaissance du certificat d’entreprise franche dont elle bénéficiait”.

¹⁰³⁸ *Ibidem*. “Elle est donc relative, elle aussi, à un investissement tel que défini dans le TPP”.

¹⁰³⁹ *Ivi* al par. 287.

¹⁰⁴⁰ *Ivi* al par. 140, ove viene richiamato il testo dell’art. 8 del BIT: “1. Pour l’application du présent article, un différend relatif à un investissement est défini comme un différend concernant : a) l’interprétation ou l’application d’un accord particulier d’investissement entre une Partie contractante et un investisseur de l’autre Partie contractante ; b) l’interprétation ou l’application de toute autorisation d’investissement accordée par les autorités de l’Etat hôte régissant les investissements étrangers ; c) l’allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d’investissement”.

In via di prima approssimazione, è quindi evidente come in primo luogo occorra verificare la formulazione testuale della clausola compromissoria rilevante. In effetti, le divergenti conclusioni dei Tribunali nei due casi che si sono analizzati risultano perfettamente compatibili, poiché sono il frutto di un'attenta analisi dei rispettivi collegi circa la modalità di formulazione della clausola giurisdizionale contenuta nei rilevanti BIT¹⁰⁴¹. Nessun problema si porrà quando il Trattato preveda *expressis verbis* la facoltà per lo Stato convenuto di proporre una domanda riconvenzionale¹⁰⁴². Nei casi in cui ciò non accada, quando in un qualche modo la clausola limiti la giurisdizione del Tribunale alla valutazione delle sole condotte dello Stato, allora non sarà possibile per l'investitore proporre alcuna domanda riconvenzionale, dal momento che tali domande attengono per definizione alla liceità delle condotte dell'investitore¹⁰⁴³. Viceversa, quando il BIT rilevante contenga una clausola giurisdizionale avente un contenuto più ampio, nonché vago, potendosi per esempio riferire in generale alle "controversie relative all'investimento", sarà più complesso negare a priori che il consenso delle parti copra anche eventuali domande riconvenzionali¹⁰⁴⁴.

Se ciò è vero in relazione all'estensione della giurisdizione, occorre dire qualche cosa in più sul diritto applicabile poiché, come già si è visto, uno degli argomenti spesi dal Tribunale in *Roussalis* concerneva l'impossibilità di far derivare dal Trattato d'investimento applicabile delle norme vincolanti per l'investitore.

Giova una premessa. La formulazione attuale dei Trattati di investimento è tale da prevedere, almeno tendenzialmente, solamente obblighi a carico degli Stati, mentre nessun vincolo è previsto per gli investitori. In generale, come noto, l'art. 42 della Convenzione ICSID prevede che i Tribunali d'investimento decidano le controversie loro sottoposte applicando le norme scelte dalle parti del Trattato. Quando tale scelta manchi, è previsto che il Tribunale dia applicazione al diritto dello Stato ospite e a quelle norme di diritto internazionale che possano dirsi applicabili¹⁰⁴⁵.

Data questa premessa, occorre operare una categorizzazione, a seconda di quale sia il diritto applicabile scelto dalle parti. Come si vedrà, da questa scelta dipenderà in effetti la possibilità di avanzare contro l'investitore delle domande riconvenzionali.

In primo luogo, qualora le parti prevedano che il Tribunale possa risolvere soltanto controversie che trovino la propria base giuridica su norme del Trattato, risulterà assai

¹⁰⁴¹ Steingruber A. M., "*Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi – Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations*", *ICSID Review*, vol. 28 (2013), a pag. 296: "The two different outcomes of *Roussalis* and *Goetz* are thus not irreconcilable. On the contrary, they are the result of a careful analysis by the respective Tribunals of the wording of the dispute resolution provisions contained in the relevant investment treaties".

¹⁰⁴² Si vedano in proposito Bjorklund A. K., "*The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*", *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17 (2013), a pag. 467 e Dudas S., "*Treaty Counterclaims under the ICSID Convention*", in Baltag C., *ICSID Convention after 50 Years – Unsettled Issues*, (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017), a pag. 387.

¹⁰⁴³ *Ivi* a pag. 398 e ss.

¹⁰⁴⁴ *Ivi* a pag. 396 e ss.

¹⁰⁴⁵ L'art. 42 della Convenzione ICSID recita: "*The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable*".

arduo muovere delle domande riconvenzionali contro l'investitore, e ciò proprio in considerazione del fatto che da tale base giuridica risulta pressoché impossibile desumere obblighi vincolanti per l'investitore. Questa circostanza, tuttavia, è ricollegabile solamente alla tendenza attuale degli Stati di non includere nei Trattati norme vincolanti per l'investitore, mentre, al contrario, dal punto di vista meramente teorico non dovrebbero darsi problemi quando, e se, gli Stati dovessero un giorno decidere di includere nei BIT delle norme da cui discendano obblighi vincolanti per gli investitori. In un caso siffatto, sarà arduo negare che il Tribunale possa conoscere e decidere anche domande, rivolte dallo Stato contro l'investitore, che trovino la loro giustificazione normativa nel BIT.

In secondo luogo, è possibile che le parti prevedano l'applicazione delle norme del BIT unitamente alle altre norme di diritto internazionale. Per quanto concerne le prime, conviene rimandare a quanto si è considerato appena *supra*. In relazione all'applicazione delle seconde, invece, la questione risulta assai complessa. Infatti, occorrerà operare una indagine sul loro contenuto materiale per verificare se da quelle sia possibile trarre degli obblighi per l'investitore. Tale indagine difficilmente darà un esito positivo, se si considera che le norme internazionali, quandanche mirino a disciplinare attività individuali, lo fanno tendenzialmente “attraverso l'intermediazione normativa rappresentata dagli ordinamenti interni”¹⁰⁴⁶. In buona sostanza, quando il diritto internazionale intende vicolare gli individui alla realizzazione di certe attività, lo fa ponendo in capo agli Stati l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento interno delle norme che incidono sulla posizione giuridica degli individui. Tra le poche eccezioni a questa ricostruzione rientrerebbero certamente i divieti di natura penale, siano questi codificati oppure derivanti dal diritto consuetudinario¹⁰⁴⁷. Al contrario, nell'ambito di altri rami dell'ordinamento, quali il diritto dell'ambiente o quello dei diritti umani, non risulta ancora possibile, ad oggi, ammettere che obblighi di diritto internazionale gravino in capo agli individui, impedendo quindi la configurazione di una qualsivoglia responsabilità derivante direttamente dal diritto internazionale in capo a questi¹⁰⁴⁸.

In terzo luogo, una situazione radicalmente diversa si dà nei casi in cui gli Stati abbiano indicato come diritto applicabile, oltre alle norme del BIT e del diritto internazionale, anche il diritto nazionale dello Stato ospite. Per le ragioni già considerate, in questo caso – purché la clausola giurisdizionale sia formulata in maniera sufficientemente ampia – nulla osterà a che lo Stato proponga contro l'investitore una domanda riconvenzionale radicata sulla normativa interna¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ Così *ex multis* si consideri Cannizzaro E., *Diritto Internazionale*, (Torino: Giappichelli Editore), 2016, a pag. 331.

¹⁰⁴⁷ *Ivi* a pag. 337. Secondo la ricostruzione operata dallo stesso Autore, sarebbero direttamente vincolanti per gli individui solamente gli obblighi di non commissione dei crimini internazionali (cc.dd. *crimina iuris gentium*), siano questi codificati ovvero derivanti dal solo diritto consuetudinario.

¹⁰⁴⁸ De Brabandere E., “*Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 2 (2017), ove l'Autore – all'esito di una dettagliata analisi – nega la configurabilità di una responsabilità internazionale direttamente in capo alle multinazionali: “*So far, these developments have not resulted yet in any firm confirmation of a direct international law-based responsibility for corporations. The obligations corporations – and thus foreign investors – have in deploying activities abroad thus remain largely grounded in either the domestic law of the host State in which such activities take place and/or in the contractual terms which bind the foreign investor*”.

¹⁰⁴⁹ De Brabandere E., “*Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 2 (2017). In quella sede, a pag. 602, l'Autore citato prende in considerazione

Esaurite queste generali considerazioni in relazione alla formulazione delle clausole arbitrali negli strumenti internazionali e alla circostanza che le domande riconvenzionali possano essere decise solamente quando si riferiscano a violazioni della normativa interna, oppure del contratto d'investimento, occorre ora indagare la natura del collegamento che deve intercorrere tra le domande riconvenzionali e quelle principali, nel caso in cui le seconde trovino il proprio fondamento giuridico in norme del BIT.

Si è precedentemente considerato lo stato della giurisprudenza in relazione alle domande riconvenzionali avanzate in reazione a domande principali relative a violazioni contrattuali. Si è ivi rilevato come i Tribunali ritengano soddisfatti i requisiti della indivisibilità e interdipendenza ogniqualvolta la domanda riconvenzionale riguardi violazioni del contratto su cui poggia la domanda principale. Orbene, occorre chiedersi se, in adozione del medesimo criterio, le domande riconvenzionali avanzate in reazione a domande principali basate su violazioni del BIT possano dirsi applicabili solo quando siano con queste ultime in rapporto di indivisibilità o interdipendenza. In altre parole, è sufficiente che sussista tra le ultime categorie di domande solamente un collegamento di natura giuridica o è necessario che ve ne sia anche uno avente natura fattuale? Viceversa, che dire dei casi in cui sussista chiaramente un nesso avente natura fattuale ma non sia possibile individuarne uno di natura giuridica?

Orbene, se si guarda alla giurisprudenza, è ben possibile notare come alcuni Tribunali abbiano stabilito che per l'ammissibilità delle domande riconvenzionali sia necessario che queste non solo si riferiscano al medesimo insieme di fatti bensì anche che condividano con le principali il medesimo fondamento giuridico¹⁰⁵⁰. Si tratterebbe, evidentemente, dell'impiego nell'ambito di procedimenti relativi a treaty-based claims dei criteri, visti precedentemente, che sono stati sin da subito applicati ai procedimenti relativi a contract-based claims.

Tale conclusione, nella sua radicalità, non sembra però potersi dire pianamente convincente. Infatti, la prassi è univoca nel dimostrare come – in via primaria – l'investitore lamenti innanzi al Tribunale la lesione di norme del rilevante BIT. Orbene,

solamente le domande riconvenzionali che abbiano ad oggetto delle asserite violazioni di diritti umani ad opera dell'investitore: “Unless the treaty itself allows direct human rights claims against foreign investors outside of the formal context of an investment dispute, which however will rarely be the case in light of the typical way in which investment treaties are drafted, the possibility to initiate a human rights counterclaim rests upon the combination of a cause of action, and a jurisdictional ground to initiate a counterclaim in the event of an investment dispute”.

¹⁰⁵⁰ Nonostante si tratti di un caso UNCITRAL, è opportuno qui riportare le conclusioni del Tribunale nel caso *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decisione sulla giurisdizione sulla domanda riconvenzionale della Repubblica Ceca del 7 maggio 2004, (Arthur Watts [Presidente], Peter Behrens, Yves Fortier), al par. 79: “The legal basis on which the Respondent has itself relied for heads D through K of its counterclaim is to be found in the application of Czech law, and involves rights and obligations which are applicable, as a matter of the general law of the Czech Republic, to persons subject to the Czech Republic’s jurisdiction. Consequently, the disputes underlying those heads of counterclaim in principle fall to be decided through the appropriate procedures of Czech law and not through the particular investment protection procedures of the Treaty”. Ancora, in un altro procedimento UNCITRAL, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award sulla giurisdizione e responsabilità del 28 aprile 2011, (Marc Lalonde [Presidente], Horacio A. Grigera Naón, Brigitte Stern), al par. 693: “In considering whether the Tribunal has jurisdiction to consider the counterclaims, it must therefore decide whether there is a close connection between them and the primary claim from which they arose or whether the counterclaims are matters that are otherwise covered by the general law of Respondent”.

se – come già si è detto – nella maggioranza dei casi tali strumenti internazionali prevedono delle obbligazioni solamente per lo Stato, come sarà mai possibile per il convenuto radicare la propria domanda riconvenzionale in quelle stesse disposizioni, stante il loro silenzio in relazione a eventuali doveri giuridici dell'investitore? In altre parole, richiedere che le domande riconvenzionali dello Stato, perché siano ammissibili, debbano condividere il medesimo fondamento giuridico di quelle principali, equivale ad escludere tout court l'ammissibilità. Salvo rarissimi casi, infatti, non sarà mai possibile per lo Stato convenuto proporre contro l'investitore delle domande che abbiano come propria giustificazione giuridica le norme del BIT. Di fatto, una lettura così stringente del requisito della connessione rischierebbe di abrogare tacitamente l'istituto della domanda riconvenzionale, ogniqualvolta questa venga dedotta in un procedimento originato da treaty-based claims¹⁰⁵¹.

In dottrina si è anche notato come sia identificabile un approccio giurisprudenziale volto, nella sostanza, ad ignorare o perlomeno a sottostimare la rilevanza del requisito della connessione della riconvenzionale con l'oggetto della controversia¹⁰⁵². Senza entrare nel merito dei ragionamenti sviluppati dai singoli collegi¹⁰⁵³, occorre però dire come tale orientamento giurisprudenziale debba essere rigettato perché, nei fatti, tende alla sostanziale abrogazione della norma relativa alla necessità che sussista una connessione con l'oggetto della controversia, prevista in due diverse disposizioni (l'art. 46 della Convenzione e l'art. 40 delle Rules). Per nessuna ragione, infatti, i Tribunali possono autonomamente assumere delle decisioni esplicitamente o implicitamente irrispettose delle norme processuali che sono chiamati ad applicare.

Escluso che ciascuno di questi due distinti, e opposti, indirizzi giurisprudenziali possa essere adottato, è da dire come alcuni autori abbiano di fatto auspicato un riallineamento tra la giurisprudenza in materia di investimento e quella della CIG, prospettando la necessità che tra le domande principali e quelle riconvenzionali la connessione debba essere sia in fatto che in diritto¹⁰⁵⁴, intendendo però quest'ultima connessione in senso diverso rispetto a quello del primo degli orientamenti sopra indicati. Nello specifico, al fine di dare applicazione ai criteri adottati dalla CIG, si è detto che per la sussistenza del nesso giuridico rilevante tra le domande riconvenzionali e quelle principali è necessario che le prime appartengano allo stesso corpus normativo delle seconde. Orbene, se questo approccio può essere assolutamente ragionevole nel caso di controversie inter-statali, per le ragioni che si sono dette *supra* nell'analisi della rilevante giurisprudenza della CIG, altrettanto non può essere detto per le controversie in materia di investimento. A fini di maggiore comprensione, è necessario ricorrere a una esemplificazione. Dove starebbe il nesso giuridico tra una domanda attorea volta all'accertamento della violazione dello standard di full protection and security e una

¹⁰⁵¹ Hoffmann A. K., "Counterclaims", in Kinneer M. et al., *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), a pag. 514.

¹⁰⁵² Hoffmann A. K., "Counterclaims in Investment Arbitration", *ICSID Review*, vol. 28 (2013), a pag. 451.

¹⁰⁵³ *Ibidem*: l'autore precitato ha identificato in *Hamster v. Ghana*, *AMTO v. Ukraine*, *Roussalis v. Romania* i casi in cui la questione è stata affrontata solo in astratto ma non in relazione al caso concreto. Viceversa, in altri procedimenti il Tribunale non avrebbe fatto nemmeno menzione del requisito della connessione della riconvenzionale con l'oggetto della controversia (*Desert Line v. Yemen*, *Genin v. Estonia*, *Occidental Petroleum Corporation v. Ecuador*).

¹⁰⁵⁴ De Nanteuil A., "Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), a pag. 387.

domanda riconvenzionale che miri all'accertamento della violazione della normativa tributaria nazionale? In casi del genere, l'unico modo per dimostrare un nesso tra le due domande sarebbe quello di accertare che la misura statale, asseritamente contrastante con gli standard di protezione del BIT, sia stata adottata in reazione ad una condotta illecita dell'investitore. Tuttavia, è da dubitare che questo possa essere considerato come un nesso avente natura giuridica, almeno nel senso che è stato inteso dalla summenzionata dottrina.

Pertanto, per le ragioni che sono già state enucleate, l'orientamento dottrinale maggiormente convincente muove dalle premesse, di cui si è appena *supra* dato conto, secondo cui lo Stato ospite potrà proporre delle domande riconvenzionali che trovino la propria base giuridica solamente nel diritto interno o nel contratto di investimento. Se ciò è vero, a fini di ammissibilità conterà esclusivamente che la domanda riconvenzionale debba essere connessa al medesimo investimento cui si riferiscono le domande principali, perlomeno sotto il profilo fattuale. In altre parole, questo altro non significa che l'oggetto della doglianza riconvenzionale, perché questa possa dirsi ammissibile, dovrà avere ad oggetto la liceità, in relazione al diritto interno o al contratto d'investimento, di una o più condotte assunte dall'investitore nell'esecuzione del suo investimento. Viceversa, non potranno essere portate alla cognizione del Tribunale arbitrale delle condotte dell'investitore le quali risultino distanti, nel tempo e nello spazio, dall'esecuzione dell'investimento¹⁰⁵⁵. In ultima analisi, perché possa dirsi idonea a determinare l'allargamento della controversia processuale, è richiesto che la domanda riconvenzionale abbia ad oggetto delle questioni controverse relative al medesimo investimento cui si riferisce la domanda principale.

Questa lettura del requisito della connessione si concilia in modo particolare, realizzandolo, con l'ultimo requisito previsto dall'art. 40 delle Arbitration Rules, il quale dispone che la domanda riconvenzionale debba essere "altrimenti ricadente nell'ambito giurisdizionale del Centro" ("... provided that such ancillary claim [...] is otherwise within the jurisdiction of the Centre"). Infatti, qualora si accerti che la domanda riconvenzionale abbia ad oggetto delle questioni controverse relative ad un investimento, cui già si riferisce la domanda principale, sarà pressoché inevitabile inferire da ciò che la domanda riconvenzionale ricada nella giurisdizione (o competenza) del Centro.

¹⁰⁵⁵ Lalive P., Halonen L., "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", in Belohlávek A. J., Rozehnalová N., *Czech Yearbook of International Law*, (Juris, 2011), al par. 7.39., ove gli autori, criticando la decisione del Tribunale in *Saluka* di applicare i criteri adoperati in *Klöckner*, affermano che "the Tribunal was not called upon to rule on the question of jurisdiction over (or admissibility of) counterclaims as a matter of general principles of law, but under a very specific instrument, the Czech Republic – Netherlands BIT. The way of expressing the required connection in that instrument was the only one with which tribunal needed to concern itself: the fact that the counterclaims arose out of the same investment should have been sufficient".

3.3.4 L'intervento dei terzi

Nella prassi arbitrale ICSID non sono molti i casi in cui soggetti terzi abbiano tentato di esperire un intervento in procedimenti già pendenti tra due o più parti.

In primo luogo probabilmente questo si deve alla natura stessa dell'arbitrato d'investimento, che infatti rimane ancora oggi uno strumento che mira alla risoluzione di una certa controversia tra certe parti, a esclusione di tutte le altre potenzialmente interessate. A riprova di ciò, il fatto che spesso le parti coinvolte neppure intendano rendere pubblici gli atti processuali ma piuttosto scelgano di non divulgare informazioni di sorta al fine di salvaguardare propri interessi particolari. Senza poter indagare a fondo in questa sede quale sia, o quale debba essere, la natura dell'arbitrato d'investimento ICSID, è però evidente come quanto accennato non possa che incidere sulla modalità di partecipazione, riducendole, dei soggetti diversi rispetto ai protagonisti della fase di instaurazione del procedimento, ovverosia l'attore (o gli attori) e il convenuto¹⁰⁵⁶.

Rivolgendosi alla sola normativa ICSID, occorre dire come né la Convenzione né le Arbitration Rules prendano in considerazione la fattispecie dell'intervento del terzo. Questo potrebbe probabilmente essere uno dei casi ricadenti nell'ambito applicativo dell'art. 44 della Convenzione, il quale appunto prevede che il Tribunale debba decidere le questioni di procedura non disciplinate dalla Convenzione o dalle Rules¹⁰⁵⁷. D'altra parte, tuttavia, non è neppure da rigettare a priori che il silenzio della normativa vigente possa essere interpretato nel senso di escludere l'intervento di soggetti terzi. Va da sé che quando entrambe le parti manifestino il proprio consenso a che un soggetto, sino a quel momento estraneo, prenda parte al procedimento, non dovrebbe darsi alcun problema. Infatti, se il consenso di entrambe le parti può determinare delle modifiche alle norme che provvedono a disciplinare il procedimento¹⁰⁵⁸, a *fortiori* questo potrà dirsi idoneo a regolamentare una situazione non disciplinata. Viceversa, ben più problematica sarà la situazione in cui (almeno) una delle parti si opponga all'intervento di un soggetto: in questo caso, è forse più probabile che il Tribunale non possa consentire l'intervento.

In secondo luogo, esiste almeno un'altra circostanza – già emersa nel corso della trattazione sulla determinazione del perimetro della controversia al tempo

¹⁰⁵⁶ Come correttamente evidenziato in dottrina, la risoluzione delle questioni trattate in questa sede dipende grandemente dalla considerazione che si ha dell'arbitrato di investimento. Infatti, da una parte questo potrebbe intendersi come istituzione privata, "*primarily designed to serve the interests of parties to concrete disputes*". In questo caso, le parti rimarrebbero assolutamente libere di gestire il procedimento arbitrale per tramite dell'impiego delle loro facoltà di transazione (cc.dd. "*powers of transaction*"). Dall'altra, l'arbitrato potrebbe essere inteso come strumento per la realizzazione di certe finalità pubbliche (*rectius*, collettive), "*and should be subjected to a variety of public policy considerations that may or may not coincide with the cumulative interests of the immediate parties to the dispute*". Si veda Shany Y., "*Consolidation and Tests for Application: Is International Law Relevant?*", *ICSID Review*, vol. 21 (2006), a pag. 135 e ss.

¹⁰⁵⁷ Così dispone la seconda parte dell'art. 44 della Convenzione: "*If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question*".

¹⁰⁵⁸ Così dispone la prima parte dell'art. 44 della Convenzione: "*Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration*".

dell'instaurazione del procedimento – che rende l'intervento dei terzi, se non impossibile, almeno assai improbabile.

Infatti, è chiaro che i soggetti eventualmente interessati a prendere parte a un certo procedimento contenzioso saranno, con ogni probabilità, quelli che in qualche modo abbiano preso parte – anche a diverso titolo – alla realizzazione dello specifico investimento ivi trattato e che lamentino l'illiceità delle misure assunte dall'autorità a loro pregiudizio. Orbene, come già si è visto *supra* in sede di determinazione del perimetro personale della controversia, tendenzialmente tali soggetti si attivano congiuntamente nell'instaurazione di un unico procedimento contro lo Stato, piuttosto che esperire un intervento in un procedimento già pendente. Al contrario, quando tale pluralità di attori al tempo della instaurazione del procedimento non venga realizzata, vorrà dire che quegli investitori hanno deciso di lamentare l'illiceità delle misure statuali, già oggetto di contestazione in un altro procedimento, in un procedimento del tutto nuovo. Le medesime considerazioni valgono anche nel caso in cui due soggetti abbiano realizzato diversi investimenti e reputino di essere stati danneggiati dalle medesime misure statuali¹⁰⁵⁹.

Tali generali considerazioni permettono di comprendere le ragioni che stanno alla base della pressoché totale irrilevanza dell'istituto dell'intervento nell'arbitrato di investimento. Stante l'inconsistenza della prassi a riguardo, una trattazione meramente ipotetica su come l'eventuale intervento – qualora ammesso – possa incidere sul perimetro della controversia risulti non solo avventata ma anche inopportuna.

¹⁰⁵⁹ Kaufmann-Kohler G., Boisson de Chazournes L., Bonnin V., Mbengue M. M., “*Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently?*”, *ICSID Review*, vol. 21 (2006), a pag. 63: “*The initiative for the colloquium started from the observation that, increasingly, the same event or measure is likely to give rise to claims by multiple investors against the same State. Argentina’s financial crisis is the foremost recent illustration of this phenomenon. So far, the crisis has generated 37 ICSID arbitrations. All these proceedings have certain issues in common, both on jurisdiction and on the merits, but they are all dealt with separately. The Argentine situation is not unique. Similar situations may well arise again tomorrow in other countries?*”.

3.4 Possibili mutamenti perimetrali della controversia nel corso del procedimento: considerazioni frutto della comparazione

L'analisi condotta in questo capitolo ha avuto ad oggetto gli eventi processuali astrattamente idonei all'alterazione del perimetro materiale della controversia. In generale, se pure è possibile che alcuni tra questi eventi possano effettivamente portare l'organo a decidere su questioni diverse rispetto a quelle rappresentate al momento dell'instaurazione del procedimento contenzioso, non è però consentito che tali questioni possano determinare un mutamento della natura della controversia originariamente dedotta. Proprio questa necessità sta alla base delle limitazioni previste negli strumenti giuridici che regolano lo svolgimento del procedimento innanzi agli organi indagati. Tali strumenti, infatti, prevedono che le domande dedotte dall'attore successivamente all'instaurazione del procedimento e quelle riconvenzionali avanzate dal convenuto siano ammissibili solo se rispettano determinati requisiti. Altri requisiti sono dettati perché l'intervento da parte di soggetti terzi, rispetto alle parti costituite nel procedimento, sia esperibile. Si cercherà ora di elaborare qualche generale considerazione sulla comparazione realizzata in relazione a ciascuno degli accadimenti processuali appena menzionati.

Dal punto di vista attivo, si è potuto notare come, in tutti i sistemi studiati, l'attore sia assolutamente libero di sviluppare gli argomenti che egli reputa più idonei alla dimostrazione della fondatezza delle pretese originariamente dedotte, e ciò nel pieno rispetto del perimetro della controversia delineato al momento della instaurazione del procedimento. Al di là di questo, si è visto come in certi sistemi l'attore possa anche dedurre delle domande diverse rispetto a quelle originariamente dedotte nel corso del procedimento. Ciò accade con evidenza, per esempio, nel procedimento innanzi alla CIG e in quello innanzi ai Tribunali arbitrali dell'ICSID.

Nel primo, le domande attoree formulate nel corso del procedimento sono ammissibili se hanno ad oggetto questioni che la Corte avrebbe comunque dovuto decidere per risolvere la controversia originaria oppure quando quelle abbiano ad oggetto questioni immediatamente consequenziali rispetto a quelle decise.

Nel secondo, le domande attoree sono ammissibili non solo se risultano funzionali all'accrescimento della tutela giudiziale dell'investitore, così nel caso di domande addizionali che mirino ad ottenere un risarcimento dei danni derivanti dall'esperienza di procedure giudiziarie interne, bensì anche, più in generale, quando si riferiscano al medesimo investimento.

All'opposto, il sistema rimediale dell'OMC risulta essere molto più rigido, dal momento che la proposizione di nuove domande da parte dell'attore non è mai ammessa nel corso del procedimento. Da una parte, salva la possibilità di instaurare un nuovo procedimento, si è visto che l'attore potrà contestare misure diverse rispetto a quelle indicate nei terms of reference soltanto quando le prime siano strettamente collegate alle seconde. Dall'altra, potrà lamentare la lesione di norme diverse rispetto a quelle originariamente esplicitate solo e soltanto quando la norma nuova sia in qualche modo recepita dalla norma originariamente contestata.

Una situazione simile si dà all'esito dell'analisi comparativa avente ad oggetto la disciplina delle domande riconvenzionali.

Nel sistema dell'OMC, ogni domanda riconvenzionale è categoricamente esclusa. Tale scelta si riconduce tradizionalmente alla volontà di evitare che il procedimento rimediale sia foriero di litigiosità tra i membri. Posto comunque che la litigiosità di chi partecipa ad un processo rimediale non dipende solo da ciò che è oggetto di doglianza bensì dall'atteggiamento delle parti processuali, la vera e più rilevante ragione sottesa a tale scelta sistemica sembra piuttosto dovuta alla necessità che il panel non conosca di questioni eterogenee rispetto a quelle originariamente dedotte dall'attore. Infatti, applicando la logica dell'OMC, ove nessuno può reagire autonomamente all'illecito altrui, non si capirebbe infatti quale possa essere il nesso – tra le misure contestate dall'attore e quelle eventualmente contestate dal convenuto – tale da renderne opportuna una trattazione congiunta e contestuale. Piuttosto, ciò che ha destato maggiore interesse nell'ambito della procedura davanti agli organi dell'Intesa è se il convenuto possa o meno basare le proprie difese su norme extra-OMC. Evidentemente, la deduzione di difese basate su norme esterne al diritto dell'OMC, pur non alterando formalmente il perimetro della controversia tracciato al momento della redazione dei terms of reference, potrebbe però modificare nella sostanza l'oggetto della controversia. Nonostante la pluralità di voci in dottrina, si è visto come la giurisprudenza dell'Organo di Appello neghi costantemente questa possibilità al convenuto.

All'opposto rispetto alla disciplina nel diritto dell'OMC, la disciplina delle domande riconvenzionali innanzi alla CIG risulta di gran lunga più liberale. Queste ultime, infatti, possono essere proposte ogniqualvolta siano connesse in fatto e in diritto rispetto alle domande principali. Per quanto concerne la connessione in fatto, è necessario che la riconvenzionale abbia ad oggetto delle condotte collocabili nel medesimo contesto fattuale, temporale e spaziale, rispetto alle condotte contestate con la domanda principale e che le prime condividano la medesima natura delle seconde. Per quanto concerne la connessione in diritto, è poi richiesto che le due domande, principale e riconvenzionale, mirino al raggiungimento della medesima finalità giuridica ovvero che per la loro decisione debba applicarsi il medesimo corpus normativo. Infine, se pure è vero che la Corte non richiede che gli argomenti posti a sostegno delle riconvenzionali siano necessariamente quelli posti a sostegno delle difese finalizzate a respingere la domanda principale, è altrettanto vero che la soluzione adottata nell'ambito della CIG soddisfa l'interesse a che la Corte possa conoscere di tutti i profili di una controversia complessa, anche di quelli che non sono stati dedotti dall'attore nella prima fase del procedimento. In altre parole, è evidente che una serie di condotte, poste in essere da due Stati nel medesimo contesto spaziale e temporale, possa originare una medesima controversia. Orbene, quando l'attore ometta di dedurre innanzi alla Corte alcune di quelle, sarà ben possibile per il convenuto rimediare a questa omissione, rappresentando così alla Corte l'intera controversia, e non già una parte di essa, non solo per tramite di mere difese ma anche proponendo domande nuove aventi ad oggetto condotte realizzate dalla controparte.

Infine, la situazione innanzi ai Tribunali d'investimento ICSID si situa a metà strada tra quella dell'OMC e quella della CIG. A prescindere dalle già svolte considerazioni in ordine alla sussistenza della giurisdizione dell'organo adito a conoscere di domande

proposte dal convenuto, eventuali domande riconvenzionali innanzi ai Tribunali arbitrali saranno ammissibili solo quando siano indivisibili o interconnesse rispetto alla domanda principale. Tale nesso di interconnessione o indivisibilità sarà innegabile quando sia la domanda principale che quella riconvenzionale abbiano ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione di un contratto. Viceversa, più complessa sarà la situazione quando la domanda principale abbia ad oggetto la violazione del BIT rilevante, dal momento che sarà assai arduo, se non impossibile, affermare che l'investitore abbia violato norme del Trattato. Sarà invece più semplice affermare che l'investitore abbia violato il diritto interno, posto che questo possa essere applicato dal Tribunale per la risoluzione della controversia, e norme eventualmente incluse in un contratto d'investimento.

Risultati diversi si danno invece in relazione all'ultimo istituto, ovverosia quello dell'intervento di soggetti terzi nel procedimento pendente tra altre parti. Orbene, si è visto come, per ragioni strutturali e forse anche relative alla natura stessa del sistema di risoluzione delle controversie tra Stato e investitore, l'intervento assuma scarsissimo rilievo nell'ambito dei procedimenti ICSID. Infatti, non solo l'istituto non trova alcun positivo riscontro negli strumenti normativi rilevanti, bensì anche la stessa determinazione del perimetro personale della controversia al momento dell'instaurazione del procedimento induce a credere che l'intervento possa avere luogo in rarissimi casi.

Una situazione diversa si dà nell'ambito del procedimento contenzioso davanti alla CIG e in quello innanzi agli organi dell'Intesa.

Nel primo, si è visto come esistano due tipologie distinte di intervento. Il primo è quello generale, *ex art. 62* dello Statuto, che si dà ogniqualvolta interessi di Stati terzi possano essere pregiudicati, se pure con gradi diversi di intensità, dalla decisione eventualmente resa all'esito di un procedimento tra altre parti. Qui l'intervento è ammissibile quando il terzo riesca a dimostrare che tra il suo proprio interesse giuridico e l'oggetto del giudizio principale, costituito da diritti o obblighi delle parti principali, sia rinvenibile un certo grado di connessione. Il secondo è quello speciale, *ex art. 63* dello Statuto, che si dà quando per decidere una controversia tra certe parti sia necessario interpretare una certa convenzione multilaterale, e ciò sia quando l'interpretazione da dare allo strumento multilaterale costituisca l'oggetto esclusivo della controversia, nel caso di controversie interpretative pure, sia quando la corretta interpretazione dello strumento internazionale costituisca questione pregiudiziale per la decisione del merito. In questo caso, è previsto che ciascuno Stato parte di quella convenzione possa intervenire nel procedimento davanti alla Corte per rappresentare ai giudici la sua posizione in ordine all'interpretazione da dare allo strumento multilaterale.

L'intervento *ex art. 62* può essere svolto dal terzo sia come parte sia come non parte. Non essendovi stato alcun caso in cui uno Stato abbia ottenuto l'ammissione al procedimento come parte, si è preferito concentrare l'attenzione sull'intervento come non parte. Si è appurato che, in questo caso, l'interveniente non avrà altre facoltà processuali se non quelle di proporre le proprie argomentazioni in ordine all'oggetto della controversia così come delineato dalle parti. In buona sostanza, mai il terzo potrà pervenire ad un allargamento formale del perimetro materiale della controversia per tramite delle sue allegazioni.

Nel caso di intervento speciale, nonostante lo Statuto preveda espressamente che l'interveniente acquisti lo *status* di parte processuale, risulta assai arduo ritenere che questo possa pervenire ad una sostanziale modificazione del perimetro materiale della controversia. Anche in questo caso, infatti, l'interveniente non potrà che manifestare alla Corte la propria posizione, e cioè i propri argomenti, in ordine alla interpretazione delle norme rilevanti dello strumento multilaterale che questi reputi più corretta. Lo *status* di parte, però, ha come conseguenza che l'interpretazione astratta fornita dalla Corte vincolerà anche l'interveniente al rispetto della statuizione in ordine alla corretta interpretazione della convenzione multilaterale.

Una situazione non troppo dissimile si dà nel sistema rimediabile dell'OMC. Si è anzitutto notato come, rispetto alla corrispondente disciplina della CIG, innanzi agli organi dell'Intesa l'intervento risulti privo di ostacoli sostanziali. Ciò significa che qualsiasi Membro potrà partecipare al procedimento davanti al panel. Tale soluzione si deve principalmente alla natura intrinsecamente multilaterale del sistema. Gli effetti dell'intervento del terzo, tuttavia, risultano molto modesti. Analogamente a quanto accade innanzi alla CIG, il terzo interveniente potrà solamente sviluppare gli argomenti già sviluppati dalle parti ovvero proporre di nuovi. Mai il terzo potrà presentare domande nuove oppure argomenti esorbitanti rispetto al perimetro materiale della controversia stabilito dall'attore.

L'analisi compiuta ha dimostrato che, in generale, tutti i sistemi indagati impediscono ai soggetti che prendono parte a vario titolo al procedimento di mutare la natura della controversia pendente innanzi all'organo decidente. Tuttavia, e salvo il caso del sistema rimediabile dell'OMC, il quale risulta essere estremamente inflessibile, ciò non significa che il perimetro della controversia, così come delineato al momento della instaurazione del procedimento contenzioso, debba rimanere immutato. Infatti, nei procedimenti innanzi alla CIG e innanzi ai Tribunali arbitrali, è ben possibile per le parti includere nel procedimento "materia controversa" nuova rispetto a quella originariamente dedotta, salvo che la prima risulti in qualche modo connessa alla seconda e che sia opportuno pervenire ad una contestuale decisione per entrambe. In buona sostanza, la tendenza sembra quella di assicurare alle parti la possibilità di "completare" la controversia dedotta nel procedimento con alcune delle questioni "rimaste fuori" dal processo, facendo così corrispondere la controversia processuale a quella extra-processuale.

PARTE QUARTA

**ESTINZIONE E RISOLUZIONE
DELLA CONTROVERSIA**

4.1 Risoluzione della controversia innanzi alla CIG

4.1.1 Estinzione e risoluzione delle controversie internazionali

In generale, come la realizzazione dello scontro di volontà tra due o più Stati dà origine ad una controversia internazionale, così il venir meno della volontà ostile di uno o di entrambi determina l'estinzione di tale controversia. Ancora una volta è opportuno ricorrere all'insegnamento di Morelli, il quale limpidamente distingue tra estinzione e soluzione della controversia internazionale¹⁰⁶⁰. Mentre la prima si dà storicamente nel momento in cui viene meno almeno uno degli elementi costitutivi della controversia, la seconda si concretizza nella sopravvenienza di una volontà, da parte del giudice, idonea a rideterminare il conflitto di interessi, o i conflitti di interesse, alla base della controversia¹⁰⁶¹.

Nel caso di cessazione della volontà ostile di una o di entrambe le parti, la rilevanza del diritto è variabile, dal momento che il mutamento dell'atteggiamento potrebbe dipendere da fattori altri rispetto al diritto. Nel caso di risoluzione – almeno ai nostri fini – la rilevanza del diritto è massima, poiché questa è quella realizzata da un organo giurisdizionale internazionale.

Tralasciando il caso in cui la controversia venga meno per effetto della cessazione unilaterale di una delle manifestazioni di volontà che l'avevano originata, il primo caso corrisponde tendenzialmente a quello in cui le parti concludano un accordo per porre fine alla controversia. Pur non essendo sempre vero che la sopravvenuta valutazione di interessi viene posta in essere dalle stesse parti in conflitto sulla base di elementi giuridici, essendo quelle assolutamente libere di accordarsi per una soluzione negoziata che prescindia dall'applicazione di norme internazionali, è però vero che tale accordo assume una successiva rilevanza giuridica in virtù della norma internazionale relativa al *pacta sunt servanda*.

In ogni caso, la conclusione dell'accordo risolutivo, che determina un nuovo assetto di interessi tra le parti, comporta l'estinzione della controversia. Tuttavia, l'estinzione “non è effetto giuridico prodotto dall'accordo in quanto fatto giuridico; essa è un avvenimento storico, che si identifica con un certo atteggiamento degli Stati risultante dalla loro partecipazione all'accordo, il quale come fatto storico viene qui in

¹⁰⁶⁰ Morelli G., “*Estinzione e Soluzione di Controversie Internazionali*”, in *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, IV – *Diritto Pubblico e Storia del Diritto* (Padova: CEDAM, 1950), a pag. 95. Si veda anche Arangio-Ruiz G., “Note sugli “Accordi Risolutivi di Controversie” nel Diritto Internazionale”, in *Comunicazioni e Studi*, vol. 6 (1952), alle pagg. 108 e ss.

¹⁰⁶¹ Ballardore Pallieri G., “*La Natura Giuridica dell'Arbitrato Internazionale*”, *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 8 (1929), a pag. 329, ove l'autore reputava che al ricorrere dell'arbitrato internazionale, “la controversia ha termine per opera di una volontà diversa da quella delle parti contendenti”.

considerazione”¹⁰⁶². Per queste ragioni, Morelli ritiene che estinzione e soluzione della controversia siano due fenomeni da tenere logicamente distinti. Secondo l’illustre autore, è evidente che l’estinzione della controversia, venuta meno in ragione della cessazione di uno dei suoi elementi costitutivi, a prescindere dalla conclusione o meno di un accordo transattivo tra le parti, non impedisce che ne venga ad esistenza un’altra “corrispondente, in maggiore o minore misura, alla prima”¹⁰⁶³.

La situazione è parzialmente diversa quando si pervenga alla risoluzione della controversia, e quindi a una nuova valutazione dell’assetto degli interessi, per tramite di una sentenza¹⁰⁶⁴. Nonostante l’esercizio della giurisdizione internazionale sia sempre dipendente dal consenso delle parti coinvolte, potrebbe comunque darsi il caso in cui la sola sentenza internazionale non sia idonea a determinare l’estinzione della controversia. Questo accade quando “la parte soccombente, sia perché ritenga la decisione ingiusta sia perché, in considerazione della forza di cui dispone o per altri motivi, ritenga che il proprio interesse possa, nonostante la decisione, prevalere in linea di fatto, mantenga la propria pretesa, giudicata infondata dalla sentenza, ovvero continui a resistere alla pretesa avversaria, giudicata fondata, contestando la pretesa stessa o astenendosi dall’eseguire la sentenza”¹⁰⁶⁵.

Se ciò è vero, comunque “è innegabile che la decisione giudiziaria costituisce un fattore che agisce nel senso di determinare l’estinzione della controversia”¹⁰⁶⁶. Infatti, la particolarità della sentenza starebbe comunque nel fatto di creare certezza in grado sicuramente maggiore rispetto a qualsiasi altra valutazione degli interessi in gioco. Proprio tale rilevante certezza eserciterebbe sulle parti un effetto psicologico, nel senso che questa indurrebbe di per sé le parti al rispetto della statuizione giudiziaria. Per questo, quando “il valore giuridico della sentenza non venga disconosciuto, una nuova controversia non può sorgere che riguardo alla interpretazione della sentenza”¹⁰⁶⁷. Infine, anche gli effetti giuridici che si collegano alle sentenze internazionali, almeno

¹⁰⁶² *Ivi* a pag. 98.

¹⁰⁶³ *Ivi* a pag. 95.

¹⁰⁶⁴ Senza pretesa di esaustività, giacché esulerebbe dalla tematica che è oggetto di trattazione, bisogna dire che la natura giuridica della sentenza internazionale è stata a lungo dibattuta in dottrina, soprattutto nella prima metà del ventesimo secolo. In particolare, risultavano assai problematiche da una parte l’identificazione degli effetti della sentenza, dall’altra la possibilità di qualificare quella come prodotto della volontà degli Stati. Sicuramente condivisibile è la riflessione sviluppata in Morelli G., *La Sentenza Internazionale*, (Padova: CEDAM), 1931 a pag. 69 e ss., ove l’autore, dopo aver chiarito che alla sentenza consegue l’effetto di risolvere la controversia perché così hanno voluto le parti predisponendo la norma di diritto particolare costitutiva della giurisdizione del Tribunale arbitrale o della Corte competente, precisa come la sentenza debba essere qualificata non come atto giuridico proprio degli Stati (escludendo così che la sentenza possa dirsi manifestazione diretta della loro volontà) bensì come fatto giuridico internazionale in senso stretto. In altre parole, l’autore afferma che l’efficacia risolutiva propria della sentenza non possa mai essere revocata in dubbio per il sol fatto che non si tratta di volontà direttamente manifestata dalle parti.

¹⁰⁶⁵ Morelli G., “*Estinzione e Soluzione di Controversie Internazionali*”, in *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, IV – *Diritto Pubblico e Storia del Diritto* (Padova: CEDAM, 1950), a pag. 99.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁷ *Ivi* a pag. 100.

nel caso di quelle pronunciate dalla CIG¹⁰⁶⁸, dovrebbero indurre al rispetto della nuova valutazione di interessi posta nella sentenza.

Tali ragioni sono sufficienti a giustificare lo svolgimento nelle pagine che seguono di una indagine sugli effetti prodotti dalla sentenza sulla controversia e sul suo oggetto, giacché la prima, per definizione, è sempre idonea a risolvere la seconda.

Nonostante estinzione e risoluzione giudiziale della controversia siano fenomeni concettualmente distinti, è evidente come il primo possa esplicitare i suoi effetti sul procedimento che porta al secondo. Infatti, in linea generale, l'estinzione della controversia, avvenuta nel corso del procedimento, comporta l'estinzione di quest'ultimo. I casi più rilevanti di estinzione della controversia nel corso del procedimento sono quelli in cui si ha la conclusione di un accordo risolutivo tra le parti, accordo che può entrare "a far parte" della sentenza con cui la Corte chiude il procedimento, oppure quando una parte rinunci all'azione o alla pretesa giudizialmente dedotta.

¹⁰⁶⁸ L'autore si riferisce a quanto disposto dall'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, relativamente al coinvolgimento del Consiglio di Sicurezza nel caso in cui lo Stato soccombente non intenda dare spontaneamente esecuzione alla sentenza internazionale.

4.1.2 La *res iudicata* nella giurisprudenza della CIG

Chiusa la fase orale del procedimento, inizia quella deliberativa. Pur non essendo necessario ai nostri fini dare conto dei vari passaggi attraverso cui tale fase si sviluppa, conviene comunque evidenziare come questa sia caratterizzata da un elevato grado di partecipazione di tutti i membri del collegio. Tale partecipazione si manifesta sia nel momento in cui i giudici espongono i loro intendimenti circa la soluzione da adottare in relazione alle conclusioni formulate dalle parti sia in quello di redazione dell'atto – funzione cui adempie un comitato di tre giudici – sia in quello di adozione della sentenza¹⁰⁶⁹. È indubbio che un ulteriore elemento dimostrativo dell'elevato grado di contribuzione dei giudici al raggiungimento della decisione sia rappresentato dalla facoltà, loro garantita, di allegare alla sentenza opinioni individuali che possono avere segno uguale o diverso dal *decisum*¹⁰⁷⁰.

