

Giustizia privata. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri

di Maria Rosaria Ferrarese

1. Funzioni giudiziarie tra decentramento giuridico e privatizzazione

Per sua natura, la funzione giudiziaria è sempre stata un'istituzione a carattere diffuso, con scarsa propensione a una conduzione centralistica. Non a caso era una struttura portante dell'ordine giuridico medievale¹. Questo aspetto bastava a porla potenzialmente in un rapporto problematico con le istituzioni politiche proprie dello Stato moderno nell'Europa continentale, che invece volevano dare voce a un potere unitario e accentrato. Donde l'organizzazione che Napoleone volle conferire al giudiziario sulla falsariga dell'esercito, che era anche un rimedio contro questo suo carattere. Anche i vari tentativi di contenere le possibili derive del potere dei giudici e i rischi di eccessiva dispersione delle pronunce giudiziarie rispondevano allo stesso progetto di preservare un diritto unitario. A tal fine agivano vari meccanismi, che erano propri sia dei sistemi di *common law* (si veda il principio di rispetto del precedente), sia specialmente dei paesi di *civil law* (si pensi alle corti di cassazione o alla dogmatica giuridica).

Questa fotografia, tuttavia, aveva cominciato a sbiadirsi già negli ultimi decenni del secolo scorso, quando, sempre più, il ruolo delle corti e del diritto giudiziario aveva conquistato crescente visibilità e importanza anche in Europa, e persino a livello globale². Il processo di globalizzazione sembra infatti avere valorizzato e potenziato proprio quelle capacità e quei caratteri della giurisdizione che sembravano problematici per lo Stato moderno, ossia la sua propensione ad avere un carattere diffuso e a decentralizzare il diritto. Contrariamente all'assetto istituzionale ipotizzato dalle riforme illuministe, oggi il *judge-made law*, che sembrava un tratto caratteristico della civiltà giuridica di *common law*, è diventato una risor-

1. P. Costa, *Iurisdictio. Semantica de potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano 1969.

2. C. Neal Tate, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1997.

sa giuridica in costante espansione, indispensabile per il mondo globale³, dove svolge un rilevante ruolo di supplenza politica, che è implicito in espressioni quale «giudiziarizzazione del diritto» o «giuridificazione della politica»⁴.

Vi è un altro aspetto che ha contribuito al decentramento giuridico, e che non sempre è sotto la lente di ingrandimento. La globalizzazione economica ha infatti portato a moltiplicare anche le forme della giurisdizione, il cui format è stato riprodotto in svariate formule private, ciascuna con diversi caratteri e diverso disegno strategico. Questo cambiamento verso forme privatizzate di giustizia si è realizzato sotto un duplice input culturale. Da una parte un movimento sociale partito dagli Stati Uniti negli anni Ottanta, noto come ADR (Alternative Dispute Resolution), che rivedeva criticamente il tradizionale impianto della giustizia statale, e cercava delle forme alternative sul piano di una maggiore informalità del linguaggio adottato, che fossero anche in grado di smaltire più celermente il carico delle domande di giustizia⁵. Dall'altra parte l'influsso di alcune dottrine economiche come *Law & Economics* e il neoistituzionalismo economico, che guardavano al diritto specialmente sotto il profilo della sua capacità di contribuire all'efficienza economica. A tal fine, esse, mentre consideravano criticamente la legge e il cosiddetto "centralismo legislativo" proprio della tradizione europea, consideravano positivamente il ruolo dell'*adjudication* di *common law*⁶ e specialmente il ruolo della giustizia arbitrale per le controversie economiche⁷. Questa valutazione era legata alla capacità di tali istituzioni (giudiziarie e arbitrali) di non essere agganciate alla rigidità delle norme legislative e di rispondere in maniera più adesiva alle varie situazioni, adattandosi a specifiche esigenze o a particolari contesti.

Così, alle strutture giudiziarie statali e internazionali classiche, si sono via via aggiunte varie altre strutture, che si possono chiamare "paragiudiziarie", di risoluzione delle controversie, meno formali e visibili, ma non meno capaci di funzionare al servizio di una *governance* globale che realiz-

3. Sul tema è importante il contributo di S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009.

4. Si veda ad esempio A. Stone Sweet, *The European Court of Justice and the judicialization of EU governance*, in "Living Rev. Euro. Gov.", 5, (2010), in <http://www.livingreviews.org/lreg-2010-2>. Inoltre, Id., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004.

