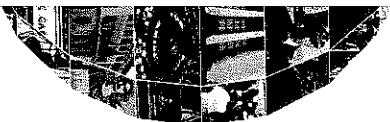
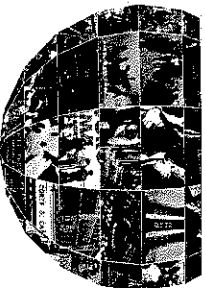


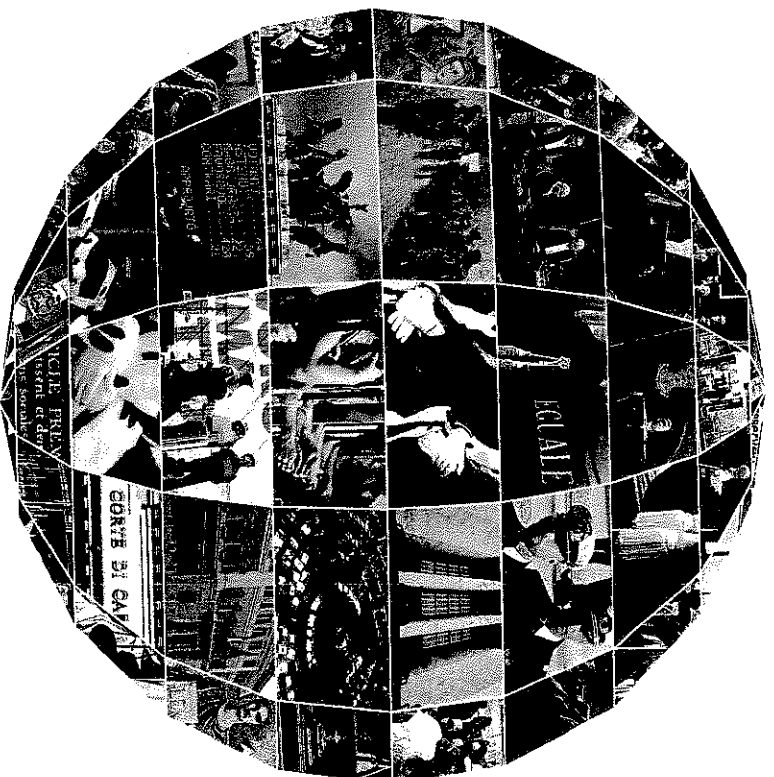
Una ricognizione tempestiva, sintetica ma organica
sui più significativi interventi legislativi
dell'anno appena trascorso, con 135 questioni
affrontate a cura dei più autorevoli esponenti
dell'Accademia, dell'Avvocatura
e delle Magistrature



TRECCANI IL LIBRO DELL'ANNO DEL DIRITTO 2014

ISTITUTO DELLA
ENCICLOPEDIA ITALIANA
ROMA

IL LIBRO DELL'ANNO DEL DIRITTO - ANNUALE ANNO II N. 2/2014

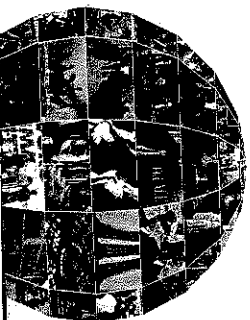


TRECCANI IL LIBRO DELL'ANNO DEL DIRITTO 2014

ISTITUTO DELLA
ENCICLOPEDIA ITALIANA
ROMA



9 788812 003242



Controversie economiche transnazionali

Arbitrato nel commercio
e negli investimenti internazionali

di Fabrizio Marrella

Le dinamiche dell'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali registrano uno sviluppo importante dell'arbitrato ICISID nella soluzione delle controversie fra Stati e soggetti di altri Stati. L'esperienza di questi ultimi mesi (settembre 2012-maggio 2013) dimostra la vitalità di quell'istituto e la sua centralità nel diritto internazionale contemporaneo. Di particolare interesse sono le controversie circa la nozione di investimento, gli investimenti indiretti e il calcolo dell'indennizzo.