Come si è già precisato, la sentenza è un atto che esprime una valutazione giuridica in ordine alla posizione delle parti. Tale valutazione è idonea a sostituire, sovrapponendosi a queste, le singole valutazioni contrapposte dedotte dagli Stati che prendono parte al giudizio, le quali, conviene rammentarlo, costituiscono l'oggetto processuale della controversia. In altre parole, la sentenza contiene un pronunciamento sull'oggetto processuale della controversia e lo dirime perché a quello sostituisce una propria valutazione, comunque basata sugli argomenti dedotti dalle parti. Tale pronunciamento deve dirsi definitivamente capace di risolvere la controversia in quanto costituente *res iudicata*, dal momento che fa stato tra le parti, con ciò intendendosi che su queste incombe l'obbligo di considerare il nuovo regolamento “non più controvertibile dei rapporti formanti oggetto della contestazione”¹⁰⁷¹.

Nell'ambito della giurisprudenza della CPGI, una prima e chiara apparizione del concetto della cosa giudicata si ebbe nella opinione dissenziente del giudice Anzillotti, allegata alla decisione del 1927 nel caso Chorzow Factory Case (Interpretation)¹⁰⁷², ove l'illustre giurista sosteneva che quello della *res iudicata* dovesse essere sicuramente incluso tra i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili, di cui all'art. 38 dello Statuto¹⁰⁷³. Peraltro, sempre secondo Anzillotti, l'applicazione del principio era subordinata alla soddisfazione del c.d. triple identity test: in altre parole, poteva darsi cosa giudicata solo qualora vi fosse identità di parti, di *petitum* e di *causa petendi*¹⁰⁷⁴. Successivamente, nella sentenza del 1939 nel caso della Société Commerciale de Belgique, la CPGI fornì una sintetica descrizione del concetto, precisando come

¹⁰⁶⁹ Per una dettagliata esposizione della fase deliberativa, Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016, a pag. 1573 e ss.

¹⁰⁷⁰ *Ivi* a pag. 1583 e ss.

¹⁰⁷¹ Morelli G., *La Sentenza Internazionale*, (Padova: CEDAM), 1931, a pag. 212.

¹⁰⁷² Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Judgments Nos. 7 & 8 (Interpretation)*, Judgment, 16 dicembre 1927, *Series A – No. 13, Opinion Dissidente de M. Anzillotti*, a pag. 23.

¹⁰⁷³ Per sostenere la sua condivisibile posizione, il giudice Anzillotti ebbe cura di riferirsi anche ai lavori preparatori del Comitato dei Giuristi. In quell'occasione, secondo il giurista, era a tutti chiaro che il principio della cosa giudicata andava annoverato tra quelli richiamati dall'art. 38 dello Statuto.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*.

riconoscere a una decisione l'effetto di cosa giudicata significasse solamente riconoscere il fatto che il contenuto di tale decisione è definitivo e obbligatorio¹⁰⁷⁵.

Anche in diritto internazionale, la cosa giudicata avrebbe due differenti tipologie di effetti¹⁰⁷⁶. La prima costituita dagli effetti cc.dd. preclusivi: una decisione finale e vincolante per le parti, che abbia determinato anche l'estinzione della controversia, dovrebbe impedire che ne sorga una nuova avente lo stesso oggetto di quella decisa¹⁰⁷⁷; tutt'al più, come previsto dall'art. 60 dello Statuto CIG, potrà sorgere una controversia tra le parti in relazione al significato o alla portata della decisione. Come chiaramente precisato da Zimmerman, il fatto che possa avere luogo una controversia interpretativa non mette a repentaglio quanto già statuito nella decisione controversa ma, al contrario, risulta una conferma dell'effetto di cosa giudicata della prima decisione¹⁰⁷⁸, con ciò escludendo che dietro il procedimento sull'interpretazione possa in realtà nascondersi un procedimento d'appello¹⁰⁷⁹. D'altra parte, la seconda tipologia è quella degli effetti cc.dd. positivi, aventi una duplice rilevanza. La prima è per le parti che, ai sensi della norma di cui all' art. 59 dello Statuto della CIG sull'obbligatorietà della decisione¹⁰⁸⁰, sarebbero vincolate non solo all'assunzione di condotte rispettose del *decisum* ma anche a non revocare in dubbio la conformità a diritto della nuova valutazione, giudizialmente imposta. La seconda è per l'organo giudiziale chiamato a decidere una nuova controversia, sorta tra le stesse parti e avente un contenuto diverso rispetto a quello della controversia già decisa ma a questo connesso: l'organo adito non potrebbe mai decidere in maniera difforme rispetto a ciò che costituisce oggetto della prima decisione.

4.1.2.1 Gli atti da cui deriva l'effetto di cosa giudicata

Gli unici atti cui è possibile ricollegare l'effetto di cosa giudicata sono le sentenze, mentre ciò non sarebbe possibile per le ordinanze, le quali – pur producendo, talvolta, effetti vincolanti per le parti simili a quelli prodotti dalle sentenze – conservano una mera rilevanza endoprocedimentale, sottraendosi quindi alla disciplina di cui agli Artt. 59 e 60 dello Statuto¹⁰⁸¹. Peraltro, secondo una giurisprudenza costante della Corte,

¹⁰⁷⁵ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The "Société Commerciale de Belgique"*, Judgment, 15 giugno 1939, *Series A/B*, a pag. 175: "Recognition of an award as *res judicata* means nothing else than recognition of the fact that the terms of that award are definitive and obligatory".

¹⁰⁷⁶ Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Londra: Stevens & Sons Limited), 1953, a pag. 337.

¹⁰⁷⁷ Questo è naturale sol che si abbiano a mente i principi del *lites finiri oportet* e del *bis de eadem re non sit actio*.

¹⁰⁷⁸ Zimmerman A., "Interpretation of Judgments of the International Court of Justice under Art. 60 of the Statute of the ICJ", in Zehetner F., *Festschrift für Hans-Ernst Folz*, 2003, a pag. 407 e 408.

¹⁰⁷⁹ Kulick A., "Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of *Res Judicata*", *Leiden Journal of International Law*, 28 (2015), a pag. 75.

¹⁰⁸⁰ L'art. 59 dello Statuto della CIG recita: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case".

¹⁰⁸¹ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, 19 agosto 1929, *Series A*, a pag. 13. Si veda anche Salas Kantor B., Zavala Achurra M., "The Principle of *Res Judicata* before the International Court of Justice: in the Midst of Comradeship and Divorce between International Tribunals?", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019), a pag. 294.

non vi è dubbio alcuno che l'effetto di cosa giudicata derivi non solo dalle sentenze che decidono il merito ma anche da quelle che risolvono questioni preliminari¹⁰⁸². Se questa considerazione può essere certamente accolta dal punto di vista teorico, tuttavia alcune precisazioni saranno fornite *infra* in ordine alla portata della cosa giudicata, a seconda che questa derivi da una sentenza sulle obiezioni preliminari oppure da una sentenza di merito.

4.1.2.2 La portata della cosa giudicata nel sistema della CIG

Sin dall'anzidetta opinione di Anzilotti del 1927 è chiaro come possa darsi *res indicata* solamente in casi in cui vi sia identità di parti, di *petitum* e di *causa petendi*. Nonostante in astratto ciò sia incontrovertibile, in concreto risulta molto più complesso comprendere appieno che cosa nella sentenza possa essere considerato come materialmente idoneo alla creazione della *res indicata*. Per chiarire la questione, è necessario dare preliminarmente conto di quali siano gli elementi che compongono l'atto conclusivo del procedimento contenzioso davanti alla CIG¹⁰⁸³. Questo, infatti, ha la seguente struttura: un titolo con una indicazione di sintesi delle questioni trattate nell'atto e dei giudici che hanno preso parte alla deliberazione; il resoconto sintetico delle vicende processuali con l'indicazione delle conclusioni formulate dagli Stati nel corso del procedimento; una narrazione del progresso fattuale e giuridico tra le parti; infine, il dispositivo con l'indicazione delle cc.dd. operative clauses.

Su quali siano le parti della sentenza da cui possa discendere l'effetto di cosa giudicata la dottrina è divisa¹⁰⁸⁴. Infatti, da una parte c'è chi legge nella giurisprudenza della Corte una tendenza consolidata secondo cui sarebbe possibile ricollegare l'effetto di cosa giudicata soltanto al dispositivo della sentenza¹⁰⁸⁵. Dall'altra, c'è chi ritiene che la stessa giurisprudenza, al fine di determinare la portata della cosa giudicata, prescriva di tenere in considerazione sia le circostanze fattuali che formano la base del dispositivo sia il ragionamento giuridico alla base di quello (c.d. *ratio decidendi*)¹⁰⁸⁶. Nel mezzo, c'è anche chi ritiene che la *res indicata* copra, oltre al dispositivo, le parti del ragionamento che

¹⁰⁸² Si considerino per esempio: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, ai par. 117 e ss.; *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment I.C.J. Reports 1999, al par. 16.

¹⁰⁸³ Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016, a pag. 1588 e ss.

¹⁰⁸⁴ Gattini A., "Un Regard Procedural sur la Fragmentation du Droit International", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 110 (2006), a pag. 326: "[...] le champ d'application de la *res indicata* n'est pas tout à fait clairement déterminé. Par rapport à une jurisprudence internationale contradictoire, la doctrine est incertaine sur la réponse à apporter à la question de savoir si la *res indicata* s'applique au seul dispositif ou si elle s'étend aussi aux motifs essentiels qui se retrouvent dans le jugement".

¹⁰⁸⁵ *Ex multis*, Ridi N., "Precarious Finality? Reflections on Res Judicata and the Question of the Delimitation of the Continental Shelf Case", *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018), a pag. 390.

¹⁰⁸⁶ *Ex multis*, Wittich S., "Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case", *The European Journal of International Law*, vol. 14 (2007), alle pagg. 601 e 602.

siano direttamente connesse a quello¹⁰⁸⁷, senza tuttavia precisare quale debba essere la natura di tale connessione. Tali problematiche non sono di poco conto, poiché il rischio di un'estensione eccessiva dell'ambito della cosa giudicata è quello di pregiudicare il principio del *ne ultra petita*, riflesso della signoria che gli Stati parte del procedimento esercitano su questo¹⁰⁸⁸.

Peraltro, la questione si è posta già in tempi lontani, quando ancora non esisteva una giurisdizione permanente dedicata alla risoluzione delle controversie statuali. Ci si riferisce a quanto precisato nella decisione della controversia tra Messico e Stati Uniti relativamente ai Fondi pii della California, portata alla Corte Permanente di Arbitrato dell'Aja nel 1902¹⁰⁸⁹. In quella sede, la decisione aveva chiaramente ammesso che tutte le parti della sentenza relative alle questioni dibattute dalle parti si chiariscono e si integrano vicendevolmente ovvero servono a rendere preciso il significato e la portata del dispositivo e a determinare i punti che ricadono nell'ambito della *res iudicata*¹⁰⁹⁰.

La questione risulta assai dibattuta anche dagli stessi giudici della CIG. Da un lato, conviene rammentare il contenuto dell'opinione dissenziente, redatta dal giudice Jessup, allegata alla sentenza del 1966 nel caso *South West Africa*¹⁰⁹¹, in cui egli sostiene che gli elementi del ragionamento essenziali alla decisione ricadono nell'ambito della cosa giudicata¹⁰⁹². Dall'altra, conviene citare la dichiarazione congiunta dei giudici Owada, Bennouna e Gaja, resa in occasione della sentenza del 2017 nel caso *Request for the Interpretation of the Judgment of 15th June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear tra Cambogia e Thailandia*¹⁰⁹³, ove gli anzidetti giudici hanno

¹⁰⁸⁷ Salas Kantor B., Zavala Achurra M., “*The Principle of Res Judicata before the International Court of Justice: in the Midst of Comradeship and Divorce between International Tribunals*”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019), a pag. 302.

¹⁰⁸⁸ Gattini A., “*Un Regard Procedural sur la Fragmentation du Droit International*”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 110 (2006), a pag. 327.

¹⁰⁸⁹ Per una dettagliata esposizione del trascorso tra le parti conviene rimandare a Limburg J., “*L'autorité de Chose Jugée des Décisions des Juridictions Internationales*”, *Académie de Droit International – Recueil des Cours*, V (1930), a pag. 599. Per i fini qui perseguiti, conviene notare solamente che i due Paesi, pur accettando entrambi il principio della cosa giudicata nella giurisdizione internazionale, contendevano tuttavia sulla sua estensione. Oggetto di controversia, infatti, erano gli effetti derivanti dalla sentenza, pronunciata dall'arbitro unico Sir Thornton nel 1875, che stabiliva che il Messico avrebbe dovuto pagare una cospicua somma di denaro per ristorare gli interessi dovuti dallo Stato messicano ai vescovi di Monterey e di San Francisco.

¹⁰⁹⁰ Bowett D.W., “*Res Iudicata and the Limits of Rectification of Decisions by International Tribunals*”, *African Journal of International & Comparative Law*, vol. 8 (1996), a pag. 578: “[...] all parts of the judgment or the decree concerning the points debated in the litigation enlightened and mutually supplement each other, and [...] they all serve to render precise the meaning and the bearing of the dispositive (decisory part of the judgement) and to determine the points upon which there is *res iudicata* [...]”.

¹⁰⁹¹ *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, Opinione Dissenziente del giudice Jessup, a pag. 331.

¹⁰⁹² *Ibidem*. “*The findings on which was based the ‘conclusion, which has now indisputably acquired the force of res iudicata’ – ‘findings’ which ‘constitute a condition essential to the Court’s decision’ – were among the points ‘possessing binding force in accordance with the terms of Article 59 of the Statute’.*”

¹⁰⁹³ *Request for the Interpretation of the Judgment of 15th June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013, Joint Declaration of Judges Owada, Bennouna and Gaja*, a pag. 320. Invero la posizione adottata nella dichiarazione dei tre giudici corrisponde a quella già esposta in Gaja G., “*Considerazioni sugli Effetti delle Sentenze di*

operato una netta distinzione tra ragioni indispensabili e ragioni essenziali. Secondo tale ricostruzione, le ragioni vanno considerate inseparabili quando il dispositivo non sia autonomo (“self-standing”) e contenga un riferimento, esplicito o implicito, a tali ragioni¹⁰⁹⁴. Viceversa, sono essenziali le ragioni su cui il dispositivo si basa e che supportano quest’ultimo anche quando questo è perfettamente autonomo (“self-standing”)¹⁰⁹⁵.

Nonostante sia stata descritta da alcuni come non sempre coerente¹⁰⁹⁶, la giurisprudenza della Corte consente di concludere in favore della tesi secondo cui solamente il dispositivo, unitamente alle sue eventuali ragioni indispensabili, possa concorrere alla formazione della cosa giudicata. In effetti, è possibile identificare una serie di casi in cui la Corte ha dimostrato notevole deferenza nei confronti del dispositivo e delle sue ragioni inseparabili.

Il primo esempio è costituito dalla saga *Asylum e Haya de la Torre*. Nel 1950, nel procedimento instaurato dalla Colombia contro il Perù, la Corte aveva pronunciato una sentenza con cui aveva, tra le altre cose, reputato non conforme alla Convenzione de l’Avana la condotta delle autorità Colombiane, le quali avevano concesso asilo politico a Victor Raúl Haya de la Torre¹⁰⁹⁷. Immediatamente dopo la pronuncia del 1950, la Colombia aveva depositato una domanda di interpretazione nel tentativo di far dire alla Corte che la sentenza appena pronunciata non aveva in alcun modo deciso la questione della consegna di Haya de la Torre alle autorità peruviane: come già precisato nel primo capitolo, tale domanda fu dichiarata inammissibile dalla Corte perché in concreto non potevano dirsi soddisfatti i requisiti richiesti dall’art. 60 dello Statuto¹⁰⁹⁸. Dopo tale pronuncia, la Colombia depositò un’ulteriore domanda, con la quale richiedeva alla Corte di accertare l’inesistenza di un obbligo, su di lei incombente, di consegnare Haya de la Torre alle autorità peruviane¹⁰⁹⁹. Nel decidere la questione, la Corte evidenziò come nei procedimenti summezionati mai il Perù avesse richiesto alla Corte di condannare alla consegna del rifugiato. Pertanto, non essendo tale questione mai stata sottoposta alla Corte, non si poteva ritenere che su quella la Corte avesse deciso: era, in sostanza, una questione nuova¹¹⁰⁰, la quale poi venne decisa *ex novo* dalla Corte nel senso di escludere che dalla Convenzione discendesse un obbligo alla consegna di Haya de la Torre¹¹⁰¹. In buona sostanza, la questione della consegna di

Merito della Corte Internazionale di Giustizia”, *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), alle pagg. 315 e ss.

¹⁰⁹⁴ *Ivi* al par. 1.

¹⁰⁹⁵ *Ivi* al par. 2.

¹⁰⁹⁶ Sarzo M., “*Res Indicata, Jurisdiction Ratione Materiae and Legal Reasoning in the Dispute between Nicaragua and Colombia before the International Court of Justice*”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), a pag. 234.

¹⁰⁹⁷ *Colombian-peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th, 1950, I.C.J. Reports 1950*, p. 288.

¹⁰⁹⁸ *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum case, Judgment, I. C. J. Reports 1950*, a pag. 403.

¹⁰⁹⁹ *Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: I.C. J. Reports 1951*, a pag. 73.

¹¹⁰⁰ *Ivi* a pag. 79: “*As was stated both in that Judgment and in the Judgment of November 27th, 1950, the Government of Peru had not demanded the surrender of the refugee. This question was not submitted to the Court and consequently was not decided by it. It is not therefore possible to deduce from the Judgment of November 20th any conclusion as to existence or non-existence of an obligation to surrender the refugee?*”.

¹¹⁰¹ *Ivi* a pag. 82.

Haya de la Torre alle autorità del Perù esulava totalmente dal dispositivo e dalle sue ragioni indispensabili¹¹⁰².

Altrettanto rilevante è la saga Avena, poiché anche in quella sede la Corte ha certamente manifestato notevole aderenza al dispositivo nella perimetrazione della cosa giudicata. Come noto, nel 2004, la CIG aveva chiuso il procedimento instaurato dal Messico contro gli Stati Uniti pronunciando una sentenza con cui aveva accertato la violazione da parte degli Stati Uniti dell'art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari e, conseguentemente, aveva prescritto che la riparazione dovuta dal convenuto dovesse consistere nell'assicurare "review and reconsideration" alle sentenze di condanna, pronunciate dall'autorità giudiziaria, tenendo in debita considerazione l'accertamento contenuto nella sentenza della CIG¹¹⁰³. Successivamente, come già si è visto nel primo capitolo, il Messico ha presentato una richiesta di interpretazione della sentenza del 2004, con cui richiedeva alla Corte di affermare che l'obbligo di "review and reconsideration" dovesse essere considerato come obbligo di risultato¹¹⁰⁴, affermazione peraltro condivisa dagli Stati Uniti. In realtà, però, ciò che il Messico lamentava era l'assenza di effetto diretto della sentenza del 2004 nell'ordinamento interno del convenuto soccombente, e cioè una questione legata alla implementazione da parte degli Stati Uniti della sentenza del 2004¹¹⁰⁵. Alla luce di ciò, la Corte rigettò la domanda messicana perché la decisione del 2004 in nessun modo aveva ad oggetto la questione dell'effetto diretto dell'obbligo di "review and reconsideration"; al contrario, proprio alla luce di quanto previsto dalla sentenza del 2004, gli Stati Uniti erano liberi di scegliere i mezzi di esecuzione degli obblighi derivanti dalla sentenza¹¹⁰⁶. Evidentemente, anche in questa decisione la Corte ha dimostrato perfetta adesione al dettato del dispositivo della sentenza del 2004.

L'analisi di questi precedenti potrebbe indurre a credere che a costituire cosa giudicata sia soltanto quanto viene manifestamente esplicitato dalla Corte nel dispositivo o tra le ragioni indispensabili. Tuttavia, tale conclusione deve essere rigettata alla luce degli accadimenti processuali del caso Genocide (Bosnia). Nel 1993, la Bosnia aveva instaurato un procedimento contro l'allora Jugoslavia, per asserite violazioni della Convenzione contro il genocidio del 1948. A seguito della richiesta dell'attore di indicare misure cautelari, la Corte si era pronunciata nel 1993 con una ordinanza in cui, pur avendo preso in considerazione la questione dell'appartenenza della Jugoslavia alle Nazioni Unite, aveva considerato tale questione come non ostativa alla sua giurisdizione *prima facie*, sostenendo che quella non doveva essere decisa in maniera

¹¹⁰² Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Londra: Stevens&Sons Limited, 1953), a pag. 347: "The duty to terminate the asylum and the duty to surrender the fugitive constituted, therefore, separate questions. Hence, judgment on the one did not bar proceedings in respect of the other. In this connection, it might be perhaps be pointed out that the Court considered that 'surrender is not the only way of terminating asylum'".

¹¹⁰³ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, al par. 153.

¹¹⁰⁴ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, al par. 9.

¹¹⁰⁵ *Ivi* al par. 38.

¹¹⁰⁶ *Ivi* al par. 44.

definitiva in quella fase del procedimento¹¹⁰⁷. Nella successiva decisione sulle obiezioni preliminari del 1996, tuttavia, la Corte non prese assolutamente in considerazione la questione dell'appartenenza della Serbia alle Nazioni Unite e decise di rigettare tutte le obiezioni sollevate dalla Serbia nonché di affermare apertis verbis la sussistenza della propria giurisdizione sulla base dell'art. IX della predetta Convenzione¹¹⁰⁸.

Successivamente, nel 1999 – ovvero nel periodo di tempo intercorrente tra la decisione sulle obiezioni preliminari e quella sul merito – la Serbia aveva instaurato diversi procedimenti contro gli Stati che avevano preso parte all'operazione Allied Force. Già si è detto come, nel 2004, la Corte avesse chiuso i procedimenti *Legality of Use of Force* affermando che – al tempo dell'instaurazione del procedimento – la Serbia non poteva essere considerata come Stato appartenente alle Nazioni Unite¹¹⁰⁹.

Nel frattempo, nel 2001, la Serbia aveva richiesto alla CIG di riconsiderare la sussistenza della propria giurisdizione nel caso *Genocide (Bosnia)*, allegando di non poter essere considerata uno Stato appartenente alle Nazioni Unite¹¹¹⁰. La questione fu oggetto di considerazione da parte della CIG solamente nella decisione di merito del 2007¹¹¹¹, ove la Corte – dopo aver riaffermato in generale che le sentenze nel merito non si distinguono da quelle sulle obiezioni preliminari circa l'idoneità alla produzione di cosa giudicata – ha indagato se la questione della appartenenza della Serbia alle Nazioni Unite fosse stata decisa o meno con effetto di cosa giudicata nella sentenza del 1996.

In concreto, dopo aver riconosciuto che – stante l'assenza di qualsivoglia richiesta delle parti – la questione non era stata esplicitamente trattata nella sentenza del 1996, la Corte evidenziò che la capacità di uno Stato di comparire davanti alla Corte, sulla base delle disposizioni dello Statuto, è questione da stabilire, anche d'ufficio, prima di qualsiasi altra questione giurisdizionale¹¹¹². Pertanto, il fatto di avere chiaramente affermato di essere giurisdizionalmente competente sulla base dell'art. IX della Convenzione sul genocidio doveva essere sufficiente a rigettare le obiezioni del convenuto¹¹¹³, dal momento che la decisione sull'appartenenza della Serbia alle Nazioni Unite doveva dirsi decisa logicamente “by necessary implication”¹¹¹⁴. Al contempo, in generale, la Corte precisò che la pronuncia di una decisione con la quale la CIG afferma la propria giurisdizione non impedisce un ulteriore esame della sussistenza della propria giurisdizione, a patto però che tale esame abbia ad oggetto questioni, emerse

¹¹⁰⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, al par. 18.

¹¹⁰⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, al par. 47: “The Court [...] finds that, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute”.

¹¹⁰⁹ Per i riferimenti giurisprudenziali si veda *supra* al par. 2.1.4.1.

¹¹¹⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Initiative to the Court to Reconsider ex officio Jurisdiction over Yugoslavia*, 4 maggio 2001.

¹¹¹¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*.

¹¹¹² *Ivi* al par. 122.

¹¹¹³ *Ivi* al par. 123.

¹¹¹⁴ *Ivi* ai parr. 135-136.

successivamente alla prima decisione, diverse rispetto a quelle già decise¹¹¹⁵. Di conseguenza, secondo la Corte, la decisione di queste ulteriori questioni giurisdizionali non potrebbe assolutamente contraddire le risultanze della prima decisione sulla giurisdizione, avendo ad oggetto questioni diverse¹¹¹⁶. È evidente che se la Corte, nella decisione del 2007, avesse riconosciuto l'incapacità della Serbia a comparire innanzi alla CIG, avrebbe inevitabilmente contraddetto le risultanze della decisione del 1997, nonché le loro ragioni indispensabili, se pure decise implicitamente.

Il caso indagato fornisce anche lo spunto per chiarire se e come l'ambito applicativo della cosa giudicata si differenzi a seconda che sia indagata una decisione sulle obiezioni preliminari oppure una decisione nel merito. Come si è appena rilevato, anche dopo una decisione in cui abbia affermato la propria competenza giurisdizionale, la Corte può indagare questioni giurisdizionali diverse rispetto a quelle già decise, le quali siano emerse successivamente, ed eventualmente declinare la propria giurisdizione. L'indagine su questioni giurisdizionali sopravvenute risulta necessaria sia perché una decisione che riconosce la sussistenza della giurisdizione non chiude il procedimento sia perché è indispensabile che la Corte sia certa, anche dopo la prima decisione giurisdizionale, della sussistenza del consenso delle parti a decidere della controversia dedotta nel procedimento. Al contrario, è da dubitare che la Corte possa assumere lo stesso atteggiamento una volta che abbia risolto una controversia nel merito. In questo caso, non solo la sentenza chiude il procedimento ma la cosa giudicata copre tutte le questioni, che le parti hanno dedotto o che potevano dedurre, in relazione a quella controversia. In sostanza, l'unico rimedio cui possono ricorrere le parti è quello della revisione, di cui si dirà *infra* al par. 4.1.3.

A prescindere da quali siano state le scelte di “judicial policy” che hanno spinto la Corte alla decisione del 2007 in *Genocide (Bosnia)*¹¹¹⁷, tale analisi ha dimostrato come, nell'ambito della CIG, la cosa giudicata copra solamente il dispositivo e le sue ragioni indispensabili, e ciò anche questi siano oggetto di una decisione implicita della Corte.

Un'ultima chiosa risulta necessaria. In dottrina, vi è chi ha tentato di dimostrare che la cosa giudicata copre non solo il dispositivo ma anche le sue ragioni essenziali facendo leva sugli artt. 62 e 63 dello Statuto, che disciplinano l'intervento del terzo¹¹¹⁸. In sostanza, in relazione all'art. 63, il fatto che sia vincolante per il terzo interveniente l'interpretazione della convenzione, la quale costituisce senza dubbio ragione essenziale in quanto inclusa non nel dispositivo bensì nel ragionamento, sarebbe indice del fatto che anche le ragioni essenziali, al di fuori del dispositivo, ricadano nell'ambito della cosa giudicata. *Mutatus mutandis*, secondo la menzionata dottrina, lo stesso dovrebbe valere per l'art. 62 dello Statuto, che legittima all'intervento lo Stato che tema la lesione di un proprio interesse giuridico, giacché tale lesione potrebbe occorrere in un “luogo” diverso dal dispositivo.

¹¹¹⁵ *Ivi* al par. 127.

¹¹¹⁶ *Ivi* al par. 128.

¹¹¹⁷ *Ex multis*, Wittich S., “Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case”, *The European Journal of International Law*, vol. 14 (2007), a pag. 618.

¹¹¹⁸ Forlati S., *The International Court of Justice – An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, (Springer International Publishing), 2014, a pag. 163 e ss.

Tale tesi va rigettata. Per quanto concerne l'art. 63, è evidente che questo costituisca *lex specialis*, e la sua ragion d'essere sta proprio nel rendere vincolante, per una certa parte, ciò che altrimenti – in applicazione della disciplina ordinaria – non potrebbe dirsi tale. In relazione all'art. 62, poi, l'argomento è ancora meno convincente perché la lesione dell'interesse del terzo non dipende assolutamente dall'effetto di cosa giudicata delle ragioni essenziali, poiché tale effetto risulta comunque limitato alle parti principali e non all'interveniente.

Con ciò si chiude l'analisi che ha trattato della portata degli effetti della cosa giudicata. Occorre ora studiare l'unico rimedio che la può scalfire, ovvero il procedimento di revisione.

4.1.3 Il procedimento di revisione innanzi alla CIG

Lo Statuto della CIG prevede, all'art. 61, par. I, che ciascuna parte possa richiedere la revisione di una sentenza quando sia scoperto un fatto nuovo, il quale costituisca fattore decisivo nella risoluzione della controversia, sconosciuto alla Corte e alla parte istante al tempo della pronuncia della sentenza, a condizione che tale ignoranza non fosse dovuta a negligenza¹¹¹⁹. Il par. II della disposizione prevede poi che il procedimento debba aprirsi con la pronuncia di una sentenza la quale, dopo aver espressamente dato conto dell'idoneità del fatto nuovo ad aprire il procedimento di revisione, dichiara l'ammissibilità della domanda. Infine, il par. III prevede che la Corte possa subordinare l'instaurazione del procedimento all'esecuzione della sentenza precedentemente pronunciata dalla Corte, mentre i parr. IV e V dettano dei termini temporali: la domanda di revisione può essere depositata solo entro sei mesi dalla scoperta del fatto nuovo e, in ogni caso, non oltre dieci anni dalla data in cui vi è stata la prima pronuncia.

A prescindere dalle generali finalità di giustizia perseguite attraverso il procedimento di revisione, occorre sin da subito riconoscere come il suo fine sia quello di modificare l'accertamento costituente cosa giudicata, ragione per cui tale rimedio deve essere dirsi eccezionale e deve essere utilizzato con estrema cautela¹¹²⁰. Al contrario, infatti, un esercizio disinvolto dell'istituto della revisione potrebbe far venire progressivamente meno la fiducia che la comunità internazionale ripone nella definitività delle sentenze internazionali e, conseguentemente, nell'effettività dei vari sistemi internazionali di risoluzione delle controversie¹¹²¹. Date queste premesse, si comprende perché, sino ad ora, la Corte non abbia mai ammesso la ammissibilità di una domanda di revisione.

Tale approccio adottato dalla Corte, analizzato nel prosieguo, se pure consente di intuire con sufficiente precisione quali debbano essere i caratteri del fatto nuovo perché questo possa dirsi idoneo all'apertura del procedimento di revisione, non consente però di chiarire altre questioni fondamentali, quali ad esempio il rapporto tra la sentenza pronunciata all'esito del procedimento di revisione e quella originariamente pronunciata nonché le modalità attraverso cui la nuova sentenza incide su quella antica¹¹²².

Giova un'ulteriore premessa. Dal punto di vista logico, se è vero che il procedimento di revisione mira ad incidere su un precedente accertamento, avente natura di cosa giudicata, sono chiare – alla luce di quanto si è detto appena *supra* al par. 4.1.2.1 – le ragioni per cui la Corte non ha negato in astratto la proponibilità della domanda di

¹¹¹⁹ L'art. 61, par. 1, recita: “*An application for revision of a judgment may be made only when it is based upon the discovery of some fact of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the judgment was given, unknown to the Court and also to the party claiming revision, always provided that such ignorance was not due to negligence*”.

¹¹²⁰ Come incidentalmente riconosciuto dalla stessa CIG in *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, al par. 90. In dottrina si veda Kolb R., *The International Court of Justice*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 2013, a pag. 803 e ss.

¹¹²¹ In questo senso, *ex multis*, si veda Kaikobad K.H., *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, (Cambridge: Cambridge University Press), a pag. 259.

¹¹²² Così Kolb R., *ivi* a pag. 807.

revisione quando questa abbia ad oggetto una sentenza resa sulle questioni preliminari¹¹²³.

Occorre chiedersi, in primo luogo, cosa voglia dire “scoperta di un fatto nuovo”, considerando che la Corte non ha mai preso esplicitamente posizione sul punto.

Nell’ambito della prima richiesta di revisione, presentata dalla Tunisia in relazione alla decisione del 1982 che aveva chiuso il procedimento Continental Shelf tra Tunisia e Libia¹¹²⁴, la Tunisia aveva indicato come “fatto nuovo” il testo di una risoluzione adottata dal Consiglio dei Ministri Libico il 28 marzo 1968, il quale aveva tracciato il confine a nord-ovest di una concessione petrolifera rilasciata dalla Libia, giacché tale risoluzione era stata considerata ai fini della decisione del 1982¹¹²⁵. La Corte non dubitò che quello indicato dalla Tunisia costituisse un fatto nuovo, ma ritenne che, in relazione a quello, non potesse dirsi soddisfatto il requisito dell’incolpevole ignoranza, giacché la rilevante documentazione era, o poteva essere, a disposizione della parte già prima della decisione del 1982¹¹²⁶.

Il secondo procedimento di interpretazione, avente ad oggetto la decisione sulle obiezioni preliminari nel caso Genocide (Bosnia) resa nel 1996, era stato instaurato nel 2001, a seguito dell’ammissione della Repubblica di Jugoslavia alle Nazioni Unite, avvenuta il 1° novembre del 2000, evento che, secondo l’attore, era idoneo a chiarire in maniera non equivoca che, prima di quella data, la Jugoslavia non era membro delle Nazioni Unite né membro dello Statuto né parte della Convenzione contro il Genocidio¹¹²⁷. Dopo aver dato conto della situazione esistente al tempo della pronuncia del 1996 e degli eventi a quella successivi, evidenziando come l’ammissione alle Nazioni Unite avesse messo fine alla posizione sui generis della Jugoslavia nell’ambito delle Nazioni Unite¹¹²⁸, la Corte concluse che i fatti nuovi, allegati dalla Jugoslavia, consistevano nella circostanza che la Jugoslavia non era parte dello Statuto e che non era vincolata dalla Convenzione contro il Genocidio, e che tali fatti erano stati “rivelati” dall’ammissione formale dello Stato alle Nazioni Unite nel novembre del 2000¹¹²⁹. Nel decidere la questione, in generale, la Corte evidenziò come il “fatto

¹¹²³ Questo è dimostrato dal fatto che, nell’ambito del procedimento avente ad oggetto la *Revision of the Judgment of 11 July 1996*, instaurato dalla Jugoslavia, la Corte nulla ha detto sulla proponibilità di una domanda di revisione relativa ad una decisione sulle questioni preliminari, bensì ha direttamente analizzato se – in concreto – potessero dirsi soddisfatti i requisiti posti dall’art. 61 dello Statuto. Si consideri *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, ai par. 65 e ss.

¹¹²⁴ *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamabirya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamabirya), Judgment, I.C.J. Reports 1985*.

¹¹²⁵ *Ivi* al par. 11.

¹¹²⁶ *Ivi* al par. 28.

¹¹²⁷ *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, al par. 18.

¹¹²⁸ *Ivi* al par. 50.

¹¹²⁹ *Ivi* al par. 66: “[...] the FRY claims that the facts which existed at the time of the 1996 Judgment and upon the discovery of which it request for revision of that Judgment is based “are that the FRY was not a party to the Statute, and that it did not remain bound by the Genocide Convention continuing the personality of the former

nuovo”, legittimante alla revisione, debba sempre essere esistente prima della pronuncia della antica sentenza, e solo scoperto successivamente a quella. Nel caso di specie, invece, il fatto nuovo, ovvero la ammissione alle Nazioni Unite, era venuto ad esistere dopo la sentenza¹¹³⁰. In buona sostanza, secondo la CIG, la Jugoslavia cercava solamente di trarre vantaggio dalle conseguenze giuridiche di un fatto successivo alla sentenza del 1996.

Nel terzo caso, originato dalla richiesta di El Salvador di interpretare una sentenza resa nel 1992, la quale aveva risolto una controversia di delimitazione terrestre e marittima con Honduras, l'attore aveva richiesto alla Corte di considerare varie pubblicazioni, idonee secondo quello, a dimostrare l'avvenuta avulsione del fiume Goascorán¹¹³¹. Nel decidere la questione, la Corte non mise in dubbio il fatto che il materiale rappresentato da El Salvador potesse dirsi “fatto nuovo”, bensì solamente negò che quello potesse dirsi decisivo per la decisione¹¹³².

I casi sino ad ora analizzati consentono di concludere come la Corte certamente consideri come “fatto” – antecedente alla pronuncia della antica sentenza – un evento che abbia un riscontro empirico¹¹³³, ad esempio dei documenti o delle mappe. In più, sembra corretto affermare che anche eventi umani, anche se non documentati, possano legittimare alla revisione, purché abbiano conseguenze empiricamente dimostrabili: tra tali eventi umani, può costituire “fatto” anche un evento avente natura meramente giuridica¹¹³⁴.

In relazione alla necessità che il fatto nuovo costituisca un elemento decisivo, la Corte sembra anzitutto impiegare un ragionamento controfattuale consistente nel chiedersi se la decisione raggiunta, avendo conosciuto il fatto successivamente allegato, sarebbe stata la medesima. Intuitivamente, quindi, perché un fatto possa dirsi decisivo è necessario che sia idoneo ad alterare in maniera decisiva il ragionamento su cui la Corte ha basato le proprie decisioni. Questa posizione è confermata da quanto affermato dalla CIG in *Continental Shelf tra Tunisia e Libia*, nella parte in cui la Corte precisò che per il procedimento di revisione non fosse richiesto di dedurre quei fatti nuovi che, se conosciuti, avrebbero consentito alla Corte di essere maggiormente precisa nella sua decisione, bensì i fatti idonei a cambiare la decisione precedentemente raggiunta¹¹³⁵.

Yugoslavia. It argues that these “facts” were “revealed” by its admission to the United Nations on 1 November 2000 and by the Legal Counsel’s letter of 8 December 2000”.

¹¹³⁰ *Ivi* al par. 68.

¹¹³¹ *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) (El Salvador v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, al par. 27.

¹¹³² *Ivi* ai parr. 40 e 55.

¹¹³³ Così in Zimmermann A., Tomuschat C., Oellers-Frahm K., Tams C. J., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, (Oxford: Oxford University Press), 2012, a pag. 1515: “events which are open to empirical scrutiny”.

¹¹³⁴ Nel procedimento *Application for Revision of Judgment of 11 September 1992*, infatti, la Corte non negò che l’ammissione alle Nazioni Unite potesse costituire un “fatto”, con ciò dimostrando che tale può essere anche un evento avente meramente natura giuridica.

¹¹³⁵ *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, al par. 39.

Non occorre dire in questa sede degli altri due requisiti, ovverosia della necessità che l'ignoranza del fatto non sia colpevole e dei termini temporali per il deposito della domanda di revisione. Tali questioni, se pure interessanti, non sono reputate rilevanti per comprendere come quali fatti debbano emergere per legittimare la parte istante alla revisione né per capire come la controversia originaria debba essere nuovamente decisa all'esito del procedimento di revisione.

Come già si è segnalato, quanto si è detto sulla natura e sulla "decisività" del fatto vale solo per la fase della ammissibilità. Infatti, come già segnalato in apertura, il procedimento di revisione è bifasico: in un primo momento, viene pronunciata, con sentenza, l'ammissibilità della domanda; in un secondo momento, la Corte ridetermina il merito della controversia già risolta con l'antica sentenza, oramai superata. Ora, in totale assenza di giurisprudenza rilevante, non è dato sapere con certezza come la Corte debba mettere in rapporto il fatto nuovo con il contenuto nella sentenza oggetto di revisione. Tuttavia, è ragionevole credere che il ragionamento contenuto nella vecchia decisione, se non in contrasto con il fatto nuovo, debba essere fatto salvo. Viceversa, la Corte dovrebbe limitarsi a sviluppare un nuovo ragionamento solamente in relazione alla portata del "fatto nuovo". Evidentemente, la Corte sarà legittimata all'esercizio di notevole discrezionalità, da esercitarsi in rapporto alle circostanze del caso concreto.

4.1.4 L'estinzione del procedimento

Nonostante quanto considerato sino ad ora, è ben possibile che il procedimento instaurato davanti alla CIG non culmini con una sentenza internazionale, bensì cessi di esistere prima che questa venga pronunciata. In concreto, l'estinzione del procedimento avviene con la sua cancellazione dal ruolo, operata dal Registry, sulla base di un provvedimento adottato dalla Corte o, a seconda dei casi, dal solo Presidente. Tuttavia, perché la Corte o il suo Presidente possano disporre la cancellazione è necessario che sia stata manifestata una volontà a ciò diretta da una sola parte o da entrambe.

Il Regolamento della CIG disciplina due fattispecie distinte di c.d. discontinuance.

La prima è quella regolata dall'art. 88, che contempla sia il caso in cui le parti si siano accordate per la mera estinzione del procedimento¹¹³⁶ - la cancellazione dal ruolo presuppone una notifica alla Corte, congiunta o separata, della volontà di operare la discontinuance – sia quello in cui queste abbiano in concreto concluso un accordo per porre fine alla controversia. In questo caso, una eventuale decisione giudiziale nel merito della controversia sarebbe inadeguata perché le parti hanno già optato per una concreta ridefinizione negoziata del loro conflitto di interessi, prescindendo da ogni eventuale valutazione giuridica operabile dal giudice¹¹³⁷.

La seconda fattispecie di discontinuance è regolata dall'art. 89 del Regolamento della Corte, e si dà quando il procedimento sia scaturito dalla proposizione di una domanda unilaterale da parte dell'attore. La cessazione del procedimento può essere richiesta da quest'ultimo ma l'iter differisce a seconda che il convenuto abbia o meno agito in giudizio. Infatti, qualora il convenuto non abbia compiuto nessun atto processualmente rilevante, per la pronuncia dell'ordinanza di estinzione è sufficiente che l'attore manifesti alla Corte la sua volontà di porre fine al procedimento¹¹³⁸. Al contrario, qualora il convenuto abbia compiuto atti processualmente rilevanti, perché la Corte possa provocare con ordinanza l'estinzione del giudizio è necessario che questo non si opponga (la Corte fissa un termine entro cui il convenuto deve palesare la sua opposizione alla discontinuance)¹¹³⁹. Nella ricerca dell'accordo, perlomeno

¹¹³⁶ Il I co. dell'art. 88 del Regolamento recita: *"If at any time before the final judgment on the merits has been delivered the parties, either jointly or separately, notify the Court in writing that they have agreed to discontinue the proceedings, the Court shall make an order recording the discontinuance and directing that the case be removed from the list"*.

¹¹³⁷ Il II co. dell'art. 88 del Regolamento recita: *"If the parties have agreed to discontinue the proceedings in consequence of having reached a settlement of the dispute and if they so desire, the Court may record this fact in the order for the removal of the case from the list, or indicate in, or annex to, the order, the terms of the settlement"*.

¹¹³⁸ Il I co. dell'art. 89 recita: *"If in the course of proceedings instituted by means of an application, the applicant informs the Court in writing that it is not going on with the proceedings, and if, at the date on which this communication is received by the Registry, the respondent has not yet taken any step in the proceedings, the Court shall make an order officially recording the discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the list. A copy of this order shall be sent by the Registrar to the respondent."*

¹¹³⁹ Il co. II dell'art. 89 recita: *"If, at the time when the notice of discontinuance is received, the respondent has already taken some step in the proceedings, the Court shall fix a time-limit within which the respondent may state whether it opposes the discontinuance of the proceedings. If no objection is made to the discontinuance before the expiration of the time-limit, acquiescence will be presumed and the Court shall make an order officially recording the"*

tacito, del convenuto, deve vedersi la necessità di tutelare anche la posizione di questo perché impegnato nel procedimento, in quanto si presume che questi possa avere interesse ad una sua prosecuzione per pervenire ad una decisione di merito facente stato tra le parti¹¹⁴⁰. Nel corso del tempo, la giurisprudenza della Corte ha progressivamente chiarito cosa debba intendersi per atto processualmente rilevante: sin dall'ordinanza nel caso *Protection of French nationals*¹¹⁴¹ appare tale la nomina da parte del convenuto dell'Agente attraverso cui lo Stato sta e agisce in giudizio mentre, come precisato nell'ordinanza relativa al caso dei *Trial of Pakistani Prisoners of War*¹¹⁴², non può considerarsi uno “step in the proceedings” la mera trasmissione di comunicazioni alla Corte.

Nell'ambito della prima delle due fattispecie di discontinuance oggetto di trattazione nell'art. 88 e di entrambe quelle di cui all'art. 89, le parti non hanno altra finalità se non quella di estinguere il procedimento e le ragioni a sostegno di tale determinazione delle parti non assumono alcuna rilevanza¹¹⁴³. Ad esempio, che alla base di tale comune volontà stia il riconoscimento della pretesa attorea da parte del convenuto, la rinuncia dell'attore alla pretesa dedotta in giudizio ovvero la volontà comune di facilitare lo svolgimento di negoziati volti al superamento del conflitto senza che quello sia oggetto di una procedura avente natura giudiziale, poco conta. In ogni caso, l'esito della vicenda processuale sarà costituito dalla pronuncia di una mera ordinanza della Corte – o del suo Presidente, quando questa non è in sessione – che si limita a prendere atto della volontà delle parti e a disporre la cancellazione della causa dal ruolo. Da ciò deriva che l'ordinanza con cui la Corte dà seguito alla volontà manifestata dalle parti – o dal solo attore, quando il convenuto non abbia compiuto atti processualmente significativi nei termini di cui si è detto – non può dirsi in nessun modo a priori idonea ad incidere sulla posizione giuridica degli Stati coinvolti nel procedimento né a toccare la controversia, alterandone o estinguendone l'oggetto. In sostanza, l'eventualità che la controversia sia cessata è da registrare come mero fatto storico senza che il provvedimento adottato dalla Corte possa dispiegare effetti sostanziali.