5. Una breve ma efficacissima sintesi dei vari moventi in O. G. Chase, *Gestire i conflitti. Diritti, cultura, rituali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 112-34.

6. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston 1973; si vedano anche i rilievi critici di F. I. Michelman, *Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication*, in "Journal of Legal Studies", 9, 1980, pp. 431-61.

7. O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, New York 1986.

za un formidabile decentramento giuridico. Il mondo della giurisdizione si è ri-articolato in una struttura reticolare con molti fili e deviazioni dai sentieri su cui era inserita precedentemente. Ciò rispondeva a una più ampia strategia giuridica attivata dai progetti neoliberalisti, che si avvale dell'accostamento di un gran numero di soggetti e di registri giuridici, in modo da rendere disponibile per il mercato e per la vita sociale una strumentazione giuridica plurale, capace di rispondere e adattarsi alla specificità e alla variabilità delle situazioni e dei vari segmenti della vita sociale ed economica. Al contempo, così si è realizzato un crescente distacco del diritto da quell'impostazione politica che era al cuore del diritto legislativo.

E al contempo si è realizzato lo scivolamento da un complessivo assetto di regole e di soggetti pubblici strettamente predeterminato e rigido, verso un assetto più variegato e flessibile, che si avvale sia di soggetti pubblici che privati, per formulare regole e politiche in uno specifico campo di azione. Nel nuovo assetto, le modalità o i meccanismi attraverso cui i processi si espletano, spesso vengono stabiliti in corso d'opera e inoltre gli specifici attori che prendono la scena di volta in volta tendono spesso a restare invisibili all'opinione pubblica e il loro potere resta inosservato.

Farsi spazio in questi percorsi di *governance*, che sono molteplici e variegati, ma spesso opachi e lontani dalla pubblica percezione, è dunque di grande interesse scientifico e politico. Lo scenario istituzionale della *governance*, infatti, non corrisponde più a un assetto stabile e predefinito, che è possibile conoscere nei manuali giuridici⁸: esso corrisponde piuttosto a uno spaccettamento dell'assetto istituzionale preesistente e a un suo riassetto lungo vie meno visibili e consuete. In altri termini, studiare la *governance* significa non fermarsi al centro del paesaggio giuridico e sui volti più noti dello scenario istituzionale. Significa andare per periferie giuridiche, inoltrarsi in rivoli istituzionali spesso invisibili e lontani, che tuttavia sono pezzi di un *puzzle*, che contribuiscono significativamente a comporre la *governance* mondiale.

2. *Governance* “paragiudiziaria” e giustizia privata

Nell'ampia varietà dei processi di *governance* che oggi reggono il mondo, la *governance* cosiddetta “giudiziaria”⁹ svolge un ruolo importante. Essa si

8. Rimando in proposito al mio *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una “soft revolution”*, in “Politica del diritto”, 2, 2014.

9. Tra le eccezioni, A. Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, in M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford 2002, dove si sviluppa un'analisi proprio del concetto di *governance* giudizia-

è fatta strada attraverso vari canali, i più importanti dei quali consistono nella crescita del numero delle corti nazionali ed internazionali, e nella crescita del volume e della rilevanza del *judge-made law*. Accanto a questi, tuttavia, come si è detto, va considerata la moltiplicazione delle forme della giurisdizione, in varie formule privatizzate, variamente funzionali a bisogni del mercato e della società. Corrispondentemente, si può parlare di una *governance* giudiziaria che interessa varie sfere della vita e che ha una dimensione spaziale nazionale, sovranazionale, internazionale e trans-nazionale.

Da un altro punto di vista si potrebbe dire che la *governance* giudiziaria ha i suoi centri e le sue “periferie”: accanto alle grandi corti nazionali e internazionali, che sono sotto i riflettori, e le cui sentenze sono oggetto di costante attenzione e commento, vi sono i vari spezzoni di giustizia privata che svolgono un “sottotipo” di *governance* che ho chiamato “paragiudiziaria”. Il mondo globalizzato offre svariate tipologie di *governance* paragiudiziaria, con riferimento a varie forme di giustizia privata che ricalcano i moduli tipici del cosiddetto ADR: specie arbitrati e processi di mediazione e di conciliazione, che si sono affermati anche a livello internazionale come modalità “efficaci” di risoluzione dei conflitti.