SOMMARIO 1. La ricognizione 2. La focalizzazione 3. I profili problematici. Investimenti e indennizzi siderali

1. La ricognizione

Nel 2012, il Sudan del Sud è diventato membro del PICISID dopo aver ratificato, il 18 aprile, la Convenzione di Washington del 18.3.1965, per la soluzione delle controversie relative ad investimenti fra Stati e soggetti di altri Stati¹, ed è oggi Stato convenuto in una controversia che lo controparte alla *Sudobel Company Ltd* (ARB/12/26), società del vicino Sudan. Un altro Stato ha avviato la procedura di adesione, il Montenegro che, pur non avendo ancora ratificato la Convenzione, è Stato convenuto, tramite le *Additional facility rules*, nella causa *MNSS B.V. v. Ractipero Credit Acctivo N.V.* (ARB(AF)/12/8), mentre il Venezuela ha denunciato la predetta Convenzione. Le controversie pendenti davanti a collegi arbitrali ICISID, al 27.9.2013, sono ben 175.

2. La focalizzazione. Ancora sulla nozione di investimento

In materia di giurisdizione, nella decisione del 27.9.2012 sul caso *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA e Allam Fosk Kaphin c. Bolivia*

(ARB/06/02), il collegio arbitrale ICISID ha ritenuto di non avere competenza ad esaminare la domanda di una persona fisica in quanto quest'ultima non aveva realizzato un "investimento" ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Washington. Utilizzando la consueta nozione di investimento², il tribunale ha concluso che *Kaphin*, avendo "ricevuto" e non pagato la sua unica azione nella società *win order to comply with the minimum three shareholders requirement under Bolivian corporate laws*, non poteva avvalersi del titolo di "investitore"³.

Con riferimento ai rapporti tra i BITs intra-UE ed il Trattato sulla Carta dell'energia, oggetto di ampio dibattito in dottrina cui si rinviava⁴, è stata resa la pronuncia nel caso *Electrabel S.A. c. Ungheria* (ARB/07/19) del 30.11.2012.

Vanno poi segnalate le decisioni nei casi *Tatiner SA, Transportes de Cercanías S.A. e Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (ARB/09/11) del 21.12.2012; *Gama Internazionali e altri c. Guinea* (ARB/11/29) del 28.12.2012, dove i giudici si sono dichiarati incompetenti per le domande fondate sulla violazione del codice quinzano degli investimenti, escludendo tuttavia la materia degli effetti della risoluzione di un contratto di concessione; *Tidewater Inc. e altri c. Venezuela* (ARB/10/5) nonché *Am-biente Ufficio S.p.A. e altri c. Argentina* (ARB/08/9) dell'8.2.2013⁵. L'ultimo caso si colloca nell'ampio dibattito sulle conseguenze giuridiche della crisi finanziaria che ha colpito l'Argentina. Qui, gli arbitri ICISID hanno riconosciuto la propria competenza circa un'azione collettiva risarcitoria avviata contro

3. I profili problematici

alloquando il Nicaragua aveva risposto ad una nota della Colombia evidenziando così le divergenti posizioni delle parti. Posto che tra gli atti "a *the de sovereign*" vanno annoverati ad esempio gli atti legislativi o amministrativi nonché la regolamentazione delle attività di pesca⁶, la Corte esamina la condotta degli Stati parte della controversia per concludere che la Colombia ha «continuamente e sostanzialmente» agito a titolo di sovrano con riguardo alle formazioni marittime oggetto della controversia, senza peraltro incontrare le proteste del Nicaragua prima della data critica⁷.