Sulla discontinuance richiesta e ottenuta dal solo attore, di cui all'art. 89 dell'attuale Regolamento, occorre svolgere qualche considerazione ulteriore, soprattutto in ordine alla risalente e dibattuta qualificazione della discontinuance come *désistement d'action* oppure come *désistement d'instance*. Mentre la prima fattispecie consisterebbe nella rinuncia esplicita al diritto di azione per far valere innanzi ad un giudice un certo diritto

discontinuance of the proceedings and directing the removal of the case from the list. If objection is made, the proceedings shall continue”.

¹¹⁴⁰ Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016, a pag. 1483; Guillaume G., “*Le désistement devant la Cour Internationale de Justice*”, in Guillaume G., *La Cour Internationale de Justice à l'aube du XXIème siècle – Le regard d'un juge*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2003), a pag. 150.

¹¹⁴¹ *Protection of French nationals in Egypt, Order of 29 March 1950, I.C.J. Reports 1950*, p. 59. Si veda anche Scerni M., “*La Procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale*”, *Recueil des Cours*, vol. 65 (1938), a pag. 561.

¹¹⁴² *Trial of Pakistani Prisoners of War, Order of 15 December 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 347.

¹¹⁴³ Così Wegen G., “*Discontinuance and Withdrawal*”, in Zimmerman A. et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, II ed. (Oxford: Oxford University Press), 2012, a pag. 1455.

sostanziale¹¹⁴⁴, ovvero – più impropriamente – come rinuncia al diritto sostanziale¹¹⁴⁵, la seconda altro non sarebbe che una semplice rinuncia agli atti della procedura¹¹⁴⁶.

Orbene, tale questione è stata apertamente affrontata dalla CIG nella decisione sulle obiezioni preliminari del 1964 nel caso *Barcelona Traction*¹¹⁴⁷, ove la Corte ha trattato degli effetti della discontinuance di cui all'allora art. 69 (oggi art. 89). Dopo aver precisato come nel caso concreto il fatto di aver richiesto e ottenuto una discontinuance non impedisse all'attore di riproporre successivamente una nuova domanda avente lo stesso contenuto, la Corte ha affermato che la natura della discontinuance deve essere individuata sulla base delle circostanze proprie di ciascun caso, escludendo così che la discontinuance possa a priori appartenere a una delle due categorie summenzionate, scelta che invece molti ordinamenti processuali nazionali hanno fatto propria¹¹⁴⁸. Al contrario, la Corte ha evidenziato che le norme sulla discontinuance, avendo come obiettivo quello di fornire un mezzo puramente procedurale, “are concerned solely with the “how”, not with the “why”, of the matter”¹¹⁴⁹. Pertanto, a prescindere dalle vere motivazioni a sostegno della discontinuance, è opportuno ritenere che l'ordinanza pronunciata dalla Corte *ex art.* 89 non sia di per sé idonea ad incidere sulla situazione soggettiva delle parti del procedimento, fatto salvo il caso in cui alla volontà dell'attore di estinguere il procedimento se ne accompagni una che manifesti inequivocabilmente la rinuncia

¹¹⁴⁴ Gattini A., “*La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité*”, in Dupuy P.-M., Fassbender B., Shaw M. N., Sommermann K.-P., *Common Values in International Law – Essays in Honour of Christian Tomuschat*, a pag. 327.

¹¹⁴⁵ De Visscher C., *Aspects Recents du Droit Procédural de la Cour Internationale de Justice*, (Parigi: Editions A. Pedone, 1966), a pag. 88; Del Vecchio A., *Le Parti nel Processo Internazionale*, (Milano: Giuffrè Editore), 1975, a pag. 233.

¹¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹¹⁴⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Report 1964*, p. 6. Nel 1958, il Belgio aveva agito giudizialmente dinnanzi alla Corte lamentando la lesione dei diritti di cittadini belgi, asseritamente occorsa in occasione dell'adozione, da parte delle autorità nazionali spagnole, di misure espropriative. Dopo che le parti avevano svolto alcune attività processuali, il Belgio riferì alla Corte di voler dismettere il procedimento e, mancando l'opposizione da parte della Spagna, la Corte pronunciava l'ordinanza con cui dichiarava l'estinzione del processo. Come riferito in dottrina (così Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016, a pag. 1482), le ragioni alla base di quella discontinuance consistevano nella volontà di facilitare lo svolgimento di negoziati diplomatici tra le Parti. Dal momento che presto tali negoziati si rivelarono infruttuosi, il Belgio decise di riproporre unilateralmente una domanda avente grosso modo lo stesso oggetto (secondo Shaw, la seconda si differiva dalla prima perché trattava di alcune questioni relative ad obiezioni preliminari trattate dal convenuto nel corso del primo procedimento). La Spagna ritenne quindi di poter eccepire che il Belgio, poiché aveva provocato la discontinuance del primo procedimento, aveva rinunciato al suo diritto di agire in giudizio. La Corte, evidenziando come la natura della discontinuance debba essere individuata sulla base delle circostanze proprie di ciascun caso, precisava come in nessun modo si potesse ritenere che il Belgio aveva rinunciato al diritto di agire in giudizio.

¹¹⁴⁸ Shaw M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016, a pag. 1482.

¹¹⁴⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Report 1964*, a pag. 19.

all'azione o al diritto sostanziale¹¹⁵⁰. In ogni caso, è evidente come gli Stati prestino estrema attenzione nel manifestare la loro volontà¹¹⁵¹.

Inoltre, sempre in ordine alla riproposizione di una domanda che sia uguale o simile ad una precedentemente ritirata, occorre dire del caso *Armed Activities on the Territory of Congo* tra Congo e Ruanda. La prima domanda, depositata dal Congo nel 1999, era stata ritirata dall'attore nel 2001, a seguito del deposito da parte del convenuto della propria memoria, la quale conteneva alcune contestazioni in relazione ai titoli di giurisdizione invocati dall'attore¹¹⁵². Nel ritirare la domanda, il Congo si era esplicitamente riservato il diritto di invocare successivamente nuove basi di giurisdizione della Corte¹¹⁵³. Successivamente al deposito di una seconda domanda nel 2002 da parte del Congo, il Ruanda aveva eccepito che ciò costituisse abuso di procedura, dal momento che, nell'attivare per la seconda volta il procedimento contenzioso innanzi alla CIG, l'attore si era limitato a riformulare le medesime allegazioni e avanzare gli stessi argomenti della prima domanda¹¹⁵⁴. Nonostante nel caso di specie la Corte non abbia preso esplicitamente posizione sul punto, è ragionevole aderire alla posizione di chi reputa che la riproposizione di una seconda domanda non possa in alcun modo costituire un abuso di procedura¹¹⁵⁵, per almeno due ragioni. In primo luogo perché, nel ritirare la prima domanda, il Congo aveva già evidenziato come la discontinuance non potesse pregiudicare eventuali possibilità di instaurazione di un nuovo procedimento. In secondo luogo, perché non era possibile ravvisare alcuna distorsione degli strumenti processuali messi a disposizione dallo Statuto, i quali al contrario erano stati legittimamente adoperati dall'attore per il raggiungimento delle finalità da quelli previste.

Le considerazioni svolte precedentemente in relazione alla natura e agli effetti della discontinuance di cui all'art. 89 debbono ritenersi valide anche per il caso in cui vi sia discontinuance *ex art.* 88, I co., ovvero sia quando questa sia stata ottenuta perché richiesta, congiuntamente o disgiuntamente, da entrambe le parti. Infatti, in entrambi i casi la volontà, se pur variamente manifestata, ha una finalità meramente strumentale all'ottenimento di predeterminati effetti processuali, consistenti nella estinzione del procedimento. Anche in questo caso, peraltro, occorre fare salva l'ipotesi in cui una o

¹¹⁵⁰ Si veda Guillaume G., “*Le désistement devant la Cour Internationale de Justice*”, in Guillaume G., *La Cour Internationale de Justice à l'aube du XXIème siècle – Le regard d'un juge*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2003), a pag. 157, ove l'autore sostiene che per la prima volta la Corte abbia positivamente accertato un *désistement d'action* in *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 10 November 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 427.

¹¹⁵¹ Gattini A., “*La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité*”, in Dupuy P.-M., Fassbender B., Shaw M. N., Sommermann K.-P., *Common Values in International Law – Essays in Honour of Christian Tomuschat*, a pag. 331.

¹¹⁵² *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Order of 30 January 2001, I.C.J. Reports 2001.

¹¹⁵³ *Ibidem*. “[...] the Agent [...] notified that the Government of the Democratic Republic of Congo wished to discontinue the proceedings and stated that ‘it reserve[d] the right to invoke subsequently new grounds of jurisdiction of the Court’”.

¹¹⁵⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, par. 4.4 della memoria del Ruanda del gennaio del 2003.

¹¹⁵⁵ Gattini A., “*La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité*”, in Dupuy P.-M., Fassbender B., Shaw M. N., Sommermann K.-P., *Common Values in International Law – Essays in Honour of Christian Tomuschat*, a pag. 331.

entrambe le parti manifestino una volontà mirante, oltre che al *désistement d'instance*, anche al *désistement d'action*.

Considerazioni notevolmente diverse sono state elaborate in relazione alla fattispecie regolata dal co. II dell'art. 89. Si rammenti come in quel caso sia previsto che, nell'ordinanza che dispone la cancellazione della causa dal ruolo, la Corte possa non solo registrare l'esistenza dell'accordo transattivo concluso dalle parti, richiamandolo, ma anche farne proprio il contenuto. In dottrina vi è chi, come Giardina, ritiene che l'accertamento giudiziario tocchi "direttamente il merito della lite e, quindi, vada ricompreso nella categoria delle vere e proprie *décisions au fond*, con le caratteristiche e conseguenze che a queste ultime si ricollegano"¹¹⁵⁶, e ciò in ragione del fatto che l'ordinanza "non si limita a dare atto alle parti dell'accordo raggiunto, ma dichiara che, a seguito di tale accordo, la controversia si è estinta"¹¹⁵⁷.

Secondo tale ricostruzione, l'ordinanza creerebbe *res iudicata* tra le parti e avrebbe quindi un effetto preclusivo rispetto alla celebrazione di un nuovo processo sul medesimo oggetto¹¹⁵⁸. In altre parole, questa ricostruzione implica che il provvedimento pronunciato dalla Corte possa far venire meno la controversia perché ne estingue l'oggetto.

Tale tesi, elaborata nella vigenza della precedente versione del Regolamento del 1972, è stata oggetto di contestazioni successive essenzialmente basate su due argomenti distinti, e tuttavia connessi.

In primo luogo, il carattere meramente procedurale della discontinuance di cui all'art. 89, II co., deriverebbe da una scelta consapevole della Corte di adottare un modello unitario, oltretutto meramente procedurale, di discontinuance¹¹⁵⁹. Nell'ambito di tale modello, un evento ad efficacia meramente procedurale, come la discontinuance, potrebbe incidere sulle situazioni giuridiche di una o entrambe le parti nel solo caso in cui si dia una volontà ulteriore delle parti a tal fine. Ecco dunque che, per i critici di Giardina, attribuire ad un atto della CIG avente la mera funzione di registrare la conclusione dell'accordo, e del suo contenuto, un effetto di cosa giudicata contrasterebbe con tale impostazione generale. L'unico modo per pervenire a tale risultato sarebbe invero la pronuncia di un c.d. "giudizio di accordo", perché, come precisato dalla CPGI in *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, "a "judgment by consent", though not expressly provided for by the Statute, is in accordance with the spirit of that instrument"¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ Giardina A., "Arrangements Amiables ed Estinzione del Processo di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia", *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), a pag. 355.

¹¹⁵⁷ *Ivi* a pag. 353.

¹¹⁵⁸ *Ibidem* a pag. 357.

¹¹⁵⁹ Wegen G., "Discontinuance of International Proceedings: The Hostages Case", *The American Journal of International Law*, vol. 76, n. 4 (1982), a pag. 723; in questa sede l'autore sviluppa una attenta analisi sull'evoluzione delle disposizioni del Regolamento circa la *discontinuance*, evidenziando convincentemente come con le novelle del 1978 avessero come fine specifico quello di enfatizzare "the procedural character of the termination of proceedings, whether by agreement or otherwise"; Wegen G., "Discontinuance and Withdrawal", in Zimmerman A. et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, II ed. (Oxford: Oxford University Press), 2012, a pag. 1466.

¹¹⁶⁰ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, *Order*, 6 dicembre 1930, *Series A*, a pag. 14. Per una opinione contraria al giudizio d'accordo

In secondo luogo, i critici di Giardina rigettano la sua tesi sull'efficacia sostanziale a motivo della natura dell'atto che recepisce l'accordo e il suo contenuto. Infatti, la giurisprudenza è consolidata nell'escludere che l'ordinanza possa produrre, nel tempo successivo alla chiusura del procedimento, degli effetti extraprocessuali¹¹⁶¹.

Se, alla luce della revisione del Regolamento operata nel 1978, non si possono non condividere le conclusioni di chi, sotto il profilo formale, ricollega al provvedimento giudiziale una mera efficacia processuale, bisogna tuttavia riconoscere che, sotto il profilo sostanziale, la fattispecie dell'arrangements amiable "recepito" dall'ordinanza si differenzia da tutte le altre ipotesi di discontinuance.

Infatti, mentre nei casi di discontinuance di cui agli artt. 88, I co., e 89, le parti richiedono e ottengono l'estinzione del procedimento senza indicare alla Corte quali siano le ragioni alla base della richiesta, nell'ambito dell'art. 88, II co., le parti pervengono all'estinzione del procedimento avendo voluto segnalare alla Corte, che l'ha recepito, l'accordo, unitamente al suo contenuto. Di conseguenza, impiegando le parole di Giardina, "se in una successiva lite fra le medesime parti dovesse giudicarsi sulla medesima controversia ed, in particolare, si discutesse degli effetti dell'antico arrangement amiable, la Corte sarebbe vincolata dalla sua decisione sulla cessazione della materia del contendere e quindi non potrebbe più discutere della validità e liceità dell'accordo delle parti nonché della sua efficacia risolutiva dell'antica controversia"¹¹⁶². Tale ricostruzione risulta pienamente logica. Infatti, come potrebbe la Corte, in un eventuale procedimento successivo tra le stesse parti, ignorare la circostanza che la antica controversia era stata estinta, avendo "certificato" tale estinzione in un suo provvedimento? In conclusione, la logica impone che per le parti non sarebbe mai possibile dedurre in un nuovo procedimento, unilateralmente o congiuntamente instaurato, l'antica controversia, se non attraverso l'allegazione della violazione dell'accordo risolutivo ad opera della controparte.

così come da noi inteso, si veda Del Vecchio A., *Le Parti nel Processo Internazionale*, (Milano: Giuffrè Editore), 1975, a pag. 236.

¹¹⁶¹ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment*, 19 agosto 1929, *Series A*, a pag. 13.

¹¹⁶² Giardina A., "Arrangements Amiables ed Estinzione del Processo di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia", *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), a pag. 360.

4.2 La risoluzione della controversia nel sistema rimediale dell'OMC

4.2.1 Cenni procedurali

Una volta che sia stata chiusa la trattazione delle questioni fattuali e giuridiche davanti al panel, ovverosia dopo la seconda sessione, è previsto che quest'ultimo condivida con le parti dapprima il c.d. draft report ed, eventualmente, il c.d. interim report, nel solo caso in cui le parti abbiano inteso rappresentare al panel alcuni ulteriori commenti sul draft report e, a tal fine, abbiano richiesto l'apertura di alcune finestre temporali per l'approfondimento di talune specifiche questioni. Una volta però che anche questa fase venga esaurita, è richiesto che il panel provveda alla diffusione di un rapporto definitivo che dia conto dei rilievi fattuali, della applicazione delle disposizioni rilevanti e la giustificazione (c.d. "rationale") a supporto di ogni rilievo fattuale e di ogni raccomandazione¹¹⁶³.

Quando il panel abbia effettivamente accertato che la misura contestata è incompatibile con il diritto dell'OMC, questo dovrà raccomandarne la messa in conformità. Si è già discusso del fatto che, nonostante possa esservi un qualche suggerimento da parte del collegio decidente sulle modalità di "messa in conformità" da seguire in concreto, il Membro soccombente sia del tutto libero di scegliere quella che preferisce e ciò significa che l'obbligazione scaturente dal rapporto è di scopo e non di mezzi. Viceversa, qualora la misura sia considerata compatibile con il diritto dell'OMC, il rapporto si limiterà ad accertarlo, ovviamente senza richiedere al convenuto alcun adeguamento.

A questo punto, il rapporto non è ancora obbligatorio per le parti. Infatti, perché questo lo diventi, c'è bisogno che venga formalmente adottato dal Dispute Settlement Body (DSB)¹¹⁶⁴. Per queste ragioni, l'art. 16 del DSU prevede che, dopo che il panel abbia materialmente redatto il rapporto definitivo, almeno venti giorni prima che il DSB ne consideri l'adozione, questo venga fatto circolare a tutti i Membri dell'Organizzazione, i quali siedono, per l'appunto, nel DSB. Quindi, entro il decimo giorno antecedente la celebrazione della riunione del DSB in cui è prevista l'adozione del rapporto, ciascun membro può far circolare delle proprie osservazioni scritte con cui dà conto dei motivi per cui si oppone all'adozione del rapporto. Infine, entro sessanta giorni decorrenti dalla data della circolazione del rapporto del panel, questo sarà adottato dal DSB, salvo il caso in cui una parte abbia notificato la propria intenzione di proporre appello. In questo caso, il DSB non potrà adottare il rapporto ma dovrà attendere che si completi il procedimento di secondo grado. Bisogna altresì evidenziare come l'introduzione della regola del c.d. "negative consensus", in

¹¹⁶³ Così recita la parte rilevante dell'art. 12.7 del DSU: "*In such cases, the report of a panel shall set out the findings of fact, the applicability of relevant provisions and the basic rationale behind any findings and recommendations that it makes*".

¹¹⁶⁴ Tale rilievo è formulabile sol che si consideri il disposto dell'art. 11, relativo alla funzione dei panel, il quale riferisce che: "*The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements*".

occasione dell'istituzione dell'OMC, abbia comportato una certa automaticità nell'adozione dei rapporti, dal momento che questa sarà respinta solamente quando tutti i membri del DSB manifestino un consenso per la non adozione. Ciò sarà assai improbabile, considerato l'interesse del Membro vittorioso all'adozione del rapporto¹¹⁶⁵.

Pertanto, per capire come la controversia processuale tra le parti evolva nel tempo successivo alla chiusura della trattazione del merito delle questioni ad opera delle parti, sembra anzitutto opportuno chiedersi quali siano la natura e gli effetti del rapporto del panel. A tale finalità saranno dedicate le pagine che seguono. Successivamente, si descriverà compiutamente la struttura del procedimento di Appello. Quindi, si tratterà della questione dell'estinzione del procedimento in ragione del venire meno della domanda ovvero in ragione della conclusione di un accordo transattivo tra le parti del procedimento.

¹¹⁶⁵ Sulla distinzione tra i meccanismi di adozione dei rapporti nel sistema del GATT e in quello dell'OMC, si prendano in considerazione, *ex multis*, le riflessioni di Palmetier D., Mavroidis P.C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2004, a pag. 15.

4.2.2 La *res iudicata* nel sistema rimediale dell'OMC

Chiusa l'attività di discussione tra le parti, i membri del panel si riuniscono per decidere il merito della controversia loro sottoposta. Il frutto dell'attività decisoria dell'organo è costituito dal rapporto, il quale tradizionalmente è composto da diverse parti: un'introduzione, una trattazione del retroterra fattuale della controversia, una sezione dedicata all'esposizione delle domande e degli argomenti delle parti principali e delle parti terze. Quindi, i commenti delle parti agli interim report e, infine, le conclusioni raggiunte dai giudici, comprensive delle raccomandazioni e delle decisioni che il panel trasmetterà al DSB.

Nonostante la rilevanza delle sezioni in cui il panel dà conto delle domande e delle posizioni delle parti, giacché, alla luce del paradigma del due process, ciascuna di queste ha diritto a vedere che la sua posizione è stata presa sufficientemente in considerazione dai giudici, ciò che conta ai fini della risoluzione della controversia è la parte in cui il collegio dà conto dell'esito della sua valutazione sulla liceità, o illiceità, delle misure contestate in rapporto a una o più norme dell'OMC.

Il luogo in cui trova posto tale esito è il dispositivo, solitamente posto in conclusione al rapporto, il quale ricomprende la decisione del panel in relazione a ciascuna questione controversa esposta nei terms of reference. In maniera estremamente semplificata, pare corretto dire che in quella sede viene realizzata una elencazione delle misure contestate e che i giudici affiancano a ciascuna di esse il giudizio circa la loro compatibilità o incompatibilità al diritto dell'OMC.

La redazione del dispositivo del rapporto è una fase comunque molto delicata perché è ivi elevato il rischio di commettere errori circa la portata della giurisdizione dell'organo, errori successivamente censurabili nel procedimento di fronte all'Organo di Appello. Infatti, da una parte il panel deve esaustivamente considerare tutte le contestazioni incluse nei terms of reference giacché la mancata pronuncia su alcune di queste – e pertanto una pronuncia *infra petita* – si risolverebbe nella violazione dell'art. 11 del DSU, nella parte in cui questo prevede per il panel il dovere di compiere un accertamento di tutte le questioni pendenti innanzi ad esso¹¹⁶⁶. D'altra parte, il panel è chiamato a non oltrepassare il perimetro della controversia definito dalle parti perché, in quel caso, non solo pronuncerebbe una decisione *ultra petita* bensì anche, di conseguenza, supererebbe i limiti della propria giurisdizione.

In generale, il contenuto del dispositivo del rapporto risente della natura delle domande proponibili nel sistema. Come già si è detto, nel quadro normativo del sistema di risoluzione delle controversie è possibile proporre solamente delle domande di accertamento, alle quali consegue l'affermazione della compatibilità, o della incompatibilità, al diritto dell'OMC delle misure contestate. Quando il rapporto accerti l'illiceità di certe misure, sul Membro soccombente grava l'obbligo di riportarle a liceità.

¹¹⁶⁶ Nello specifico, l'art. 11 del DSU prescrive che l'oggetto della trattazione debba essere "*the matter before it*".

La rilevanza pressoché assoluta del dispositivo non esenta comunque il panel dal dovere di basare le proprie conclusioni su una sufficiente base probatoria¹¹⁶⁷ e da quello di dare conto di tale base nella formulazione delle motivazioni, che devono essere “ragionate, adeguate e coerenti”¹¹⁶⁸. La trattazione delle modalità attraverso cui le parti possono dimostrare, per tramite della proposizione di mezzi di prova in giudizio, la fondatezza della loro pretesa giudiziale esula comunque dall’ambito di indagine del presente lavoro.

Si è già detto che quando il panel abbia statuito in favore della incompatibilità di alcune misure al diritto dell’OMC, questo potrà anche suggerire le concrete modalità di messa in conformità al Membro soccombente. Tuttavia, queste ultime – contenute in luoghi diversi dal dispositivo – dovranno essere considerate come mere indicazioni non vincolanti, fornite dal collegio a mero titolo di raccomandazione. In generale, comunque, il ragionamento sviluppato dal panel nel rapporto può essere utile al soccombente poiché, nell’approfondire le ragioni a fondamento della declaratoria di incompatibilità col diritto dell’OMC, quest’ultimo potrebbe rinvenire alcune indicazioni utili a evitare, nel corso della fase di riconduzione delle proprie misure a conformità, di commettere gli stessi (o altri) errori, al fine dell’eventuale adozione di misure la cui conformità non sia già in nuce esclusa dallo stesso rapporto del panel. Tuttavia, anche in questo caso, così come in quello del recepimento (o meno) delle raccomandazioni redatte dal panel, quelle cui il Membro soccombente è chiamato sono delle mere valutazioni di opportunità. In altre parole, questi non può ritenersi in alcun modo vincolato alla non adozione di misure la cui legittimità sia apparentemente già esclusa dai giudici dell’OMC.

La vigenza del principio della cosa giudicata nel diritto dell’OMC è stata attentamente analizzata in dottrina¹¹⁶⁹. In quella sede, alcuni hanno evidenziato come l’utilizzo del principio sia intrinsecamente problematico perché esso non è previsto espressamente in nessuno degli strumenti giuridici che regolano il meccanismo di risoluzione delle controversie. Inoltre, sarebbe impossibile identificare un concetto unitario di cosa giudicata, dal momento che i diversi sistemi nazionali conoscono versioni distinte del

¹¹⁶⁷ Il fatto che il panel debba sempre basare le proprie conclusioni su tali elementi di prova ha condotto la giurisprudenza dell’Organo di Appello a specificare come tali elementi debbano essere effettivamente trattati. In primo luogo, è richiesto al panel di non ricorrere al c.d. *double standard of proof* (*Korea – Dairy*, WT/DS98/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello del 14 dicembre 1999, al par. 137), di trattare gli elementi di prova in maniera equa e imparziale (così *EC – Fasteners (China)*, WT/DS397/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 15 luglio 2011, al par. 441), di considerare i mezzi di prova nella loro integralità (così in *US – Continued Zeroing*, WT/DS350/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 4 febbraio 2009, al par. 331).

¹¹⁶⁸ *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 18 maggio 2011, al par. 1317.

¹¹⁶⁹ Una indagine sulla necessità concreta che il sistema pervenga ad una definitiva soluzione della controversia si rinviene in Sacerdoti G., “*The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years*”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), a pag. 49 e ss.

concetto, e, per questo, la scelta tra uno di tali modelli rischierebbe di trascendere l'ambito dei poteri inerenti attribuito ai collegi¹¹⁷⁰.

Giova una precisazione. In questa sede non si sta certamente considerando il complesso e già indagato caso in cui il collegio giudicante sia chiamato a considerare gli effetti vincolanti di una decisione avente natura giurisdizionale, già pronunciata tra le parti da un organo diverso rispetto a quelli radicati nell'OMC. All'opposto, si sta indagando l'approccio adottato dai panel e dall'Organo di Appello quando il convenuto lamenta che una certa questione è già stata decisa da un organo previsto dal DSU. In questo caso, le preoccupazioni della sopracitata dottrina risultano non fondate perché è ragionevole ritenere che i giudici dell'OMC siano chiamati non tanto alla scelta di uno dei modelli di cosa giudicata tra quelli adottati dai vari ordinamenti nazionali bensì all'elaborazione di un modello autonomo il quale risulti maggiormente idoneo alla realizzazione della finalità proprie del sistema rimediabile. E tale attività deve dirsi legittima in quanto frutto dell'esercizio dei poteri inerenti propri dei giudici dell'OMC, finalizzati ad una migliore amministrazione della giustizia, ricomprendendo in questa espressione sia la pronta ed efficiente risoluzione delle controversie tra i Membri sia la necessità di evitare lo spreco di risorse che la ripetuta trattazione di questioni già risolte richiederebbe.

Il concetto della *res indicata* è apparso per la prima volta in giurisprudenza nel rapporto del panel chiamato a decidere dell'affare India - Autos¹¹⁷¹. Nel corso del procedimento, l'India aveva sostenuto che la contestazione di una sua pretesa violazione dell'art. XI del GATT non potesse essere analizzata dal panel in quanto già precedentemente decisa in India – Quantitative Restrictions¹¹⁷².

Nell'affrontare la questione dal punto di vista teorico, il panel ha anzitutto ammesso la possibilità di applicare il principio, poiché questo riveste un'importanza sistematica, e ha poi evidenziato come in passato gli organi preposti alla risoluzione delle controversie avessero fatto applicazione di “principi – soprattutto procedurali – ampiamente riconosciuti nel diritto internazionale”¹¹⁷³. Parimenti decisivo è il prosieguo dell'analisi sviluppata dal panel. Infatti, su impulso delle parti, quest'ultimo ha evidenziato come, anche ammettendo che il principio della cosa giudicata possa assumere rilevanza nel sistema dell'OMC, perché quest'ultimo possa operare sarebbero richieste identità di parti e identità di “matter”, ricomprendendo quest'ultima espressione l'insieme delle misure specificamente contestate (*petitum*) e delle basi giuridiche della contestazione (*causa petendi*)¹¹⁷⁴. Nel caso specifico, al fine di valutare

¹¹⁷⁰ *Ex multis*, Nguyen S. T., “The Applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organisation Dispute Settlement”, *Bond Law Review*, vol. 25 (2013), a pag. 148 e ss.

¹¹⁷¹ *India – Autos*, WT/DS146/R; WT/DS175/R, Rapporto del panel, 21 dicembre 2001.

¹¹⁷² *Ivi* al par. 4.45.

¹¹⁷³ Così al par. 7.57: “A general principle of res judicata has also not been otherwise referred to or endorsed by any WTO panel or by the Appellate Body, although it is certainly true that certain widely recognized principles of international law have been found to be applicable in WTO dispute settlement, particularly concerning fundamental procedural matters”.

¹¹⁷⁴ *Ivi* al par. 7.66: “The panel therefore considers that for res judicata to have any possible role in WTO dispute settlement, there should, at the very least, be in essence identity between the matter previously ruled on and that submitted to the subsequent panel. This requires identity between both the measures and the claims pertaining to them. There is also, for the purposes of res judicata, a requirement of identity of parties which is clearly met with regard to the United States in this instance”.

l'identità tra le questioni pendenti e quelle già decise in India – Quantitative Restrictions, il panel ha fatto propria una metodologia decisamente interessante, consistente dapprima nella comparazione tra le misure espressamente contestate e tra basi giuridiche della domanda espressamente formulate¹¹⁷⁵, ovvero sia ciascuno dei due elementi costitutivi della “matter”, e, infine nello svolgimento di una “comparazione complessiva”¹¹⁷⁶.

Prima di formulare delle conclusioni circa la portata del principio, è però opportuno verificare quali siano state le modalità di applicazione di questo nelle decisioni successive a quella in India – Autos.

In primo luogo, la questione si è riproposta in EC – Bed Linen (Article 21.5 – India)¹¹⁷⁷: lì il panel era stato chiamato alla verifica della liceità di alcune nuove misure adottate dalle allora Comunità Europee. Il panel aveva rigettato una tra le pretese dell'attore (l'India) perché questo non era riuscito a dimostrare *prima facie* la sussistenza della violazione e successivamente tale rigetto non era poi stato appellato dall'attore. Nel corso del procedimento instaurato *ex art.* 21.5, l'India aveva quindi tentato di riproporre alcune doglianze in relazione alla stessa misura già originariamente contestata di fronte al panel originario e il compliance panel aveva affermato di non potersi pronunciare in relazione alla pretesa già rigettata in primo grado, in quanto ricadente nell'ambito della cosa giudicata¹¹⁷⁸.

Sulla stessa linea si è poi posta la decisione dell'Organo di Appello in US – Upland Cotton (Article 21.5 – Brazil), ove si è riaffermato il principio per cui un Membro non può dolersi per la seconda volta nel procedimento *ex art.* 21.5 del DSU di una misura che sia già stata dichiarata compatibile con le norme posta alla base della pretesa attorea¹¹⁷⁹.

L'ultima pronuncia è quella del compliance panel in US – Gambling (Article 21.5 – Antigua and Barbuda)¹¹⁸⁰. Il procedimento ordinario si era chiuso con una pronuncia dell'Organo di Appello con cui questo aveva concluso che gli Stati Uniti non erano riusciti a giustificare le misure restrittive adottate basandosi sull'art. XIV del GATS. Successivamente, di fronte al compliance panel, pur avendo conservato “integra” nell'ordinamento la misura già dichiarata incompatibile, gli Stati Uniti avevano tentato

¹¹⁷⁵ *Ivi* al par. 7.82: “The panel will first compare the measures submitted to it with those expressly ruled on in the context of the India – Quantitative Restrictions dispute, before comparing the express claims in both disputes”.

¹¹⁷⁶ *Ibidem*. “The panel will then assess overall whether the matters ruled on in India – Quantitative Restrictions can be considered to include, directly or indirectly, the matter it is requested to rule on in these proceedings”.

¹¹⁷⁷ EC – Bed Linen (Article 21.5 – India), WT/DS141/AB/RW, Rapporto dell'Organo di Appello *ex art.* 21.5, 8 aprile 2003.

¹¹⁷⁸ Al par. 96: “A complainant that, in an original proceedings, fails to establish a *prima facie* case should not be given a “second chance” in an Article 21.5 proceeding, and thus be treated more favourably than a complainant that did establish a *prima facie* case but, ultimately, failed to prevail before the original panel, with the result that the panel did not find the challenged measure to be inconsistent with WTO obligations”.

¹¹⁷⁹ US – Upland Cotton (Article 21.5 – Brazil), WT/DS267/AB/RW, Rapporto dell'Organo di Appello *ex art.* 21.5, 2 giugno 2008, al par. 210: “Because adopted panel and Appellate Body reports must be accepted by the parties to a dispute, allowing a party in Article 21.5 proceeding to re-argue a claim that has been decided in adopted reports would indeed provide an unfair “second chance” to that party”.

¹¹⁸⁰ US – Gambling (Article 21.5 – Antigua and Barbuda), WT/DS285/RW, Rapporto del panel *ex art.* 21.5, 30 marzo 2007.

per la seconda volta di dimostrare come quella fosse in realtà giustificata dall'Art. XIV del GATS, e a tal fine avevano addotto nuove prove. Il compliance panel ha finito quindi per respingere le pretese statunitensi ritenendo, in applicazione del principio della cosa giudicata, che la controversia relativa a quella stessa misura, "in the same factual and legal context", fosse già stata precedentemente decisa dall'Organo di Appello¹¹⁸¹.

Dalla rassegna giurisprudenziale appena effettuata è possibile trarre delle possibili deduzioni.

In primo luogo, è evidente come il principio della cosa giudicata sia emerso soprattutto nell'ambito di procedimenti istituiti ai sensi dell'art. 21, par. 5, del DSU, il quale legittima lo stesso panel alla decisione della controversia sorta tra le parti in sede di esecuzione. Dal punto di vista empirico, ciò significa che è molto raro che un Membro decida di attivare un procedimento *ex novo* per la contestazione di misure su cui i giudici dell'OMC si siano già previamente pronunciati.

La seconda inferenza traibile è che, per come il principio è stato applicato dagli organi istituiti ai sensi del DSU, esso sembra coprire sia il dedotto che il deducibile, in relazione al rapporto intercorrente tra una certa misura e una certa norma. In altre parole, ciò sta a significare che qualora una data misura sia accertata come conforme ad una data norma dell'OMC, non sarà mai possibile per l'attore soccombente attivare un nuovo procedimento per lamentare, una seconda volta, la conformità di quella data misura a quella data norma, anche se questi dovesse produrre nuove prove – questo però dovrebbe valere solamente per quelle prove che erano già nella disponibilità dell'attore ovvero per quelle che questi avrebbe potuto altrimenti raccogliere e proporre¹¹⁸² - ovvero nuovi argomenti. Viceversa, nel caso in cui ad essere soccombente sia il convenuto, ecco che quest'ultimo non potrà – nella fase esecutiva di cui all'art. 21, par. 5, del DSU – adoperare difese o avanzare prove a suo favore, in relazione a misure che siano già state accertate come non conformi, in assenza di alterazioni del quadro fattuale e giuridico.

Alla luce di quanto esposto, sembra ragionevole affermare che la decisione elaborata dal panel provvede sempre alla risoluzione della controversia per tramite della formulazione di un nuovo assetto di interessi che sta alla base del conflitto di volontà tra le parti e questo limitatamente alle misure che siano oggetto di contestazione da parte dell'attore. Evidentemente, il principio della cosa giudicata, pur coprendo "quanto dedotto e quanto deducibile" dalle parti, in relazione al rapporto tra certe misure e certe norme, ha una portata decisamente limitata. Infatti, questo non opera nel caso di mutamenti, anche lievi, della misura incompatibile e in quello in cui si deduca la violazione di una norma diversa rispetto a quelle in relazione alle quali si è svolto l'accertamento del panel. Da ciò deriva che l'unico caso in cui la cosa giudicata possa esplicare i propri effetti è quello in cui si dia una connessione per continenza, ovvero sia quando l'oggetto della controversia successiva sia già contenuto, in tutto o in parte, nell'oggetto di quella decisa ovvero, nel caso opposto, quando l'oggetto della

¹¹⁸¹ *Ivi* al par. 6.57.

¹¹⁸² È possibile trarre questa conclusione proprio dal riferimento incluso – al fine di giustificare l'applicazione del principio della cosa giudicata – al par. 6.57 di *US – Gambling (Article 21.5 – Antigua e Barbuda)*, all'identità di contesto fattuale e giuridico.

nuova controversia ricomprensiva una o più questioni le quali costituivano l'oggetto di una controversia già decisa. In un siffatto caso, l'unica obbligazione in capo ai decidenti sarebbe quella di astenersi dal decidere materia già risolta. Al di fuori dei casi di connessione per continenza sembra assai arduo che l'accertamento della incompatibilità di una data misura ad una data norma possa operare un condizionamento giuridico sulla valutazione della liceità di una misura diversa in rapporto alla stessa norma oppure della stessa misura già contestata ma in relazione a una norma diversa.

Una questione connessa è quella del c.d. "abusive splitting", consistente nella artificiosa frammentazione di una medesima controversia in più parti e nell'attivazione, per ciascuna di queste, di un autonomo procedimento ai sensi del DSU. Tale questione è stata affrontata dal panel sempre in India - Autos¹¹⁸³, ove il panel, pur ammettendo astrattamente come la pratica de qua possa dirsi in astratto illecita nel sistema rimediabile dell'OMC, potendo questa contrastare con i più generali principi del due process e della buona fede, ha però ritenuto che nel caso di specie non fosse possibile parlare di "abusive splitting"¹¹⁸⁴. Proprio in ragione delle difficoltà di sanzionare in concreto l'"abusive splitting" in rapporto alla violazione del paradigma del giusto processo¹¹⁸⁵, è legittimo chiedersi se il principio della cosa giudicata possa in quale modo ostacolare il ricorso in concreto a tale pratica. Alla luce di quanto si è appena concluso in ordine alla portata della cosa giudicata nel sistema rimediabile dell'OMC, è da dubitare che ciò sia possibile.

Infine, va detto che la natura vincolante del rapporto, nonché la sua piena attitudine alla risoluzione della controversia, trovano conferma in giurisprudenza, ove si è espressamente chiarito che i rapporti adottati dal DSB devono essere incondizionatamente accettati dalle parti¹¹⁸⁶ e che questi devono essere trattati dalle parti come ciò che finalmente risolve la controversia¹¹⁸⁷. Peraltro, la risoluzione della controversia ha riguardo non solo alle prove che le parti hanno dedotto nel corso del procedimento bensì anche a "claims, defences and issues ruled upon in a report", così come esistenti al tempo del primo procedimento, relativamente alla misura contestata¹¹⁸⁸.

¹¹⁸³ India - Autos, WT/DS146/R; WT/DS175/R, Rapporto del panel, 21 dicembre 2001.

¹¹⁸⁴ Ivi al par. 7.140: "While such notions might be of relevance to WTO dispute settlement in some circumstances, the panel is not convinced that the conditions which might justify such a decision are present in this instance".

¹¹⁸⁵ Ad oggi, infatti, non è possibile rilevare alcun caso in cui l'esercizio dell'"abusive splitting" abbia impedito agli organi del DSU di conoscere e decidere di una data controversia.

¹¹⁸⁶ Così dispone l'art. 17, par. 14, del DSU: "An Appellate Body report shall be adopted by the DSB and unconditionally accepted by the parties to the dispute unless the DSB decides by consensus not to adopt the Appellate Body report within 30 days following its circulation to the Members. This adoption procedure is without prejudice to the right of Members to express their views on an Appellate Body report".

¹¹⁸⁷ Così l'Organo di Appello in EC - Bed Linen (Article 21.5 - India), WT/DS141/AB/RW, Rapporto dell'Organo di Appello, 8 aprile 2003, al par. 90, citando il Rapporto dell'Organo di Appello in US - Shrimp (Article 21.5 - Malaysia): "Appellate Body Reports [...] must be treated by the parties to a particular dispute as a final resolution to that dispute".

¹¹⁸⁸ Ivi al par. 6.56: "The panel agrees, subject to a suitable definition of "dispute" that is limited to the claims, defences and issues ruled upon in a report. As a "final resolution" of a dispute, the adopted Appellate Body report entails more than a final ruling on the evidence presented. It entails a final decision on the claims and defences ruled upon with respect to the measures at issue as they existed at the time of the original proceeding".

Svolte queste considerazioni sulla natura e sull'estensione della cosa giudicata nel sistema rimediale dell'OMC, occorre ora concentrarsi sul procedimento d'appello a disposizione delle parti quando queste ultime siano insoddisfatte, per le ragioni che si diranno, dell'accertamento svolto dal panel. Infatti, in seguito all'instaurazione del procedimento d'appello, la controversia non sopravvive nella sua integrità, così come era stata prefigurata all'inizio del procedimento in sede di redazione dei terms of reference, ma solo attraverso il medio costituito dal rapporto del panel e solo in relazione alle contestazioni formulate da una o da entrambe le parti al rapporto del panel. Peraltro, le questioni che non sono sollevate in appello divengono cosa giudicata e, per questo, incontrovertibili tra le parti. In ogni caso, per comprendere appieno come la controversia e il suo oggetto vengano plasmati in occasione di questo "snodo procedimentale" è opportuno trattare del procedimento che si celebra innanzi l'Organo di Appello dell'OMC.

4.2.3 Il procedimento davanti l'Organo di Appello

I lavori dell'Uruguay Round hanno portato non solamente alla istituzionalizzazione dell'OMC bensì anche alla creazione del primo sistema permanente di appello nel diritto internazionale. Tale "nuova procedura" si differenzia notevolmente da quella che legittima alla "impugnazione" delle decisioni internazionali innanzi la CIG¹¹⁸⁹, possibilità deve comunque essere prevista dallo strumento giurisdizionale originario, e da quella della revisione, che già è stata analizzata *supra*.

Infatti, in tali ultimi casi, quella dedotta innanzi alla CIG non può mai essere l'antica controversia già risolta, bensì una controversia nuova in quando dotata di un oggetto diverso rispetto alla prima. Viceversa, nel sistema rimediabile dell'OMC, quella portata davanti all'Organo di Appello risulta essere la stessa controversia – avente però un "perimetro ridotto" – già presentata al panel. Prima di esplicitare le ragioni a sostegno di questa posizione, è opportuno spendere qualche parola per delineare sinteticamente la struttura del procedimento di appello nell'OMC.

La disciplina di tale procedimento è dettata dall'art. 17 del DSU e dalle cc.dd. Working Procedures, che l'Organo di Appello ha adottato ai sensi dell'art. 17, par. 9, del DSU¹¹⁹⁰. Si sono già precedentemente considerati i termini per la proposizione dell'appello da parte del Membro soccombente in primo grado e si è detto che, qualora venga manifestata una richiesta in tal senso, il DSB dovrà sospendere l'adozione del rapporto del panel e attendere che l'Organo d'Appello si sia pronunciato sulle questioni sollevate dai ricorrenti.

La procedura di appello prende l'abbrivio con una notificazione al DSB¹¹⁹¹, effettuata dal Membro che intende proporre appello, e seguita dal deposito della c.d. notice of appeal presso il Segretariato dell'Organo di Appello¹¹⁹². Le Working Procedures richiedono che la notice of appeal includa una breve descrizione, relativa alla natura dell'appello, che identifichi gli errori di diritto asseritamente compiuti dal panel, una lista delle disposizioni dell'OMC che il panel abbia male interpretato o applicato e, infine, una lista indicativa dei paragrafi che concretamente contengono gli errori summenzionati. In ogni caso, il ricorrente ha sempre la facoltà di integrare e modificare tale lista nel prosieguo del procedimento. Di per sé, già queste indicazioni consentono di intuire quale sia la giurisdizione materiale dell'Organo di Appello, che è

¹¹⁸⁹ Ci si riferisce alle osservazioni di Sacerdoti G., "Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review", in Petersmann E.-U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Londra: Kluwer Law International, 1997), a pag. 248 e ss.

¹¹⁹⁰ Il par. 9 dell'art. 17 recita: "Working Procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information".

¹¹⁹¹ Come si è visto *supra*, tale notificazione è prevista dall'art. 16, par. 4, del DSU.

¹¹⁹² L'art. 20 delle *Working Procedures* dà conto di quali debbano essere i contenuti della *notice of appeal*: "A Notice of Appeal shall include the following information: (a) the title of the panel report under appeal; (b) the name of the party to the dispute filing the Notice of Appeal; (c) the service address, telephone and facsimile numbers of the party to the dispute; and (d) a brief statement of the nature of the appeal, including: (i) identification of the alleged errors in the issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel; (ii) a list of the legal provision(s) of the covered agreements that the panel is alleged to have erred in interpreting or applying; and (iii) without prejudice to the ability of the appellant to refer to other paragraphs of the panel report in the context of its appeal, an indicative list of the paragraphs of the panel report containing the alleged errors".

evidentemente limitata alle questioni giuridiche, con esclusione, pertanto, di quelle fattuali.

Nonostante la giurisprudenza abbia precisato che nella notice of appeal non è necessario includere le ragioni a sostegno dell'erroneità giuridica del ragionamento sviluppato dal panel¹¹⁹³, è innegabile come questa giochi un ruolo fondamentale nella perimetrazione della controversia proposta dal ricorrente. Infatti, non è possibile per il ricorrente dedurre nel corso del procedimento errori diversi rispetto a quelli identificati nella notice of appeal¹¹⁹⁴. Nell'introduzione dell'appello, l'appellante, sia questo principale o incidentale, formula i quesiti in maniera ipotetica, ovvero sia richiede all'Organo di Appello di verificare se il panel abbia commesso un errore nell'attività interpretativa o applicativa relativa a certe disposizioni ovvero nel raggiungere una data conclusione (la formulazione è, per l'appunto, "whether the panel erred in interpreting / applying..." oppure "whether the panel erred in finding that..."). La perimetrazione della controversia operata dall'appellante è ovviamente fondamentale perché a questa aderiscono i giudici della formulazione del dispositivo.