Gli arbitrati, che sono la formula oggi più diffusa di giustizia privata, a cui ricorrono soprattutto i soggetti economici più forti, si iscrivono dunque all’interno di un processo di moltiplicazione delle formule giuridiche, in un mondo che ha in gran parte rinunciato alla “taglia unica” della legislazione, alle grandi classiche distinzioni (specialmente quella tra diritto pubblico e diritto privato) e ai grandi “modelli”¹⁰. Questi si sfarinano in una congerie di versioni apparentemente simili, ma intercalate da importanti profili di novità. Il diritto moderno aveva voluto attuare una *reductio ad unum* dei vari possibili equivalenti funzionali, indicando una precisa forma per ogni istituto, e rendendola se non obbligatoria, almeno largamente preferibile, azionando le leve del diritto pubblico e legislativo. Le perfette partizioni costruite dalle tradizionali categorie giuridiche vacillano e vengono travolte da forme miste e compromissorie, costruite in maniera innovativa, nell’ambito di una organizzazione del diritto sbilanciata in senso funzionale piuttosto che normativo, e indirizzata prevalentemente all’efficienza delle prestazioni. Nel mondo globale ci si avvale piuttosto di molteplici modelli e possibilità, e di un ampio bagaglio, che consente di disporre di formule *à la carte*, che possono essere scelte e confezionate

ria (pp. 55-89). Rimando anche al mio volume *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna 2010, nonché alla sintesi in *La governance come “soft revolution”*, cit.

10. M. Vogliotti, *La fine del grande stile*, in V. Barsotti (a cura di), *Quaderni del dottorato fiorentino di scienze giuridiche*, Maggioli, Rimini 2014.

a seconda dei bisogni, dei gusti, delle necessità e dei contesti. Si afferma così una logica di “equivalenti funzionali”, che non solo innova continuamente le forme giuridiche, ma spesso trasforma anche le funzioni ad esse collegate¹¹.

3. Espansione della giustizia arbitrale

L'espansione della giustizia arbitrale internazionale, che è stata continua a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, parallelamente alla creazione della nuova *lex mercatoria*, si è impennata negli anni Novanta, specie a causa della sottoscrizione di numerosi trattati internazionali da parte degli Stati nell'intento di favorire lo sviluppo. Gli Stati stessi hanno dunque contribuito a questo esito attraverso una fitta matassa di trattati e accordi internazionali che, soprattutto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, avviluppano il mondo delle relazioni economiche. La crescita esponenziale dei processi arbitrali è strettamente legata ai processi di delocalizzazione e di liberalizzazione del commercio, che hanno costituito le due autostrade su cui la globalizzazione ha potuto viaggiare ad alta velocità. La nascita di mercati globali e di una *lex mercatoria* al loro servizio ha trovato negli arbitrati privati un naturale corredo, e anzi una “istituzione chiave”, che ha contribuito significativamente anche a costruire un sistema giuridico transnazionale¹².

La giustizia arbitrale si avvale di una varietà di formule e di sedi. Alcune sono sedi “istituzionali” in cui gli arbitrati si possono svolgere secondo regole prestabilite: si tratta delle cosiddette *arbitration houses*, come la Chambre Internationale de Commerce di Parigi (icc), o l'American Arbitration Association, che dispone di un centro per le controversie internazionali, o la London Court of International Arbitration. Altre sedi istituzionali sono state istituite sotto le insegne di trattati internazionali, come l'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), che deriva dalle Nazioni Unite, o l'ICSID (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), organismo arbitrale istituito dalla Banca Mondiale, con sede a Washington DC, che è figlio della omonima ICSID (*International Convention on the Settlement of Investment Disputes*), stipulata nel 1965 ed entrata in vigore nel 1966. Queste sedi “istituzionali”

11. Per addentrarsi maggiormente nella *ratio* economica che ha imposto questa trasformazione, rimando al mio *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in “Politica del diritto”, 3, 2014.

12. Così Y. Dezalay, B. G. Garth (eds.), *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, Chicago 1996, p. 7.

non assorbono naturalmente l'intero volume delle controversie economiche internazionali, che possono assumere delle vesti persino più discrete e private, affidandosi a singoli arbitri o collegi arbitrali *ad hoc*. È da notare che questi arbitrati generalmente non sono soggetti a un regime di pubblicità, né i lodi sono soggetti a pubblicazione, anche se alcuni cambiamenti si stanno verificando in proposito.

Nel vasto settore degli arbitrati internazionali che sono stati istituiti per dirimere i conflitti in materia economica, si possono distinguere due grandi comparti. Da una parte quello assumibile sotto la sigla ICA (International Commerce Arbitration), che fa riferimento a scambi commerciali tra imprese e ai numerosi trattati sul libero commercio esistenti nel mondo¹³. Dall'altra quello assumibile sotto l'acronimo ISA (Investment State Arbitration), che fa riferimento ai tribunali arbitrali che decidono in merito ai contenziosi in materia di investimenti esteri tra Stati e imprese che operano sul loro territorio. Io mi limiterò a guardare solo un piccolo spicchio di questo secondo settore: l'ISA ha infatti una forte specificità, se non altro perché in genere sono gli Stati a essere chiamati in causa dagli investitori per inottemperanza degli obblighi imposti dai trattati, ed in tal senso «le domande di una legittimazione e giustificazione pubblica in relazione a questi tribunali sono diverse, spesso drammaticamente diverse da quelle che si applicano agli arbitrati commerciali»¹⁴.

4. Arbitrati e investimenti esteri

Gli arbitrati in materia di investimenti esteri sono particolarmente interessanti (e talora inquietanti) non solo per il loro profilo estremamente privatizzato, ma anche perché detengono un potere di aggiudicazione rispetto a conflitti tra Stati e soggetti privati. Essi sono dunque particolarmente indicativi degli equilibri oggi esistenti tra Stati e mercati: giudicando i comportamenti degli Stati come parti “contraenti”, essi si trovano infatti inevitabilmente a intervenire spesso anche su vari profili relativi ai loro poteri “sovrani”. Il ruolo degli arbitrati è stato ampliato dal crescente ricorso degli Stati ai trattati sugli investimenti esteri: questi, che per lo più sono bilaterali (cosiddetti BIT, *Bilateral Investment Treaties*), ma possono essere tri-laterali o multilaterali, sono ormai circa 3.000, e per lo più contengono la cosiddetta “clausola compromissoria”, con cui regolano le modalità di

13. Su cui si veda A. Redfern, M. Hunter (with N. Blackbay and C. Partasides), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Andover (UK) 2004.

14. Così B. Kingsbury, S. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, ILLJ Working Paper 2009/6 of nyu, in www.illj.org, p. 1.

risoluzione delle controversie, per lo più delegandole a un organismo arbitrale.

Esistono naturalmente molti altri casi in cui dei tribunali pubblici o privati sono chiamati a pronunciarsi su addebiti mossi dai privati agli Stati, ad esempio per violazioni di diritti, o per diatribe commerciali che coinvolgono gli Stati. Ma il profilo di *governance*, come si cercherà di evidenziare in queste pagine, si accentua specialmente nel caso dei tribunali addetti ai contenziosi sugli investimenti esteri. Il problema non sta nel fatto che i privati abbiano la possibilità di promuovere un contenzioso contro gli Stati. Questa è una giusta conquista, ormai acquisita, necessaria affinché gli Stati non si trasformino in prevaricatori dei diritti umani. Anche ai diritti economici va riconosciuta una giusta tutela contro gli Stati e contro altri organismi pubblici internazionali e la giurisprudenza sul tema si sta affinando sempre più anche in Europa¹⁵. Ma oggi si assiste a casi arbitrari in materia di investimenti esteri, che vanno ben oltre il giusto riconoscimento di diritti economici esistenti. L'impressione è che spesso si tratti di una *costruzione* di diritti *inesistenti* da parte di organismi giudiziari privati, che non hanno alcuna legittimazione democratica, e che non sono soggetti ad alcun controllo e ad alcuna possibilità di revisione: due aspetti procedurali tutt'altro che trascurabili.

La complessità del tema degli arbitrati in tema di investimenti esteri è acuita dal fatto che essi gestiscono un settore giuridico estremamente affollato e complesso, conosciuto come *foreign investment law* (FIL), i cui principi essi stessi contribuiscono in parte a ri-definire, ma spesso anche a integrare, sulla base delle decisioni che assumono. Il FIL, che compone uno dei tanti "regimi giuridici internazionali" in cui è frazionato il mondo odierno, è un settore caratterizzato da forte autonomia nel vasto campo del diritto internazionale. Sotto il profilo giuridico, esso è retto, oltre che da una serie di principi propri del diritto internazionale e del diritto dei trattati come definito dalla Convenzione di Vienna, da principi propri del diritto amministrativo quali quelli di «fair and equitable treatment» e di «standard minimo di trattamento», che derivano dal Trattato NAFTA e trovano applicazione anche nelle dispute per gli investimenti¹⁶. L'autonomia del settore è temperata proprio dalla presenza di questi e altri principi, che diventano dunque una sorta di

15. Si pensi, ad esempio, al famoso caso giudiziario Kadi, con cui la Corte Europea di Giustizia ha stabilito nel 2006 la priorità per l'ordinamento europeo della tutela dei diritti (in quel caso si trattava di un diritto di proprietà) rispetto alle esigenze di sicurezza, così come tutelate dagli organismi ONU.