In buona sostanza, nel procedimento di appello la notice of appeal gioca lo stesso ruolo che la richiesta di costituzione del panel, con i suoi terms of reference, riveste nel procedimento davanti a quest'ultimo. Tuttavia, se in entrambi i casi l'atto realizza la funzione di perimetrare la controversia, nel procedimento davanti all'Organo di Appello tale delimitazione viene operata solo indirettamente – il medio in questo caso è costituito dal rapporto del panel – rispetto alla controversia originaria. Peraltro, vale per la notice of appeal quanto vale anche per la richiesta di costituzione del panel: anche in questa avanzata fase del processo, è necessario rinvenire un corretto bilanciamento tra l'effettivo esercizio del diritto di appello, in capo all'appellante, e il diritto di ricevere una chiara rappresentazione di ciò che viene contestato dalla controparte, in capo ai Membri appellati, e ciò al fine di poter consentire un esercizio effettivo del diritto di difesa¹¹⁹⁵. La realizzazione di tale bilanciamento, comunque, dipende in concreto dal tipo di violazione affermata, sia questa un error in iudicando

¹¹⁹³ Ci si riferisce al caso *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 12 ottobre 1998, ai parr. 92 e ss. Nello specifico le controparti avevano contestato la vaghezza e la superficialità della *notice of appeal* depositata dagli Stati Uniti e pretendevano che questa fosse rigettata perché non in conformità con le regole delle *Working Procedures*. D'altro canto, gli Stati Uniti sostenevano che la loro *notice of appeal* desse perfettamente conto, seppur brevemente, delle questioni giuridiche (interpretative e applicative) reputate problematiche. L'Organo di Appello ha pertanto avuto l'occasione di precisare che i requisiti di indicazione della *nature of the appeal* e delle *allegations of errors* sono soddisfatti quando l'atto *de quo* individui in maniera adeguata le conclusioni o le interpretazioni giuridiche del panel che sono reputate errate e per questo appellate. Al contrario, secondo l'Organo d'Appello, non è necessario che la *notice of appeal* contenga le ragioni alla base della asserita erroneità delle conclusioni e delle interpretazioni contestate, dal momento che questa non deve essere intesa come una sintesi degli argomenti che saranno successivamente proposti dal ricorrente nel corso del procedimento.

¹¹⁹⁴ L'Organo di Appello ha affermato questo principio in *EC – Bananas III*, WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 9 settembre 1997, ai parr. 148 e ss. Nello specifico, l'Ecuador riteneva che la *notice of appeal* presentata dalle Comunità Europee non includesse alcun riferimento al paragrafo 7.93 e che, pertanto, questo dovesse essere escluso dall'ambito dell'analisi dell'Organo di Appello.

¹¹⁹⁵ Questa problematica è stata chiaramente affrontata dall'Organo di Appello in *US – Countervailing Measures on Certain EC Products*, WT/DS212/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 9 dicembre 2002, al par. 62.

ovvero un *error in procedendo*¹¹⁹⁶. A questo proposito, l'Organo di Appello ha richiesto in passato un maggiore grado di dettaglio quando l'oggetto della contestazione siano degli *errores in procedendo*, non essendo sufficienti per una efficace contestazione di questi né riferimenti generici al contenuto del rapporto di primo grado né il richiamo ad alcuni stralci di questo¹¹⁹⁷. Invece, problemi diversi si presentano quando il ricorrente cerchi di dimostrare che un certo accertamento dei fatti da parte del panel abbia dato luogo ad un errore giuridico.

A fronte della proposizione di una *notice of appeal*, le possibilità che si aprono al Membro appellato sono due. Da una parte, questi può decidere di limitarsi ad una mera difesa, con la quale rappresenta la sua posizione in ordine alle allegazioni dell'appellante. Dall'altra, egli può percorrere la via dell'appello incidentale attraverso il deposito di una "*notice of other appeal*" presso il Segretariato.

Nel caso in cui l'appello sia autonomo, ovverosia il Membro contesti errori diversi rispetto a quelli già evidenziati dall'appellante principale, l'atto dovrà avere un contenuto analogo alla "*notice of appeal*". Viceversa, nel caso in cui l'appello sia adesivo, ovverosia quando l'appellante intervenga a sostegno delle censure già sviluppate dall'appellante principale nella sua propria "*notice of appeal*", è necessario che l'atto contenga l'indicazione delle censure, già sollevate dall'appellante principale, cui si vuole aderire¹¹⁹⁸.

Dopo la presentazione degli atti introduttivi del procedimento di appello, si svolgono le due fasi, scritta e orale, del procedimento.

Possono prendere parte al procedimento di appello anche i terzi, ma solo quelli già intervenuti nel procedimento innanzi il panel. Con ciò non si intende dire che i terzi possono proporre appello in maniera autonoma, dal momento che questa facoltà è riservata solamente alle parti principali¹¹⁹⁹, quanto, piuttosto, che le terze parti possono solamente cercare di trarre vantaggio dalla proposizione di un appello da parte di una delle parti principali. Infatti, l'art. 17, par. 4, del DSU delinea l'attività che sarà svolta dalle terze parti, precisando che queste possono, se lo vogliono, depositare una memoria scritta e/o essere udite dall'Organo di Appello.

Per capire quale sia la natura della decisione adottata dall'Organo di Appello e quali siano le facoltà che questo può esercitare, occorre prima di tutto approfondire la questione della natura della sua giurisdizione. Si è già accennato come, ai sensi dell'art. 17, par. 1, del DSU, l'Organo di Appello possa conoscere solamente di questioni

¹¹⁹⁶ Sacerdoti G., "*Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review*", in Petersmann E.-U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Londra: Kluwer Law International, 1997), a pag. 274.

¹¹⁹⁷ Ci si riferisce a quanto incluso in *US — Offset Act (Byrd Amendment)*, WT/DS217/AB/R; WT/DS234/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 16 gennaio 2003, al par. 200.

¹¹⁹⁸ Nello specifico, l'art. 23, par. 2, delle *Working Procedures* prescrive l'indicazione di "*a statement of the issues raised on appeal by another participant with which the party joins*".

¹¹⁹⁹ Art. 17, par. 4, del DSU, il quale è dettagliato all'art. 24 delle *Working Procedures*.

giuridiche incluse nel rapporto e di interpretazioni giuridiche ivi sviluppate dal panel¹²⁰⁰. Anzitutto, ci si dovrebbe chiedere se esistano distinzioni concettuali tra questioni e interpretazioni giuridiche. La risposta a questa questione sembra ovvia: l'attività interpretativa di una disposizione non può che dare luogo a una potenziale questione giuridica. Piuttosto, come notato in dottrina, la vera difficoltà emergerebbe in relazione alla possibilità di appellare un rapporto a motivo di questioni su cui il panel non si sia apertamente pronunciato¹²⁰¹. Infatti, mentre l'attività interpretativa è necessariamente attiva, in quanto consistente nella aperta scelta di un significato piuttosto che di altri, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di ricomprendere nell'espressione "questioni giuridiche incluse nel rapporto" tutte quelle questioni su cui il panel, invece, sia rimasto silente¹²⁰². Autorevole dottrina ha ragionevolmente distinto l'ipotesi in cui l'appellante richieda all'Organo di Appello di pronunciarsi per la prima volta in relazione ad una certa questione da quella in cui l'appellante lamenti il silenzio del panel perché quest'ultimo avrebbe dovuto chiaramente esplicitare la sua posizione¹²⁰³. Mentre la prima possibilità è ovviamente preclusa, la seconda richiederebbe una maggiore ponderazione, dipendendo la risposta dalla possibilità del panel di applicare in concreto un principio di *jucial economy*¹²⁰⁴: in questo caso l'appellante dovrà contestare l'esistenza di un *error in procedendo*.

A prescindere dalla distinzione tra questioni giuridiche e interpretazioni giuridiche, è opportuno operare una categorizzazione degli appelli proponibili nel sistema rimediabile dell'OMC.

In primo luogo, vi sono gli appelli volti alla contestazione della violazione di norme di carattere procedurale. In altre parole, il procedimento celebrato innanzi al panel può dirsi irregolare solamente quando l'appellante riesca a dimostrare che il collegio giudicante ha violato i principi del *due process* e che tale violazione ha procurato una lesione alla parte soccombente¹²⁰⁵.

In secondo luogo, si danno contestazioni che hanno ad oggetto la valutazione, ovvero sia l'accertamento, dei fatti da parte del panel. Qui, l'errore sulla valutazione dei fatti – ovvero sia la violazione del dovere previsto dall'art. 11 del DSU di operare un "objective assessment of the facts of the case" – assurgerebbe a errore giuridico

¹²⁰⁰ L'art. 17, par. 6, del DSU precisa che la giurisdizione dell'Organo di Appello può estendersi solamente "to *issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel*". Anche le versioni della disposizione in inglese e francese distinguono tra questioni giuridiche, da una parte, e interpretazioni giuridiche, dall'altra.

¹²⁰¹ Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 719.

¹²⁰² In riferimento alle questioni giuridiche, la disposizione di cui all'art. 17, par. 6, del DSU nelle tre lingue ufficiali dell'OMC include i termini: *covered, couvert, tratadas*.

¹²⁰³ Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002, a pag. 719.

¹²⁰⁴ *Ibidem* a pag. 728.

¹²⁰⁵ Tale conclusione si fa derivare tradizionalmente da un *obiter dictum* formulato nella decisione del caso *EC – Hormones*, WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 16 gennaio 1998, alla nota 138: "Furthermore, the DSU, and in particular its Appendix 3, leave the panels a margin of discretion to deal, always in accordance with due process, with specific situations that may arise in a particular case and that are not explicitly regulated. Within this context, an appellant requesting the Appellate Body to reverse a panel's ruling on matters of procedure must demonstrate the prejudice generated by such legal ruling".

solamente quando questo assuma notevoli gravità, nel senso di risultare un “deliberate disregard of evidence or gross negligence amounting to bad faith”¹²⁰⁶. Da ciò è possibile desumere come l’Organo di Appello abbia limitato a casi estremi il proprio potere di ingerirsi nelle valutazioni fattuali rientranti della discrezionalità del panel non essendo sufficiente per l’accoglimento dell’appello il fatto che l’Organo di Appello possa preferire una soluzione diversa rispetto a quella adottata in concreto dal panel bensì essendo necessario fornire la prova di come il panel abbia effettivamente superato i limiti propri della sua discrezionalità nella valutazione delle prove¹²⁰⁷.

In terzo luogo, si danno delle contestazioni che hanno ad oggetto l’attività di interpretazione delle disposizioni ovvero sia ogni altra questione giuridica inclusa nel rapporto. È evidente come tale categoria ricomprenda anche la questione della applicazione di una data norma ad un certo fatto o ad una certa categoria di fatti¹²⁰⁸. In questo starebbe poi la risoluzione all’annosa questione della distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto. Mentre le prime coprirebbero l’esistenza e la caratterizzazione di un dato prodotto ovvero di un dato fenomeno o accadimento, le seconde comprenderebbero ogni questione relativa all’eventualità che un fatto o una serie di fatti possano subire una data connotazione giuridica o meno¹²⁰⁹.

L’art. 17, par. 13, del DSU evidenzia come l’Organo di Appello possa “confermare, modificare e rovesciare le conclusioni e le risultanze dell’indagine del panel”¹²¹⁰.

Mentre la prima fattispecie, quella della mera “conferma”, non presenta problemi interpretativi, dal momento che in quel caso l’Organo di Appello si limita a rilevare la correttezza del ragionamento sviluppato dal panel, più problematiche sono le ipotesi della “modifica” e del “rovesciamento” di quanto rilevato e concluso dal panel.

¹²⁰⁶ Ancora in *EC – Hormones*, al par. 138. Già una dottrina risalente ha criticato tale posizione dell’Organo di Appello, ritenendola eccessiva nella misura in cui richiede – almeno apparentemente – la dimostrazione dell’intenzione in capo al collegio giudicante. Si veda Lugard M., “*Scope of Appellate Review: Objective Assessment of the Facts and Issues of Law*”, *Journal of International Economic Law*, 323 (1998), a pag. 325. Altri hanno proposto un abbassamento della soglia di rilevanza richiamando una previa giurisprudenza dell’Organo di Appello: ci si riferisce a Bronckers M., McNelis N., “*Fact and Law in Pleadings Before the WTO Appellate Body*”, in *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Court & Tribunals*, (Londra: Cameron May, 2000), a pag. 326.

¹²⁰⁷ Il riferimento necessario è a *US – Wheat Gluten*, WT/DS166/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 22 dicembre 2000, al par. 151: “*In assessing the panel’s appreciation of the evidence, we cannot base a finding of inconsistency under Article 11 simply on the conclusion that we might have reached a different factual finding from the one the panel reached. Rather, we must be satisfied that the panel has exceeded the bounds of its discretion, as the trier of facts, in its appreciation of the evidence. As is clear from previous appeals, we will not interfere lightly with the panel’s exercise of its discretion*”.

¹²⁰⁸ Di nuovo il riferimento è a *EC – Hormones*, al par. 132: “*The consistency or inconsistency of a given fact or set of facts with the requirements of a given treaty provision is, however, a legal characterization issue. It is a legal question*”.

¹²⁰⁹ Bronckers M., McNelis N., “*Fact and Law in Pleadings Before the WTO Appellate Body*”, in *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Court & Tribunals*, (Londra: Cameron May, 2000), a pag. 329.

¹²¹⁰ La disposizione recita: “*The Appellate Body may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel*”.

Infatti, nel caso di modifica o di rovesciamento, l'atteggiamento dell'Organo di Appello, nella valorizzazione del disposto di cui all'art. 17 del DSU, è spesso stato quello di pervenire al suo rapporto attraverso il completamento dell'analisi sviluppata dal panel¹²¹¹.

Da una parte, non è possibile dubitare che rientri nelle facoltà proprie dell'Organo di Appello quella di completare il ragionamento giuridico del panel ovvero di sostituire a quello un suo proprio ragionamento giuridico¹²¹².

Dall'altra, sembra assai difficile che si possa dire lo stesso nel caso in cui il "completamento" dell'analisi abbia ad oggetto delle questioni meramente fattuali. La questione è esacerbata ancora di più dall'assenza di un potere di rinvio al panel, nel tempo successivo alla pronuncia dell'Organo di Appello. Pertanto, l'evidente rischio è quello che l'Organo di Appello si limiti ad una mera cassazione dell'indagine sui fatti operata dal panel, senza che a questa ne segua un'altra, evidentemente necessaria per pervenire ad una decisione di merito in relazione alle pretese attoree. Ancora, è ben possibile che la censura operata dall'Organo di Appello, la quale "spazzi via" parti del rapporto del panel, renda necessaria l'analisi di alcuni fatti che però non sono stati considerati dall'organo di primo grado in applicazione del principio di economia processuale.

In sostanza, il pericolo è che il procedimento di appello si chiuda con una assenza di decisione relativamente all'accertamento dei fatti, con ciò pregiudicando l'effettività di qualsiasi altra decisione. In una siffatta situazione, l'attore – il quale sia stato vittima di una "decisione monca" all'esito del procedimento in appello e che comunque voglia una sanzione giudiziale delle proprie pretese – sarebbe quindi costretto a riproporre un procedimento *ex novo* davanti al panel, con evidente pregiudizio alla soddisfazione dei suoi interessi ad una pronta risoluzione della controversia¹²¹³.

¹²¹¹ Come plasticamente dimostrato dalla decisione dell'Organo di Appello in *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 12 ottobre 1998, al par. 123: "*Having reversed the panel's legal conclusion that the United States measure at issue "is not within the scope of measures permitted under the chapeau of Article XX" 95, we believe that it is our duty and our responsibility to complete the legal analysis in this case in order to determine whether Section 609 qualifies for justification under Article XX. In doing this, we are fully aware of our jurisdiction and mandate under Article 17 of the DSU. We have found ourselves in similar situations on a number of occasions*".

¹²¹² *Ex multis*, Van den Bossche P., "Appellate Review in WTO Dispute Settlement", in *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Court & Tribunals*, (Londra: Cameron May, 2000), a pag. 309: "*It should be noted, however, that in a number of cases the Appellate Body has examined legal issues which the panel, for reasons of judicial economy, had not addressed*".

¹²¹³ La questione dell'assenza della c.d. "lack of remand authority" non è affatto nuova. Per esempio si consideri Vermulst E., Mavroidis P., Waer P., "The Functioning of the Appellate Body After Four Years – Towards Rule Integrity", *Journal of World Trade*, vol. 33 (1999), a pag. 6. Inoltre, per una contestazione della mancanza del potere di rimettere nelle mani del panel il destino della controversia, a seguito dell'attività di modifica o cassazione dell'Organo di Appello, si veda Kearns J. E., Charnovitz S., "Adjudicating Compliance in the WTO: a Review of DSU Article 21.5", *Journal of International Economic Law*, vol. 5 (2002), a pag. 335: "*In some Appellate Body decisions in original proceedings, a finding of an inadequate factual record has frustrated the complainant and led to a procedural dead end because the DSU lacks a formal remand*".

4.2.4 L'estinzione del procedimento

Occorre ora trattare del caso in cui le parti principali del procedimento riescano a trovare un accordo per porre fine alla controversia che li vede coinvolti¹²¹⁴. Pur nella consapevolezza del vivace dibattito dottrinale che ha ad oggetto le problematiche concernenti la definizione stessa di “mutually agreed solution”, è sin da ora necessario precisare come la seguente trattazione trovi fondamento nella convinzione che sia accordo risolutivo qualsiasi accordo concluso tra le parti che abbia come conseguenza principale quella di risolvere, ed estinguere, la controversia e di conseguenza il procedimento instaurato per la sua risoluzione¹²¹⁵.

In linea di principio, come già si è detto, il sistema rimediabile dell'OMC predilige il perfezionamento di accordi transattivi stragiudiziali rispetto alla celebrazione del procedimento innanzi agli organi del DSU e, quindi, alla risoluzione della controversia attraverso l'adozione di rapporto¹²¹⁶. A riprova di ciò, non soltanto la predisposizione di alcuni obblighi consultivi la cui soddisfazione è necessaria per poter trarre vantaggio dalle procedure previste dal DSU¹²¹⁷ bensì anche l'indicazione ai panel di intrattenere con le parti del procedimento dei contatti regolari e di adoperarsi per garantire alle parti opportunità di sviluppare una soluzione soddisfacente per entrambe¹²¹⁸.

È di tutta evidenza come il sistema rimediabile non appronti alcuna disciplina giuridica per lo svolgimento di tali negoziati, paralleli alla celebrazione del procedimento, i quali pertanto risultano connotati da un elevato grado di confidenzialità e si sviluppano al di fuori dell'Organizzazione¹²¹⁹. L'unico obbligo gravante sulle parti che abbiano concluso un accordo estintivo di una controversia consiste nella notifica di questo al

¹²¹⁴ Per una chiara trattazione dell'evoluzione normativa che ha avuto ad oggetto la disciplina degli accordi risolutivi di controversie nel sistema rimediabile dell'OMC, si veda Alschner W., “*Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System*”, *World Trade Review*, vol. 13 (2014), a pag. 14 e ss.

¹²¹⁵ Questa sembra peraltro la definizione maggiormente confacente con lo stato attuale della giurisprudenza. Si veda *ibidem* a pag. 20: “*To qualify as a MAS, an agreement has to amount to a “final settlement agreement”. WTO panels thus need to determine on a case-by-case basis whether it was the parties’ intention, objectively manifested in the agreement they concluded, to have their dispute considered resolved for an agreement to qualify as a MAS*”. Questo ovviamente dipenderà dalla interpretazione data all'accordo. Come si vedrà, questa sarà svolta dall'organo del DSU chiamato a conoscere della controversia che sia insorta tra le Parti sul rispetto o meno del contenuto dell'accordo risolutivo.

¹²¹⁶ Questo non stupisce se si hanno a mente due norme “chiave” del sistema entrambe incluse nell'art. 3 del DSU. La prima, al par. 7, ammette esplicitamente, nel caso in cui insorga una controversia tra le Parti, che per la sua estinzione debba essere preferito un accordo bilaterale. La seconda, al par. 10, impegna le Parti a non considerare come “*contentious acts*” l'attivazione delle procedure – anche solo consultive – previste dall'Intesa.

¹²¹⁷ Ci si sta riferendo alla già trattata disciplina relativa alla c.d. *request for consultation*.

¹²¹⁸ Così recita l'art. 11: “*Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution*”.

¹²¹⁹ Ruiz Fabri H., “*The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute*”, in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), a pag. 105: “*These negotiations are not legally framed by the DSU. In particular, they are confidential, develop outside the WTO and remain out of reach of any third attendance*”.

DSB¹²²⁰. Tale notifica è funzionale al controllo che il DSB dovrebbe dispiegare sugli accordi transattivi, poiché è espressamente richiesto che questi ultimi non possano violare le norme dell'OMC e neppure che rechino pregiudizio ai benefici che gli accordi assicurano agli altri Membri¹²²¹.

Il DSU tratta poi esplicitamente degli effetti che una risoluzione amichevole della controversia provoca sul procedimento di primo grado, disponendo che, qualora sia concluso un tale accordo, il panel – nel proprio rapporto – debba limitarsi ad una breve descrizione del caso e a riferire che è stata raggiunta una conclusione¹²²². In più, lo stesso DSU prevede che l'estinzione del procedimento possa derivare da una sua sospensione – chiesta e ottenuta dal solo attore – per un periodo superiore ai dodici mesi. Dopo che sia trascorso un tale periodo di tempo, è chiaramente previsto che venga meno l'autorità del panel¹²²³. In ogni caso, è chiaro come l'accordo tra le parti possa essere raggiunto in ogni fase, sia prima della costituzione o formazione del panel – e in questo caso è evidente come non si avrà nessun rapporto che dia conto dell'intervenuto accordo bensì solamente il ritiro della richiesta di costituzione del panel – sia dopo – e solo in questo caso, appunto, il collegio sarà chiamato alla redazione del rapporto limitato alla esposizione del caso e all'enunciazione della conclusione dell'accordo.

Anche nel corso del procedimento davanti all'Organo di Appello è poi possibile che intervenga un accordo delle parti idoneo alla risoluzione e all'estinzione della controversia e, quindi, del procedimento. A tal fine, l'art. 30, par. 2, delle Working Procedures, richiamando l'art. 3, par. 6, del DSU, prescrive che anche l'accordo raggiunto in questa sede debba essere notificato al DSB¹²²⁴.

Infine, è sempre possibile, per le parti, raggiungere un accordo anche nella fase esecutiva, ovvero sia: 1) dopo l'adozione del rapporto; 2) dopo che sia trascorso il ragionevole periodo di tempo concesso al soccombente per conformarsi al *decisum*; 3) nel corso del procedimento di fronte al compliance panel; 4) dopo la pronuncia del rapporto da parte di quest'ultimo¹²²⁵.

¹²²⁰ Infatti, l'art. 3, par. 6, del DSU recita: “*Mutually agreed solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements shall be notified to the DSB and the relevant Councils and Committees, where any Member may raise any point relating thereto*”.

¹²²¹ L'art. 3, par. 5, prevede: “*All solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements, including arbitration awards, shall be consistent with those agreements and shall not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements*”.

¹²²² L'art. 12, par. 12, del DSU prevede che: “*Where a settlement of the matter among the parties to the dispute has been found, the report of the panel shall be confined to a brief description of the case and to reporting that a solution has been reached*”.

¹²²³ L'art. 12, par. 12, del DSU dispone che: “*The panel may suspend its work at any time at the request of the complaining party for a period not to exceed 12 months. [...] If the work of the panel has been suspended for more than 12 months, the authority for establishment of the panel shall lapse*”.

¹²²⁴ L'art. 30, par. 2, delle Working Procedures dell'Organo di Appello recita: “*Where a mutually agreed solution to a dispute which is the subject of an appeal has been notified to the DSB pursuant to paragraph 6 of Article 3 of the DSU, it shall be notified to the Appellate Body*”.

¹²²⁵ Come chiaramente emerge dalle indicazioni giurisprudenziali fornite in Ruiz Fabri H., “*The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute*”, in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), a pag. 108 e ss.

All'esito di questa panoramica generale, e nonostante l'apparente semplicità, la questione dei rapporti tra conclusione di accordi risolutivi ed estintivi di controversie, da una parte, e destino del procedimento e della controversia, dall'altra, può rivelarsi assai complessa per una serie di ragioni.

In primo luogo, bisogna trattare della questione degli effetti dell'accordo transattivo sulla controversia e sul procedimento istituito per la sua risoluzione. Occorrerà poi capire se e in che misura tali effetti differiscano a seconda che l'accordo sia o meno notificato agli organi indicati dal DSU. In secondo luogo, se pure è chiaro che la conclusione di un accordo transattivo è di per sé idonea all'estinzione del procedimento davanti al panel, alcune criticità potrebbero insorgere quando questo intervenga nella fase di appello. Che ne è della sentenza già pronunciata tra le stesse parti e che magari contenga un accertamento idoneo a costituire una *res iudicata*? Entrambe queste questioni saranno affrontate con ordine nello svolgimento di questo paragrafo.

La storia del sistema rimediale dell'OMC è costellata da un elevato numero di accordi transattivi. Tuttavia, mentre in molti casi le parti hanno debitamente osservato il dovere di notificazione, in diversi altri tale dovere è stato chiaramente ignorato. Nella prassi, questo è capitato quando le parti si siano limitate ad una mera informazione al DSB dell'intervenuto accordo e, contestualmente, l'attore abbia o rinunciato alla propria domanda o ritirato la propria richiesta di costituzione del panel. In alternativa, si è assistito all'estinzione del procedimento derivante da una sua prolungata inerzia: ad esempio, come si è detto, questo può ben accadere quando l'attore richieda al panel una sospensione ai sensi dell'art. 12, par. 12, del DSU, senza che intervenga una successiva richiesta di riassunzione del procedimento.

In dottrina, sono state indagate le ragioni per cui le parti potrebbero non volere notificare al DSB il contenuto dell'accordo tra loro intervenuto.

In primo luogo, come è facile immaginare, potrebbe darsi il caso in cui queste temano che la conformità al diritto dell'OMC del contenuto dell'accordo sia revocata in dubbio da altri Membri¹²²⁶. Infatti, qualora anche solo un Membro reputi che quello notificato è un accordo lesivo dei benefici derivanti dagli accordi, questi potrebbe non solo manifestare la propria opposizione in sede di DSB, per quanto questa possa contare, ma soprattutto attivare a sua volta un procedimento contenzioso per lamentare l'illiceità della condotta delle parti dell'accordo.

In secondo luogo, si è ritenuto che le parti possano temere che la conclusione dell'accordo possa pregiudicare le loro facoltà di attivare una seconda volta le procedure previste dal DSU, in caso di inadempimento della controparte¹²²⁷. Questo ultimo timore è però assai infondato, sol che si pensi che il DSU – come si è già visto – dispone solamente che il panel debba richiamare nel rapporto il contenuto

¹²²⁶ *Ivi* a pag. 110: “*And yet the parties to a dispute are sometimes not sure – this is an euphemism – of the consistency of their mutually agreed solution with WTO law and do not want to publish the content of the corresponding agreement, not to mention the mere existence of an agreement*”.

¹²²⁷ *Ibidem*. “*A second explanation, in fact the most common and convincing one, is linked to the fact that the complainant dreads that a notification according to Article 3.6 DSU would produce a relinquishment of the rights to pursue the procedure. The complainant fears therefore to be bound by the agreement and unable to re-start the procedure if there is no compliance*”.

dell'accordo, senza che però questo implichi necessariamente una effettiva e diretta incisione sulle situazioni giuridiche soggettive dei Membri, ivi comprese quelle che legittimano all'attivazione del sistema rimediabile. La "temuta" rinuncia dovrebbe dirsi rilevante nel solo caso in cui una delle parti coinvolte, in sede di conclusione dell'accordo transattivo, abbia espressamente ed esplicitamente rinunciato al diritto di attivare de novo le procedure previste dal DSU. In altre parole, solo quando si versi in un caso del genere, una tale affermazione deve potersi dire idonea ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive, anche processuali, del Membro che l'abbia effettuata¹²²⁸.

Tanto premesso sui motivi che potrebbero spingere le parti a non osservare il dovere di notificazione, occorre però chiarire quali siano gli effetti giuridici generalmente derivanti dalla conclusione di un accordo transattivo debitamente notificato. Successivamente, ci si chiederà se e come questi si differenzino da quelli prodotti da un accordo transattivo non notificato.

In dottrina, si è detto che la questione della natura giuridica dell'accordo transattivo è ancora aperta e dipende in larga parte dai termini che le parti abbiano adoperato nella redazione dell'accordo¹²²⁹. In generale, non sembra possibile negare che gli effetti dell'accordo transattivo consistano nel provocare l'estinzione della controversia e quindi, conseguentemente, del procedimento. Infatti, questi effetti devono dirsi propri di qualsiasi accordo transattivo, in quanto tale, a prescindere dalla sussistenza o meno della notifica. Occorre però notare come non sia necessario che l'accordo risolutivo sia vincolante per le parti. In altre parole, non è detto che da questo derivino diritti e obblighi per chi lo abbia concluso: questo dipende essenzialmente dal testo dell'accordo che le parti hanno concluso¹²³⁰.

È però evidente che la trattazione svolta nel presente lavoro debba concentrarsi su quegli accordi da cui derivino in concreto diritti e obblighi per le parti che li hanno sottoscritti. Quelli non vincolanti, infatti, non hanno alcun'altra conseguenza se non quella di determinare l'estinzione di una controversia e del procedimento istituito per la sua risoluzione. Di conseguenza, nel caso in cui una delle parti sia insoddisfatta della condotta di controparte, la quale peraltro non potrebbe in nessun caso dirsi illecita in quanto contraria ad un accordo improduttivo di effetti giuridici vincolanti, questa potrebbe determinare di ricorrere una seconda volta alle procedure previste dal DSU, lamentando la conformità di certe misure a certe norme dell'OMC. Gli organi del DSU successivamente chiamati a conoscere di tale controversia dovrebbero quindi limitarsi a considerare la conclusione dell'accordo come un elemento fattuale, nei termini di cui

¹²²⁸ *Ibidem* a pag. 111.

¹²²⁹ Wolfrum R., Stoll P., Kaiser K., *Max Planck Commentaries on World Trade Law. WTO – Institutions and Dispute Settlement*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers), 2006, a pag. 307.

¹²³⁰ Alvarez-Jiménez A., "Mutually Agreed Solutions Under the WTO Dispute Settlement Understanding: an Analytical Framework after the Softwood Lumber Arbitration", *World Trade Review*, vol. 10 (2011). In quella sede (a pag. 348), evidenziando il silenzio del DSU circa la vincolatività o meno degli accordi in commento, l'autore ha precisato come: "This silence could be understood to mean that the DSU leaves the decision up to WTO Members, which reveals a very convenient flexibility. Disputing Members may consider that a non-binding agreement may be enough to serve as a MAS. For instance, an agreement whose text calls for best efforts to carry out or not to carry out certain acts may be agreed to and may lead in fact to the performance or absence of the acts in question by the given parties, to the point that the non-binding solution settles their dispute. Or, on the contrary, Members can carve out MAS that contain precise and binding obligations for the parties involved".

meglio si dirà *infra*, il quale però non abbia assolutamente inciso sulle situazioni giuridiche, sostanziali e processuali, dei Membri.

Tanto chiarito, occorre ora considerare gli accordi vincolanti, estintivi della controversia e del procedimento, i quali siano anche idonei ad incidere sulle situazioni giuridiche delle parti che lo hanno concluso. La questione più spinosa è quella che si presenta nel caso in cui una delle parti abbia asseritamente violato uno o più obblighi derivanti dall'accordo. In un caso siffatto, potrebbe l'attore – nel riattivare il procedimento previsto dal DSU – richiedere ai giudici dell'OMC di provvedere all'accertamento della violazione del solo accordo risolutivo? Oppure, dovrebbe esclusivamente basare le proprie pretese su norme contenute nei covered agreements?

Pacificamente escluso il caso in cui le parti abbiano esplicitamente e chiaramente rinunciato alla possibilità di ricorrere per una seconda volta al sistema rimediabile per riproporre la controversia risolta ed estinta con l'accordo risolutivo¹²³¹ ovvero quello in cui queste abbiano stabilito particolari modalità per la risoluzione di ogni controversia sull'interpretazione e sull'applicazione di accordi di questo tipo¹²³², è da dire come in dottrina esistano due orientamenti radicalmente contrastanti.

Da una parte, c'è chi ritiene che gli organi del DSU non possano assolutamente basare il proprio accertamento su norme diverse da quelle derivanti dai covered agreements, ivi comprese quelle pattizie incluse negli accordi risolutivi, salvo il caso in cui le parti provvedano ad una modifica *ad hoc* del terms of reference ovvero ricorrano all'arbitrato *ex art.* 25 del DSU¹²³³.

Dall'altra, esiste un orientamento che valorizza la norma di cui all'art. 3, par. 3, del DSU nella parte in cui prevede che il sistema rimediabile debba essere adoperato per la tutela dei benefici che anche solo indirettamente derivano dai covered agreements.

¹²³¹ Alschner W., “*Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System*”, *World Trade Review*, vol. 13 (2014), a pag. 24, commentando le conclusioni dell'Organo di Appello nel caso *EC – Bananas III (Article 21.5 – Ecuador II)*: “*The Appellate Body thus refrained from attributing to MAS the effect of precluding further proceedings per se and, instead, stressed the contractual freedom of the disputants in a MAS. In consequence, the legal effect of a MAS has to be assessed on a case-by-case basis in light of the actual terms of the agreement*”.

¹²³² Come peraltro previsto da Canada e Stati Uniti nel c.d. “*Softwood Lumber Agreement*”. Tramite la conclusione di tale accordo, le Parti si erano proposte di risolvere una grande quantità di controversie (alcune delle quali anche estranee al sistema dell'OMC) e avevano previsto che qualsiasi divergenza interpretativa o applicativa relativa all'Accordo in questione sarebbe stata risolta ricorrendo ad un procedimento arbitrale già definito. Il testo dell'Articolo XIV dell'Accordo in questione recitava: “*1. Either Party may initiate dispute settlement under this Article regarding any matter arising under the SLA 2006 or with respect to implementation of Regional exemptions from Export Measures agreed upon by the Parties pursuant to Article XII. 2. Except as provided for in this Article, for the duration of the SLA 2006, including any extension pursuant to Article XVIII, neither Party shall initiate any litigation or dispute settlement proceedings with respect to any matter arising under the SLA 2006, including proceedings pursuant to the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization or Chapter Twenty of the NAFTA [...]*”.

¹²³³ Ci si riferisce a Pauwelyn J., “*The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*”, *The American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), a pag. 554: “*A WTO panel does not have jurisdiction to consider claims under WTO rules other than those included in WTO covered agreements (such as the ministerial decisions and declarations that are part of the Final Act, but not of the WTO Agreement; or rules set out in a mutually acceptable solution agreed upon in the context of a WTO dispute)*”.

Orbene, dal momento che è proprio il DSU a richiamare e a valorizzare tali accordi e poiché questo è un covered agreement, agli organi del DSU dovrebbe in ogni caso essere garantita la possibilità di accertare o meno la violazione di un accordo risolutivo¹²³⁴. Al contrario, l'adozione della prima posizione comporterebbe un grande indebolimento della funzione stessa degli accordi risolutivi, frustrando la preferenza che il sistema rimediale costantemente manifesta in favore della risoluzione amichevole delle controversie¹²³⁵. Ovviamente, la possibilità di configurare un accordo risolutivo come diritto applicabile alla controversia dovrà essere subordinata alla liceità del contenuto di quello e all'inclusione delle disposizioni rilevanti di questo nei "terms of reference"¹²³⁶.

La questione è stata affrontata in giurisprudenza, nel caso India – Autos. In quell'occasione, il panel ha apertamente (ma purtroppo non esaustivamente) trattato della rilevanza degli accordi transattivi nel corso di successivi procedimenti¹²³⁷. Da una parte, le Comunità Europee sostenevano che l'accordo transattivo non potesse essere considerato come un covered agreement e che quindi l'India non potesse utilizzarlo per giustificare le proprie violazioni di norme del GATT e dell'accordo TRIMS¹²³⁸. Viceversa, l'India sosteneva che il fatto della conclusione di un accordo (notificato) con le allora Comunità Europee avrebbe dovuto impedire la proposizione di un nuovo ricorso da parte di quelle¹²³⁹.

Nonostante le questioni indagate avessero un rilievo sistematico, il panel ha però affermato di doverle considerare solamente nel caso in cui vi fosse stata effettiva identità tra la materia inclusa nell'accordo transattivo e quella dedotta in giudizio dalle parti¹²⁴⁰. Nell'effettuare tale analisi, è interessante che il panel abbia precisato che, nonostante non possa essere definito covered agreement, l'accordo risolutivo debba comunque essere considerato come un trattato internazionale, per la cui interpretazione e applicazione risulta necessario ricorrere alle rilevanti norme di diritto internazionale consuetudinario¹²⁴¹. All'esito dell'analisi, il panel ha però ritenuto non solo che tale perfetta identità di materia mancasse¹²⁴² ma anche che non vi fossero altre

¹²³⁴ Alvarez-Jiménez A., "Mutually Agreed Solutions Under the WTO Dispute Settlement Understanding: an Analytical Framework after the Softwood Lumber Arbitration", *World Trade Review*, vol. 10 (2011), a pag. 356: "Although MAS are not covered agreements, an agreement of this nature, the DSU, explicitly provides for their existence, so any right or obligation that MAS may contain is accrued indirectly – by suggestion or implication – under the DSU".

¹²³⁵ *Ibidem* a pag. 357.

¹²³⁶ *Ibidem* a pag. 360.

¹²³⁷ *India – Autos*, WT/DS146/AB/R; WT/DS175/AB/R, Rapporto del panel, 21 dicembre 2001, ai parr. 7.105 e ss.

¹²³⁸ *Ivi* al par. 7.109.

¹²³⁹ *Ivi* al par. 7.110.

¹²⁴⁰ *Ivi* al par. 7.116: "As was the case with the question of *res iudicata*, this systemic legal question of the effect of a mutually agreed in subsequent proceedings concerning the same matter only needs to be answered if the facts support the argument that the matter before us is covered by the MAS".

¹²⁴¹ *Ivi* al par. 7.118: "As the MAS is not a covered agreement, it is not expressly subject to the DSU requirement to utilise customary rules of interpretation of international law. Nevertheless, since this is an agreement among States, the panel finds it appropriate to address the terms of this agreement in accordance with the customary rules of interpretation of international law".

¹²⁴² *Ivi* al par. 7.131: "From these observations, the panel cannot conclude that the scope of the agreed solution with regard to the measures actually covered, encompasses any claims of violation of either Article III or the TRIMS Agreement".

ragioni a impedirgli, indirettamente o implicitamente, di conoscere delle questioni dedotte in giudizio dalle Comunità Europee¹²⁴³. Alla luce delle risultanze della propria analisi, i giudici hanno pertanto reputato che il contenuto dell'accordo transattivo notificato non fosse di per sé preclusivo all'esame delle questioni dedotte in giudizio dalle Comunità Europee, incluse nella richiesta di costituzione del panel¹²⁴⁴.

Sulla scorta di queste indicazioni giurisprudenziali, sembra ragionevole condividere quanto sostenuto da autorevole dottrina, la quale ha notato come sia maggiormente conveniente considerare l'accordo transattivo, piuttosto che covered agreement, come una tra le varie componenti del retroterra fattuale della controversia, essendo tale qualificazione maggiormente rispondente alla necessità di tutelare gli interessi della parte convenuta che abbia debitamente rispettato il contenuto dell'accordo transattivo¹²⁴⁵.

Questa scelta appare assolutamente condivisibile in quanto maggiormente conforme al dettato dell'art. 3, par. 2, nella parte in cui questo prevede che il sistema rimediale sia finalizzato al rispetto dei diritti e degli obblighi, propri dei Membri, e che derivino dai covered agreements. D'altra parte, la summenzionata dottrina che valorizza l'indicazione (all'art. 3, par. 3, del DSU) dei benefici anche solo indirettamente derivanti dai covered agreements andrebbe respinta in considerazione del fatto che è necessario che quei benefici derivino comunque dai covered agreements e non da una fonte che, se pure richiamata, rimane terza rispetto a questi. Al contrario, ritenere che il sistema rimediale possa essere sfruttato per l'esecuzione di accordi transattivi si porrebbe in netto contrasto con le finalità proprie del sistema rimediale.

Se questo è vero, resta però da capire quale tipo di rilievo possa avere un accordo fino a quando questo non sia notificato dalle parti agli organi indicati dal DSU.

Quanto agli effetti dell'accordo, è innegabile che anche l'accordo non notificato, esattamente come quello notificato, porti all'estinzione sia della controversia e del procedimento instaurato per risolverla: è questa, infatti, una conseguenza naturale dell'accordo, il quale si dice risolutivo in tanto in quanto determini una ridefinizione negoziata del conflitto di interessi alla base dall'antica controversia. Allo stesso modo, neppure sarebbe possibile sostenere l'impossibilità per l'accordo non notificato di produrre effetti giuridici vincolanti per le parti in termini di diritti e obblighi. Conformemente alla giurisprudenza già citata, si è visto che questi dipendono quasi esclusivamente dal contenuto materiale dell'accordo che è frutto dell'accordo tra le parti, e non già dell'effettuazione della notifica¹²⁴⁶.

¹²⁴³ *Ivi* ai parr. 7.132 e 7.133.

¹²⁴⁴ *Ivi* al par. 7.134: "In view of the foregoing, the panel concludes that the terms of the mutually agreed solution notified by the European Communities and India do not preclude it from examining the matter brought before it by the European Communities. In view of that factual finding the panel does not intend to rule on the legal question as to whether a notified mutually agreed solution can ever operate as a bar to a panel's express mandate from the DSB".

¹²⁴⁵ Wolfrum R., Stoll P., Kaiser K., *Max Planck Commentaries on World Trade Law. WTO – Institutions and Dispute Settlement*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers), 2006, a pag. 307.

¹²⁴⁶ Alvarez-Jiménez A., "Mutually Agreed Solutions Under the WTO Dispute Settlement Understanding: an Analytical Framework after the Softwood Lumber Arbitration", *World Trade Review*, vol. 10 (2011), a pag. 351: "It is there that the rights and obligations are laid down, and such rights and obligations will not be altered by subsequent disagreement about them, nor would they seem to be conditioned on the subsequent notification to the DSB".

Inoltre, qualora un panel fosse chiamato a conoscere di una controversia precedentemente risolta tramite accordo non notificato, potrebbe questo non considerare il fatto della conclusione dell'accordo come elemento rientrante nell'insieme dei fatti da considerare per lo svolgimento dell'objective assessment, come previsto dall'art. 11 del DSU? In questo sarebbe con molta probabilità possibile leggere una sorta di sanzione derivante dal mancato adempimento dell'obbligo di notificazione. Questa soluzione non sembra francamente sostenibile, se non altro perché aprirebbe al panel la via della violazione del dovere previsto all'art. 11 del DSU, successivamente censurabile nel corso del procedimento di appello. È infatti innegabile come non solo la conclusione di un accordo transattivo, se pure non notificato, possa ma anzi debba essere inclusa nel novero dei fatti potenzialmente rilevanti per la conclusione della controversia.

Alla luce di questi argomenti, pertanto, occorre ritenere che le due distinte fattispecie, quella dell'accordo notificato e quella dell'accordo non notificato, non differiscano in termini di effetti, sulla controversia e sul procedimento, di vincolatività per le parti e di insorgenza di una nuova controversia avente il medesimo contenuto – in tutto o in parte – di quella risolta.

A completamento della trattazione, bisogna dire del caso in cui un accordo risolutivo sia totalmente o parzialmente contrastante con una o più norme dell'OMC. Nel caso in cui questo venga notificato, è evidente come gli altri Membri possano manifestare la loro opposizione nelle sedi preposte, quali, ad esempio, il DSB. Le conseguenze di una tale opposizione, tuttavia, non sono chiare ed è da escludere che questa possa in qualche modo impedire l'entrata in vigore. Ciò che gli altri Membri potranno fare è attivare a loro volta le procedure rimediali previste dal DSU, richiedendo un accertamento dell'illiceità delle misure adottate dai Membri contraenti al fine di dare esecuzione all'accordo. Viceversa, nel caso in cui l'accordo non venga notificato o in quello in cui la notificazione segua l'attuazione delle disposizioni ivi previste, è evidente come gli altri Membri non possano manifestare una previa opposizione nelle sedi dedicate. Anche in questo caso, però, l'unica possibilità per i terzi sarebbe quella di attivare il procedimento rimediale al fine di ottenere l'accertamento della illiceità delle misure implementate per l'esecuzione dell'accordo.

Al contrario, vanno escluse soluzioni dottrinali diverse, secondo cui gli accordi risolutivi contrastanti con il diritto dell'OMC dovrebbero dirsi affetti da particolari forme di invalidità¹²⁴⁷, giacché – come si è appena dimostrato – l'unico rimedio a disposizione degli altri Membri sarà quello dell'attivazione di un procedimento

¹²⁴⁷ *Ex multis*, si considerino Alschner W., “*Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System*”, *World Trade Review*, vol. 13 (2014), a pag. 29: “*So even though a settlement may provide a “final solution” for the disputing parties, as objectively determined on the basis of the text of the agreement, and thus qualify as MAS, non-compliance with DSU Article 3.5 and 3.7 will render such a MAS null and void in its entirety for the sake of protecting collective interests*”. Ancora, si veda Alvarez-Jiménez A., “*Mutually Agreed Solutions Under the WTO Dispute Settlement Understanding: an Analytical Framework after the Softwood Lumber Arbitration*”, *World Trade Review*, vol. 10 (2011), pag. 352, a proposito di accordi risolutivi solo parzialmente contrastanti con il diritto dell'OMC: “*The fact that a part of a MAS is contrary to the covered agreement should not immediately lead to the conclusion that the whole MAS is void, since other clauses may be valid, effective to resolve the dispute, and, therefore, fully applicable*”.

autonomo che sia volto alla contestazione delle misure introdotte al fine di implementare l'accordo.