16. Una esauriente ma concisa rassegna di questi standard in Kingsbury, Schill, *Investor-State Arbitration as Governance*, cit., parte II, pp. 8 ss.

filo comune con cui intessere la tela del diritto arbitrale; ad esempio, diventa rilevante la possibilità che l'arbitro consideri la *police power doctrine*, in base alla quale lo Stato ha diritto a esercitare legittimamente un potere regolatorio, a meno che questo non risulti discriminatorio e sproporzionato¹⁷.

Parallelamente all'affermazione di questi principi, acquista peso la tesi che la *governance* "paragiudiziaria" affidata agli arbitri in materia di investimenti esteri abbia intrapreso la strada di una crescente giudiziizzazione e addirittura di una possibile incipiente costituzionalizzazione¹⁸. Si parla di tendenza alla «costituzionalizzazione» delle decisioni arbitrali, anche nella misura in cui esse si confrontano sempre più con questioni relative ai diritti umani¹⁹. Nella stessa direzione, si è sostenuto che, se di un «autunno» della cultura arbitrale si può parlare, questo autunno implica «una maturità fruttuosa, non solo declino o decadenza. Il raccolto di una stagione arbitrale più raffinata deriva da fruttuosi scambi tra arbitri, giudici, studiosi, legislatori, consulenti e associazioni professionali, che tutti insieme condividono una posizione di *stakeholders* rispetto al processo arbitrale»²⁰.

Di certo non mancano i casi in cui questo auspicabile esito si è verificato. Tuttavia, l'assetto istituzionale esistente ha permesso troppi esiti inquietanti della giustizia arbitrale, per permettersi di acquietarsi alla luce di una possibile, ma non si sa quanto probabile parabola evolutiva positiva. Troppe risposte arbitrali appaiono confermare dubbi e timori sull'evoluzione in corso, o addirittura prospettano una sorta di deriva che questo settore ha intrapreso e che richiede urgenti correzioni e cambiamenti. L'interrogativo su come questo insieme di trattati, accordi, leggi statali e verdeti arbitrali che compongono il *puzzle* del *Foreign investment law* possa sopravvivere senza alcuni correttivi che garantiscano un quadro istituzionale più affidabile continua a sussistere.

17. Si veda in proposito M. Solanes, A. Jouravlev, *Revisiting Privatization, Foreign Investment, International Arbitration and Water*, United Nations Publications, Santiago 2007.

18. In tal senso si veda A. Stone Sweet, F. Griesel, *The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance*, in W. Mattli, T. Dietz, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford University Press, Oxford 2014.

19. Si veda l'analisi di H. Muir Watt, *Investment Arbitration and Human Rights*, in Mattli, Dietz, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, cit.

20. Così W. W. Park, *Procedural Tensions in International Arbitration. Arbitration in Autumn*, in J. Norton Moore (ed.), *International Arbitration: Contemporary Issues and Innovations*, Martinus Nijhoff, La Hague 2013.

5. Arbitrati ed esternalità negative

Il mondo dell'arbitrato è troppo complesso per lasciarsi ridurre a una formula²¹ e al suo interno si muovono persone, tendenze e stili diversi che, pur condividendo in linea di massima una cultura comune, compongono un universo variegato e composito²². Sono vari i tipi di arbitrato, sono diversi i tipi di controversie, sono diversi anche i livelli di "pubblicità" che li circondano. Diverse sono anche le valutazioni. Ma in ogni caso vi è un tratto comune. L'arbitrato è una struttura decisionale che nasce sulla base di un accordo contrattuale e proprio a causa della sua natura essenzialmente contrattuale, come segnala H. Muir Watt, esso rimanda sempre a un problema di esternalità negative: è un regime viziato «da un difetto strutturale in quanto esso richiede che gli arbitri decidano, in quanto controversie di natura puramente contrattuale, situazioni che chiaramente creano esternalità negative per interessi non rappresentati (siano locali o stranieri, ad esempio nei casi di inquinamento ambientale lungo i confini)»²³. Qui sta il senso più profondo dell'inevitabile collegamento tra giustizia privata e ricadute sociali.