Esaurita la trattazione sulla natura e sugli effetti degli accordi risolutivi di controversie e sul rapporto intercorrente tra questi e l'insorgenza di nuove controversie aventi, in tutto o in parte, il medesimo contenuto di quelle già negoziabilmente risolte ed estinte, è ora opportuno concentrare l'attenzione sui casi in cui accordi di tale natura intervengano nel corso del procedimento di appello.

Per quanto concerne i primi, si è già evidenziato come l'art. 30, par. 2, delle *Working Procedures* prescriva che anche l'accordo raggiunto nel corso del procedimento innanzi all'Organo di Appello debba essere notificato al DSB¹²⁴⁸. La disposizione si limita al richiamo dell'art. 3, par. 6, del DSU senza però specificare quale debba essere il comportamento dell'Organo di Appello. Le regole che quest'ultimo si è dato, infatti, non consentono di comprendere con chiarezza quali siano gli effetti dell'intervenuto accordo sul procedimento e sulla decisione elaborata dal panel ma non ancora adottata dal DSB. Sino ad oggi, comunque, non vi è stato alcun caso in cui l'Organo di Appello abbia dovuto affrontare la situazione, forse proprio in ragione della particolare speditezza con cui viene celebrata questa fase del procedimento la quale, essendo caratterizzata da termini e scadenze precisi, lascerebbe scarsi margini di manovre negoziali alle parti¹²⁴⁹. In ogni caso, a prescindere dal fatto che nella prassi questa sia una questione mai emersa, è necessaria la comprensione di come dovrebbe agire l'Organo di Appello nel caso in cui le parti procedano ad una notifica dell'accordo risolutivo tra loro concluso e quali siano gli effetti del rapporto conseguentemente adottato dall'Organo di Appello.

Nella situazione analizzata, l'Organo di Appello, replicando *mutatis mutandis* la procedura prevista per il panel, dovrà procedere alla redazione di un rapporto in cui dà sinteticamente conto dello svolgimento del procedimento in appello e della circostanza della conclusione dell'accordo risolutivo tra le parti. Per quanto concerne poi gli effetti prodotti dall'accordo risolutivo nel caso in cui successivamente dovesse sorgere una nuova controversia tra le parti contraenti, conviene rimandare a quanto già precedentemente eposto.

Occorre poi fornire alcune precisazioni circa la relazione tra la conclusione dell'accordo risolutivo e il rapporto redatto dal panel ma non ancora adottato dal DSB perché appellato. Infatti, ci si potrebbe chiedere se e in quale modo possa sopravvivere l'accertamento svolto dal panel in quella sede. Per due ragioni, occorre ritenere che l'estinzione del procedimento nella fase innanzi l'Organo di Appello sia idonea a travolgere qualsiasi accertamento pregresso. Anzitutto, il rapporto originariamente prodotto dal panel sarebbe inidoneo alla produzione di qualsivoglia effetto giuridico in ragione della mancanza di adozione da parte del DSB. Inoltre, non bisogna

¹²⁴⁸ L'art. 30, par. 2, delle *Working Procedures* dell'Organo di Appello recita: "*Where a mutually agreed solution to a dispute which is the subject of an appeal has been notified to the DSB pursuant to paragraph 6 of Article 3 of the DSU, it shall be notified to the Appellate Body*".

¹²⁴⁹ Ruiz Fabri H., "*The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute*", in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), a pag. 108.

dimenticare che quella riproposta nel procedimento di appello è la medesima controversia dedotta innanzi al panel, solamente “filtrata” attraverso il primo rapporto e il contenuto della notice of appeal (o della notice of other appeal). Pertanto, un atto delle parti idoneo alla risoluzione ed estinzione di quella renderebbe inutile, perché inattuale, il precedente accertamento, il quale provvede – in maniera oltretutto precaria, in considerazione del pendente appello – alla definizione di un conflitto di interessi già composto dalle parti.

4.3 La risoluzione della controversia nel sistema ICSID

4.3.1 Cenni procedurali

Quando le parti abbiano esaurito la loro attività di presentazione del caso al Tribunale, il procedimento sarà dichiarato chiuso ai sensi dell'art. 30, co. I, delle Arbitration Rules¹²⁵⁰. La stessa disposizione, al co. II, prevede comunque che in casi eccezionali, e prima di pronunciare la propria sentenza, il Tribunale possa riaprire il procedimento sulla base della emersione di nuove prove di tale natura da costituire un fattore decisivo oppure che ci sia bisogno vitale di chiarire delle questioni specifiche¹²⁵¹.

Dalla chiusura del procedimento decorrono poi i tempi per la preparazione della sentenza, la quale – ai sensi dell'art. 46 delle Arbitration Rules – deve essere ultimata entro 120 giorni. Tuttavia, il Tribunale potrà estendere tale periodo di ulteriori 60 giorni, qualora non sia in grado di rispettare il primo termine sopra indicato¹²⁵². Non è opportuno, in questa sede, indagare né il grado di flessibilità con cui tali disposizioni sono applicate dai Tribunali né quali siano le conseguenze del mancato rispetto del termine per la preparazione della sentenza¹²⁵³.

Piuttosto, anche in relazione all'arbitrato d'investimento, conviene svolgere una indagine su quali siano gli effetti dispiegati dalla sentenza sulla controversia (nello specifico, quale sia la portata della cosa giudicata) e quelli – prodotti sulla controversia e sul procedimento contenzioso – derivanti dalla c.d. discontinuance.

¹²⁵⁰ L'art. 30, co. I, delle *Arbitration Rules* recita: “*When the presentation of the case by the parties is completed, the proceedings shall be declared closed*”.

¹²⁵¹ L'art. 30, co. II, delle *Arbitration Rules* recita: “*Exceptionally, the Tribunal may, before the award has been rendered, reopen the proceeding on the ground that new evidence is forthcoming of such a nature as to constitute a decisive factor, or that there is a vital need for clarification on certain specific points*”.

¹²⁵² Questo è quanto disposto dall'art. 46 delle *Arbitration Rules*.

¹²⁵³ Si veda Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 845.

4.3.2 La *res iudicata* nella giurisprudenza ICSID

Occorre anzitutto chiedersi quali siano gli atti che, nell'ambito del procedimento celebrato innanzi ai Tribunali di investimento, possono dirsi idonei alla risoluzione della controversia in quanto contenenti un accertamento, facente stato tra le parti, relativamente alle questioni controverse. Solo successivamente, ci si interrogherà sulla portata della cosa giudicata.

4.3.2.1 Gli atti da cui deriva l'effetto di cosa giudicata

Solo in tempi recenti ci si è interrogati su quali siano gli atti che, nel sistema ICSID, possono dirsi idonei alla produzione degli effetti della cosa giudicata tra le parti. La questione non è così scontata: infatti, mentre in altri sistemi arbitrali è chiaramente prevista per l'organo giudicante la facoltà di pronunciare delle sentenze che decidono su alcune questioni, di rito o di merito, in maniera definitiva anche prima della decisione finale¹²⁵⁴, nell'ambito del sistema ICSID nulla è stato previsto. Nello specifico, l'art. 48 della Convenzione dispone, al co. III, che la sentenza debba trattare ogni questione presentata al Tribunale e che debba dare altresì conto delle ragioni che stanno alla base delle proprie risultanze¹²⁵⁵. Se da una parte è eccessivo ritenere che tale disposizione impedisca al Tribunale arbitrale di adottare delle decisioni interinali o parziali, è tuttavia dibattuto se tali decisioni abbiano natura di sentenza produttiva di effetti di cosa giudicata. La questione, la quale non ha soltanto un rilievo teorico bensì anche delle relevantissime conseguenze pratiche, sarà più chiara attraverso l'analisi delle vicende affrontate nei procedimenti *ConocoPhillips v. Venezuela* e *Perenco v. Ecuador*.

Il primo è un procedimento contenzioso instaurato da diverse società – appartenenti al gruppo Conocophillips – contro il Venezuela, e finalizzato all'accertamento della eventuale illiceità delle misure adottate dalle autorità dello Stato in danno di alcuni progetti, in corso di sviluppo da parte degli investitori, relativi all'estrazione di petrolio¹²⁵⁶. I ricorrenti lamentavano in quella sede la violazione di norme contenute sia nel rilevante BIT sia nella legge nazionale recante disposizioni per la disciplina degli

¹²⁵⁴ Brower C. N., Henin P. F., “*Res Judicata*”, in Kinnear M. *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), a pag. 67: “*In the context of international arbitration, Article 34 of the UNCITRAL Arbitration Rules, for examples, makes it clear that “[t]he arbitral tribunal may make separate awards on different issues at different times”, and that “[a]ll awards shall be... final and binding on the parties”. Likewise, Article 38 of the SCC Arbitration Rules specifies that “[t]he Arbitral Tribunal may decide a separate issue or part of the dispute in a separate award”, and Article 40 of the same rules provides that “[a]n award shall be final and binding on the parties when rendered”. The ICC Rules of Arbitration also define an “award” to include “inter alia, an interim, partial or final award,” and specify that “[e]very award shall be binding on the parties”. Finally, the Iran-United States Claims Tribunal has found that a merits finding in a partial award it had rendered in a previous case had res iudicata effect in another case pending before it, explaining that “[a] partial award may not decided all the issues in a case, but those issues it does decide, are decided with finality and not in a provisional basis”.*”

¹²⁵⁵ L'art. 48, co. III, della Convenzione ICSID dispone: “*The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based*”.

¹²⁵⁶ *ConocoPhillips Petroquata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30.

investimenti stranieri¹²⁵⁷. Nel corso del procedimento, come spesso accade, il Tribunale aveva emesso una decisione interinale con cui si pronunciava sulle questioni giurisdizionali e su alcune questioni di merito. Tra l'altro, il collegio aveva accertato come il Venezuela avesse violato l'obbligo di negoziare in buona fede per determinare la indennità dovuta agli investitori a fronte di atti espropriativi¹²⁵⁸. Successivamente a tale decisione, il Venezuela aveva indirizzato una lettera al Tribunale con cui richiedeva che il collegio, prendendo atto di nuove prove, emerse nel frattempo, e idonee a dimostrare che le autorità statuali avevano in effetti condotto dei negoziati in buona fede per la determinazione dell'indennità, rivedesse la propria decisione interinale.

Emerge a questo proposito la questione della natura delle decisioni diverse dalla sentenza finale e dei loro effetti. Infatti, nel ragionamento sviluppato nella decisione originata dalla "request for reconsideration" del convenuto, il Tribunale ha notato in primo luogo come alla decisione interinale precitata, non potendo questa essere qualificata come una sentenza *ex art.* 48 della Convenzione ICSID, non potesse essere applicato l'art. 53 della Convenzione medesima, il quale preclude l'esperimento di qualsiasi rimedio altro rispetto a quelli previsti dalla Convenzione¹²⁵⁹. Al tempo stesso, il Tribunale ha però affermato che le decisioni interinali, incorporate nella sentenza finale, le quali risolvano questioni controverse, devono essere considerate come cosa giudicata, e questo "as a matter of principle and practice"¹²⁶⁰. Il Tribunale ha inoltre ritenuto che a questa conclusione non ostasse la norma su cui più il Venezuela aveva puntato per argomentare la propria posizione, ovvero l'art. 44 della Convenzione, il quale – come si è visto precedentemente – è manifestazione degli inherent powers e consente al collegio di decidere in relazione a qualsiasi questione procedurale non disciplinata dalla Convenzione o dalle Arbitration Rules¹²⁶¹.

Conviene notare come il Tribunale non si sia pronunciato all'unanimità ma a maggioranza, con il voto contrario di Abi-Saab, il quale ha allegato una propria opinione dissenziente¹²⁶². In questa sede, l'illustre giurista ha sviluppato un ragionamento estremamente convincente, opposto a quello fatto proprio dalla maggioranza del Tribunale arbitrale. In buona sostanza, Abi-Saab – dopo aver dimostrato l'esistenza di elementi sufficienti a comprovare, perlomeno *prima facie*, l'esistenza di un errore materiale compiuto dal Tribunale¹²⁶³ – ha affrontato la tematica del rapporto tra i poteri propri del Tribunale e la natura di cosa giudicata o meno dell'accertamento contenuto nella decisione parziale già emessa dal collegio. A questo proposito, il giudice dissenziente ha anzitutto evidenziato come non sussista alcuna

¹²⁵⁷ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, *Decision on Jurisdiction and the Merits*, 3 settembre 2013, [Kenneth Keith (Presidente), L. Yves Fortier, Georges Abi-Saab].

¹²⁵⁸ *Ivi* al par. 404.

¹²⁵⁹ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, *Decision on Respondent's Request for Reconsideration*, 10 marzo 2014, [Kenneth Keith (Presidente), L. Yves Fortier, Georges Abi-Saab], al par. 19.

¹²⁶⁰ *Ivi* al par. 21.

¹²⁶¹ *Ivi* ai parr. 22 e 23.

¹²⁶² *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, *Decision on Respondent's Request for Reconsideration*, 10 marzo 2014, *Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab*.

¹²⁶³ *Ivi* ai parr. 11 e ss.

necessità giuridica o legale secondo cui le conclusioni raggiunte dal collegio giudicante prima della decisione finale debbano dirsi finali ovvero sia costituenti cosa giudicata¹²⁶⁴. Per giustificare tale conclusione, infatti, il Tribunale aveva speso due distinte argomentazioni. La prima, consistente nell'evidenziare come, secondo la prassi, queste decisioni interinali andassero incluse nella decisione finale¹²⁶⁵. La seconda, secondo cui era chiaro che quelle decisioni dovessero, in virtù di principio e di prassi, risolvere questioni controverse facendo stato tra le parti, costituendo peraltro cosa giudicata¹²⁶⁶.

In relazione alla prima, *Abi-Saab* reputa che quella di includere l'accertamento parziale nella decisione finale non sia tanto una questione di prassi bensì una vera e propria necessità giuridica, che si impone avendo riguardo al sistema ICSID¹²⁶⁷. Infatti, secondo l'illustre autore, quest'ultimo sistema si differenzerebbe dagli altri sistemi, cui sopra si è fatto cenno, proprio in virtù del dettato dell'art. 48, co. III, della Convenzione ICSID, secondo cui la sentenza deve trattare ogni questione presentata al Tribunale. Insomma, una sentenza che non desse conto delle decisioni già decise nel corso del procedimento non potrebbe dirsi conforme al disposto dell'art. 48, co. III, della Convenzione¹²⁶⁸. Da ciò deriva che quella di includere nella sentenza finale ogni questione presentata al collegio, comprese quelle già decise nel corso del procedimento, non sarebbe una questione di abitudine o di prassi bensì una condizione necessaria perché le questioni già decise possano assumere carattere di definitività. A riprova di ciò il fatto che, come evidenziato da *Abi-Saab*, sia possibile ricorrere ai cc.dd. "post-judgment remedies", previsti dalla Convenzione ICSID, solamente per garantire l'esecuzione di una sentenza *ex art. 48* e non già per l'esecuzione di una decisione parziale o preliminare¹²⁶⁹. Pertanto, è chiaro che, differenziandosi da altri sistemi, quello ICSID richiede che tutte le questioni controverse debbano essere risolte nella stessa sede, e cioè nella sentenza finale, e che di conseguenza solo questa possa dirsi veramente risolutiva della controversia, e pertanto produttiva degli effetti di cosa giudicata¹²⁷⁰. Al contrario, sino al momento della pronuncia della sentenza finale, tutte le questioni – anche quelle già decise con decisioni interinali nel corso del procedimento – possono essere rideterminate dal Tribunale¹²⁷¹.

In relazione alla seconda argomentazione del collegio, oltre a quanto già manifestato, il giudice dissenziente ha peraltro aggiunto come la prassi non sia così univoca¹²⁷².

Sulla base di ciò, *Abi-Saab* si interroga poi sull'esistenza in capo al Tribunale dei poteri necessari, derivanti dall'art. 44 della Convenzione, per tornare su decisioni assunte prima della pronuncia della sentenza finale. Partendo dal presupposto secondo cui l'art. 44 costituirebbe una parziale codificazione nonché specifica applicazione dei poteri

¹²⁶⁴ *Ivi* al par. 36.

¹²⁶⁵ "Those decisions in accordance with the practice are to be incorporated in the Award".

¹²⁶⁶ "It is established as a matter of principle and practice that such decisions that resolve points of dispute between the Parties have *res judicata* effect".

¹²⁶⁷ *Ivi* al par. 38.

¹²⁶⁸ *Ivi* al par. 39.

¹²⁶⁹ *Ivi* al par. 41.

¹²⁷⁰ *Ivi* al par. 44.

¹²⁷¹ *Ibidem*.

¹²⁷² *Ivi* ai parr. 47 e ss.

inerenti propri dell'organo giudiziario¹²⁷³, Abi-Saab ritiene che il Tribunale debba esercitare i propri poteri in maniera tale da assicurare credibilità e integrità alla funzione giudiziaria¹²⁷⁴, nel caso concreto ritornando sulle determinazioni incluse in decisioni parziali e modificandole nell'ambito della sentenza finale¹²⁷⁵.

La questione de qua non è affatto isolata, essendosi presentata in via del tutto simile anche nell'ambito del procedimento *Perenco v. Ecuador*¹²⁷⁶. La controversia tra le parti era sorta in ragione delle asserite violazioni, da parte del convenuto, degli obblighi derivanti dal BIT concluso tra Francia e Ecuador e da alcuni contratti d'investimento conclusi dall'attore, società incorporata nelle Bahamas, e Petroecuador, società in controllo dello Stato, al fine di esplorare, e poi sfruttare, alcune aree per estrazioni petrolifere. Una investigazione delle autorità statuali aveva evidenziato come i profitti delle società private fossero enormemente cresciuti in ragione dell'incremento del prezzo del greggio tra il 2002 e il 2005. Pertanto, era volontà dello Stato di rinegoziare i contratti conclusi con le società private e, tra quelli, ovviamente anche quello con *Perenco*¹²⁷⁷. Orbene, in ragione del rifiuto degli investitori di rinegoziare i predetti contratti, le autorità legislative ed esecutive dello Stato avevano asseritamente assunto delle condotte progressivamente idonee a pregiudicare i diritti degli investitori, le quali erano culminate con l'annuncio, da parte del Presidente dell'Ecuador, che tutti i contratti sarebbero stati estinti e sostituiti da nuovi accordi¹²⁷⁸. Alla luce di questo, *Perenco* aveva attivato un procedimento contenzioso richiedendo che il Tribunale arbitrale accertasse la violazione di diverse norme del rilevante BIT e dei contratti d'investimento¹²⁷⁹.

Il Tribunale dapprima si era pronunciato, con una decisione *ad hoc*, sulle questioni giurisdizionali¹²⁸⁰, e successivamente con una decisione sui rimanenti profili giurisdizionali e su quelli di merito¹²⁸¹. Dopo questa seconda decisione, la quale non era ancora definitiva, poiché il Tribunale era stato chiamato dalle parti a pronunciarsi su alcune domande riconvenzionali, il convenuto ha avanzato una “motion for reconsideration”, richiedendo al Tribunale di riaprire e di emendare la propria precedente decisione, avendo quello omesso di decidere tutte le questioni avanzate, con ciò violando norme procedurali fondamentali¹²⁸². Senza che sia necessario in

¹²⁷³ *Ivi* al par. 54: “*But this article is relevant in casu in another meaningful way, as a partial codification and specific application of the inherent jurisdiction or powers of any judicial or adjudicative organ*”.

¹²⁷⁴ *Ivi* al par. 57.

¹²⁷⁵ *Ivi* al par. 61.

¹²⁷⁶ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability* del 12 settembre 2014, [Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas].

¹²⁷⁷ *Ivi* ai parr. da 81 a 88.

¹²⁷⁸ *Ivi* al par. 123.

¹²⁷⁹ *Ivi* ai parr. 269 e ss.

¹²⁸⁰ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Jurisdiction* dell'11 giugno 2011, [Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas].

¹²⁸¹ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability* del 12 settembre 2014, [Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas].

¹²⁸² *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Ecuador's Reconsideration Motion* del 10 aprile 2015, [Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas], al par. 5: “*In its Motion, Ecuador submits that*

questa sede trattare delle fondatezza delle ragioni del convenuto, conviene piuttosto soffermarsi sulla trattazione sviluppata dal Tribunale del ragionamento circa la sussistenza del potere di modificare decisioni già adottate. In altre parole, è opportuno interrogarsi sul carattere di definitività o meno dell'accertamento ivi contenuto.

Il Tribunale ha anzitutto sviluppato una dettagliata analisi delle norme che l'Ecuador aveva posto alla base della propria richiesta. Senza poter riportare nella loro integrità gli argomenti adottati dal Tribunale, è da dire come questo abbia anzitutto escluso che le norme relative alle “post-award procedures” possano legittimare il Tribunale alla modifica di quanto già, seppur parzialmente, deciso.

In primo luogo, il Tribunale ha precisato come non potesse in alcun modo dare seguito alle pretese ecuadoregne sulla base dell'art. 52 della Convenzione in materia di annullamento: se il Tribunale avesse agito come un Comitato d'annullamento avrebbe alterato il sistema di ruoli e di responsabilità così come distribuiti all'interno del sistema ICSID¹²⁸³.

In secondo luogo, il collegio ha notato come l'unica norma eventualmente legittimante alla revisione fosse quella prevista all'art. 51 della Convenzione, e ciò in seguito alla emersione di nuovi elementi di natura tale da pregiudicare in modo decisivo la sentenza, elementi che non fossero stati, prima della decisione, a disposizione del Tribunale o del ricorrente, né da quest'ultimo colpevolmente ignorati¹²⁸⁴. Secondo il Tribunale, ciò dimostrerebbe – in maniera però non molto convincente – che qualsiasi decisione assunta dal Tribunale, in relazione a questioni giuridiche o fattuali, sarebbe *res indicata*¹²⁸⁵. Tuttavia, secondo il collegio, quandonche l'art. 51 dovesse dirsi applicabile, nel caso concreto non sarebbero stati avanzati dallo Stato ricorrente dei fatti idonei ad intaccare in maniera decisiva la decisione¹²⁸⁶.

Il collegio si è poi soffermato sulla norma di cui all'art. 49 della Convenzione, la quale legittima le parti a rappresentare al Tribunale ogni questione che quest'ultimo abbia ommesso di affrontare nella sentenza ovvero qualsiasi errore “clerical, arithmetical or similar”¹²⁸⁷. Pur ammettendo di poter applicare l'art. 49 al caso delle decisioni non finali, il Tribunale si è interrogato sulla soddisfazione nel caso concreto dei requisiti previsti dalla norma. Ha tuttavia reputato né che vi fossero state delle omissioni in

the Tribunal has the power to reopen and amend its Decision and that it must exercise this power in the present case because of the “repeated instances of the [Tribunal’s] omitting to determine issues put to it, violating fundamental rules of procedures, manifestly exceeding its powers and failing to state the reasons on which the [Decision] is based”.

¹²⁸³ *Ivi* al par. 33: “Each body must discharge the mandate that it is given pursuant to the Convention and it is in principle wrong to mix the two”.

¹²⁸⁴ *Ivi* al par. 41.

¹²⁸⁵ *Ivi* al par. 42.

¹²⁸⁶ *Ivi* al par. 50.

¹²⁸⁷ L'art. 49, co. II, della Convenzione dispone che: “The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award [...]”.

relazione a certe questioni¹²⁸⁸, né che fossero stati commessi degli errori del tipo di quelli previsti dalla norma¹²⁸⁹.

Parimenti rilevante è l'analisi relativa all'art. 28 delle Arbitration Rules, il quale – prima della pronuncia della decisione – legittima il collegio a riaprire il procedimento quando emergano nuove prove tali da costituire un fattore decisivo oppure quando ci sia assoluto bisogno di chiarificare certe questioni¹²⁹⁰. Anche in relazione a questa norma il Tribunale ha escluso che i criteri previsti dalla norma potessero dirsi realizzati nel caso di specie¹²⁹¹.

Infine, il Tribunale si è speso nell'analisi dell'art. 44 della Convenzione e della estensione dei propri poteri impliciti¹²⁹². Il collegio ha ritenuto che la questione rappresentata dall'Ecuador non ricadesse tra quelle non disciplinate, e pertanto ricadenti nell'ambito dell'art. 44 della Convenzione, in ragione del dettato dell'art. 53, che non solo prevede la vincolatività della sentenza ma anche che contro questa non possano essere esperiti rimedi diversi dall'appello o dagli altri previsti dalla Convenzione¹²⁹³. In buona sostanza, secondo il Tribunale, non solo non sussisterebbe alcun potere generale per riaprire e rivedere il contenuto delle decisioni, ma neppure tale potere avrebbe ragion d'essere, poiché non vi sarebbe alcuna lacuna normativa cui sopperire¹²⁹⁴: sarebbe il sistema ICSID – così come definito dalla Convenzione e delle Arbitration Rules – a rendere impraticabile il ricorso agli inherent powers per rimettere in discussione decisioni già assunte dal Tribunale¹²⁹⁵.

Successivamente a questa prima serie di decisioni, tutte nel senso di ricollegare anche a decisioni interinali l'effetto di cosa giudicata, in dottrina alcuni hanno tentato di dimostrare come questo approccio rischi di aprire un vuoto di tutela¹²⁹⁶. Altri non solo

¹²⁸⁸ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, *Decision on Ecuador's Reconsideration Motion* del 10 aprile 2015, [Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas], al par. 60: “*The Tribunal has carefully reviewed its Decision and finds it did not omit to decide the various questions identified by Ecuador in its Motion*”.

¹²⁸⁹ *Ivi* ai parr. 65 e 66.

¹²⁹⁰ *Ivi* al par. 67: “*Rules 38(2) provides: ‘Exceptionally, the Tribunal may, before the award has been rendered, reopen the proceeding on the ground that new evidence is forthcoming of such a nature as to constitute a decisive factor, or that there is a vital need for clarification on certain specific points’*”.

¹²⁹¹ E ciò in relazione a entrambi i requisiti previsti dall'art. 38. Per quanto concerne l'emersione di nuove prove, si veda il par. 70; per quanto riguarda, invece, la necessità di chiarire dei punti specifici, si veda il par. 71.

¹²⁹² *Ivi* ai parr. 74 e ss.

¹²⁹³ *Ivi* al par. 77:

¹²⁹⁴ *Ibidem*.

¹²⁹⁵ *Ivi* al par. 80.

¹²⁹⁶ Cortesi G. A., “*Falsità delle prove scoperte dopo la decisione arbitrale e rimedi esperibili nel sistema ICSID*”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 2 (2015), a pag. 559: “In primo luogo, infatti, la parte soccombente “non potrebbe chiedere la considerazione immediata delle sue prove perché la sentenza parziale che ha risolto una parte della disputa deve intendersi cosa giudicata, e d'altra parte non può agire con il rimedio della revisione perché il processo di primo grado non è ancora giunto al suo epilogo definitivo”. In secondo luogo, quando il Tribunale abbia pronunciato il lodo definitivo, una richiesta di annullamento eventualmente avanzata contro di questo non avrà molte prospettive di successo, in considerazione della impossibilità di presentare nuove prove nel procedimento celebrato innanzi al Comitato di annullamento, giacché “l'opinione dominante sul

hanno confermato come il sistema ICSID si differenzi rispetto ad altri sistemi arbitrali in relazione alla distinzione tra awards e decisions¹²⁹⁷ ma anche hanno dimostrato come in passato si fossero già dati dei casi in cui i Tribunali avevano rivisto, su istanza di parte, delle decisioni di natura perlopiù processuale già assunte nel corso del procedimento¹²⁹⁸.

Più recentemente, tuttavia, sembra essersi consolidato un orientamento giurisprudenziale opposto rispetto a quello rappresentato da ConocoPhillips e Perenco. In primo luogo, occorre menzionare quanto avvenuto nel procedimento Standard Chartered Bank v. Tanzania¹²⁹⁹, ove il Tribunale aveva già deciso nel corso del procedimento non solo le questioni giurisdizionali ma anche certe questioni di merito¹³⁰⁰. Successivamente, in seguito al rivenimento di informazioni reputate decisive, l'investitore ricorrente aveva formulato delle richieste con chi domandava al Tribunale di modificare alcune sue preve conclusioni giurisdizionali e di merito. Secondo il ricorrente, infatti, non solo il convenuto aveva travisato alcune delle circostanze poste a fondamento della decisione ma anche quest'ultima non poteva essere in ogni caso considerata come cosa giudicata¹³⁰¹. A supporto di tale richiesta, il ricorrente aveva richiamato le diverse argomentazioni contenute nel ragionamento, di cui si è appena dato ampiamente conto, sviluppato da Abi-Saab nella sua opinione dissenziente nel procedimento ConocoPhillips¹³⁰². D'altro canto, il convenuto aveva negato che la propria condotta potesse essere qualificata come ingannevole e che le questioni già precedentemente decise dal Tribunale potessero essere messe nuovamente in discussione. Ai fini della presente analisi, conviene comunque limitare l'attenzione al secondo profilo, ovvero alla asserita assenza, in capo al Tribunale, del potere di riconsiderare questioni già decise. Tra gli argomenti più significativi, il convenuto sosteneva che la decisione sulle questioni giurisdizionali avesse natura di cosa giudicata proprio perché chiudeva la fase dedicata alla trattazione delle questioni di giurisdizione e di ammissibilità¹³⁰³. Inoltre, secondo il convenuto, lo stesso sistema ICSID imponeva che tali decisioni potessero essere riconsiderate, nelle forme e nei modi previsti dalla Convenzione, solamente nel tempo successivo alla pronuncia della

punto resta quella formatasi sui precedenti casi Wena e MTD che vedono la procedura di annullamento come un rimedio che esclude la presentazione di nuove prove". Si veda anche Vargiu P., "The Elusive Nature of Res Judicata in ICSID Arbitration", *University of Leicester School of Law Research Paper*, vol. 4 (2017), a pag. 27.

¹²⁹⁷ Titi C., "Res Indicata and Interlocutory Decisions under the ICSID Convention: Antinomies over the Power of Tribunals to Review", *ICSID Review*, vol. 33 (2018), a pag. 363: "The substance of the principle of res iudicata is no different in investment treaty arbitration than in public international law courts. No more is it different in ICSID arbitration than in other arbitration rules. Nevertheless, the distinction between awards and decisions is a particularity or a lex specialis of the ICSID system".

¹²⁹⁸ Ivi a pag. 365 e ss.: "A number of ICSID tribunals reopened earlier decisions without much ado, while the question of whether a decision is res iudicata essentially arose in cases where a relevant objection had been raised".

¹²⁹⁹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. ARB/10/20, *Award* del 12 settembre 2016, [Donald McRae (Presidente), Zachary Douglas, Brigitte Stern].

¹³⁰⁰ Precisamente con la *Decision on Jurisdiction and Liability* del 12 febbraio 2014.

¹³⁰¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. ARB/10/20, *Award* del 12 settembre 2016, [Donald McRae (Presidente), Zachary Douglas, Brigitte Stern], al par. 231.

¹³⁰² Ivi ai parr. 239 e ss.

¹³⁰³ Ivi al par. 255.

sentenza¹³⁰⁴. Infine, la possibilità di riaprire questioni controverse già risolte avrebbe determinato delle notevolissime inefficienze processuali¹³⁰⁵.

Dopo aver precisato come gli strumenti giuridici dell'ICSID siano silenti sul punto, il Tribunale ha preso posizione sulle conclusioni raggiunte in ConocoPhillips, affermando come sia eccessivo ritenere che tutte le decisioni pronunciate dai Tribunali d'investimento costituiscano cosa giudicata, dal momento che è inevitabile che alcune di quelle siano poi riviste e modificate¹³⁰⁶. Peraltro, secondo il Tribunale, il fatto che una decisione sia vincolante per le parti può non voler dire che quella costituisce cosa giudicata: secondo il collegio, infatti, tutte le decisioni del Tribunale sarebbero vincolanti per le parti nell'ambito del procedimento in cui quelle vengono pronunciate, pur non essendo queste cosa giudicata¹³⁰⁷. Al contrario, l'accertamento definitivo si dà ogniqualvolta la decisione produca i propri effetti sulle parti processuali al di fuori del procedimento ed è noto come, nel sistema ICSID, questo accada solo con la pronuncia della decisione finale, la quale fa proprie quelle parziali¹³⁰⁸. Peraltro, se le decisioni interinali divenissero cosa giudicata prima della loro incorporazione nella decisione finale, la stessa norma dell'art. 48, co. III, dovrebbe reputarsi superflua¹³⁰⁹. Per queste ragioni, il Tribunale ha concluso come nel sistema ICSID sia erroneo considerare le decisioni interinali dei Tribunali come cosa giudicata, essendo queste certamente vincolanti nell'ambito del procedimento in cui sono pronunciate ma non già al di fuori di quello¹³¹⁰.

Successivamente, anche in relazione alle conclusioni relative alla richiesta di riconsiderazione, è stato intentato un procedimento di annullamento da parte dello Stato¹³¹¹. Quest'ultimo riteneva che il Tribunale, avendo ommesso di considerare che la prima decisione doveva essere considerata come cosa giudicata, avesse manifestamente ecceduto i propri poteri e avesse violato una fondamentale norma di procedura¹³¹², peraltro allegando una carenza di ragionamento sul punto¹³¹³. In relazione alla questione del riesame di proprie decisioni, lo Stato reputava che l'azione del Tribunale avesse messo a repentaglio un principio fondamentale del sistema rimediabile dell'ICSID, ovverosia quello della certezza giuridica, la quale – secondo lo Stato – sarebbe assicurata proprio dal fatto che le decisioni non soltanto sono vincolanti per le parti ma anche costituiscono cosa giudicata¹³¹⁴. D'altra parte, richiamando molti degli argomenti già rappresentati (relativi all'art. 48, co. III, della Convenzione, dell'accesso ai rimedi successivi all'award, all'inefficienza processuale derivante dalla impossibilità

¹³⁰⁴ *Ivi* al par. 258.

¹³⁰⁵ *Ivi* al par. 263.

¹³⁰⁶ *Ivi* al par. 311.

¹³⁰⁷ *Ivi* al par. 313.

¹³⁰⁸ *Ibidem*. “An essential feature of *res judicata* is that the judgment in question produces effects on the parties outside the proceedings in which it is granted. But decisions of tribunals only have effect within the proceedings until they have been incorporated into the final award”.

¹³⁰⁹ *Ivi* al par. 314.

¹³¹⁰ *Ivi* al par. 318.

¹³¹¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. ARB/10/20, *Decision on the Application for Annulment* del 22 agosto 2018 [Claus von Wobeser (Presidente), Christoph Schreuer, Bertha Cooper-Rousseau], al par. 68.

¹³¹² *Ivi* al par. 90.

¹³¹³ *Ibidem*.

¹³¹⁴ *Ivi* al par. 94.

di rivedere decisioni interinali), l'investitore sosteneva la correttezza degli argomenti che il Tribunale aveva posto a base della propria decisione¹³¹⁵.

Valorizzando preliminarmente il dettato dell'art. 41, co. II, delle Arbitration Rules, il quale dispone che il Tribunale può, in ogni stato del procedimento, verificare la sussistenza della propria giurisdizione in relazione alla controversia pendente¹³¹⁶, il Comitato ha ammesso che le decisioni sulla giurisdizione già pronunciate possono essere nuovamente riesaminate ed eventualmente modificate¹³¹⁷, principalmente al fine di tutelare al massimo grado l'efficienza processuale¹³¹⁸. Dipoi, in relazione alle diverse censure sollevate dallo Stato, il Comitato ha escluso che la condotta concretamente adottata dal Tribunale, in relazione alla modifica di questioni diverse da quelle giurisdizionali, potesse costituire un manifesto eccesso di potere¹³¹⁹ o una violazione di una norma procedurale fondamentale¹³²⁰. Infine, il Comitato ha altresì rigettato la censura concernente l'asserita omissione di dare conto del ragionamento alla base della decisione¹³²¹.

Questioni simili a quelle già descritte sono state trattate e decise nell'ambito del procedimento Burlington v. Ecuador, ove il convenuto aveva richiesto al Tribunale di riconsiderare quanto contenuto nella precedente Decision on Liability, perché le conclusioni ivi raggiunte in relazione all'esistenza di una espropriazione dovevano reputarsi "radicalmente e irrimediabilmente viziate"¹³²². A sostegno della propria richiesta, l'Ecuador sosteneva che la decisione precedentemente assunta fosse da rivedere in quanto (1) questa era basata su un argomento che le parti non avevano mai sollevato nel corso del procedimento, ovvero su di una particolare interpretazione di una disposizione della legge nazionale sugli idrocarburi; (2) la controparte aveva occultato dei fondamentali elementi di prova così impedendo al Tribunale di comprendere appieno la gravità delle conseguenze derivanti dalla decisione¹³²³. Ancora una volta, dal punto di vista teorico, l'Ecuador aveva evidenziato che l'accertamento contenuto nella decisione contestata non poteva essere in alcun modo essere considerato come *res iudicata*¹³²⁴. In subordine, il Tribunale sarebbe stato in ogni caso titolare del potere di modificare sue proprie decisioni previamente pronunciate¹³²⁵. D'altro canto, l'investitore sosteneva che la richiesta di controparte fosse

¹³¹⁵ *Ivi* al par. 101.

¹³¹⁶ L'art. 41, co. II, delle *Arbitration Rules* dispone che: "The Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute or any ancillary claim before it is within the jurisdiction of the Centre and within its own competence".

¹³¹⁷ *Ivi* al par. 153.

¹³¹⁸ *Ivi* al par. 172: "[...] the Committee is of the view that in consideration of the relevant facts which came to light after the Decision in Jurisdiction was issued, procedural efficiency was safeguarded by allowing the Tribunal to reconsider its Decision, rather than basing its further findings on a decision it knew to be erroneous".

¹³¹⁹ *Ivi* al par. 357.

¹³²⁰ *Ivi* ai parr. 385 e ss.

¹³²¹ *Ivi* al par. 671.

¹³²² *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, *Decision on Reconsideration and Award* del 7 febbraio 2017 (Gabrielle Kaufmann-Kohler [Presidente], Brigitte Stern, Stephen Drymer), al par. 49: "Ecuador requests that the Decision on Liability be reconsidered because it is 'fundamentally and fatally flawed' with respect to the question whether there was an expropriation".

¹³²³ *Ibidem*.

¹³²⁴ *Ivi* al par. 50.

¹³²⁵ *Ivi* al par. 52.

inammissibile, spendendo essenzialmente l'argomento relativo all'assenza nel sistema ICSID di un meccanismo di riconsiderazione delle decisioni già pronunciate¹³²⁶.

Il Tribunale ha fatto proprie le conclusioni già raggiunte sul punto dal Tribunale in *Standard Chartered Bank v. Tanzania*, relative all'inidoneità alla cosa giudicata delle decisioni parziali¹³²⁷. Secondo il Tribunale, ciò è conseguenza della struttura processuale del sistema ICSID, dal momento che questo (1) menziona espressamente le sole sentenze finali, le quali “devono trattare ogni questione dedotta dalle parti”¹³²⁸; (2) prevede dei meccanismi, esperibili dalle parti, solamente per “rimediare” a quelle sentenze¹³²⁹; (3) vincola le parti contraenti al riconoscimento e all'esecuzione solamente di quelle sentenze¹³³⁰.

L'analisi appena conclusa dimostra come solamente le decisioni finali (cc.dd. “awards”) possano essere considerate come cosa giudicata nell'ambito dell'arbitrato d'investimento dell'ICSID. Questo implica che l'accertamento compiuto nell'ambito delle decisioni parziali (o interinali), peraltro neppure espressamente previste dagli strumenti su cui i collegi giudicanti basano il loro potere decisorio, mai potrà definirsi definitivo. Al contrario, questo sarà naturalmente precario e quindi sempre modificabile dal Tribunale prima della pronuncia definitiva, purché ovviamente le circostanze sopravvenute, nell'opinione del collegio giudicante, ne giustifichino la necessità.

4.3.2.2 La portata della cosa giudicata nella giurisprudenza ICSID

Così come avvenuto in altri sistemi, anche nell'ambito dell'arbitrato di investimento si è efficacemente riconosciuto come la *res iudicata* costituisca un principio di diritto internazionale tra quelli enunciati all'art. 38, co. I, lett. c), dello Statuto della CIG¹³³¹. Anche in quest'ambito, perché questo possa trovare applicazione, è necessario ricorrano i tre elementi tradizionali, ovverosia: 1) identità di parti; 2) identità di *petitum*; 3) identità di *causa petendi*¹³³².

¹³²⁶ *Ivi* al par. 59.

¹³²⁷ *Ivi* al par. 86.

¹³²⁸ *Ibidem*.

¹³²⁹ *Ivi* al par. 87.

¹³³⁰ *Ivi* al par. 88.

¹³³¹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, *Decision of the Tribunal on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings* del 26 giugno 2002, (James Crawford [Presidente], Benjamin R. Civiletti, Eduardo Magallón Gómez), al par. 39: “*There is no doubt that res iudicata is a principle of international law, and even a general principle of law within the meaning of Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice*”.

¹³³² Martinez-Fraga P. J., Samra H. J., “*The Role of Precedent Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration*”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 32 (2012), a pag. 421: “*There is a general consensus in international arbitration with respect to two issues: first, arbitral tribunals universally accept the principle of res iudicata, or claim preclusion – the principle that, once adjudicated, a claim cannot be raised again. Second, arbitral tribunals accept what is referred to as “triple identity” test as the determinative standard for the application of res iudicata to a further proceedings?*”.

Date queste chiare premesse, occorre però evidenziare come l'applicazione del principio della *res iudicata* non risulti affatto agevole in concreto per due ordini di ragioni, entrambe connesse alle tradizionali modalità attraverso cui l'investimento viene eseguito. Come già si è detto, infatti, l'operazione economica costituente l'investimento non trova esecuzione attraverso l'attività di un solo soggetto bensì, almeno tendenzialmente, per tramite del coinvolgimento di soggetti aventi identità giuridica distinta gli uni dagli altri. E questo è vero anche quando tali soggetti appartengano al medesimo gruppo societario oppure quando siano controllati dal medesimo soggetto. Dunque, almeno tendenzialmente, risultano diversi i soggetti astrattamente legittimati a ricorrere all'arbitrato ICSID in relazione ai medesimi accadimenti fattuali.

La questione era già stata accennata nella trattazione dedicata alla determinazione del perimetro della controversia al momento della instaurazione del procedimento contenzioso, ove si era concluso nel senso di garantire un buon margine di libertà alla (eventuale) pluralità di investitori nella specificazione della controversia dedotta innanzi al Tribunale arbitrale.

In questa sede, tuttavia, si adotterà un angolo visuale diverso e ci si chiederà se e in quali termini potrà trovare applicazione il principio della cosa giudicata quando questo sia invocato in un procedimento attivato da un investitore che solo formalmente sia distinto rispetto a quello che già è stato parte di un precedente procedimento. Conviene esemplificare. Si ipotizzi il caso in cui diverse società realizzino un investimento in un dato Stato. Ad un certo punto, in ragione della asserita illiceità di alcune condotte dello Stato, solo alcune delle società partecipanti all'operazione decidono di ricorrere al procedimento arbitrale per lamentare la lesione dei loro diritti. Ebbene si dia il caso in cui, successivamente alla chiusura di quel procedimento, le altre società decidano di agire nuovamente per lamentare in via autonoma la lesione dei loro diritti. Evidentemente, occorrerà chiarire se, ed eventualmente in che misura, l'esistenza di un accertamento vincolante per le parti del primo procedimento possa in qualche modo rilevare per il secondo¹³³³.

È a questo proposito che conviene menzionare quanto accaduto nei celebri procedimenti *Lauder v. Czech Republic* e *CME v. Czech Republic*, entrambi celebrati con riti diversi da quello ICSID e tuttavia rilevanti. Come riconosciuto dal Tribunale arbitrale nell'ambito del secondo procedimento, si trattava di procedimenti sorti in relazione alle medesime circostanze fattuali e relativi allo stesso oggetto¹³³⁴. Infatti, la complessa controversia era sorta in relazione alla gestione e alla proprietà di una rete televisiva recentemente privatizzata. Il primo procedimento, *Lauder v. Czech Republic*, era stato instaurato da Ronald Lauder, cittadino statunitense, il 19 agosto del

¹³³³ Reinisch A., "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 37 (2004), a pag. 56: "Thus, the question arises whether legally separate entities of a corporate group may be regarded as an identical party or at least sufficiently closely related for the application of the doctrines of res judicata and lis pendens".

¹³³⁴ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* del 14 marzo 2003 (Wolfgang Kühn [Presidente], Stephen M. Schwebel, Ian Brownlie), al par. 200: "The parallel proceedings in London and Stockholm derived from the same circumstances, concerned the same subject matter".

1999, sulla base del BIT tra Repubblica Ceca e Stati Uniti¹³³⁵. Per le medesime vicende, il 22 febbraio del 2000, veniva poi instaurato un altro procedimento contro la Repubblica Ceca da parte della società di diritto olandese CME, controllata da Lauder¹³³⁶. I due procedimenti erano proseguiti parallelamente sino alla decisione finale in Lauder, ove il Tribunale, pur riconoscendo che lo Stato ospite aveva commesso una violazione del Trattato rilevante, in accoglimento di una delle domande attoree, aveva tuttavia escluso che all'investitore spettassero delle somme a titolo di risarcimento¹³³⁷. Appena dieci giorni dopo questa decisione, il Tribunale in CME pronunciava una decisione di segno opposto rispetto a quella in Lauder, ritenendo non solo che la Repubblica Ceca avesse violato molteplici disposizioni del BIT rilevante bensì anche che all'investitore spettasse una somma di denaro che sarebbe stata determinata nella seconda fase del procedimento arbitrale¹³³⁸.