Non è dunque un caso che specie l'ICSID, tra altri organismi arbitrali addetti a dirimere le dispute relative agli investimenti esteri, abbia acquistato particolare visibilità negli ultimi anni, proprio a causa dell'elevata esposizione che questi processi presentano al rischio di esternalità negative. Talora i trattati, come nel caso della ICSID Convention, sono stati sottoscritti nel passato, ma hanno trovato massicce applicazioni soprattutto negli ultimi decenni. Così, quando i cosiddetti BIT sono aumentati sensibilmente, anche i processi arbitrali in materia non solo sono cresciuti numericamente, ma si sono trovati a svolgere funzioni di *governance* sempre più importanti, in un clima culturale ed economico del tutto diverso e generalmente ostile al pubblico e favorevole ai privati. Di qui l'esposizione crescente a quel rischio di esternalità.

Il caso della giustizia arbitrale in materia di investimenti esteri salta all'occhio perché svolge una funzione estremamente delicata. Si tratta di "tribunali" addetti a ricevere unicamente i *complaints* delle imprese verso gli Stati, per lo più per mancata protezione degli investimenti, e non viceversa. La "protezione degli investimenti" è proprio il fine dei vari BIT, nonché dell'ICSID Convention e di altri simili accordi. Nel tempo, questa

21. J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2013.

22. Si veda ad esempio la diversità di linea arbitrale che viene ritratta da G. della Cananea, A. Stone-Sweet, *Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez (May 9, 2014)*, in "International Law and Politics", 46, 2014.

23. S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009, p. 233.

espressione ha cominciato a essere intesa in maniera sempre più estensiva. Se nel passato essa intendeva proteggere le imprese da forme esplicite e dirette di espropriazione, ossia garantire una giusta tutela per imprese che avessero effettuato investimenti all'estero, via via ha preso a essere intesa in senso più esteso. Così si è fatto spazio, per esempio, alla categoria di «indirect expropriation», ossia all'idea che il risarcimento potesse riguardare non solo i casi di esproprio fisico, ma anche altre ipotesi più immateriali²⁴, con ciò mutando anche il modo di pensare la responsabilità degli Stati rispetto agli investitori esteri²⁵. Anche il concetto di “legittima aspettativa” degli investitori si presta a essere interpretato in maniera estensiva, fino a prospettare una sorta di paradossale diritto alla stabilità economica, che è oggi improponibile nel clima estremamente inquieto creato dall'economia finanziaria. Col paradosso che una concezione estesa delle legittime aspettative delle imprese finirebbe quasi per cancellare ogni forma di “rischio” imprenditoriale legato al sopravvenire di eventi inattesi. D'altra parte, la nozione di sviluppo, che è la principale motivazione per cui i paesi sono propensi a ospitare investimenti esteri, non sempre è definita sufficientemente nei relativi trattati e accordi. E non riceve altrettanta attenzione e considerazione. Invece richiederebbe di essere messa al cuore dell'accordo, in modo da essere sufficientemente considerata anche in sede arbitrale²⁶.

Accade insomma sempre più che, in presenza di decisioni pubbliche che siano passibili di configurare un “danno” per le imprese, ossia una diminuzione del valore degli investimenti effettuati, queste intentino un ricorso contro gli Stati ospitanti per essere risarcite. Naturalmente, al fine di valutare il comportamento degli Stati, e di stabilire se vi sia stata espropriazione “indiretta”, o se le “legittime aspettative” degli investitori siano state disattese, oltre al consueto ricorso al principio di *public policy*, che può essere invocato dallo Stato, sono disponibili, come si è detto, vari principi come quelli di «fair and equitable treatment» e di «standard minimo di trattamento», con relativi test di “proporzionalità”, di “trasparenza” ecc. Tutti questi criteri sono tuttavia eccessivamente *open-ended* e finiscono per

24. Si veda ad esempio R. Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments?*, in “New York University Enventl. Law Journal”, 11, 2002-03.

25. S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford 2009, dove si sostiene che l'abbondante fioritura di oltre 2.500 BIT nel mondo rappresenta una svolta nei rapporti tra soggetti investitori ed economie emergenti. Come mette in rilievo Rose Ackerman nella prefazione al volume, questo rappresenta bene la tensione che si crea in questi paesi tra le domande di tipo democratico e i crescenti investimenti esteri.