È rilevante come entrambi i Tribunali avessero nel corso della loro analisi preso in considerazione il tema della litispendenza e quello dell'eventuale contrasto tra giudicati. In Lauder, il Tribunale ha liquidato la questione affermando come la dottrina della litispendenza non potesse in alcun modo trovare applicazione in ragione della diversità, se pure formale, delle parti costituite nei due procedimenti e, peraltro, in virtù della diversità di basi giuridiche delle pretese avanzate¹³³⁹. In CME, il Tribunale ha raggiunto conclusioni pressoché identiche, peraltro richiamando e confermando la validità delle conclusioni raggiunte in Lauder¹³⁴⁰. In più, il collegio ha anche espressamente negato che i concetti di "single economic entity" e di "company group" potessero essere accettati nell'ambito dell'arbitrato internazionale¹³⁴¹.

L'approccio esageratamente formalista dei Tribunali arbitrali appena citati era stato fortemente criticato dalla dottrina¹³⁴², la quale – nel valorizzare la conclusione del collegio in CME, secondo cui i due procedimenti avevano sostanzialmente il medesimo oggetto – aveva proposto di dare applicazione, nell'ambito dell'arbitrato di

¹³³⁵ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* del 3 settembre 2001 (Robert Briner [Presidente], Lloyd Cutler, Bohuslav Klein).

¹³³⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* del 14 marzo 2003 (Wolfgang Kühn [Presidente], Stephen M. Schwebel, Ian Brownlie).

¹³³⁷ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* del 3 settembre 2001 (Robert Briner [Presidente], Lloyd Cutler, Bohuslav Klein), alle pagg. 74 e 75.

¹³³⁸ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* del 13 settembre 2001 (Wolfgang Kühn [Presidente], Stephen M. Schwebel, Juroslav Hándl), al par. 624.

¹³³⁹ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Final Award* del 3 settembre 2001 (Robert Briner [Presidente], Lloyd Cutler, Bohuslav Klein), al par. 171: "The Arbitral Tribunal considers that the Respondent's recourse to the principle of *lis pendens* to be of no use, since all the other court and arbitration proceedings involve different parties and different causes of action".

¹³⁴⁰ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, *Partial Award* del 13 settembre 2001 (Wolfgang Kühn [Presidente], Stephen M. Schwebel, Juroslav Hándl), ai parr. 432 e ss.

¹³⁴¹ *Ivi* al par. 436.

¹³⁴² Reinisch A., "The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 37 (2004), a pag. 56: "While the solution is hard to criticise from a formal point of view the outcome is highly unsatisfactory. In fact, it offers the possibility to any investor with a more complex corporate structure, entailing different corporate (and individual) nationalities, to try one BIT arbitration after the other until one tribunal finds in its favour".

investimento, ad una dottrina di cosa giudicata detta “substantive” o “transactional”¹³⁴³, valorizzando quindi il criterio della “realtà economica unica”¹³⁴⁴.

Dal punto di vista del requisito dell’identità delle parti, tale versione estesa del concetto della cosa giudicata si sarebbe dovuta dire senza dubbio applicabile nel caso in cui il procedimento già concluso fosse stato instaurato da una società o da un individuo “vicini” al soggetto intenzionato a dare avvio ad un nuovo procedimento in relazione agli stessi fatti, intendendosi con tale vicinanza un rapporto di controllo o di colleganza (tra società) oppure la titolarità in capo ad una persona fisica di quote della società¹³⁴⁵.

Dal punto di vista dell’identità di *causa petendi*, invece, non sarebbe stato sufficiente affermare la diversità formale di BIT, bensì sarebbe stato necessario verificare la diversità in concreto delle norme la cui violazione era lamentata nei diversi procedimenti¹³⁴⁶.

Raccogliendo queste riflessioni, più recente dottrina ha rilevato come oramai la giurisprudenza tenda a dare applicazione ad un concetto di *res iudicata* vicino a quello “substantive” o “transactional”¹³⁴⁷. Al fine di dimostrare questa posizione, tale dottrina ha richiamato a titolo esemplificativo le conclusioni raggiunte sul punto da alcuni Tribunali arbitrali.

Il primo procedimento è RSM Production Corporation v. Grenada. Nell’agosto del 2004, l’investitore era risultato soccombente in un procedimento ICSID ove questi aveva lamentato la violazione di alcune obbligazioni derivanti da un contratto concluso con lo Stato ospite il 4 luglio 1996¹³⁴⁸. Contro tale decisione, l’investitore aveva avanzato una istanza di annullamento, e tuttavia il procedimento ai sensi dell’art. 52

¹³⁴³ *Ibidem*. “The only possibility to avoid this outcome – within the parameters of the *res iudicata* and *lis pendens* principles – is to reassess the identity requirement and to examine whether it necessarily demands formal identity or whether a more substantive test looking at the underlying economic realities of modern foreign investment would not offer more satisfactory solutions?”. Inoltre, si veda Martinez-Fraga P. J., Samra H. J., “The Role of Precedent Defining *Res Judicata* in Investor-State Arbitration”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 32 (2012), a pag. 433: “[...] we underscore the possible virtues of a substantive/transnational approach that transcends boilerplate application of extremely narrow and formalistic precepts that are conducive to a disparate and fragmented rubric of preclusion doctrine that further invites the circumvention of *res iudicata*”.

¹³⁴⁴ Il criterio della *réalité économique unique* era già stato adoperato per altri fini giurisdizionali da diversi tribunali arbitrali, e non solo in materia di investimento. Si veda l’analisi in Reinisch A., “The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 37 (2004), a pag. 57 e ss.

¹³⁴⁵ *Ivi* a pag. 61: “It would appear that, also for purposes of *res iudicata* and *lis pendens*, related parent and subsidiary companies can be regarded as the “same party” where a parent company has been allowed to bring a claim for its subsidiary or vice versa”.

¹³⁴⁶ *Ivi* a pag. 64, riferendosi al conflitto tra le anzidette decisioni di Lauder e CME: “It is evident, however, that this is a highly artificial distinction since in all the examples mentioned the legal grounds for the compensation sought would be a rule of international law calling for compensation for expropriation whether contained in custom or expressed in a treaty. It is far more appropriate to look at the specific rules and to examine how far they are substantively identical or different”.

¹³⁴⁷ Magnaye J., Reinisch A., “Revisiting *Res Judicata* and *Lis Pendens* in Investor-State Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), a pag. 280: “Since then, several investment tribunals seem to have [...] adopted a more substantive/transactional approach when confronted with issues of *res iudicata* than the traditional strict triple identity test”.

¹³⁴⁸ *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award del 10 dicembre 2010 (J. William Rowley [Presidente], Edward W. Nottingham, Pierre Tercier), al par. 1.4.1.

della Convenzione veniva dichiarato estinto nell'aprile del 2011, in ragione del mancato pagamento da parte di RSM dei costi all'ICSID. Nelle more del procedimento di annullamento, ovverosia nel gennaio del 2010, l'investitore aveva dato avvio – unitamente a tutti e tre i suoi azionisti – ad un nuovo procedimento ICSID al fine di lamentare, questa volta, la violazione dei diritti che gli spettavano in virtù del BIT concluso tra gli Stati Uniti e Grenada, violazione dovuta alle condotte dello Stato ospite in relazione all'accordo contrattuale che costituiva l'oggetto del primo procedimento¹³⁴⁹. Nella propria decisione, il Tribunale ha anzitutto rilevato come tra le parti non vi fosse disaccordo circa i presupposti per dare applicazione alla dottrina del collateral estoppel. Nello specifico, perché un diritto, una questione o un fatto non possa essere sottoposto a nuovo giudizio (e pertanto sia vincolante per ogni Tribunale adito successivamente), è necessario: 1) che tale diritto, questione o fatto sia stato espressamente fatto oggetto di discussione; 2) che sia stato effettivamente deciso dall'organo adito; 3) che la decisione sulla questione fosse necessaria per risolvere le domande proposte al giudice¹³⁵⁰. Nel considerare la posizione dell'investitore, secondo cui mentre le questioni rilevanti nel primo arbitrato erano solamente quelle contrattuali, quelle rilevanti nel secondo erano quelle relative alla violazione del BIT, il Tribunale ha espressamente applicato l'insegnamento della Corte Suprema degli Stati Uniti, secondo cui “a right, question, or fact distinctly put in issue, and directly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery cannot be disputed in a subsequent suit between the same parties or privies, and, even if the second suit is for a different cause of action, the right, question, or fact once so determined must, as between the same parties or their privies, be taken as conclusively established so long as the judgment in the first suit remains unmodified”¹³⁵¹. Il Tribunale ha quindi concluso che le decisioni in relazione a diritti, questioni e fatti, raggiunte all'esito del primo procedimento, dovevano dirsi vincolanti anche nel secondo e, alla luce di questa conclusione, ha ritenuto che le pretese attoree fossero manifestamente “without legal merit”¹³⁵². Nonostante il Tribunale abbia affermato l'applicazione della sola dottrina del collateral estoppel¹³⁵³, è evidente come questi abbia nei fatti esteso la portata del principio della cosa giudicata, i cui effetti preclusivi hanno trovato applicazione nel caso concreto nonostante la *causa petendi* fosse diversa rispetto a quella del primo procedimento. Parimenti rilevante è il passaggio in cui il Tribunale prende in considerazione il fatto che mentre nel primo procedimento il ricorrente era soltanto la società, nel secondo oltre a quella erano presenti anche tutti e tre i soci. Il collegio ha reputato che la questione fosse irrilevante perché, al tempo del primo procedimento, la compagine sociale era la medesima e per questo tutti e tre i soci, in quanto “privies”, dovevano dirsi vincolati dalle determinazioni raggiunte dal primo Tribunale relativamente alle questioni e ai diritti del contratto originario¹³⁵⁴. Risulta pertanto evidente come il Tribunale abbia adottato un approccio assai poco formalistico.

¹³⁴⁹ *Ivi* a 3.1 e 3.2.

¹³⁵⁰ *Ivi* al par. 7.1.1.

¹³⁵¹ *Ivi* al par. 7.1.3 ove il Tribunale ha richiamato la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Southern Pacific Railroad Co v. United States*, 168 U.S. 1, 48-49 (1879).

¹³⁵² *Ivi* al par. 7.2.1.

¹³⁵³ Scott A., “*Collateral Estoppel by Judgment*”, *Harvard Law Review*, vol. 56 (1942), a pag. 3: “[...] a party who has once fought out a question in litigation with the other party is precluded from fighting it out again. The term “collateral” estoppel is intended to emphasize the fact that the causes of action involved in the two proceedings are different, even though the issues or some of them are the same”.

¹³⁵⁴ *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, *Award* del 10 dicembre 2010 (J. William Rowley [Presidente], Edward W. Nottingham, Pierre Tercier), al par.

Il secondo caso è *Apotex v. United States*¹³⁵⁵. Nel giugno del 2013, la società Apotex era risultata soccombente in un procedimento UNCITRAL precedentemente intentato contro gli Stati Uniti per la violazione delle norme NAFTA sul trattamento nazionale (art. 1102), sul trattamento equo e ragionevole (art. 1105) e sulle espropriazioni (art. 1110): all'esito del procedimento, il collegio aveva reputato che la ricorrente non potesse essere qualificata come investitore ai sensi del NAFTA¹³⁵⁶. Nelle more di tale procedimento, la medesima società e la controllante canadese avevano avviato contro gli Stati Uniti un nuovo procedimento, questa volta ICSID, nell'ambito del quale lamentavano la violazione delle norme NAFTA sul trattamento nazionale (art. 1102), sul trattamento della nazione più favorita (art. 1103) e sul minimum standard of treatment (art. 1105)¹³⁵⁷. Per queste ragioni, il secondo Tribunale adito ha dovuto affrontare la spinosa questione del valore dell'accertamento giurisdizionale già pronunciato dal primo collegio.

Da un punto di vista generale, all'esito di una approfondita analisi giurisprudenziale e dottrinale, il Tribunale ha anzitutto evidenziato come il principio del collateral estoppel trovi una diffusa e costante applicazione nel diritto internazionale¹³⁵⁸. Successivamente, il Tribunale ha positivamente affermato come la dottrina del collateral estoppel nel sistema UNCITRAL – analogamente a quanto accade nel diritto internazionale – sia idonea a coprire sia il dispositivo sia il ragionamento svolto nella sentenza, e tale conclusione sarebbe necessaria alla luce dell'art. 32 delle UNCITRAL Arbitration Rules, il quale afferma che la decisione “shall be final and binding on the parties” e che “shall state the reasons upon which the award is based”¹³⁵⁹.

Alla luce di tale analisi, il Tribunale ha affermato come la decisione del Tribunale nel primo procedimento dovesse costituire cosa giudicata nel secondo¹³⁶⁰. Similmente rispetto a quanto occorso in RSM, il Tribunale ha esteso la cosa giudicata anche alla società che non era parte del primo procedimento e ciò è accaduto non solo in ragione

7.1.5: “*They were thus privies of the RSM at the time. As such, they, like RSM, are bound by those factual and other determinations regarding questions and rights arising out of the Agreement*”.

¹³⁵⁵ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award del 25 agosto 2014 (V.V. Veeder [Presidente], J. William Rowley, John R. Crook).

¹³⁵⁶ *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, ICSID Case No. UNCT/10/2, *Award on Jurisdiction and Admissibility* del 14 giugno 2013 (Toby T. Landau [Presidente], Clifford M. Davidson, Fern M. Smith), al par. 335.

¹³⁵⁷ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award del 25 agosto 2014 (V.V. Veeder [Presidente], J. William Rowley, John R. Crook), al par. 2.30.

¹³⁵⁸ *Ivi* al par. 7.23: “*It is also clear that international courts and tribunals have regularly examined under international law a prior tribunal’s reasoning, and the arguments it considered, in determining the scope, and thus the preclusive effect, of the prior award’s operative part. The first international tribunal’s analysis and reasoning thus often play a significant role before the second international tribunal in determining the res judicata effect of the earlier award*”. Per una efficace sintesi dei riferimenti operati dal collegio si veda Kotuby C. T. Jr., Egerton-Vernon J. A., “*Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. The Government of the United States of America – The Adoption by International Tribunals of a Substantive/Transactional Approach to Res Judicata – A New Paradigm in International Dispute Resolution?*”, *ICSID Review*, vol. 30 (2015), a pag. 495.

¹³⁵⁹ *Ivi* ai parr. 7.34 e 7.35.

¹³⁶⁰ *Ivi* al par. 7.37: “[...] *the Tribunal concludes that the Apotex I & II Award, with its relevant reasons, operates in this arbitration as res judicata as regards both named parties to that arbitration, namely Apotex Inc. and the Respondent*”.

della sua natura di “privy” rispetto alla società controllata, bensì anche perché le pretese della controllante dipendevano dalla qualificazione delle operazioni della controllata come “investimento”. In altre parole, qualora le operazioni della controllata non potessero essere qualificate come investimento, ecco che le pretese della controllante non avrebbero avuto ragion d’essere e non avrebbero potuto essere portate al Tribunale arbitrale¹³⁶¹. In conclusione, attribuendo valore di *res iudicata* alla conclusioni del primo Tribunale e al loro ragionamento sottostante, il collegio ha concluso che le pretese avanzate dai ricorrenti non potessero ricadere nella competenza giurisdizionale del Tribunale arbitrale¹³⁶².

Tali conclusioni dimostrano come, in tempi recenti, sia rinvenibile una certa tendenza dei Tribunali arbitrali d’investimento ad applicare una dottrina estesa della cosa giudicata, detta sostanziale o transactional, e ciò al fine di rimediare a eventuali condotte strategiche dell’investitore consistenti nel ricorso, in tempi diversi, a fori diversi per ottenere la risoluzione di quella che, in sostanza, è la medesima controversia¹³⁶³.

L’analisi ha dimostrato come la dottrina della cosa giudicata, la cui applicabilità è da sempre unanimemente riconosciuta anche nell’ambito del sistema ICSID, sia stata variamente applicata nel corso del tempo. In un primo momento, questa è stata oggetto di una applicazione assai rigida o formalistica, dimostrandosi così incapace di realizzare le finalità sue proprie, consistenti nell’impedire alle parti di ottenere un ulteriore accertamento su una controversia già decisa. In tempi recenti, per porre rimedio alle assurde conseguenze dell’applicazione “rigida” o “formalistica”, la giurisprudenza – dando seguito alle indicazioni provenienti dalla dottrina – sembra muoversi nel senso di applicare la dottrina in maniera più sostanziale, prescindendo dalla verifica formale della corrispondenza tra parti e causae petendi nei diversi procedimenti. In buona sostanza – per tramite dell’applicazione dello strumento del collateral estoppel – l’accertamento ricadente su questioni giuridiche e fattuali svolto da un Tribunale in un certo procedimento avrà valore di cosa giudicata anche in un procedimento successivo, quando quest’ultimo sia stato instaurato da parti “vicine” rispetto a quelle del primo procedimento e quando le norme poste alla base delle domande siano sostanzialmente le medesime. Così facendo, la dottrina della cosa giudicata, conformandosi alla natura dell’arbitrato internazionale d’investimento, torna a dispiegare i suoi effetti.

¹³⁶¹ *Ivi* al par. 7.40.

¹³⁶² *Ivi* al par. 12.1.

¹³⁶³ Kotuby C. T. Jr., Egerton-Vernon J. A., “*Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. The Government of the United States of America – The Adoption by International Tribunals of a Substantive/Transactional Approach to Res Judicata – A New Paradigm in International Dispute Resolution?*”, *ICSID Review*, vol. 30 (2015), a pag. 496.

4.3.3 Il procedimento di revisione nel sistema ICSID

L'art. 51 della Convenzione ICSID prevede, al par. I, che ciascuna parte possa presentare la propria domanda di revisione quando sia scoperto un fatto idoneo a ripercuotersi in maniera decisiva sulla precedente sentenza, posto che – al tempo della pronuncia – il fatto in questione fosse sconosciuto al Tribunale e alla parte istante, e purché tale ignoranza non fosse addebitabile a negligenza della parte. Al par. II, è previsto che la domanda possa essere depositata entro novanta giorni dalla scoperta del fatto e, in ogni caso, non oltre tre anni da quando la sentenza è stata pronunciata. Il par. III della disposizione in questione prevede infine che la domanda debba essere rivolta al Tribunale che ha pronunciato la sentenza da rivedere, e quando questo non sia possibile è previsto che un nuovo Tribunale venga costituito.

La disposizione di cui si è dato conto segue in maniera notevole l'impianto dell'art. 61 dello Statuto della CIG, il quale – perseguendo le medesime finalità – è servito da modello al tempo di redazione della Convenzione¹³⁶⁴.

Anche nel sistema ICSID l'istituto della revisione ha trovato applicazione in pochissimi casi. Tuttavia, in tempi molto recenti, sembra che tale procedimento stia assumendo sempre maggiore rilevanza, in considerazione del numero significativo di casi attualmente pendenti nella fase della revisione¹³⁶⁵. Sarà analizzata immediatamente la rilevante giurisprudenza per comprendere cosa si intenda per fatto idoneo a dare luogo alla revisione.

In *Victor Pey Casado v. Chile*, l'attore aveva rappresentato di essere venuto a conoscenza di un articolo apparso sul *Journal de Santiago* il 3 marzo 2008, e di un comunicato stampa, del 22 febbraio 2008, del Consiglio di Difesa del Cile, secondo cui lo stesso Consiglio avrebbe riconosciuto ufficialmente che la giurisprudenza della Corte Suprema del Cile in materia di nullità dei decreti di confisca in applicazione del decreto legge 77 del 1973 era costante¹³⁶⁶. Orbene, l'attore si era premurato di evidenziare che il fatto nuovo non era costituito dagli anzidetti documenti, bensì dal loro contenuto, di cui l'attore non avrebbe potuto avere conoscenza, essendo quello emerso un anno dopo la chiusura della fase orale del procedimento¹³⁶⁷. La controparte aveva rigettato la possibilità di qualificare il comunicato stampa come fatto nuovo, nonché la sua idoneità ad incidere in maniera decisiva sulla precedente sentenza¹³⁶⁸. Nello specifico, in relazione al primo punto, il convenuto aveva affermato che non poteva costituire un "fatto" il mero contenuto di un comunicato stampa. Secondo il

¹³⁶⁴ Come sottolineato in Seelig M.L., Tevini A.G., "Revision Proceedings under the ICSID Convention: Suggestions for a Possible Interpretation of the Prerequisites of Article 51 of the ICSID Convention", *Arbitration International*, vol. 26 (2010), a pag. 470.

¹³⁶⁵ Nel biennio 2018-2019 ben tre domande di revisione sono state depositate, nei casi: *Dan Cake S.A. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/12/9), *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/13/1) e *Edenred S.A. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/13/21).

¹³⁶⁶ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decisione sulla revisione del 18 novembre 2009, (Pierre Lalive (Presidente), Mohammed Chemloul, Emmanuel Gaillard), al par. 17.

¹³⁶⁷ *Ivi* ai parr. 18 e 19.

¹³⁶⁸ *Ivi* al par. 22.

Tribunale, poco importava che si fosse innanzi a una “qualificazione” piuttosto che a una “percezione” giuridica, giacché sia che il fondamento della domanda fosse l’articolo, o il comunicato stampa, o ancora il mero riconoscimento di una certa giurisprudenza, o infine tale ultima giurisprudenza, in ogni caso si sarebbe trattato di un “fatto” di cui all’art. 51 della Convenzione¹³⁶⁹. Piuttosto, secondo il Tribunale, la difficoltà in capo all’attore sarebbe stata quella di dimostrare il carattere “indiretto” del fatto nuovo, così come il fatto che quello fosse sconosciuto e che potesse dirsi tale da ripercuotersi in maniera decisiva sulla precedente sentenza¹³⁷⁰. In relazione al carattere “indiretto” del fatto nuovo, il Tribunale si limitò ad evidenziare che il fatto alla base della domanda di revisione non era né il comunicato del Consiglio, né il suo oggetto, né il suo contenuto, bensì un riferimento alla giurisprudenza della Corte suprema, ovvero sia – in altri termini – la scoperta della posizione, precedentemente sconosciuta, della Corte Suprema del Paese¹³⁷¹. Dopo aver trattato l’argomento della negligenza o meno in capo alla parte attrice, di cui non è necessario dare conto, il Tribunale negò che il fatto potesse essere idoneo a ripercuotersi in maniera decisiva sulla vecchia sentenza, giacché l’attore non era riuscito a dimostrare che il riconoscimento effettuato dal Consiglio di Difesa fosse dimostrativo del riconoscimento di una obbligazione generale e inequivoca in capo al Cile, la quale sola sarebbe stata in contrasto con la posizione serbata dal Cile nel corso del procedimento¹³⁷². Infine, il Tribunale concluse in favore della impossibilità di identificare “indici pertinenti e nuovi” idonei ad esercitare una influenza decisiva “sulle decisioni e sui motivi ammessi” nella vecchia sentenza¹³⁷³.

Il secondo caso di revisione si è dato in *Venezuela Holdings v. Venezuela*, ove il Venezuela, soccombente nel procedimento di merito, aveva presentato domanda di revisione alla luce del mancato rispetto, nel tempo successivo alla pronuncia della sentenza di merito, di alcuni impegni assunti dagli investitori nel corso del procedimento di prime cure¹³⁷⁴. Nello specifico, gli investitori avevano assicurato al Tribunale che, nel caso di una sentenza loro favorevole, avrebbero agito in maniera tale da evitare di pervenire al c.d. “double recovery”, a danno del Venezuela, in ragione di somme che quelli avevano già ricevuto a titolo di risarcimento a seguito di un procedimento ICC¹³⁷⁵. Secondo il Venezuela, se il Tribunale fosse stato a conoscenza del mancato rispetto di siffatti impegni, questi avrebbe statuito in maniera diversa in relazione al metodo di calcolo del risarcimento¹³⁷⁶. In questo caso, evidentemente, la questione più importante era quella di comprendere, anzitutto in astratto, se la revisione nel sistema ICSID potesse essere eccezionalmente basata su fatti successivi alla pronuncia della sentenza di merito. Orbene, sulla base del testo della disposizione dell’art. 51 della Convenzione, il Tribunale concluse, in maniera del tutto condivisibile, che solamente i fatti antecedenti alla pronuncia della sentenza potessero essere quelli

¹³⁶⁹ *Ivi* al par. 26.

¹³⁷⁰ *Ibidem*.

¹³⁷¹ *Ivi* al par. 28.

¹³⁷² *Ivi* al par. 46.

¹³⁷³ *Ivi* al par. 50.

¹³⁷⁴ *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decisione sulla revisione del 12 giugno 2015, (Gilbert Guillaume (Presidente), Gabrielle Kaufmann-Kohler, Ahmed Sadek El-Kosheri), al par. 2.1.1.

¹³⁷⁵ *Ivi* al par. 2.1.2.

¹³⁷⁶ *Ivi* al par. 2.1.3.

sulla cui base può essere richiesta la revisione¹³⁷⁷. In relazione ai fatti concretamente dedotti dal Venezuela, il Tribunale evidenziò come quelli fossero solamente “intenzioni e strategie” i quali, costituendo un mero stato mentale, non potevano concretizzarsi in fatti ricadenti nell’ambito applicativo dell’art. 51 della Convenzione¹³⁷⁸. Peraltro, secondo il Tribunale, se anche mere “intenzioni e strategie” fossero da considerare fatti, ai sensi dell’art. 51, in ogni caso l’attore non era riuscito a dimostrare la loro esistenza, in capo agli investitori, nel corso della celebrazione del procedimento di primo grado¹³⁷⁹.

Il terzo caso di revisione, *Tidewater v. Venezuela*, fu instaurato dal Venezuela per lamentare un errore, asseritamente commesso dal Tribunale, idoneo ad incidere sulle modalità di calcolo del risarcimento¹³⁸⁰ e consistente nell’aver materialmente equivocato la stima del valore degli asset dell’investitore, effettuata dal perito di quest’ultimo. Secondo il Venezuela, se il Tribunale fosse stato consapevole dell’equivoco, questi avrebbe concluso in favore di un diverso quantum di risarcimento. L’investitore, al contrario, aveva sostenuto che il procedimento più opportuno per far valere il summenzionato errore fosse quello della correzione, di cui all’art. 49 della Convenzione, argomento respinto dal Venezuela. Nel decidere la questione, il collegio ammise anzitutto l’esistenza di un errore materiale nella trascrizione della perizia¹³⁸¹. In relazione alla sussistenza del fatto di cui all’art. 51, tuttavia, il Tribunale evidenziò come questo non potesse essere né la perizia elaborata dall’esperto nominato dall’investitore, giacché tale documentazione era stata depositata in sede di udienza¹³⁸², né la consapevolezza del Tribunale nell’utilizzo del dato erroneamente considerato, dal momento che il fatto che legittima alla revisione deve essere già esistente al tempo della pronuncia della sentenza¹³⁸³. Ritenere altrimenti significherebbe considerare il procedimento di revisione come rimedio ad ogni eventuale errore commesso dal Tribunale, e ciò sarebbe in contrasto con quanto previsto all’art. 53 della Convenzione.

L’analisi della giurisprudenza rilevante ha dimostrato come la nozione di fatto nuovo non si discosti da quella elaborata dalla CIG nell’ambito della sua giurisprudenza. Neppure conviene discostarsi dalla giurisprudenza della CIG per comprendere quando un fatto possa dirsi dotato di natura tale da incidere in maniera decisiva sul precedente accertamento giudiziario.

Infine, esattamente come già si è detto nell’ambito della CIG, ad oggi – in ragione dell’assenza di precedenti rilevanti – non è possibile comprendere come il Tribunale arbitrale debba mettere in rapporto il fatto nuovo con l’accertamento già realizzato nella prima sentenza. Anche in questo sistema, tuttavia, è ragionevole credere che il Tribunale debba fare salva la parte di ragionamento che non contrasta con la nuova

¹³⁷⁷ *Ivi* ai par. 3.1.10 e 3.1.11.

¹³⁷⁸ *Ivi* al par. 3.1.21.

¹³⁷⁹ *Ivi* al par. 3.1.22.

¹³⁸⁰ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decisione sulla revisione del 7 luglio 2015, (Campbell McLachlan (Presidente), Andrés Rigo Sureda, Brigitte Stern), al par. 15.

¹³⁸¹ *Ivi* al par. 30.

¹³⁸² *Ivi* al par. 37.

¹³⁸³ *Ivi* al par. 38.

evidenza. In ogni caso, come già si è detto, eventuali Tribunali chiamati a rivedere un precedente accertamento godranno di notevole discrezionalità.

4.3.4 L'estinzione del procedimento ICSID

La Convenzione ICSID tace sulla discontinuance. Al contrario, una sua disciplina dettagliata è rinvenibile nelle Arbitration Rules, agli articoli 43, 44 e 45.

La prima disposizione tratta della fattispecie che si dà quando le parti abbiano concluso un accordo mirante alla risoluzione della controversia ovvero solamente finalizzato ad estinguere il procedimento. Mentre nel primo caso il venir meno del contrasto in relazione alle questioni precedentemente controverse deriva dalla conclusione di un accordo vincolante, con cui le parti ricompongono in autonomia il conflitto di interessi che le contrappone, nel secondo le parti si limitano a manifestare la loro comune volontà di estinguere il procedimento. Quando tale volontà sia manifestata per iscritto, è previsto che il Tribunale adotti un'ordinanza nella quale dà conto dell'estinzione del procedimento; quando il Tribunale non sia stato ancora costituito, l'adozione di tale provvedimento spetta al Segretariato Generale. Inoltre, l'art. 43, par. II, prescrive per le parti la possibilità di richiedere al Tribunale la pronuncia di una sentenza contenente l'accordo con cui le parti hanno estinto la controversia. Dal punto di vista formale, è richiesto che le parti depositino presso il Segretariato il testo completo e sottoscritto di tale accordo e, inoltre, che richiedano al Tribunale per iscritto la pronuncia della sentenza avente il predetto contenuto. In generale, le parti possono richiedere e ottenere una discontinuance solo parziale della controversia: in questo caso, il Tribunale dovrà limitare la propria decisione soltanto alla materia ancora controversa¹³⁸⁴. Parimenti indubbio è che la discontinuance possa avere luogo solamente tra alcune parti del procedimento e non tutte¹³⁸⁵. Infine, il procedimento potrà essere estinto in ogni momento del suo svolgimento, anche quando una decisione di merito sia già stata adottata e siano pendenti procedimenti relativi a "post-award remedies".

Nel caso il Tribunale pronunci solamente l'ordinanza in cui dà conto della estinzione del procedimento, è opportuno che questa non abbia altro contenuto se non il testo dell'accordo raggiunto dalle parti¹³⁸⁶. Contro l'ordinanza non è possibile per le parti esperire alcuno dei post-awards remedies previsti dalla Convenzione, proprio perché il provvedimento deve essere qualificato come ordinanza e non come sentenza¹³⁸⁷. Peraltro, quando giunga al collegio la richiesta delle parti di pronunciare una sentenza inclusiva dell'accordo risolutivo della controversia, il Tribunale non è assolutamente vincolato alla soddisfazione di tale richiesta, potendo invece pronunciare una sentenza di accertamento negativo della propria giurisdizione oppure una semplice ordinanza in

¹³⁸⁴ *Ex multis, Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award del 28 settembre 2007 (Francisco Orrego Vicuna [Presidente], Marc Lalonde, Sandra Morelli Rico), ai parr. 77 e ss.

¹³⁸⁵ *Ex multis, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, *Decision on Jurisdiction* del 16 maggio 2006 (Jeswald W. Salacuse [Presidente], Gabrielle Kaufmann-Kohler, Pedro Nikken), ai parr. 16 e ss.

¹³⁸⁶ Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009, a pag. 825.

¹³⁸⁷ *Ibidem*.

cui dà conto soltanto della avvenuta estinzione del procedimento¹³⁸⁸. Tale decisione è altamente discrezionale.

Quando il Tribunale decida di dare seguito alla richiesta delle parti, pronuncerà una sentenza contenente l'accordo da quelle raggiunto. Logicamente, avendo recepito una volontà altrui, non potrà in alcun modo fornire una sua propria motivazione. Per le stesse ragioni, nel tempo successivo alla pronuncia, le parti non potranno proporre né richiesta di interpretazione della sentenza, poiché sostanzialmente il suo contenuto è frutto della volontà altrui, né richiesta di revisione alla luce di nuovi fatti scoperti dopo la pronuncia della decisione¹³⁸⁹. Parimenti complessa risulterà l'applicazione dell'art. 52 della Convenzione, dal momento che il Tribunale non ha esercitato nessun potere decisorio.

In ogni caso, la conseguenza più rilevante dell'inclusione dell'accordo in uno strumento giuridico quale la sentenza è evidente: le parti saranno vincolate al rispetto del contenuto della pronuncia ai sensi dell'art. 54 della Convenzione ICSID. Risulta tuttavia problematico il caso in cui una parte risulti inadempiente rispetto a tale accordo. In primo luogo, infatti, è certamente possibile che tale inadempimento possa provocare l'insorgenza di una controversia interstatale, ricadente nell'ambito dell'art. 64 della Convenzione ICSID¹³⁹⁰. Nello specifico, lo Stato di nazionalità dell'investitore potrebbe agire in protezione diplomatica contro lo Stato ospite, asseritamente inadempiente, e rivolgersi alla CIG per ottenere una sua decisione sul punto. Nonostante tale ricostruzione sia certamente convincente, è da credere che non esaurisca il novero delle possibilità aperte alle parti nel caso di inadempimento degli obblighi derivanti dall'accordo transattivo. A ben vedere, infatti, l'esistenza di altre possibilità dipende dal contenuto dell'accordo transattivo. Qualora questo riconosca in capo allo Stato ospite un obbligo di pagamento di una somma di denaro all'investitore, non si capisce perché quest'ultimo – titolare di un diritto di natura pecuniaria – non possa ricorrere alle ordinarie procedure esecutive di cui all'art. 54 della Convenzione. Viceversa, nel caso in cui l'accordo vincoli lo Stato ospite all'esecuzione di obblighi aventi natura diversa da quella pecuniaria, occorre richiamare quanto già detto *supra* in relazione alle modalità di determinazione del perimetro materiale della controversia al tempo della instaurazione del procedimento, in relazione alla definizione del *petitum*. Si era detto in quella sede che, se pure è innegabile che i poteri del Tribunale includano quello di condannare lo Stato all'esecuzione di una prestazione specifica diversa dal pagamento di una somma di denaro, sarà però assai complesso per l'investitore ottenere un rimedio efficace in caso lo Stato risulti inadempiente rispetto a quegli obblighi.

Infine, occorre dubitare che l'investitore vittima dell'inadempimento dello Stato possa ricorrere *ex novo* alla tutela del Tribunale arbitrale d'investimento. Tale soluzione sembra da rigettare per almeno due motivi.

¹³⁸⁸ *Ivi* a pag. 826.

¹³⁸⁹ *Ivi* a pag. 827.

¹³⁹⁰ L'art. 64 della Convenzione recita: “*Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement*”.

In primo luogo, la sentenza già resa dal primo Tribunale difficilmente potrebbe ricadere nella nozione di investimento di cui all'art. 25 della Convenzione ICSID¹³⁹¹. In secondo luogo, anche ammettendo che la decisione possa essere qualificata come investimento, e quindi ricadere nell'ambito di competenza del Centro, l'ostacolo più grande sarà costituito dalla cosa giudicata, la quale coprirà tutte le originarie questioni relative all'investimento e impedirà al collegio di decidere una controversia già decisa con sentenza.

L'art. 44 delle Rules prevede poi che ciascuna parte possa unilateralmente avanzare una sua propria richiesta di discontinuance. In questo caso, il Tribunale, o nelle more della sua costituzione, il Segretariato Generale, disporrà un termine entro cui l'altra parte dovrà manifestare la propria opposizione all'estinzione del procedimento. In mancanza di opposizione, il Tribunale, o il Segretariato, darà conto dell'avvenuta estinzione del procedimento in apposita ordinanza. Al contrario, nel caso in cui tale opposizione sia manifestata, il procedimento dovrà continuare. Tale disciplina è indubbiamente da considerare come un riflesso del generale principio secondo cui il procedimento arbitrale – una volta instaurato – deve essere considerato come strumento nelle mani di entrambe le parti processuali, e non soltanto di una di quelle.

Infine, l'art. 45 prevede che vi sia discontinuance quando le parti rimangano inerti nel procedimento. In questo caso, trascorsi sei mesi oppure un periodo che sia stato concordato dalle parti e autorizzato dal Tribunale, oppure quando il Tribunale non sia ancora stato costituito, il procedimento sarà considerato estinto. Anche in questo caso, il Tribunale, o il Segretariato Generale, provvederanno alla pronuncia di una ordinanza che dà conto della discontinuance.

In ultima analisi, il sistema ICSID prevede che alla discontinuance conseguano effetti diversificati a seconda della volontà manifestata dalle parti.

Nel minimo, quelle potrebbero semplicemente voler pervenire all'estinzione del procedimento, senza che tale estinzione presupponga l'avvenuta estinzione della controversia oppure che ne determini l'estinzione. In primo luogo, è chiaro che le parti potrebbero decidere di estinguere il procedimento perché reputano che questo costituisca un ostacolo ad una proficua celebrazione del negoziato finalizzato alla risoluzione della controversia. Qualora il negoziato non riuscisse ad estinguere la controversia, l'investitore potrebbe comunque ricorrere – ancora una volta – all'arbitrato, purché ovviamente siano soddisfatti altri eventuali requisiti previsti dalla base giurisdizionale. In secondo luogo, anche qualora le parti avessero estinto tramite accordo la controversia al tempo della discontinuance, ma tale estinzione non fosse stata recepita dal Tribunale arbitrale, all'investitore sarebbe comunque concessa la possibilità di incardinare un nuovo procedimento arbitrale.

¹³⁹¹ In effetti, nonostante sia possibile rinvenire in giurisprudenza un orientamento – in via di consolidamento – il quale tende a considerare le decisioni arbitrali come ricadenti nella nozione di “investimento”, di cui all'art. 25 della Convenzione ICSID, occorre tuttavia notare come tali siano soltanto le decisioni che abbiano risolto controversie aventi natura commerciale (si consideri, sul punto, l'analisi di Mistelis L.A., “*Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement*”, *ICSID Review*, vol. 28 (2013), alle pagg. 73 e ss.). Al contrario, allo stato attuale della giurisprudenza, risulta assai arduo immaginare che un “award”, il quale sia già di per sé risolutivo di una controversia relativa al rispetto delle norme dettate dal BIT rilevante, possa a sua volta essere considerato come investimento tutelabile dal BIT.

Dagli atti processuali che determinano l'estinzione del procedimento, però, potrebbero derivare effetti ulteriori rispetto a quelli meramente processuali. Infatti, si è visto come il Tribunale, su richiesta delle parti, possa decidere – esercitando una pressoché totale discrezionalità – di includere l'accordo transattivo in una sentenza. Da ciò deriva che le parti saranno vincolate al rispetto del negozio transattivo non soltanto in ragione del *pacta sunt servanda* bensì anche in virtù del fatto che le loro volontà transattive sono divenute oggetto di un accertamento giudiziale. Tale accertamento costituisce cosa giudicata e, in caso di inadempimento di una parte, l'altra potrà sempre ricorrere ai rimedi previsti dalla Convenzione. Sul punto, si è però notato come la situazione sia diversificata a seconda del contenuto concreto dell'accordo. In ogni caso, comunque, a seguito dell'inclusione dell'accordo transattivo concluso dalle parti nella sentenza pronunciata dal Tribunale, non sarà possibile ricorrere per la seconda volta al rimedio arbitrale. A ciò ostano non solo i limiti giurisdizionali di cui all'art. 25 della Convenzione ma anche – in maniera molto più rilevante – l'esistenza di un previo accertamento giudiziale, seppure solo formale, idoneo a risolvere la controversia.

4.4 Risoluzione della controversia: considerazioni frutto della comparazione

L'ultimo capitolo dell'opera ha cercato in primo luogo di comprendere quali siano gli atti che – nell'ambito delle diverse procedure considerate – possono dirsi effettivamente risolutivi della controversia.

Nel sistema della CIG, è fuor di dubbio che sia *ivi* idonea a ridefinire il conflitto di interessi alla base della controversia solamente la sentenza di merito che la Corte pronuncia all'esito del procedimento: in nessun caso eventuali sentenze su giurisdizione e ammissibilità o eventuali ordinanze emesse nel corso del procedimento potrebbero dirsi capaci di ricomporre il conflitto di interessi sostanziale che contrapponeva le parti al tempo della sua instaurazione. Peraltro, secondo l'insegnamento della Corte, foriero di enormi problematicità, anche l'accertamento contenuto nelle sentenze sulle obiezioni preliminari, pur non toccando il merito della controversia, ha natura di cosa giudicata.

Considerazioni parzialmente diverse valgono per il sistema rimediabile dell'OMC, dal momento che lì il competente organo dell'Intesa decide la materia controversa solamente per tramite dell'adozione del rapporto finale: prima che questo venga adottato, nessun atto potrà dirsi idoneo alla ricomposizione del conflitto.

Nel sistema di arbitrato d'investimento ICSID, invece, la questione è risultata molto più dibattuta. In passato, infatti, alcuni Tribunali avevano reputato che anche decisioni diverse dall'award pronunciato alla chiusura del procedimento dovessero dirsi idonee alla risoluzione della controversia. Nello specifico, la questione si era posta perché una parte aveva richiesto al Tribunale di riconsiderare, in seguito alla emersione di nuovi elementi di prova, questioni di merito già risolte in decisioni interinali, diverse dall'award finale. In alcuni procedimenti, i collegi hanno respinto tale istanza, ponendo a motivo esclusivo del rigetto il fatto che nel procedimento ICSID, a fare stato tra le parti, non è soltanto l'accertamento contenuto nella pronuncia finale bensì anche quello contenuto in eventuali decisioni interinali. Secondo tale impostazione, quindi, tra gli atti capaci di risolvere la controversia, se pure non nella sua totalità, andrebbero annoverate non soltanto le decisioni finali bensì anche quelle interinali o parziali. Le considerazioni svolte sul punto, nonché la più recente giurisprudenza, inducono a credere che questa impostazione sia da respingere. Anzitutto, gli strumenti giuridici che reggono il sistema arbitrale ICSID non presentano disposizioni specifiche che legittimano i Tribunali all'assunzione di decisioni interinali. Al contrario, è espressamente previsto che la sentenza finale dia conto di tutte le questioni controverse, oggetto di discussione tra le parti, ivi comprese quelle già decise nelle pronunce interinali. Infine, la Convenzione ICSID dispone che i rimedi esperibili dopo la chiusura del procedimento possano essere diretti esclusivamente contro la decisione finale. Tutto ciò determina, per ragioni di ordine sistematico, che sia solo la decisione finale a fare stato tra le parti, mentre le decisioni interinali – il cui contenuto deve essere recepito da quella finale – non potrebbero mai dirsi idonee, da sole, a risolvere definitivamente questioni controverse tra le parti. Tale posizione è stata fatta propria, in tempi più recenti, da un'altra parte della giurisprudenza, che ha pacificamente

acconsentito alla modifica di determinazioni di merito, formulate nel corso del procedimento, nell'ambito della decisione finale.

In secondo luogo, dopo aver dato conto della struttura delle decisioni internazionali, l'analisi ha tentato di dimostrare come gli organi giurisdizionali operino una ricomposizione del conflitto tra le parti per tramite della riformulazione di un nuovo assetto dei loro interessi in conformità a diritto. Tale riformulazione è certamente vincolante per le parti, nel senso che queste ultime sono obbligate a cessare ogni condotta contrastante con tale nuovo assetto e, anzi, a conformarvisi pienamente.

Occorre dunque comprendere quali siano gli elementi delle decisioni internazionali da cui discendano effetti di cosa giudicata. Infatti, se pure in astratto è pacifico che il principio della *res iudicata* trovi applicazione in una situazione di identità di parti, di *petitum* e di *causa petendi*, in concreto tale applicazione potrebbe dimostrarsi problematica. In effetti, in assenza di un modello unitario di cosa giudicata, pare corretto affermare che ogni giurisdizione internazionale tende all'elaborazione di criteri suoi propri per una applicazione concreta del principio la quale – tenuto conto della natura della giurisdizione esercitata e dell'assetto normativo applicabile – miri effettivamente alla realizzazione del *lites finiri oportet*. In altre parole, gli organi che reggono ciascun sistema tendono a plasmare un modello autonomo di cosa giudicata, il quale risulti *in* idoneo a realizzare – nella maniera più efficace possibile – il fine di estinguere la controversia e di nullificare il rischio che questa sia nuovamente oggetto di analisi giudiziale.

Esemplificativo, a questo proposito, è lo stato della cosa giudicata nella giurisprudenza della CIG. Sebbene la giurisprudenza della Corte sia oscillante in merito all'eventualità che anche questioni decise solo implicitamente facciano definitivamente stato tra le parti, è oramai chiaro che soltanto il contenuto del dispositivo, unitamente alle eventuali ragioni da quello inseparabili, goda della copertura della *res iudicata*. Ciò significa che per comprendere quale sia il nuovo assetto di interessi voluto dalla Corte, al fine di risolvere la controversia e di ricomporre il conflitto, è necessario prestare attenzione alle sintetiche pronunce – contenute nel dispositivo – in ordine alle singole pretese avanzate dalle parti. Solamente quando il contenuto del dispositivo non possa essere considerato come “self-standing” sarà allora possibile ricorrere alle ragioni a quello indispensabili, rinvenibili – evidentemente – in luoghi diversi dal dispositivo.