26. Si veda in proposito J. X. Zhan, *The Spread of Bits and their Changing Face*, in “ICSID Review”, 2009.

conferire agli arbitri un troppo ampio margine di discrezionalità, che non a caso ha portato a una serie di pronunce arbitrali piuttosto sconcertanti²⁷.

6. Battaglie legali contro gli Stati

Quella delle battaglie legali contro Stati e governi è diventata una sorta di industria, che ha preso avvio specialmente da alcuni casi discussi di fronte all'ICSID, e viene alimentata da quella che si potrebbe chiamare l'“inventiva del risarcimento”. La capacità di intravedere occasioni di arricchimento offrendo una nuova interpretazione dei termini o dei concetti contenuti nei trattati in sede di procedimento arbitrale ha negli ultimi anni raggiunto delle punte incredibili, senza alcun riguardo per le conseguenze sociali che ne derivano. Gli esempi sono numerosi e crescono proporzionalmente al numero di ricorsi presentati specie all'ICSID, che è in crescita costante. Essi riguardano sia paesi sviluppati che paesi in via di sviluppo.

Per quanto attiene al primo gruppo, bastino alcuni cenni a due casi che hanno conquistato particolare notorietà. Di fronte alla decisione della Germania, all'indomani di Fukushima, di rinunciare al nucleare, la Vattenfell, impresa svedese che gestiva le centrali nucleari tedesche, ha intentato un ricorso contro quel paese davanti all'ICSID. Altrettanto, quando, nel 2012, il Québec decise una temporanea sospensione delle trivellazioni per l'estrazione di gas naturale, a causa del rischio di fuoriuscita di gas tossici, le imprese minerarie americane colpite dalla sospensione hanno intentato una causa per essere risarcite in base al Trattato NAFTA.

Ma è soprattutto nei confronti di paesi poveri o in via di sviluppo che questa industria legale dei risarcimenti statali si è esercitata con particolare accanimento e con risultati profittevoli per le imprese²⁸. Non a caso, come nota Rose Ackerman, i cosiddetti BIT «are most commonly signed between wealthy countries and developing or emerging economies where investors believe that the host countries' legal regimes lack key protections»²⁹. Anche qui ci si può limitare ad alcuni casi indicativi del trend in corso. Così, ad esempio, il caso Siemens v. Argentina vede questa nazione condannata a pagare a un'impresa tedesca con cui nel 1996 aveva sottoscritto un accordo per la fornitura di servizi di controllo

27. Come segnala un ricco dossier di P.Pinzler, W. Uchatius, K. Kohlenberg, *Im Namen des Gelds*, pubblicato in “Die Zeit” e riprodotto in “Internazionale” del 24 aprile 2014, con il titolo *La legge delle multinazionali*.

28. Si veda in proposito B. Bréville, M. Bulard, *Des tribunaux pour détrusser les Etats*, in “Le Monde diplomatique”, giugno 2014, p. 14.

29. R. Ackerman, presentazione al volume di Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, cit.

dell'immigrazione e per la fornitura di servizi tecnologici in occasioni elettorali e per l'identificazione delle persone. Nel 1999, l'Argentina, a causa delle crescenti difficoltà finanziarie, decise di sospendere il servizio in materia elettorale proprio nell'imminenza delle elezioni, e nel 2000 sospese altri servizi, cercando di ri-negoziare il contratto. Nel 2002 la Siemens intraprese la procedura arbitrale innanzi all'ICSID e si vide assegnare un risarcimento per l'"espropriazione" subita di oltre 217 milioni di dollari. Inoltre l'Argentina venne condannata a pagare ogni pretesa avanzata dai *sub-contractors* nei confronti della Siemens. La Cargill, un'impresa americana che produce bevande soft, nel 2009 si è vista riconoscere dall'ICSID un risarcimento di più di 77 milioni di dollari, con aggiunta degli interessi, da parte del Messico, che aveva imposto una nuova tassa sulle bevande che contenevano un certo tipo di dolcificante tratto dal fruttosio. Una decisione accusata di essere lesiva degli accordi NAFTA. Non dissimile, ma ancora più grave, è il caso della società francese Veolia, che ha presentato un ricorso contro il governo egiziano per aver approvato una legge che prevedeva l'aumento del salario minimo da 400 a 700 lire egiziane (equivalenti rispettivamente a 41 e 72 euro), dicendosi danneggiata da questa misura, sulla base di un trattato bilaterale del 1994 firmato tra Francia ed Egitto. Ma la notizia vera non sta nel fatto che la Veolia abbia posto questa questione, ma piuttosto nel fatto che, per quanto assurdo possa apparire, sulla base di svariati precedenti e di un ormai consolidato atteggiamento di alcuni tribunali arbitrali, potrebbe vedersi riconoscere le sue ragioni.