Una tendenza espansiva della cosa giudicata, sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo, è invece rinvenibile soprattutto nel sistema arbitrale dell'ICSID. In un primo momento, infatti, una applicazione assai formalistica del principio, da parte dei Tribunali arbitrali, aveva consentito la celebrazione di procedimenti, distinti tra loro solo dal punto di vista formale, che erano culminati con decisioni aventi segno opposto. Nello specifico, ci si riferisce a procedimenti in cui soggetti solo formalmente diversi – ovverosia persone giuridiche riconducibili alle medesime entità economiche – avevano basato le proprie pretese risarcitorie su strumenti formalmente diversi ma sostanzialmente identici. Per rimediare a questa distorsione, i Tribunali arbitrali hanno quindi fatto ricorso a diversi strumenti giuridici, tra cui quello del modello “transactional” della cosa giudicata. Quest'ultima prescinde dall'identità formale delle parti e della base giuridica invocata a sostegno delle pretese attoree, e valorizza invece, nei diversi procedimenti, l'identità sostanziale del centro di interessi e delle norme

invocate. Quando l'identità sostanziale di questi elementi venga positivamente accertata nei procedimenti successivi, le determinazioni fattuali e giuridiche del primo procedimento costituiranno cosa giudicata anche nei successivi.

All'opposto, una nozione ristretta di cosa giudicata è stata adottata nel sistema rimediale dell'OMC. In quella sede, infatti, la cosa giudicata ricadrà solo e soltanto sulle determinazioni, pronunciate tra le stesse parti, in merito al rapporto di liceità o di illiceità intercorrente tra le misure contestate e le norme dell'OMC poste alla base della contestazione. Ciò significa che il principio della *res iudicata* non potrà dirsi applicabile tutte le volte in cui le misure in questione vengano modificate – anche nel minimo – oppure quando venga dedotta la violazione di norme diverse da quelle già poste alla base di contestazioni già precedentemente decise dagli organi dell'Intesa.

Infine, si è tentato di delineare le diverse fattispecie in cui si verifica la chiusura del procedimento senza che l'organo adito sia pervenuto ad una ridefinizione definitiva dell'assetto di interessi tra le parti. Tale esito si deve, in ogni caso, alla volontà delle parti, e ciò è vero sia quando una o entrambe si limitino a manifestare l'intenzione di rinunciare al procedimento in quanto tale sia quando la rinuncia al procedimento sia riconducibile ad una inerzia procedimentale sia quando tale rinuncia sia consequenziale alla conclusione di un accordo transattivo, autonomamente concluso dai contendenti e di per sé idoneo a ricomporre il conflitto per tramite di una ridefinizione del rapporto sostanziale intercorrente tra le parti.

La prima fattispecie, ovvero quella in cui le parti rappresentano al collegio solamente la loro volontà di estinguere il procedimento, non presenta particolari problematiche. In questo caso, il collegio dovrà recepire questa loro intenzione e adottare un provvedimento estintivo del procedimento, totalmente privo di efficacia extra-processuale. Conseguentemente, nel tempo successivo all'adozione di siffatto provvedimento, l'organo potrà essere investito *ex novo* della medesima controversia, che già era stata dedotta nel procedimento oramai estinto. Tale facoltà sarà preclusa nel solo caso in cui la parte ricorrente abbia manifestato, in maniera sufficientemente chiara, la propria volontà di rinunciare al diritto di azione. Tuttavia, poiché tale rinuncia deve essere desumibile da un atto di volontà delle parti ulteriore e diverso da quello mirante all'estinzione del procedimento, sembra corretto sostenere che la rinuncia al diritto di azione non sia direttamente riconducibile alla volontà di estinguere il procedimento, ma piuttosto ad una volontà diversa, la quale mira alla modificazione situazione giuridica sostanziale di una parte.

Medesime considerazioni valgono per il secondo caso, che si dà quando il procedimento sia dichiarato estinto a seguito di prolungata inerzia processuale delle parti. Ogni sistema processuale indagato, infatti, include norme giuridiche che ricollegano all'inerzia delle parti effetti estintivi del procedimento. Alla base della disciplina sta la presunzione secondo cui – quando le parti rimangano inattive nel procedimento – quelle abbiano perso interesse alla pronuncia nel merito da parte dell'organo adito. Di conseguenza, al fine di preservare le risorse dell'organo giurisdizionale, poiché una prosecuzione del procedimento risulterebbe inattuale, il collegio sarà chiamato a dichiarare l'estinzione del procedimento. Evidentemente, le parti non possono dirsi inconsapevoli che una loro inerzia processuale condurrà inevitabilmente all'estinzione del procedimento e, pertanto, qualora conservino un

effettivo interesse alla pronuncia di merito, sarà loro onere agire per evitare l'estinzione. Per quanto concerne gli effetti, anche in questo caso il provvedimento dichiarativo dell'estinzione del procedimento dovrà dirsi totalmente inidoneo alla produzione di effetti extra-processuali.

Infine, nei vari sistemi indagati esistono delle disposizioni che regolano il caso in cui le parti abbiano raggiunto un accordo giuridicamente vincolante per ricomporre il contrasto che le divide, definendo così tra loro un nuovo assetto di interessi.

Nei sistemi della CIG e dell'ICSID, le parti non sono vincolate a rendere edotto l'organo giurisdizionale dell'intervenuta conclusione dell'accordo. Di conseguenza, quelle saranno certamente libere di determinare l'estinzione del procedimento nei modi precedentemente indagati, senza rappresentare la circostanza della avvenuta conclusione dell'accordo. In alternativa, le parti potranno informare l'organo adito dell'intervenuta conclusione ma, al tempo stesso, limitarsi a richiedere un provvedimento che, se pure registra il fatto dell'avvenuta ricomposizione negoziale, risulta comunque meramente estintivo del procedimento, senza che vi sia produzione di altri effetti sostanziali. Infine, le parti potranno richiedere all'organo giurisdizionale di includere nel provvedimento estintivo del procedimento il testo dell'accordo. In relazione a quest'ultima facoltà, il sistema CIG e quello ICSID divergono sensibilmente.

Nel primo sistema, l'inclusione nell'ordinanza che estingue il procedimento del testo dell'accordo produce limitati effetti sostanziali. Infatti, se pure è pacifico che gli effetti dell'accordo – in ragione della natura dell'atto adottato – non possono dirsi analoghi a quelli di un accertamento giudiziario, è parimenti vero che nel caso in cui una parte instauri un nuovo procedimento per la risoluzione della controversia originaria, quella non potrà omettere l'allegazione dell'accordo e della sua asserita violazione ad opera della controparte. In altre parole, le parti non potranno mai riproporre l'antica controversia tout court, bensì dovranno necessariamente lamentare in giudizio la violazione di quanto previsto nell'accordo transattivo.

Nel secondo sistema, l'inclusione dell'accordo nella sentenza che chiude il procedimento provoca effetti notevolmente diversi. Infatti, l'assetto di interessi definito dall'accordo dovrà essere rispettato come se fosse frutto dell'esercizio di poteri giurisdizionali ed eventuali inadempimenti degli obblighi da quello discendenti potranno dare luogo all'esperimento, nei termini di cui si è detto, delle procedure esecutive.

Una situazione radicalmente diversa si dà nell'ambito del sistema rimediale dell'OMC, dal momento che è ivi previsto che – quando le parti pervengano alla conclusione di un accordo risolutivo della controversia – tale accordo debba essere notificato al DSB. Tale notificazione risulta funzionale alla verifica dell'osservanza del diritto dell'OMC da parte dei Membri che hanno estinto la controversia, dal momento che – se pure la conclusione di accordi volti al superamento delle liti è certamente vista con estremo favore dal sistema – è comunque necessario che tali accordi siano compatibili con il diritto dell'OMC nel suo complesso. In altre parole, in ossequio alla natura multilaterale del sistema, occorre che le parti rappresentino a tutti gli altri Membri

dell'Organizzazione l'accordo transattivo affinché questi ultimi possano manifestare la loro posizione in ordine alla sua liceità, totale o parziale, in sede di DSB. Eventuali manifestazioni contrarie all'accordo, comunque, non risulteranno molto incisive, poiché non sono in alcun modo vincolanti per i Membri che hanno concluso l'accordo. Infatti, qualora questi ultimi decidano di ignorare le posizioni degli altri Membri, per questi ultimi l'unico modo per indurre le parti al rispetto dell'OMC sarà di ricorrere al sistema rimediale e denunciare innanzi agli organi del DSU ogni misura attuativa dell'accordo transattivo che quelli reputino contrastante con specifiche norme dell'OMC. Infatti, nonostante le molte e diverse le posizioni espresse in dottrina, quando un accordo transattivo vincoli uno o entrambi i Membri all'adozione di condotte illecite rispetto a norme dell'OMC, l'accordo non potrà in nessun caso dirsi invalido ma solamente generatore della responsabilità dei Membri che si sono vincolati all'adozione di condotte vietate dal corpus normativo dell'Organizzazione. Ci si è anche chiesti se, in caso una parte risulti inadempiente rispetto agli obblighi derivanti dall'accordo, la controparte possa ricorrere al sistema rimediale dell'OMC e dedurre in quella sede la violazione delle norme pattizie. La risposta a questa domanda è negativa, perché il sistema prevede che – alla base di qualsiasi contestazione – possano essere poste solamente norme previste dai covered agreements. Ciò però non toglie che gli organi del DSU possano, e anzi debbano, considerare la conclusione dell'accordo come una delle componenti del retroterra fattuale della controversia.

Se ciò è vero per il caso di avvenuta notificazione dell'accordo, occorre chiedersi quali siano le conseguenze quando tale notificazione non abbia avuto luogo. Orbene, l'analisi della prassi consente di concludere che, per i Membri che omettono la notificazione dell'accordo transattivo, non si dia alcun tipo di sanzione. Anche per quanto concerne gli effetti prodotti, l'accordo non notificato non differisce significativamente da quello notificato. Infatti, in primo luogo, il Membro che lamenti una violazione dell'accordo transattivo ad opera della controparte mai potrà ricorrere agli organi del DSU ponendo alla base delle proprie doglianze il solo contenuto dell'accordo, dal momento che gli organi del DSU non possono conoscere della violazione di norme diverse da quelle contenute nei covered agreements. In sostanza, anche in questo caso l'accordo non notificato sarà considerato dal collegio come componente del retroterra fattuale alla controversia. In secondo luogo, quando Membri terzi rispetto all'accordo reputino che quest'ultimo contrasti con una o più norme dell'OMC, questi potranno solo e soltanto ricorrere al sistema rimediale al fine di contestare, in quella sede, la liceità delle misure attuative dell'accordo.

Da ultimo, si è analizzato il procedimento d'appello previsto dal DSU, unico nel suo genere nel panorama delle giurisdizioni internazionali, e si è tentato di dimostrare che, nonostante dal punto di vista formale quella dedotta innanzi all'Organo di Appello sia una controversia avente un oggetto diverso rispetto a quello della controversia originariamente proposta al panel, in realtà le cose non stiano così. Infatti, se pure è vero che le doglianze presentate all'Organo di Appello hanno riguardo a eventuali errori commessi dal panel nel decidere la controversia originaria, è altrettanto vero che quelle doglianze sostanzialmente ineriscono l'originale materia controversia, se pure per il tramite del rapporto elaborato dal panel. È ciò è vero sol che si pensi ai pervasivi poteri, in capo all'Organo di Appello, di rideterminazione della originaria materia controversa.

Si è quindi indagato il procedimento di revisione nei sistemi della CIG e dell'ICSID. Infatti, l'istituto in questione mira ad incidere su una sentenza già pienamente e definitivamente risolutiva di una controversia in ragione della scoperta di un fatto nuovo, già esistente al momento della decisione, il quale – per ragioni di giustizia sostanziale – impone di provvedere ad una nuova valutazione di merito in relazione all'antica controversia. Si è evidenziato come la giurisprudenza sia assai scarsa e non consenta di indagare come la sentenza di revisione incida su quella originariamente pronunciata.

Conclusioni generali

Le analisi sviluppate nell'ambito della tesi consentono di concludere che, al di là di assai generali affermazioni di principio, astrattamente significative ma di scarso rilievo pratico, nel diritto del contenzioso internazionale non sia possibile rinvenire un concetto unitario di controversia. Ciò è vero sia in relazione alla determinazione degli elementi costitutivi delle controversie internazionali sia in rapporto alla “esistenza processuale” della controversia.

L'impressione è che l'impossibilità di identificare un modello unitario di controversia dipenda dalla diversa natura ed estensione della giurisdizione dell'organo chiamato ad intervenire per dirimere il conflitto tra le parti. In buona sostanza, il concetto di controversia risponde in maniera diretta delle logiche proprie del sistema giurisdizionale in cui è applicato.

Ciò sembra corretto anzitutto in relazione agli elementi costitutivi della controversia.

Come si è visto, lo Statuto e il Regolamento della CIG si limitano a precisare che la funzione della Corte è quella di risolvere le controversie giuridiche di cui sia investita, senza tuttavia definire che cosa sia una controversia. Orbene, si è visto come la CIG abbia sviluppato una giurisprudenza coerente, nel cui ambito si è chiarito che l'esistenza di una vera controversia – prima che il procedimento venga instaurato – è un presupposto logico, necessario e imprescindibile, per l'esercizio della funzione giurisdizionale: in assenza di una controversia, la celebrazione del procedimento non avrebbe alcuna ragione d'essere. Sulla base di queste premesse, la Corte ha poi precisato quale natura debbano avere, prima della instaurazione del procedimento, le condotte delle parti perché da queste sia possibile evincere l'opposizione, costituita dalle diverse pretese formulate giuridicamente, necessaria perché possa darsi una controversia. Tale approccio consente di individuare due diversi modelli di controversia: in primo luogo, quello in cui le pretese contrapposte siano state esplicitamente manifestate, in termini giuridici, da entrambe le parti; in secondo luogo, quello in cui solo una parte abbia espressamente manifestato una pretesa formulata in termini giuridici, mentre l'altra si sia limitata a porre in essere una condotta antecedente o successiva rispetto alla prima pretesa, contraria rispetto a quest'ultima. La manifestazione esplicita di volontà di una sola parte costituisce un elemento necessario perché si dia la consapevolezza dell'esistenza della controversia in capo a entrambe le parti. Tale assetto complessivo risulta pienamente rispondente non solo a logica bensì anche alla natura, facoltativa, della giurisdizione della CIG.

In effetti, a rigor di logica, per la parte inconsapevole dell'esistenza dell'opposizione di volontà non sarebbe in alcun modo possibile dare seguito alla pretesa altrui e porre autonomamente rimedio a tale opposizione, evitando così di essere coinvolta in un procedimento giudiziario. Inoltre, se le parti corressero il rischio di venire a conoscenza dello scontro di volontà solo dopo essere state convenute innanzi alla Corte, queste sarebbero – con molta probabilità – meno propense ad accettare la giurisdizione della Corte, con evidenti ripercussioni sulla capacità di quest'ultima di assolvere alla sua funzione.

Una situazione opposta si dà nell'ambito della procedura rimediabile dell'OMC, la quale ha adottato in maniera pressoché esclusiva solamente una variante di uno dei modelli elaborati a seguito dell'analisi relativa al sistema CIG, ovverosia quello che assolutizza la pretesa di volontà manifestata in termini giuridici da una sola parte. Nello specifico, innanzi agli organi del DSU non è necessario provare l'esistenza di una previa controversia, giacché quest'ultima viene ad esistenza già per tramite del deposito della richiesta di costituzione del panel, atto comunque necessario per l'instaurazione del procedimento, e in ogni caso conseguente all'infruttuoso svolgimento delle consultazioni tra le parti coinvolte. Da ciò discende, in buona sostanza, la pressoché totale irrilevanza del requisito della previa esistenza della controversia innanzi agli organi del DSU.

Tale assetto è certamente dovuto alla natura, obbligatoria ed esclusiva, della giurisdizione degli organi del DSB. Infatti, dal momento che la mera partecipazione dei Membri all'OMC comporta l'assoggettamento costante al sistema rimediabile, il venir meno della rilevanza del requisito dell'esistenza di una previa controversia non determinerà mai il rischio che i Membri possano ritirare il consenso, già permanentemente prestato, a che siano gli organi del DSU a risolvere le controversie commerciali eventualmente insorgenti con altri Membri. D'altro canto, se pure è vero che non occorre dimostrare in giudizio l'esistenza di una previa controversia, intercorrente con il convenuto, è parimenti vero che le parti potranno, e anzi dovranno, tentare di risolvere amichevolmente il conflitto che le divide nella fase, eminentemente politica e giurisdizionalmente necessaria, delle consultazioni.

Una situazione simile si presenta nell'ambito dell'arbitrato di investimento ICSID. Si è visto come, in quella sede, il requisito della previa esistenza della controversia non sia mai emerso autonomamente, bensì soltanto in relazione ad altri requisiti giurisdizionali. In generale, si è dimostrato come la controversia tra Stato ed investitore, rilevante per il procedimento arbitrale, venga ad esistenza solamente quando una parte, nell'assoluta maggioranza dei casi l'investitore, manifesti all'altra la propria formale intenzione di voler attivare le procedure a sua disposizione al fine di tutelare l'investimento. Anche in questo caso, è la formulazione della base giurisdizionale a determinare le modalità di venuta ad esistenza della controversia rilevante.

In conclusione, sebbene risulti innegabile la fondatezza dell'affermazione secondo cui la controversia consista in uno scontro di volontà, risulta parimenti innegabile come la natura di tale scontro venga diversamente connotato a seconda del sistema giurisdizionale in cui quello assume rilevanza. A riprova di ciò, vanno considerate anche le controversie interpretative o esecutive, che hanno tratti distinti tra loro e che si caratterizzano, rispetto alle mere controversie giuridiche, per avere un oggetto più ristretto.

Medesime conclusioni valgono in rapporto alla esistenza processuale della controversia, dalla fase della sua perimetrazione, al momento della instaurazione del procedimento, a quella della sua risoluzione, la quale avviene per tramite della pronuncia di una nuova definizione del conflitto di interesse che contrapponeva le parti.

Nel sistema CIG, infatti, le parti sono anzitutto chiamate ad una perimetrazione della controversia che sia rispettosa del consenso da loro manifestato, sotto il profilo materiale, temporale e personale. Ancora una volta, è evidente come le limitazioni poste alla estensione della giurisdizione della Corte, diverse a seconda di quale sia la volontà manifestata dai singoli Stati, determinino la natura della controversia sottoponibile alla Corte. Pertanto, per ragioni di strategia processuale, le parti avranno tutto l'interesse a tentare di plasmare e perimetrare la materia controversa nel tempo antecedente alla instaurazione del procedimento in maniera tale da farla ricadere nell'ambito delle controversie che la Corte ha il potere di decidere. Consapevole di ciò, la Corte profonde costante e notevole sforzo nell'analisi di tale perimetrazione, al fine di disvelare la vera natura della controversia dedotta nel procedimento.

Medesime considerazioni valgono per il sistema ICSID, dal momento che le parti contraenti dei BIT rilevanti provvedono alla chiara delimitazione della portata del potere del Tribunale, cui può fare eventualmente ricorso l'investitore per tutelare il proprio investimento. Orbene, nell'attivare il procedimento innanzi al Tribunale arbitrale, la parte tenterà di plasmare la materia controversa per farla corrispondere al tipo di controversie che possono essere decise dal Tribunale.

Conclusioni radicalmente diverse valgono per il sistema rimediabile dell'OMC. Nell'ambito di questo, infatti, tutte le parti – aderendo al DSU – hanno provveduto *a priori* ad una comune definizione di quali possano essere le controversie risolvibili dagli organi del sistema rimediabile. Per questo, nel momento di instaurazione del procedimento contenzioso, più che alla verifica che la controversia dedotta ricada nell'ambito di quelle che possono essere decise, i collegi prestano attenzione a come sia stata perimetrata in concreto la controversia perché tale perimetro, definendo al contempo il limite dei poteri giurisdizionali esercitati dal collegio, risulta assolutamente invalicabile nel corso del procedimento.

Infatti, nel sistema rimediabile dell'OMC, si è notato come nessun evento, nello svolgersi del procedimento, possa alterare il perimetro della controversia, e conseguentemente il perimetro della giurisdizione del panel, così come delineato nella redazione dei terms of reference.

Profondamente diversi sono invece i tratti del procedimento innanzi alla CIG, giacché in quella sede è ammesso che la materia controversa subisca un allargamento, o un restringimento, purché ciò non determini un mutamento della natura della controversia originariamente dedotta. In questo senso, sembra corretto ritenere che la Corte sia costantemente alla ricerca di un bilanciamento tra la necessità di non consentire un allargamento smisurato della materia controversa, per non pregiudicare l'efficiente e pronta risoluzione della materia originariamente dedotta, e quella di ammettere ulteriori questioni controverse, per una migliore amministrazione della giustizia. A questo fine, la Corte ha ben chiarito quali siano i limiti all'ammissione delle domande addizionali dell'attore e delle domande riconvenzionali del convenuto, nonché la natura delle facoltà spettanti ad eventuali terzi che abbiano richiesto, con successo, di intervenire nel procedimento.

Il procedimento nel sistema dell'ICSID risponde a logiche simili a quelle appena enunciate, e ciò perlomeno in relazione alle domande addizionali dell'attore e quelle

riconvenzionali del convenuto. In rapporto alle seconde, occorrerà comunque verificare la sussistenza del potere giurisdizionale del Tribunale arbitrale. Diversamente rispetto al sistema della CIG, nel sistema dell'arbitrato di investimento non sembra essere in alcun modo rilevante l'istituto dell'intervento del terzo, circostanza che, con molta probabilità, si deve alla particolare natura, per così dire privatistica, dell'arbitrato di investimento. Tale natura non dipende tanto dalle questioni trattate e decise dal Tribunale, giacché poco o nulla di privato vi è nella denuncia, da parte di un investitore, della violazione di norme di un trattato internazionale. Piuttosto, quella discende dalla possibilità di disporre del processo come di uno strumento volto alla soddisfazione degli interessi delle sole parti ricorrenti, a esclusione di quelli di chiunque altro.

Infine, si è notato come tutti i sistemi presi in considerazione condividano il medesimo approccio in relazione alle modalità di risoluzione della controversia. Anzitutto, e in generale, la risoluzione della controversia corrisponde a una riformulazione del conflitto di interessi che intercorre tra le parti, cui è ricollegato l'effetto di cosa giudicata. Tradizionalmente, tale riformulazione ha ad oggetto una pronuncia sulla liceità, o illiceità, della condotta di almeno una parte. In relazione alla portata della *res iudicata*, si può affermare che tutti i sistemi indagati condividano un approccio particolarmente restrittivo, nel senso che, tendenzialmente, ciò che fa incontrovertibilmente stato tra le parti è solo e soltanto la pronuncia sulla liceità, o illiceità, della condotta del convenuto e non le ragioni poste alla base di tale pronuncia.

Al contrario, i sistemi differiscono sensibilmente in ordine alle conseguenze che discendono da una pronuncia sulla illiceità. In effetti, nel sistema rimediabile dell'OMC conseguenza indefettibile di tale pronuncia è sempre e soltanto l'obbligo, per la parte che – nell'adottare una o più misure – abbia commesso l'illecito, di rimediare alla violazione per tramite della modifica o della abrogazione di tali misure. Al contrario, nel sistema della CIG, le parti possono richiedere all'organo giudiziario di condannare la parte che abbia commesso l'illecito ad una delle forme di riparazione previste dal diritto internazionale. La Corte, evidentemente, sarà libera di individuare quella forma, una o più, maggiormente idonea a soddisfare l'interesse dello Stato leso. Questo vale anche nel sistema ICSID, anche se, come già si è precisato, per ragioni sistemiche sarà molto più probabile che il Tribunale, una volta accertata la violazione, condanni la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento.

D'altro canto, anche nel caso in cui il procedimento si estingua a seguito della conclusione di un accordo transattivo tra le parti, i diversi sistemi indagati presentano notevoli divergenze. Nel sistema ICSID, probabilmente proprio per via del contenuto dell'accordo transattivo, il quale avrà quasi sempre ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, sarà possibile non solo rappresentare al Tribunale la circostanza della conclusione dell'accordo bensì anche richiedere che tale definizione del conflitto, autonomamente realizzata dalle parti, abbia l'effetto di un accertamento giudiziale: dal momento che l'accordo incluso nella sentenza avrà i medesimi effetti di una sentenza di merito, quando una parte ritenga che l'altra abbia violato l'accordo, sarà possibile per quest'ultima ricorrere alle procedure esecutive della sentenza, previste dalla convenzione ICSID.

Nel sistema della CIG, sebbene non sia mai stata apertamente esclusa, l'inclusione nella sentenza del contenuto di un accordo è evenienza assolutamente infrequente ed invero notevolmente problematica. Piuttosto, lo Statuto prevede che, su richiesta delle parti, la Corte possa pronunciare un'ordinanza con cui dà conto del contenuto dell'accordo transattivo concluso dalle parti. Quando ciò accada, va escluso, per concludenti ragioni teoriche, che dall'ordinanza possano discendere gli effetti analoghi a quelli di un accertamento giudiziario. Tuttavia, nemmeno sarebbe corretto affermare che da quella non derivi nessun effetto. Infatti, si è visto come l'effetto della "presa d'atto" della Corte dell'avvenuta transazione, e del suo contenuto, emerga nel momento in cui una delle parti contravvenga successivamente agli obblighi discendenti dalla transazione. Solo in questa fattispecie saranno apprezzabili gli effetti della predetta ordinanza, che si stagliano nel senso di impedire alle parti di dedurre innanzi alla Corte la controversia antica senza il "medio" della asserita violazione dell'accordo transattivo.

Nel sistema rimediabile dell'OMC esiste un generale obbligo di notificazione degli accordi transattivi, il quale è servente rispetto a quello, maggiormente significativo, che quegli accordi siano pienamente rispettosi della normativa dell'Organizzazione. In buona sostanza, la notificazione dell'accordo consente a tutti gli altri Membri di operare un controllo sul suo contenuto e di palesare eventuali opposizioni a motivo della sua presunta illiceità. Nonostante l'obbligo, si è visto come – nella prassi – non sempre le parti decidano di notificare, e ciò per svariate ragioni. Pertanto, ci si è chiesti se vi fosse una divergenza di effetti tra gli accordi notificati e quelli non notificati. Come si è visto, non vi è differenza alcuna, giacché entrambi godono di una efficacia meramente procedimentale. Di conseguenza, quando una parte violi il contenuto di un accordo previamente concluso, questa non potrà mai lamentare in giudizio, in via esclusiva, innanzi agli organi del DSU, la violazione dell'accordo. Piuttosto, questa dovrà dedurre nel procedimento successivamente instaurato la controversia antica, risolta per tramite dell'accordo transattivo. Tale ultimo strumento, insomma, sarà solamente utile a delineare il retroterra fattuale della controversia dedotta e non potrà essere in nessun modo adoperato come base giuridica della pretesa avanzata in giudizio.

L'analisi dei sistemi giurisdizionali della CIG, del DSU e dell'ICSID consente di inferire che nel diritto del contenzioso internazionale non sia possibile identificare alcun concetto unitario di controversia internazionale. Ciò è vero sia in ordine alla valutazione dei fatti che devono preesistere al procedimento, perché di controversia si possa effettivamente parlare, sia in rapporto alle modalità di deduzione, di sviluppo e di risoluzione della controversia innanzi ai diversi organi giurisdizionali. Come si è tentato di dimostrare, infatti, l'essenza e il perimetro della controversia variano al variare dei poteri dell'organo giurisdizionale.

Invero non deve stupire che ciascun sistema abbia provveduto a forgiare un proprio concetto di controversia, e neppure che tali concetti divergano così sensibilmente. Occorre infatti ricordare come i sistemi indagati mirino a realizzare finalità distinte tra loro, e nell'ambito di organizzazioni profondamente diverse.

Nello svolgimento delle proprie funzioni, in qualità di principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, la CIG è chiamata alla realizzazione degli obiettivi dello Statuto dell'organizzazione, tra i quali quello del mantenimento della pace anche attraverso il

diritto internazionale, così come affermato dall'art. 1 della Carta. Evidentemente, l'azione della Corte mira alla risoluzione di tutte le controversie che possono costituire una minaccia per la pace, e questa è la giustificazione dell'attribuzione alla Corte di una competenza generale¹³⁹². D'altro canto, però, la Corte deve considerare con estrema attenzione i limiti del proprio potere giurisdizionale, frutto delle diverse volontà manifestate dagli Stati. Pertanto, è normale che le controversie che la CIG può conoscere e risolvere siano le più diverse: in assenza di limitazioni delle parti, le questioni controverse deducibili in giudizio possano essere le più vaste e variegate; in presenza di predette limitazioni, lo spettro delle controversie che la Corte può conoscere e decidere subisce una notevole riduzione. Infine, come già si è evidenziato, l'approccio molto restrittivo adottato in rapporto agli elementi costitutivi della controversia è motivato dalla necessità che le parti possano in un qualche modo autonomamente agire per rimediare al conflitto. Un approccio meno restrittivo potrebbe certamente indurre alcuni Stati a ritirare il proprio consenso alla giurisdizione della Corte.

Gli organi del sistema rimediale previsto dal DSU mirano invece alla realizzazione degli obiettivi, molto circoscritti, dell'OMC. Nello specifico, il sistema rimediale è strumento di mera attuazione e garanzia delle posizioni giuridiche derivanti dai covered agreements, così come statuito all'art. 3, par. 2, del DSU, senza che le pronunce del DSB possano estendere o restringere i diritti e gli obblighi in capo ai Membri¹³⁹³. Di conseguenza, è normale che il sistema dedichi notevole sforzo nel respingere ogni istanza di apertura, considerata come pericolo idoneo a trasformare la giurisdizione degli organi del DSU da particolare in generale. Peraltro, a tale limitatezza di funzioni corrisponde una notevole intensità nei poteri esercitabili. A riprova di ciò, basti pensare non solo alla obbligatorietà della giurisdizione bensì anche alle procedure esecutive, attivabili nel tempo successivo alla pronuncia della decisione di merito. Peraltro, occorre evidenziare come il sistema preveda dei correttivi a tale intensità di poteri, mettendo a disposizione delle parti la fase obbligatoria delle consultazioni, integralmente dedicata alla risoluzione del conflitto prima dell'attivazione del sistema rimediale. Solo nel caso in cui le parti non riescano ad accomodare il conflitto, allora tale conflitto sarà deferito all'esame del DSU. Con molta probabilità questo è il motivo a fondamento dell' "ossessione" sistemica di evitare che venga mutato il perimetro della controversia delineato attraverso i terms of reference. In altre parole, non si vuole che gli organi del sistema possano pronunciarsi su una controversia diversa rispetto a quella su cui si sono confrontate le parti prima di attivare il procedimento contenzioso.

¹³⁹² Così recita l'art. 1, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite: "The Purposes of the United Nations are: 1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace [...]".

¹³⁹³ Così recita l'art. 3, par. 2, del DSU: "The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements".

Infine, nell'ambito del sistema ICSID, così come statuito nel preambolo della Convenzione¹³⁹⁴, l'istituzione di un meccanismo per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati mira ad incrementare il flusso di investimenti tra Stati. Infatti, è opinione condivisa che, nel caso di insorgenza di controversie tra Stato e investitori, la facoltà di ricorrere a Tribunali arbitrali internazionali, piuttosto che alle strutture giudiziarie interne, costituisca un elemento di attrazione per gli investitori. Nonostante tali generali finalità, occorre però anche considerare che l'esercizio della funzione giudiziaria non è accentrato, che nei vari BIT sono diverse le limitazioni giurisdizionali previste dalle parti contraenti e che per la parte intenzionata ad agire sono diversi gli obblighi da adempiere prima dell'instaurazione del procedimento contenzioso. Proprio tali ultimi obblighi sono quelli che maggiormente condizionano la definizione degli elementi costitutivi della controversia. D'altro canto, anche la determinazione perimetrale della controversia è decisamente condizionata dalla natura della giurisdizione *de qua*, la quale ha come fine esclusivo la risoluzione delle controversie relative all'investimento. Evidentemente, il concetto di "controversia relativa ad un investimento" può essere variamente definito, a seconda del dato testuale degli strumenti giuridici applicabili in concreto, e può certamente ricomprendere, oltre che questioni relative al rispetto delle situazioni giuridiche previste dal BIT, anche questioni relative al rispetto del diritto internazionale generale, del negozi conclusi tra Stato ed investitore in occasione dell'investimento nonché del diritto interno dello Stato ospite.

In conclusione, risulta assai arduo formulare una valutazione sullo stato dell'arte, così come delineato. È però indubbio che la mancanza di unitarietà nel concepire la nozione di controversia internazionale, la quale deriva dalla diversa natura ed estensione del consenso degli Stati, lungi dal costituire un ostacolo alla realizzazione delle finalità specifiche dei singoli fori indagati, viceversa contribuisce al raggiungimento del loro fine. Pertanto, la notevole elasticità del diritto internazionale nel concepire un concetto fondamentale quale quello di controversia è da considerare positivamente nella misura in cui consente di evitare che divergenze internazionali, che si presentano in contesti diversi, restino prive di strumenti di volta in volta idonei alla loro risoluzione pacifica, rendendo con ciò un innegabile servizio alla comunità internazionale nel suo complesso.

¹³⁹⁴ La prima parte del preambolo della Convenzione ICSID recita: "The Contracting States Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein; Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States; Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases [...]".

Summary

The first purpose of the dissertation is to outline the concept of *dispute* in various jurisdictional systems known to International Law (ICJ, DSB of the WTO, Investment Tribunals under the auspices of ICSID). Due to the multiplication of international judicial fora, there is the need to revise a classical topic, mainly by checking if the concept has assumed different peculiarities in different fields.

This analysis is also useful for a number of reasons. First, to improve the knowledge of the different sub-systems in which the jurisdictional function takes place in International Law. Second, to analyse different facets of jurisdiction, given that the concept of dispute and jurisdictional questions relate to each other.

The findings of the analysis indicate that, despite commonalities among different judicial sub-systems, the concept of dispute is not unified in International Law, and rather dependent on the nature of the judicial body and its powers.

The second aim of the study is thus to grasp the reasons why there is no common and unified understanding of the concept of dispute among different judicial bodies and to identify trends and strategies that may lead to such an understanding.

The dissertation is divided in four main parts. The first one is devoted to the identification of the constitutive elements of international disputes before the institution of the proceedings. The second one aims at understanding *how* the dispute brought before the relevant judicial organ is outlined. The third one considers the procedural elements that may affect the “perimeters” of the dispute. The fourth concerns the settlement of international disputes, both inside and outside the proceedings.

Indice dei casi citati

Decisioni

CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE

- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *S.S. Wimbledon*, 17 agosto 1923, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Mavrommatis Palesatine Concessions, Judgment*, 30 agosto 1924, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Judgment*, 25 agosto 1925, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Judgments Nos. 7 & 8 (Interpretation), Judgment*, 16 dicembre 1927, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment*, 19 agosto 1929, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Order*, 10 settembre 1929, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order*, 6 dicembre 1930, *Series A*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Interpretation of the Statute of the Memel Territory, Judgment*, 24 giugno 1932, *Series A/B*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Pajzs, Csàky, Esterházy Case, Judgment*, 16 dicembre 1936, *Series A/B*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Phosphates in Morocco, Judgment*, 14 giugno 1938, *Series A/B*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Preliminary Objection), Judgment*, 4 aprile 1939, *Series A/B*;
- Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *The “Société Commerciale de Belgique”*, *Judgment*, 15 giugno 1939, *Series A/B*;

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

- *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950;
- *Protection of French nationals in Egypt, Order of 29 March 1950*, I.C.J. Reports 1950;
- *Colombian-peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th, 1950*, I.C.J. Reports 1950;
- *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum case, Judgment*, I. C. J. Reports 1950;
- *Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951*: I.C. J. Reports 1951;
- *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954*: I.C.J. Reports 1954;

- *Case of the Treatment in Hungary of Aircraft of United States of America*, Order of July 12th, 1954: I.C.J. Reports 1954;
- *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (Israel v. Bulgaria)*, Preliminary Objections, Judgment of May 26th, 1959: I.C.J. Reports 1959;
- *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (United Kingdom v. Bulgaria)*, Order of 3 August 1959, I.C.J. Reports 1959;
- *Antarctica Case (United Kingdom v. Argentina)*, Order of March 16th, 1956: I.C.J. Reports 1956;
- *Antarctica Case (United Kingdom v. Chile)*, Order of March 16th, 1956: I.C.J. Reports 1956;
- *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections)*, Judgment of November 26th, 1957: I.C.J. Reports 1957;
- *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960;
- *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C. J. Reports 1962;
- *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962;
- *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963;
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964;
- *South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966;
- *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969;
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970;
- *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Application to Intervene, Order of 12 July 1973, I.C.J. Reports 1973;
- *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974;
- *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974;
- *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974;
- *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974;
- *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1978;
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979;
- *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981;
- *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984;
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Declaration of Intervention, Order of 4 October 1984, I. C.J. Reports 1984;
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 1984;
- *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985;

- *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 10 November 1998, I.C.J. Reports 1998;
- *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990;
- *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992;
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993;
- *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/ Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994;
- *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 1994;
- *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995;
- *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, I.C.J. Reports 1995;
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996;
- *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996;
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Counter-claims*, Order of 17 December 1997, I. C. J. Reports 1997;
- *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Claim, Order of 10 March 1998, I. C. J. Reports 1998;
- *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objection, Judgment* I.C.J. Reports 1998;
- *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998;
- *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999;
- *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999;
- *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Order of 30 June 1999, I.C.J. Reports 1999;
- *Land and Maritime Boundary between Cameroon und Nigeria, Application to Intervene*, Order of 21 October 1999, I. C. J. Reports 1999;
- *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment I.C.J. Reports 1999;
- *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001;
- *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Burundi)*, Order of 30 January 2001, I.C.J. Reports 2001;
- *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Order of 30 January 2001, I.C.J. Reports 2001;
- *Sovereignty over Pulau Ligitan und Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Application, for Permission to Intervene, Judgment, I. C. J. Reports 2001;

- *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Order of 29 November 2001, I.C.J. Reports 2001;
- *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002;
- *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (*Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), Judgment, I.C.J. Reports 2003;
- *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Order of 10 September 2003, I.C.J. Reports 2003;
- *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States)*, Order of 10 September 2003, I.C.J. Reports 2003;
- *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2003;
- *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) (El Salvador v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003;
- *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Italy)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004;
- *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005;
- *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007;
- *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007;
- *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007;
- *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008;

- *Request for Interpretation of the Judgement of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 2008;*
- *Request for Interpretation of the Judgement of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2009;*
- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010, I.C.J. Reports 2010;*
- *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010;*
- *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2011;*
- *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011;*
- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Application for Permission to Intervene, Order of 4 July 2011, I.C.J. Reports 2011;*
- *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012;*
- *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, I.C.J. Reports 2013;*
- *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Counter-Claims, Order of 18 April 2013, I.C.J. Reports 2013;*
- *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013;*
- *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014;*
- *Alleged Violations of the Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016;*
- *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016;*
- *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016;*
- *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016;*

CONTENZIOSO GATT

- GATT Panel Report, *Australia – Ammonium Sulphate*, BISD II/195;

- GATT Panel Report, *Germany – Sardines*, BISD 1S/30;
- GATT Panel Report, *Uruguayan Recourse*, BISD 11S/56;
- GATT Panel Report, *Japan – Semiconductors*, BISD 35S/116;
- GATT Panel Report, *EC – Citrus*, L/5776;

ORGANI DELL'OMC

- *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/R, Rapporto del *panel*, 29 gennaio 1996;
- *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 29 aprile 1996;
- *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, Rapporto del *panel*, 11 luglio 1996;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/R/ECU, Rapporto del *panel*, 22 maggio 1997;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/R/GTM; WT/DS27/R/HND, Rapporto del *panel*, 22 maggio 1997;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/R/MEX, Rapporto del *panel*, 22 maggio 1997;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/R/USA, Rapporto del *panel*, 22 maggio 1997;
- *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (India – Patents (US))*, WT/DS50/R, Rapporto del *panel*, 5 settembre 1997;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 9 settembre 1997;
- *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (India – Patents (US))*, WT/DS50/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 19 dicembre 1997;
- *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (EC – Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 16 gennaio 1998;
- *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper (Japan – Film)*, WT/DS44/R, Rapporto del *panel*, 31 marzo 1998;
- *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (EC – Computer Equipment)*, WT/DS62/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 5 giugno 1998;
- *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (India – Patents (EC))*, WT/DS79/R, Rapporto del *panel*, 24 agosto 1998;
- *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp)*, WT/DS58/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 12 ottobre 1998;
- *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (Australia – Salmon)*, WT/DS18/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 20 ottobre 1998;

- *Guatemala – Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico (Guatemala – Cement I)*, WT/DS60/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 2 novembre 1998;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/ARB/ECU, Rapporto degli Arbitri *ex art.* 22 DSU, 9 aprile 1999;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/RW/ECU, Rapporto del *panel ex art.* 21.5 DSU (Ecuador), 12 aprile 1999;
- *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, WT/DS27/RW/EEC, Rapporto del *panel ex art.* 21.5 DSU (Comunità Europee), 12 aprile 1999;
- *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft (Brazil – Aircraft)*, WT/DS46/R, Rapporto del *panel*, 14 aprile 1999;
- *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products (Turkey – Textiles)*, WT/DS34/R, Rapporto del *panel*, 31 maggio 1999;
- *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (Korea – Alcoholic Beverages)*, WT/DS75/16; WT/DS84/14, Rapporto dell'Arbitro *ex art.* 21.3 DSU, 4 giugno 1999;
- *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear (Argentina – Footwear (EC))*, WT/DS121/R, Rapporto del *panel*, 25 giugno 1999;
- *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft (Brazil – Aircraft)*, WT/DS46/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 2 agosto 1999;
- *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (India – Quantitative Restrictions)*, WT/DS90/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 23 agosto 1999;
- *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products (Turkey – Textiles)*, WT/DS34/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 22 ottobre 1999;
- *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products (Korea – Dairy)*, WT/DS98/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 14 dicembre 1999;
- *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather (Australia – Automotive Leather II)*, WT/DS126/RW, Rapporto del *panel ex art.* 21.5 DSU, 21 gennaio 2000;
- *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Syrup)*, WT/DS132/R, Rapporto del *panel*, 28 gennaio 2000;
- *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (Australia – Salmon)*, WT/DS18/RW, Rapporto del *panel ex art.* 21.5 DSU, 18 febbraio 2000;
- *Korea – Measures Affecting Government Procurement (Korea – Procurement)*, WT/DS163/R, Rapporto del *panel*, 1 maggio 2000;
- *Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H Beams from Poland (Thailand – H-Beams)*, WT/DS122/R, Rapporto del *panel*, 28 settembre 2000;
- *United States – Safeguard Measure on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb from New Zealand (US – Lamb)*, WT/DS177/R; WT/DS178/R, Rapporto del *panel*, 21 dicembre 2000;

- *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities (US – Wheat Gluten)*, WT/DS166/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 22 dicembre 2000;
- *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (US – Hot-Rolled Steel)*, WT/DS184/R, Rapporto del *panel* del 28 febbraio 2001;
- *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (EC – Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 12 marzo 2001;
- *Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H Beams from Poland (Thailand – H-Beams)*, WT/DS122/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 12 marzo 2001;
- *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (US – Hot-Rolled Steel)*, WT/DS184/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 24 luglio 2001;
- *Mexico – Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Syrup)*, WT/DS132/AB/RW, Rapporto dell'Organo di Appello del 22 ottobre 2001;
- *United States – Anti-Dumping and Countervailing Measures on Steel Plate from India (US – Steel Plate)*, WT/DS206/R, Rapporto del *panel*, 28 giugno 2000;
- *India – Measures Affecting the Automotive Sector (India – Autos)*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, Rapporto del *panel*, 21 dicembre 2001;
- *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (Chile – Price Band System)*, WT/DS207/R, Rapporto del *panel*, 3 maggio 2002;
- *United States – Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany (US – Carbon Steel)*, WT/DS213/R, Rapporto del *panel*, 3 luglio 2002;
- *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US – Offset Act (Byrd Amendment))*, WT/DS217/R – WT/DS234/R, Rapporto del *panel*, 16 settembre 2002;
- *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products (Chile – Price Band System)*, WT/DS207/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello del 23 settembre 2002;
- *United States – Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany (US – Carbon Steel)*, WT/DS213/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 28 novembre 2002;
- *United States – Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities (US – Countervailing Measures on Certain EC Products)*, WT/DS212/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 9 dicembre 2002;
- *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (US – Offset Act (Byrd Amendment))*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, Rapporto dell'Organo di Appello, 16 gennaio 2003;
- *European Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil (EC – Tube or Pipe Fittings)*, WT/DS219/R, Rapporto del *panel*, 7 marzo 2003;

- *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India (EC – Bed Linen)*, WT/DS141/AB/RW, Rapporto dell’Organo di Appello *ex art.* 21.5, 8 aprile 2003;
- *Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil (Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties)*, WT/DS241/R, Rapporto del *panel*, 22 aprile 2003;
- *United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan (US – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review)*, WT/DS244/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 15 dicembre 2003;
- *Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels (Korea – Commercial Vessels)*, WT/DS273/R, Rapporto del *panel*, 7 marzo 2005;
- *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (EC – Trademarks and Geographical Indications)*, WT/DS290/R, Rapporto del *panel*, 15 marzo 2005;
- *European Communities – Export Subsidies on Sugar (EC – Export Subsidies on Sugar)*, WT/DS265/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 28 aprile 2005;
- *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples (Japan – Apples)*, WT/DS245/RW, Rapporto del *panel ex art.* 21.5 DSU, 23 giugno 2005;
- *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts (EC – Chicken Cuts)*, WT/DS269/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 12 settembre 2005;
- *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/R, Rapporto del *panel*, 7 ottobre 2005;
- *Mexico – Definitive Anti-Dumping Measures on Beef and Rice (Mexico – Anti Dumping Measures on Rice)*, WT/DS295/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 29 novembre 2005;
- *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 6 marzo 2006;
- *European Communities – Selected Customs Matters (EC – Selected Customs Matters)*, WT/DS315/R, Rapporto del *panel*, 16 giugno 2006;
- *United States- Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada (US – Softwood Lumber V)*, WT/DS126/RW, Rapporto dell’Organo di Appello *ex art.* 21.5 DSU, 15 agosto 2006;
- *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (EC - Approval and Marketing of Biotech Products)*, WT/DS291/R, Rapporto del *panel*, 29 settembre 2006;
- *European Communities – Selected Customs Matters (EC – Selected Customs Matters)*, WT/DS315/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 13 novembre 2006;
- *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/RW, Rapporto del *panel ex art.* 21.5, 30 marzo 2007;
- *United States – Subsidies on Upland Cotton (US – Upland Cotton)*, WT/DS267/AB/RW, Rapporto dell’Organo di Appello *ex art.* 21.5, 2 giugno 2008;
- *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights (China – Intellectual Property Rights)*, WT/DS362/R, Rapporto del *panel*, 26 gennaio 2009;