Si possono dunque comprendere le ragioni di un vero e proprio movimento di reazione contro la giustizia arbitrale che si è verificato a livello mondiale, né sorprende che i dubbi sulla mancanza di legittimazione di questi organismi siano cresciuti ed abbiano generato varie reazioni critiche e persino un vero e proprio movimento di rigetto³⁰, specie all'indomani della crisi del 2007-08³¹. In particolare il continente sudamericano ha mandato vari segnali di grave irrequietezza rispetto alla giustizia arbitrale in materia di investimenti esteri. Quel continente, con l'Argentina che è il paese che registra il bilancio più pesante, ha sperimentato amaramente alcuni eccessi a cui quei rimedi possono portare.

30. Si veda M. Waibel, A. Kaushal, K. Chung, C. Balchin (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010.

31. G. Sacerdoti, *BIT Protections and Economic Crises*, in "ICSID Review", 2013, e S. Schill, *International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises. Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina*, in "Journal of International Arbitration", 24, 3, 2007. Sugli effetti più generali della crisi, G. Napolitano, *The Two Ways of International Governance After the Financial Crisis. Multilateralism versus Cooperation among States*, in "International Journal of Constitutional Law", 12, 2, April 2014.

Sulla possibilità di re-interpretare in senso espansivo le tutele degli investitori esteri si è ovviamente innestata una fiorente attività legale, con esiti molto remunerativi anche per alcune *law firms*, che hanno particolarmente curato e incoraggiato questo *business*. Naturalmente a corroborare l'industria dei risarcimenti statali contribuisce anche il fatto che questi arbitrati abbiano luogo in sedi prevalentemente lontane dal controllo da parte della pubblica opinione. La segretezza riguarda soprattutto lo svolgimento del processo, mentre è stata corretta per quanto riguarda i lodi arbitrali, che in base al rinnovato regime ICSID tendono ad essere oggetto di pubblicazione. Qui si misura una differenza sensibile rispetto ai lodi in materia commerciale, che restano invece ancora in gran parte sottratti all'obbligo di pubblicazione.

Nel settore degli investimenti esteri si è insomma creato un contesto in cui, come osserva l'“Economist”, un *magazine* non sospetto di scarse simpatie per il mercato e per la libertà delle sue dinamiche, sempre più le imprese sono indotte a vedere nel ricorso agli arbitrati «un modo per farsi risarcire, o per cambiare politiche pubbliche da esse sgradite»³². Così la dinamica degli investimenti esteri finisce per ritagliare per le imprese un ruolo di *veto players*, ossia di soggetti abilitati a esercitare un diritto di veto su scelte politiche dello Stato ospitante, che confliggano con i loro interessi. Il problema è di grande rilievo e va ben considerato perché riguarda anche futuri accordi e trattati internazionali *in fieri*, come il tanto discusso trattato di libero scambio tra Europa e Stati Uniti, che esporrebbe a problemi dello stesso genere, ed anzi più gravi³³. Ed è indicativo che lo stesso *magazine* britannico suggerisca la necessità di trovare rapidamente un rimedio agli eccessi che si vanno verificando, per esempio individuando nel modello WTO un possibile modello da seguire in futuro: un modello in cui gli Stati mantengono un maggiore controllo sul sistema di risoluzione delle controversie e sono gli unici che possono portare le controversie davanti ai *panel* arbitrali, cosicché le imprese devono convincere gli Stati di appartenenza che vi siano buone ragioni per intraprendere un contenzioso. Altri osservatori suggeriscono vie e correttivi diversi alla *governance* del tutto privatizzata che è oggi presente negli arbitrati sugli investimenti esteri. Ad esempio Gus Van Harten indica una più radicale ipotesi di riforma nell'abbandono del modello arbitrale e nella creazione di una corte internazionale permanente con giudici fissi³⁴. Ma, al di là degli specifici rimedi

32. Così “The Economist”, 11 October 2014, p. 10.

33. Basti qui rimandare ai rilievi di M. De Cecco, *Un trattato contro il welfare europeo*, in “Repubblica affari e finanza”, 24 novembre 2014.

34. H. H. A. Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2009.

e meccanismi sostitutivi che ognuno può proporre, il primo passo da fare va nella direzione di acquisire e diffondere la convinzione che il modello attuale non può reggere senza importanti modifiche.