- *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology (US – Continued Zeroing)*, WT/DS350/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 4 febbraio 2009;
- *European Communities and its Member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products (EC – IT Products)*, WT/DS375/R, Rapporto del *panel*, 16 agosto 2010;
- *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (EC and certain member States – Large Civil Aircraft)*, WT/DS316/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 18 maggio 2011;
- *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, WT/DS394/R; WT/DS395/R; WT/DS398/R, Rapporto del *panel*, 5 luglio 2011;
- *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China (EC – Fasteners (China))*, WT/DS397/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 15 luglio 2011;
- *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US – Clove Cigarettes)*, WT/DS406/R, Rapporto del *panel*, 2 settembre 2011;
- *European Union – Countervailing Measures on Certain Polyethylene Terephthalate from Pakistan (EU – PET (Pakistan))*, WT/DS486/AB/R, Rapporto dell’Organo di Appello, 16 maggio 2018;

TRIBUNALI ARBITRALI D’INVESTIMENTO

- *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award del 30 novembre 1979, (Jørgen Trolle (Presidente), René-Jean Dupuy e Fuad Rouhani);
- *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award del 15 agosto 1980, (Jørgen Trolle (Presidente), Rudolf Bystricky, Edilbert Razafindralambo);
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award del 21 ottobre 1983, (Eduardo Jiménez de Aréchaga (Presidente), Dominique Schmidt, William D. Rogers);
- *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award del 21 ottobre 1983, (Berthold Goldman (Presidente), Noah Rubins, Isi Foighel);
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione sulla giurisdizione del 27 novembre 1985, (Eduardo Jiménez de Aréchaga (Presidente), Robert F. Pietrowski Jr., Mohamed Amin El Mahdi);
- *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, Award del 21 aprile 1986, (Pieter Sanders (Presidente), Bredin Prat, Albert Jan van den Berg);

- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award del 20 maggio 1992, (Eduardo Jimenez De Arechaga (Presidente), Mohamed Amin El Mahdi, Robert F. Pietrowski Jr.);
- *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire* (ICSID Case No. ARB/74/1), Award del 29 agosto 1997, (Pierre Cavin (Presidente), Jacques Michel Grossen, Dominique Poncet);
- *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Decisione, 10 febbraio 1999, (Prosper Weil (Presidente), Mohammed Bedjaoui, Jean-Denis Bredin);
- *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla giurisdizione del 24 maggio 1999, (Thomas Buergenthal (Presidente), Piero Bernardi, Andreas Bucher);
- *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione del Tribunale sulle obiezioni alla giurisdizione, 25 gennaio 2000, (Francisco Orrego Vicuña (Presidente), Thomas Buergenthal e Maurice Wolf);
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award del 21 novembre 2000, (Francisco Rezek (Presidente), Thomas Buergenthal, Peter D. Trooboff);
- *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Decisione interinale sulle questioni giurisdizionali preliminari (*Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues*) del 6 dicembre 2000, (Konstantinos D. Kerameus (Presidente), Jorge Covarrubias Bravo, David A. Gantz);
- *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decisione sulla giurisdizione del 16 luglio 2001, (Ibrahim Fadlallah (Presidente), Robert Briner, Bernardo Cremades);
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 31 luglio 2001, (Ibrahim Fadlallah (Presidente), Robert Briner, Bernardo Cremades);
- *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award del 3 settembre 2001 (Robert Briner (Presidente), Lloyd Cutler, Bohuslav Klein);
- *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award del 13 settembre 2001 (Wolfgang Kühn (Presidente), Stephen M. Schwebel, Juroslav Hándl);
- *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of the Tribunal on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings del 26 giugno 2002, (James Crawford (Presidente), Benjamin R. Civiletti, Eduardo Magallón Gómez);
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio del 2002, (L. Yves Fortier (Presidente), James R. Crawford, José Carlos Fernandez Rozas);
- *Mondel International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award dell'11 ottobre 2002, (Stephen Ninian (Presidente), James Crawford, Stephen M. Schwebel);

- *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award del 9 gennaio 2003, (Florentino P. Feliciano, Arman de Mestral, Carolyn B. Lamm);
- *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award del 14 marzo 2003 (Wolfgang Kühn (Presidente), Stephen M. Schwebel, Ian Brownlie);
- *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award del 29 maggio 2003, (Horacio A. Grigera Naon (Presidente), José Carlos Fernandez Rozas, Carlos Bernal Vereza);
- *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del Tribunale sulle eccezioni alla giurisdizione del 17 luglio 2003, (Francisco Orrego Vicuna (Presidente), Marc Lalonde, Francisco Rezek);
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), Decision on jurisdiction del 14 gennaio 2004, (Francisco Orrego Vicuna (Presidente), Héctor Gros Espiell, Pierre-Yves Tschanz);
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, (Ahmed S. El-Kosheri (Presidente), James Crawford, Antonio Crivellaro);
- *Tokio Meksiko v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decisione sulla giurisdizione, 29 aprile 2004, (Prosper Weil (Presidente), Piero Bernardini e Daniel M. Price);
- *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decisione sulla giurisdizione sulla domanda riconvenzionale della Repubblica Ceca del 7 maggio 2004, (Arthur Watts (Presidente), Peter Behrens, Yves Fortier);
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*), Decision on jurisdiction (Ancillary Claim) del 2 agosto 2004, (Francisco Orrego Vicuna (Presidente), Héctor Gros Espiell, Pierre-Yves Tschanz);
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 29 novembre 2004 (Gilbert Guillaume (Presidente), Bernardo Cremades, Ian Sinclair);
- *Impregilo v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione, 22 aprile 2005, (Gilbert Guillaume (Presidente), Bernardo M. Cremades, Toby T. Landau);
- *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on the Application by Wena Hotels Ltd. for Interpretation of the Arbitral Award del 31 ottobre 2005, (Klaus Sachs (Presidente), Ibrahim Fadlallah, Carl F. Salans);
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction del 16 maggio 2006 (Jeswald W. Salacuse (Presidente), Gabrielle Kaufmann-Kohler, Pedro Nikken);

- *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decisione sulla giurisdizione del 16 giugno 2006, (Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Pierre Mayer, Brigitte Stern);
- *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decisione sulla giurisdizione del 17 ottobre 2006, (Yves Derains (Presidente), Rudolf Dolzer, Michael Lee);
- *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decisione sulla giurisdizione e indicazione di misure cautelari del 21 marzo 2007, (Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Christoph H. Schreuer, Philip Otton);
- *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award del 31 luglio 2007 (Raúl E. Vinuesa (Presidente), Benjamin J. Greenberg, Jaime Irrarrazabal);
- *CMS Gas Transmissions Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, *Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, 25 settembre 2007, (Gilbert Guillaume (Presidente), Nabil Elaraby, James R. Crawford);
- *Semptra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award del 28 settembre 2007 (Francisco Orrego Vicuna (Presidente), Marc Lalonde, Sandra Morelli Rico);
- *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell'11 settembre 2009, (Hans van Houtte (Presidente), Alberto Feliciani, Fadi Moghaizel);
- *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decisione sulla revisione del 18 novembre 2009, (Pierre Lalive (Presidente), Mohammed Chemloul, Emmanuel Gaillard);
- *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award del 18 maggio 2010 (Yves Fortier (Presidente), Ahmed Sadek El-Kosheri, Michael Reisman);
- *Gustav F W Hamester GmbH & CO KG v. The Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award del 18 giugno 2010, (Brigitte Stern (Presidente), Bernardo Cremades, Toby Landau);
- *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award del 10 dicembre 2010 (J. William Rowley (Presidente), Edward W. Nottingham, Pierre Tercier);
- *Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia*, ICSID Case No. ARB/09/18, Decisione sulla giurisdizione del 22 marzo 2011, (Neil Kaplan (Presidente), John Beechey, Toby Landau);
- *Sergei Pausbok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award sulla giurisdizione e responsabilità del 28 aprile 2011, (Marc Lalonde (Presidente), Horacio A. Grigera Naón, Brigitte Stern);
- *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Jurisdiction dell'11 giugno 2011, (Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas);

- *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/05, Decisione sulla giurisdizione e sulla ammissibilità, 4 agosto 2011, (Pierre Tercier (Presidente), Georges Abi-Saab, Albert Jan van den Berg);
- *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award del 7 dicembre 2011, (Bernard Hanotiau (Presidente), Andrea Giardina, Michael Reisman);
- *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility del 27 febbraio 2012, (V.V. Veeder (Presidente), Horacio A. Grigera Naón, Vaughan Lowe);
- *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decisione sulle obiezioni giurisdizionali del convenuto, 1 giugno 2012, (VV Veeder (Presidente), Guido Santiago Tawil, Brigitte Stern);
- *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award del 21 giugno 2012, (Gilbert Guillaume (Presidente), Jean-Denis Bredin, Ahmed Sadek El Kosheri);
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, *Procedural Order No 2* del 16 ottobre 2012, (Florentino P. Feliciano (Presidente), J. Christopher Thomas, André Faurès);
- *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decisione su giurisdizione, diritto applicabile e responsabilità del 30 novembre 2012, (V.V. Veeder (Presidente), Gabrielle Kaufmann-Kohler, Brigitte Stern);
- *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Decisione sull'obiezione del convenuto ai sensi dell'art. 41, par. 5, delle *Rules* del 16 gennaio 2013 (Arthur W. Rovine (Presidente), Marc Lalonde, Donald M. McRae);
- *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Decisione sull'obiezione preliminare ai sensi dell'art. 41(5) delle *Rules* dell'11 marzo 2013, (Campbell McLachlan (Presidente), Marc Lalonde, Christopher Thomas);
- *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award On Jurisdiction and Admissibility del 14 giugno 2013 (Toby T. Landau (Presidente), Clifford M. Davidson, Fern M. Smith);
- *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, 3 settembre 2013, (Kenneth Keith (Presidente), L. Yves Fortier, Georges Abi-Saab);
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione del Tribunale sulle obiezioni alla giurisdizione del 29 gennaio 2014, (Ahmed S. El-Kosheri (Presidente), James Crawford, Antonio Crivellaro);
- *Guaracachi America, Inc. & Rurelec plc v. Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Decisione, 31 gennaio 2014, (José Miguel Júdice (Presidente), Manuel Conthe, Raúl Emilio Vinuesa);

- *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Decisione sulla giurisdizione, 21 febbraio 2014, (Ian Binnie (Presidente), Bernard Hanotiau, Brigitte Stern);
- *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, 10 marzo 2014, (Kenneth Keith (Presidente), L. Yves Fortier, Georges Abi-Saab);
- *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award del 10 marzo 2014, (Gavan Griffith (Presidente), Michael Evan Jaffe, Rolf Knieper);
- *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award del 25 agosto 2014 (V.V. Veeder (Presidente), J. William Rowley, John R. Crook);
- *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability del 12 settembre 2014, (Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas);
- *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Ecuador's Reconsideration Motion del 10 aprile 2015, (Peter Tomka (Presidente), Neil Kaplan, Christopher Thomas);
- *Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, Award del 30 aprile 2015, (Lord Collins of Mapesbury (Presidente), Philippe Sands, David A.R. Williams);
- *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decisione sulla revisione del 12 giugno 2015, (Gilbert Guillaume (Presidente), Gabrielle Kaufmann-Kohler, Ahmed Sadek El-Kosheri);
- *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decisione sulla revisione del 7 luglio 2015, (Campbell McLachlan (Presidente), Andrés Rigo Sureda, Brigitte Stern);
- *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. ARB/10/20, Award del 12 settembre 2016, (Donald McRae (Presidente), Zachary Douglas, Brigitte Stern);
- *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award dell'8 dicembre 2016, (Andreas Bucher (Presidente), Pedro J. Martínez-Fraga, Campbell McLachlan);
- *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award del 7 febbraio 2017 (Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Brigitte Stern, Stephen Drymer);
- *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. ARB/10/20, Decision on the Application for Annulment del 22 agosto 2018 (Claus von Wobeser (Presidente), Christoph Schreuer, Bertha Cooper-Rousseau);

- *B-Mex, LLC and Others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/16/3, Partial Award del 19 luglio 2019 (Gaëtan Verhoosel [Presidente], Raúl Emilio Vinuesa, Gary Born).

Bibliografia

MANUALI, MONOGRAFIE E DOCUMENTAZIONE

- Abi-Saab G., *Les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale – étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre*, (Parigi: Paris – Editions A. Pedone), 1967;
- Alexandrov S. A., *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), 1995;
- Anand R.P., *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Londra: Asia Publishing House), 1961;
- Andrews N., *The Modern Civil Process*, (Tübingen: Mohr Siebeck), 2008;
- Anzilotti D., *Corso di Diritto Internazionale*, (Roma: Athenaeum), 1923;
- Baumgartner J., *Treaty Shopping in International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press), 2016;
- Bohnet F., *Procédure Civile*, (Basilea: Helbing Lichtenhahn), 2014;
- Brownlie I., *State Responsibility: System of the Law of Nations*, (Oxford: Clarendon Press), 1986;
- Canal-Forgues E., *Le Règlement des Différends à l'OMC*, (Bruxelles: Bruylant), 2008;
- Cannizzaro E., *Diritto Internazionale*, (Torino: Giappichelli Editore), 2016;
- Cellamare G., *Le Forme di Intervento nel Processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Bari: Cacucci Editore), 1991;
- Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Londra: Stevens & Sons Limited), 1953;
- Chiovenda G., *Principi di Diritto processuale civile*, (Napoli: Casa Tipografica – Editrice N. Jovene e C.), 1923;
- Conforti B., *Diritto Internazionale*, XI ed. (Napoli: Editoriale Scientifica), 2018;
- Conforti B., *Diritto Internazionale*, X ed. (Napoli: Editoriale Scientifica), 2014;
- Cook G., *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2015;
- Crespi Reghizzi Z., *L'Intervento "come non Parte" nel Processo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Milano: Giuffrè Editore), 2017;
- Davì A., *L'Intervento davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, (Napoli: Jovene), 1984;

- De Vattel E., *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à le Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, (Parigi: Guillaumin et C. Libraries), 1758;
- De Visscher C., *Aspects Recents du Droit Procédural de la Cour Internationale de Justice*, (Parigi: Editions A. Pedone, 1966);
- Del Vecchio A., *Le Parti nel Processo Internazionale*, (Milano: Giuffrè Editore), 1975;
- Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press), 2012;
- Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009;
- Dubisson M., *La Cour Internationale de Justice*, (Parigi: Paris – Libraire Générale de Droit et de la Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias), 1964;
- Fachiri A. P., *The Permanent Court of International Justice in Constitution, Procedure and Work*, (Londra: Humphrey Milford, Oxford University Press), 1925;
- Fontanelli F., *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration – The Practice and the Theory*, (Leiden – Boston: Brill), 2018;
- Forlati S., *The International Court of Justice – An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, (Springer International Publishing), 2014;
- Gaja G., *L'Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internazionale*, (Milano: Giuffrè Editore), 1967;
- Gattini A., *Le Riparazioni di Guerra nel Diritto Internazionale*, (Padova: CEDAM), 2003;
- Goodman C. F., *Justice and Civil Procedure in Japan*, (New York: Oxford University Press), 2004;
- Grewe W. G., *The Epochs of International Law*, (Berlin – New York: Walter de Gruyter), 2000;
- Guoha Y., Mercurio B., Yongjie L., *WTO Dispute Settlement Understanding – A Detailed Interpretation*, (The Hague: Kluwer Law International), 2005;
- Guzman A. T., Pauwelyn J. H. B., *International Trade Law – Problems, Cases and Materials*, (New York: Wolters Kluwer – Law & Business), 2013;
- Kaikobad K.H., *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2007;
- Kennedy M., *WTO Dispute Settlement and the TRIPS Agreement*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2016;
- Kolb R., *The International Court of Justice*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing), 2013;
- Hudson Manley O., *The Permanent Court of International Justice*, (New York: The Macmillan Company), 1934;
- Indlekofer M., *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, (The Hague: Wolters Kluwer), 2013;

- Lindencrone Petersen L., Werlauff E., *Civil Procedure in Denmark*, (The Hague: Wolters Kluwer, 2017);
- Loughlin P., Gerlis S., *Civil Procedure*, (Londra: Routledge), 2004;
- Luff D., *Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce*, (Bruxelles: Bruylant – L.G.D.J.), 2004;
- Matsushita M., Schoenbaum T. J., Mavroidis P. C., Hahn M., *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, (Oxford: Oxford University Press), 2015;
- Morelli G., *La Sentenza Internazionale*, (Padova: CEDAM), 1931;
- Nguyen N. H., *L'Intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, (Parigi: L'Harmattan), 2016;
- Palmeter D., Mavroidis P.C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2004;
- Pauwelyn J., *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2003;
- Petersmann E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organisation and Dispute Settlement*, (Londra: Kluwer Law International), 1997;
- Picone P., Ligustro A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, (Padova: CEDAM), 2002;
- Pietrobon A., *Il Giudizio nell'Arbitrato fra Stati*, (Napoli: Editoriale Scientifica), 2016;
- Quadri R., *Diritto Internazionale Pubblico*, (Napoli: Liguori Editore), 1968;
- Rajesh Babu R., *Remedies Under the WTO Legal System*, (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers), 2012;
- Reed L., Paulsson J., Blackaby N., *Guide to ICSID Arbitration*, (The Netherlands: Wolters Kluwer – Law & Business), 2011;
- Rosenne S., *Essays on International Law and Procedure*, (Leiden, Boston: Brill Nijhoff), 2007;
- Rosenne S., *Intervention in the International Court of Justice*, (Dordrecht, Boston, Londra), 1993;
- Rosenne S., *Procedure in the International Court – A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, (The Hague-Boston-Londra: Martinus Nijhoff Publishers), 1983;
- Rosenne S., *The Law and Practice of the International Court*, (Leyden: A. W. Sijthoff), 1965;
- Rosenne S., *The World Court: What It Is and How It Works*, (Leyden: A. W. Sijthoff), 1962;
- Santulli C., *Droit du Contentieux International*, (Mayenne: LGDJ – lextenso éditions), 2015;

- Savarese E., *La Nozione di Giurisdizione nel Sistema ICSID*, (Napoli: Editoriale Scientifica), 2012;
- Schreuer C. H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention – A Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2009;
- Shaw M. N., *Rosenne’s Law and Practice of the International Court 1920-2015*, (Leiden: Brill Nijhoff), 2016;
- Spiermann O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice, the Rise of the International Judiciary*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2005;
- Stone J., *Legal Controls of International Conflict – A Treatise on the Dynamics of Disputes and War-Law*, (Londra: Stevens & Sons Limited), 1954.
- Tanzi A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, VI ed., (Milano: CEDAM), 2019;
- Van den Bossche P., Zdouc W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2017;
- Van Hooijdonk M., Eijssvoogel P., *Litigation in the Netherlands – Civil Procedure, Arbitration and Administrative Litigation*, (The Hague: Wolters Kluwer), 2012;
- Vandeveld K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, (Oxford: Oxford University Press), 2010;
- Verzijl J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, (Leiden: A. W. Sijthoff), 1976;
- Vitta E., *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, (Milano: Giuffrè Editore), 1953;
- Waincymer J., *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, (Londra: Cameron May – International Law & Policy), 2002;
- Weisburd A. M., *Failings of the International Court of Justice*, (Oxford: Oxford University Press), 2016;
- Wolfrum R., Stoll P., Kaiser K., *Max Planck Commentaries on World Trade Law. WTO – Institutions and Dispute Settlement*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers), 2006;
- Zimmermann A., Tomuschat C., Oellers-Frahm K., Tams C. J., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, (Oxford: Oxford University Press), 2012;

RIVISTE

- Abi-Saab G., “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 919-933;

- Ago R., “Le délit international”, *Académie de Droit International – Recueil des Cours*, vol. 68 (1939), pp. 415-554;
- Ajibola B., “The International Court of Justice and Absent Third States”, *African Yearbook of International Law*, vol. 4 (1996), pp. 85-102;
- Albashar F. A. S. A., Maniruzzaman A. F. M., “Reforming the WTO Dispute Settlement System: A Rethink of the Third Party Right to Access to Panel and Appeal Processes from Developing Countries’ Perspective”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 11 (2010), pp. 311-373;
- Alexandrov S. A., “Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations: An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), pp. 89-124;
- Alschner W., “Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System”, *World Trade Review*, vol. 13 (2014), pp. 65-102;
- Alvarez-Jiménez A., “Mutually Agreed Solutions Under the WTO Dispute Settlement Understanding: an Analytical Framework after the Softwood Lumber Arbitration”, *World Trade Review*, vol. 10 (2011), pp. 343-373;
- Anzillotti D., “La Riconvenzione nella Procedura Internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 8 (1929), pp. 309-327;
- Arangio-Ruiz G., “Note sugli “Accordi Risolutivi di Controversie” nel Diritto Internazionale”, in *Comunicazioni e Studi*, vol. 6 (1952), pp. 100-114;
- Arcari M., “Domande Riconvenzionali nel Processo di Fronte alla Corte Internazionale di Giustizia”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 81 (1998), pp. 1042-1064;
- Balch T. W., “Différends Juridiques et Politiques dans les Rapports des Nations”, *Revue Général de Droit International Public*, vol. 21 (1914), pp. 137-182;
- Balladore Pallieri G., “La Natura Giuridica dell’Arbitrato Internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 8 (1929), pp. 328-355;
- Bartels L., “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade Law*, vol. 35 (2001), pp. 499-519;
- Baumgartner J., “The Significance of the Notion of Dispute and Its Foreseeability in an Investment Claim Involving a Corporate Restructuring”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18 (2017), pp. 201-231;
- Bjorklund A. K., “The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17 (2013), pp. 461-480;
- Bonafé B., “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications”, *Questions of International Law, Zoom-out 45* (2017), pp. 3-32;
- Bowett D.W., “Res Iudicata and the Limits of Rectification of Decisions by International Tribunals”, *African Journal of International & Comparative Law*, vol. 8 (1996), pp. 577-591;

- Carmody C., “Of Substantial Interest: Third Parties Under GATT”, *The Michigan Journal of International Law*, vol. 18 (1997), pp. 615-657;
- Cassese A., “The Concept of “Legal Dispute” in the Jurisprudence of the International Court”, *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli, Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), pp. 173-200;
- Castberg F., “La Compétence des Tribunaux Internationaux”, *Revue de droit International et de législation comparée*, vol. 6 (1925), pp. 155-172;
- Cortesi G. A., “ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises – Moving Toward an Approach Based on General International Law”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), pp. 108-138;
- Cortesi G. A., “Falsità delle Prove Scoperte Dopo la Decisione Arbitrale e Rimedi Esperibili nel Sistema ICSID”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 2 (2015), pp. 547-564;
- Crawford J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 24 (2008), pp. 351-374;
- Crespi Reghizzi Z., “Domande Riconvenzionali davanti alla Corte Internazionale di Giustizia: l’Ordinanza del 15 Novembre 2017 nel caso delle Pretese Violazioni di Diritti Sovrani e Spazi Marini nel Mare dei Caraibi (Nicaragua v. Colombia)”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 101 (2018), pp. 486-514;
- D’Aspremont J., “The International Court of Justice and the Irony of System-Design”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8 (2017), pp. 366-387;
- Davey W. J., Sapir A., “The Soft Drinks Case: the WTO and Regional Agreements”, *World Trade Review*, vol. 8 (2009), pp. 5-23;
- De Andrade M.C., “Path to Judicial Activism? The Use of ‘Relevant Rules of International Law’ by the WTO Appellate Body”, *Brazilian Journal of International Law*, vol. 15 (2018), pp. 307-323;
- De Brabandere E., “Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 50 (2017), 591-611;
- De Nanteuil A., “Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), 374-392;
- Demirkol B., “Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018), pp. 59-91;
- Distefano G., “La Demande Reconvencionnelle au Fil del Textes Régissant le Fonctionnement de la Cour de La Haye et de sa Jurisprudence”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, vol. 18 (2008), pp. 45-67;
- Forlati S., “Intervento nel processo ai sensi dell’art. 62 dello Statuto: quale coerenza nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia?”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 94 (2011), pp. 1197-1203;

- Gaja G., “Considerazioni sugli Effetti delle Sentenze di Merito della Corte Internazionale di Giustizia”, *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), pp. 313-335;
- Gattini A., “La Corte Internazionale di Giustizia fra *Judicial Activism* e *Judicial Self-restraint*: il Curioso Caso della Richiesta di Interpretazione della Sentenza Resa nell’Affare *Avena*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 92 (2009), pp. 476-482;
- Gattini A., “Un Regard Procedural sur la Fragmentation du Droit International”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 110 (2006), pp. 303-336;
- Gattini A., “A Trojan Horse for Sudeted Claims? On Some Implications of the Prince of Liechtenstein v. Germany”, *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), pp. 513-544;
- Giardina A., “Arrangements Amiables ed Estinzione del Processo di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia”, *Il Processo Internazionale. Studi in Onore di Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, vol. 14 (1975), pp. 337-364;
- Gihl T., “”The Subjective Test” as a Means of Distinguishing Between Legal and Political Disputes”, *Acta Scandinavica Iuris Gentium*, vol. 8 (1937), pp. 67-107;
- Gotanda J. Y., “Awarding Interest in International Arbitration”, *American Journal of International Law*, vol. 40 (1996), pp. 40-63;
- Higgins R., “Policy Considerations and the International Judicial Process”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17 (1968), pp. 58-84;
- Hoffmann A. K., “Counterclaims in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, vol. 28 (2013), pp. 438-453;
- Horlick G., “The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner’s View”, *The International Lawyer*, vol. 32 (1998), pp. 685-693;
- Howse R., “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, *The European Journal of International Law*, vol. 27 (2016), pp. 9-77;
- Hudson M. O., “Present Status of the Hague Conventions of 1899 and 1907”, *The American Journal of International Law*, vol. 25 (1931), pp. 114-117;
- Iwasawa Y., “WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision”, *Journal of International Economic Law*, vol. 5 (2002), pp. 287-305;
- Johnson D. H. N., “The International Court of Justice Declines Jurisdiction Again (the Aegean Sea Continental Shelf Case)”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 7 (1976 - 1977), pp. 309-331;
- Johnson D. H. N., “The Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 5 (1955), pp. 93-115;
- Jouannet E., “Le Principe de l’Or Monétaire a Propos de l’Arret de la Cour du 30 Juin 1995 dans l’Affaire du Timor Oriental (Portugal c. Australie)”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 100 (1996), pp. 673-714;

- Kabra R., “Has *Abaclat v. Argentina* left the ICSID with a “Mass”ive Problem?”, *Arbitration International*, vol. 31 (2015), pp. 425-453;
- Kalicki J., “Counterclaims by States in Investment Arbitration”, *Investment Treaty News Quarterly*, vol. 2 (2013), pp. 1-9;
- Kaufmann-Kohler G., Boisson de Chazournes L., Bonnin V., Mbengue M. M., “Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently?”, *ICSID Review*, vol. 21 (2006), pp. 59-125;
- Kearns J. E., Charnovitz S., “Adjudicating Compliance in the WTO: a Review of DSU Article 21.5”, *Journal of International Economic Law*, vol. 5 (2002), pp. 331-352;
- Kotuby C. T. Jr., Egerton-Vernon J. A., “Apotex Holdings Inc and Apotex Inc v. The Government of the United States of America – The Adoption by International Tribunals of a Substantive/Transactional Approach to Res Judicata – A New Paradigm in International Dispute Resolution?”, *ICSID Review*, vol. 30 (2015), pp. 486-497;
- Kulick A., “Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of Res Iudicata”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), pp. 73-89;
- Kunoy B., “Catch Me if You Can: An Analysis of “Measures Taken to Comply” under the WTO Dispute Settlement Understanding”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6 (2007), pp. 43-66;
- Lauterpacht H., “La Théorie des Différends non Justiciables en Droit International”, *Académie de Droit International – Recueil des Cours*, vol. IV (1930), pp. 499-654;
- Limburg J., “L'autorité de Chose Jugée des Décisions des Juridictions Internationales”, *Académie de Droit International – Recueil des Cours*, vol. 5 (1930), pp. 523-618;
- Lugard M., “Scope of Appellate Review: Objective Assessment of the Facts and Issues of Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 1 (1998), pp. 323-327;
- Magnaye J., Reinish A., “Revisiting *Res Judicata* and *Lis Pendens* in Investor-State Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), pp. 264-286;
- Marceau G., “Call for Coherence in International Law”, *Journal of World Trade*, vol. 87 (1999), pp. 87-152;
- Markert L., “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), pp. 690-711;
- Martinez-Fraga P. J., Samra H. J., “The Role of Precedent Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 32 (2012), pp. 419-450;
- Mistelis L.A., “Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement”, *ICSID Review*, vol. 28 (2013), pp. 64-87;

- Miron A., “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Between Formalism and Verbalism”, *Questions of International Law, Zoom-out 45* (2017), pp. 43-51;
- Morelli G., “Controversia Internazionale, Questione, Processo”, *Rivista di diritto internazionale* vol. 60 (1977), pp. 5-16;
- Morelli G., “Note sull’Intervento nel Processo Internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 65 (1982), pp. 805-815;
- Morelli G., “Nozione ed Elementi Costitutivi della Controversia Internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 43 (1960), pp. 405-426;
- Mulder A., “L’Arbitrage International et les Différends Politiques”, *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques, politiques et sociales*, vol. 3 (1925), pp. 83-93;
- Nakajima K., “Beyond Abaclat: Mass Claims in Investment Treaty Arbitration and Regulatory Governance for Sovereign Debt Restructuring”, *Journal of World Investment and Trade Law*, vol. 19 (2018), pp. 208-247;
- Nguyen S. T., “The Applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organisation Dispute Settlement”, *Bond Law Review*, vol. 25 (2013), pp. 123.165;
- Oellers-Frahm K., “The Awareness Requirement and its Problematic Consequences for the Court’s Jurisdiction”, *Questions of International Law, Zoom-out 45* (2017), pp. 33-41;
- Palchetti P., “Determining the Existence and Content of a Dispute: In Search for Legal Criteria”, *Questions of International Law, Zoom-out 45* (2017), pp. 1-2;
- Palestini L., “Forget about Mavrommatis and Judicial Economy: The Alleged Absence of a Dispute in the Cases Concerning the Obligations to Negotiate the Cessation of the Nuclear Arms Race and Nuclear Disarmament”, *Journal of International Dispute Settlement*, 8 (2017), 557-577;
- Palmetier D., Mavroidis P. C., “The WTO Legal System: Sources of Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), pp. 398-413;
- Parlett K., “Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), pp. 434-456;
- Pauwelyn J., “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *The American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), pp. 535-578;
- Pellet A., “The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, vol. 28 (2013), pp. 223-240;
- Polasek M., “The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, *Dispute Resolution International*, vol. 5 (2011), pp. 177-188;
- Puig S., Brown C., “The Secretary-General’s Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, *ICSID Review*, vol. 27 (2012), pp. 172-191;

- Ragosta J., Joneja N., Zeldovich M., “WTO Dispute Settlement: The System is Flawed and Must Be Fixed”, *The International Lawyer*, vol. 37 (2003), pp. 697-752;
- Reinisch A., “The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 37 (2004), pp. 37-77;
- Ridi N., “Precarious Finality? Reflections on *Res Judicata* and the *Question of the Delimitation of the Continental Shelf Case*”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018), pp. 383-401;
- Robol R. T., “Jurisdiction – Limits of Consent – The Aegean Sea Continental Shelf Case”, *Harvard International Law Journal*, vol. 18 (1977), pp. 649-675;
- Rodriguez P.J., “International Contractualism Revisited: Non-Pecuniary Remedies under the Fair and Equitable Treatment Standard”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 18 (2018), pp. 673-696;
- Salas Kantor B., Zavala Achurra M., “The Principle of *Res Judicata* before the International Court of Justice: in the Midst of Comradeship and Divorce between International Tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019), pp. 288-306;
- Salerno F., “La Demande Reconventionnelle dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice”, *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), 329-378;
- Salvioli G., “Controversia Giuridica e Controversia Politica in Diritto Internazionale”, *Studi di Diritto Pubblico e Comparato* (1928), pp. 246-258;
- Santulli C., “Observations sur les exceptions de recevabilité dans l'affaire du Mandat d'arrêt”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48 (2002), pp. 257-280;
- Sarzo M., “*Res Judicata*, Jurisdiction *Ratione Materiae* and Legal Reasoning in the Dispute between Nicaragua and Colombia before the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 16 (2017), pp. 224-244;
- Scerni M., “La Procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale”, *Recueil des Cours*, vol. 65 (1938);
- Schreuer C., “The Development of International Law by ICSID Tribunals”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), pp. 728-739;
- Schreuer C., “Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 20 (2004), pp. 325-332;
- Scott A., “Collateral Estoppel by Judgment”, *Harvard Law Review*, vol. 56 (1942), pp. 1-29;
- Seelig M.L., Tevini A.G., “Revision Proceedings under the ICSID Convention: Suggestions for a Possible Interpretation of the Prerequisites of Article 51 of the ICSID Convention”, *Arbitration International*, vol. 26 (2010), pp. 467-492;

- Shany Y., “Consolidation and Tests for Application: Is International Law Relevant?”, *ICSID Review*, vol. 21 (2006);
- Steingruber A. M., “Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi – Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations”, *ICSID Review*, vol. 28 (2013), pp. 291-300;
- Stoppioni E., “Decentring the ICJ: a Critical Analysis of the Marshall Islands Judgments”, *Questions of International Law, Zoom-out 45*, (2017), pp. 65-75;
- Thienel T., “Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle”, *German Yearbook of International Law*, vol. 57 (2014), pp. 321-352;
- Thirlway H., “Establishing the Existence of a Dispute: a Response to Professor Bonafé’s Criticisms of the ICJ”, *Questions of International Law, Zoom-out 45*, (2017), pp. 53-63;
- Thirlway H., “Counterclaims Before the International Court of Justice: The Genocide Convention and Oil Platforms Decisions”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 12 (1999), pp. 197-229;
- Thomas J. C., Ewing-Chow M., “The Maturation of Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, vol. 25 (2011), pp. 3-20;
- Titi C., “*Res Indicata* and Interlocutory Decisions under the ICSID Convention: Antinomies over the Power of Tribunals to Review”, *ICSID Review*, vol. 33 (2018), pp. 358-379;
- Tzeng P., “Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues”, *Brazil Journal of International Law*, vol. 14 (2017), pp. 122-138;
- Valles C. M., McGivern B. P., “The Right to Retaliate Under the WTO Agreement – The “Sequencing” Problem”, *Journal of World Trade*, vol. 34 (2000), pp. 63-84;
- Van Houtte H., McAsey B., “*Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID, the BIT and Mass Claims”, *ICSID Review*, vol. 27 (2012), pp. 231-236;
- Vermulst E., Mavroidis P., Waer P., “The Functioning of the Appellate Body After Four Years – Towards Rule Integrity”, *Journal of World Trade*, vol. 33 (1999), pp. 1-50;
- Verzijl J. H. W., “La Classification des Différends Internationaux et la Nature du Litige Anglo-Turc”, *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 6 (1925), pp. 732-759;
- Voon T., Mitchell A., Munro J., “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), pp. 41-68;
- Wegen G., “Discontinuance of International Proceedings: The Hostages Case”, *The American Journal of International Law*, vol. 76 (1982), pp. 717-736;
- Wehland H., “The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes”, *ICSID Review*, vol. 31 (2016), pp. 576-596;

- Weiler J.H.H., “The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement”, *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001), 191-207;
- Williams J. F., “Justiciable and Other Disputes”, *The American Journal of International Law*, vol. 26 (1932), pp. 31-36;
- Wittich S., “Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case”, *The European Journal of International Law*, vol. 14 (2007), pp. 591-618;
- Yenkong N. H., “Third Party Rights and the Concept of Legal Interest in the World Trade Organization Dispute Settlement: Extending Participatory Rights to Enforcement Rights”, *Journal of World Trade*, vol. 38 (2004), pp. 757-772;

CONTRIBUTI IN OPERE COLLETTANEE

- Abi-Saab G., “The International Court as a World Court”, in *Fifty Years of the International Court of Justice*, in Lowe V. and Fitzmaurice M., *Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), pp. 3-16;
- Angelet N., “Le Tiers à l’Instance dans la Procédure de Règlement des Différends de l’OMC”, in Ruiz Fabri H., Sorel J.-M., *Le Tiers à l’Instance devant les Juridictions Internationales*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2005), pp. 207-238;
- Bolze A., “La Notion de Litige Juridique”, in Aubert J.-L. *et alii*, *Études Offertes à Jacques Dupichot – Liber Amicorum* (Bruxelles: Bruylant, 2004), pp. 41-61;
- Bonafé B.I., “Discretionary Intervention (Article 62, Statute of the Court), in Almeida P.W. e Sorel J.M., *Latin America and the International Court of Justice* (Londra: Routledge, 2017), pp. 98-108;
- Borchard E. M., “The Distinction between Legal and Political Questions”, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), pp. 50-57;
- Born G., Sćekić M., “Pre-Arbitration Procedural Requirements”, in Caron D. D. et al., *Practising Virtue – Inside International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 227-263;
- Bronckers M., McNelis N., “Fact and Law in Pleadings Before the WTO Appellate Body”, in Weiss F., *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Court & Tribunals*, (Londra: Cameron May, 2000), pp. 321-333;
- Brower C. N., Henin P. F., “Res Judicata”, in Kinnear M. *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), pp. 55-69;
- Cremades B. M., Cairns D. J. A., “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, in Cremades B. M., Lew J. D. M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, (Parigi: ICC Publishing, 2005), pp. 13-41;

- Cucarella Galiana L. A., “ La Solución No Jurisdiccional de los Litigios de Derecho Privado”, in Ortelles Ramos M., *Derecho Procesal Civil*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2016), pp. 63-78;
- Donovan D. F., “Allocation of Costs”, in Kinnear M. *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), pp. 555-565;
- Dudas S., “Treaty Counterclaims under the ICSID Convention”, in Baltag C., *ICSID Convention after 50 Years – Unsettled Issues*, (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017), pp. 385-405;
- Fadlallah I., “La Distinction *Treaty Claims – Contract Claims*”, in Leben C., *Le Droit International des Investissements et de l’Arbitrage Transnational*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2015), pp. 759-772;
- Fenwick C. G., “The Distinction between Legal and Political Questions”, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), pp. 44-50;
- Fortier L Yves, “Investor-State Tribunals and National Courts”, in Caron D. D. *et al.*, *Practising Virtue – Inside International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 292 - 307;
- Gattini A., “La renonciation au droit d’invoquer la responsabilité”, in Dupuy P.-M., Fassbender B., Shaw M. N., Sommermann K.-P., *Common Values in International Law – Essays in Honour of Christian Tomuschat*, (Kehl: N. P. Engel Verlag, 2006), pp. 317-340;
- Gattini A., “Le Rôle du Juge International et du Juge National et la Coutume Internationale”, in Alland V., Chetail V., de Frouville O. and Vinuales J, *Unity and Diversity of International Law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2014), pp. 253-274;
- Gattini A., “Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration”, in Gattini A., Tanzi A., Fontanelli F., *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2018), pp. 111-129;
- Gattini A., “Souveraineté et Procès International dans les Opinions Individuelles et Dissidents d’Anzilotti à la Cour Permanente de Justice Internationale”, in *Grandes Pages du Droit International – La Justice*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2019), pp. 6-12;
- Guillaume G., “Le désistement devant la Cour Internationale de Justice”, in Guillaume G., *La Cour Internationale de Justice à l’aube du XXIème siècle – Le regard d’un juge*, (Parigi: Editions A. Pedone, 2003), pp. 141-159;
- Hafner G., “The Physiognomy of Disputes and the Appropriate Means to Resolve Them”, in *International Law as a Language for International Relations - Proceedings of United Nations Congress on Public International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 1996), pp. 559-564;
- Happ R., “ICSID Rules”, in Schütze R. A., *Institutional Arbitration, Article-by-Article Commentary*, (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013), 923-1005;

- Hoffmann A. K., “Counterclaims”, in Kinnear M. *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International, 2016), pp. 505-520;
- Howse R., Esserman S., “The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System, and the Politics of Multilateralism”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 61-80;
- Jennings R., “Reflections on the Term “Dispute””, in Macdonald J., *Essays in Honour of Wang Tieya* (Londra: Martinus Nijhoff, 1993), pp. 401-405;
- Koutoglidou A., “Multiple Party Investment Dispute Resolution: Who Are the Proper Parties?”, in Macmahon B., *Multiple Party Actions in International Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2009), pp. 255-279;
- Lalive P., Halonen L., “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, in Belohlávek A. J., Rozehnalová N., *Czech Yearbook of International Law*, (Juris, 2011), pp. 141-156;
- Legum B., Crevon A., “An Outline of Procedure in an Investment Treaty Arbitration – Strategy and Choices”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), pp. 1-18;
- Liebman E. T., “Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano”, in *Ricerche sul Processo – 4. Il processo civile brasiliano*, (Rimini: Maggioli Editore, 1988), pp. 1-28;
- Ligustro A., “Conflitti di giurisdizione e ‘dialogo tra corti’ internazionali nella prospettiva dell’Organizzazione Mondiale del Commercio”, in Ligustro A., Sacerdoti G., *Problemi e Tendenze nel Diritto Internazionale dell’Economia – Liber Amicorum in Onore di Paolo Picone* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2011), pp. 550-574;
- Marceau G., Hamaoui A., “Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System”, in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 187-211;
- Marceau G., “Consultations and the Panel Process in the WTO Dispute Settlement System”, in Yerxa R., Wilson B., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp. 29-45;
- Marston G., “The London Committee and the Statute of the International Court of Justice”, in Lowe V. e Fitzmaurice M., *Fifty Years of International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), pp. 40-60;
- Morelli G., “Estinzione e Soluzione di Controversie Internazionali”, in *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti, IV – Diritto Pubblico e Storia del Diritto* (Padova: CEDAM, 1950), pp. 92-100;

- Nouvel Y., “Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI”, in Leben C., *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l’Investissement*, (Louvain-la-Neuve: Anthemis, 2006), pp. 25-51;
- Obadia E., Nitschke F., “Institutional Arbitration and the Role of the Secretariat”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), pp. 80-144;
- Papa M. I., “L’*Actio Popularis* nel Sistema di Risoluzione delle Controversie dell’Organizzazione Mondiale del Commercio”, in Ligustro A., Sacerdoti G., *Problemi e Tendenze nel Diritto Internazionale dell’Economia – Liber Amicorum in Onore di Paolo Picone* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2011), pp. 575-593;
- Roessler F., “The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organisation”, in Petersmann E.-U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Londra: Kluwer Law International, 1997), pp. 123-142;
- Ruiz Fabri H., “The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute”, in Boisson de Chazournes L., Kohen M. G., Vinuales J. E., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 87-118;
- Ruiz Fabri H., “Drawing a Line of Equilibrium in a Complex World”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 125-142;
- Sacerdoti G., “Settling International Economic Disputes: the WTO and Other Models. Trade and Investments”, in Rovine A. W., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2014*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), pp. 309-325;
- Sacerdoti G., “The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years”, in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J., *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 35-57;
- Sacerdoti G., “Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review”, in Petersmann E.-U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Londra: Kluwer Law International, 1997), pp. 245-280;
- Schreuer C., “What is a Legal Dispute?”, in Buffard I., Crawford J., Pellet A., Wittich S., *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, (Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp. 959-979;
- Sharpe J. K., “Representing a Respondent State in Investment Arbitration”, in Giorgetti C., *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner’s Guide*, (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), pp. 41-79;

- Siwy A., “Contract Claims and Treaty Claims”, in Baltag C., *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017), pp 209-225;
- Stoppioni E., “Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses”, in *MPILux Working Paper 3* (2017);
- Sugihara T., “The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues”, in Muller A.S., Raič D., Thuránszky J. M., *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years* (The Hague, Boston, Londra: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pp. 117-138;
- Trachtman J., “Jurisdiction in WTO Dispute Settlement”, in Yerxa R., Wilson B., *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp. 132-143;
- Van Damme I., “Jurisdiction, Applicable Law, and Interpretation”, in Bethlehem D., McRae D., Neufeld R., Van Damme I., *The Oxford Handbook of International Trade Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 298-343;
- Van den Bossche P., “Appellate Review in WTO Dispute Settlement”, in *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Court & Tribunals*, (Londra: Cameron May, 2000), pp. 305-319;
- Vargiu P., “The Elusive Nature of Res Judicata in ICSID Arbitration”, *University of Leicester School of Law Research Paper*, vol. 4 (2017);
- Wright Q., “The Distinction between Legal and Political Questions with Especial Reference to the Monroe Doctrine”, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 18 (1924), pp. 57-83;
- Yanovich A., Voon T., “What is the Measure at Issue?”, in Mitchell A.D., *Challenges and Prospects for the WTO*, (Londra: Cameron May, 2005), pp. 115-165;
- Zimmerman A., “Interpretation of Judgments of the International Court of Justice under Art. 60 of the Statute of the ICJ”, in Zehetner F., *Festschrift für Hans-Ernst Folz* (2003), pp. 407-427;