Va notato che la CIJ respinge la pretesa del Nicaragua di estendere la propria piattaforma continentale oltre le 200 miglia dalla linea di base del mare territoriale – limite cristallizzato nella CMB – in quanto quello Stato, oltre ad essere Parte contraente della predetta Convenzione, a differenza della Colombia, non aveva ottenuto a quanto disposto dall'art. 76 della stessa, ovvero la comunicazione di tutti gli elementi rilevanti alla Commissione sui limiti della piattaforma continentale⁸. La Corte, pertanto, non può che pronunciarsi sulla frontiera tra il Nicaragua e la Colombia avendo riguardo al limite delle 200 miglia marine. Secondo quanto la Corte ha rilevato in precedenti pronunce, il titolo di uno Stato alla piattaforma continentale ed alla zona economica esclusiva si fonda sul principio secondo il quale "la Terra domina il mare" attraverso la proiezione delle coste sul mare. Per poter assumere rilevanza ai fini della delimitazione, la costa di uno Stato deve generare proiezioni che si sovrappongono alle proiezioni che derivano dalle coste dell'altro Stato. A tal fine, nel caso di specie, rilevano le coste della Colombia, ed in particolare, le coste delle isole che appartengono a tale Stato, giacché anche le isole più piccole generano, di regola, un mare territoriale dell'estensione di 12 miglia marine⁹.

La Corte procede utilizzando il consolidato metodo della delimitazione della piattaforma continentale che si articola – come risulta da precedenti pronunce della CIJ¹⁰ – in tre fasi¹¹. In un primo tempo, stabilisce una linea di delimitazione provvisoria tra i territori rispettivi delle parti, corrispondente generalmente alla linea dell'equidistanza o della mediana; quindi valuta se esistano circostanze pertinenti che potrebbero portare ad un'aggiustamento a ad uno spostamento della linea mediana o dell'equidistanza; infine la CIJ accerta che non vi sia sproporzionalità marcata tra gli spazi marini attribuiti a ciascuna delle parti in ragione della lunghezza delle rispettive coste. Nel caso di specie, la CIJ rileva che la disparità tra la lunghezza delle coste è tale da richiedere un significativo spostamento rispetto alla linea mediana provvisoria a favore del Nicaragua¹².

La sentenza conferma una giurisprudenza consolidata in materia di delimitazione della piattaforma continentale nonché un interessante impiego del principio di equità¹³, giurisprudenza accolta anche dal Tribunale internazionale del diritto del mare¹⁴. Tuttavia, la decisione non risolve tutti i problemi emersi con riguardo ai confini marittimi nel mar dei Caraibi, in particolare se si considerano gli accordi conclusi dalla Colombia con Panama, Costa Rica e Giamaica. Gli accordi infatti risultano *res inter alios acta* rispetto al Nicaragua¹⁵, secondo il noto principio contenuto all'art. 34 nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. In un passaggio chiave della sentenza, si afferma allora che *the Court is not purporting to define or to affect the rights and obligations which might exist as between Nicaragua and any of these three States*¹⁶. Pertanto, ci si può chiedere se la decisione non possa avere ripercussioni sugli obblighi assunti da Panama, Costa Rica e Giamaica nei confronti della Colombia con riferimento a zone di mare ora attribuite al Nicaragua. Invero, il rispetto degli obblighi patrizi potrebbe costituire un illecito nei confronti del Nicaragua (ad esempio la richiesta di un'autorizzazione alla Colombia con riguardo ad una zona oggetto della sovranità nicaraguense).

Note

¹ CIJ, *Arbitral c. Ciappono*, ordinanza 6.2.2013.

² CIJ, *Nicaragua c. Colombia*, merito, 19.11.2012.

³ Tra una vasta letteratura cfr. Carreau, D.-Marrella, F., *Droit International*, Paris, 2012, 318 e i riferimenti citati.

⁴ Critico nei confronti della sentenza Weckel, P., nella nota in *RGDIP*, 2013, 359 ss., 364.

⁵ CIJ, *Nicaragua c. Colombia*, obiezioni preliminari, 13.12.2007, in *ICJ Reports*, 2007, 832.

⁶ CIJ, *Nicaragua c. Colombia*, 2012, cit., par. 64-65.

⁷ Nel senso indicato da Crawford, J., *Bronckle's Principles of Public International Law*, Oxford, VIII ed., 2012, 216 ss.

⁸ *Id.*, par. 67 e 71.

⁹ *Id.*, par. 80.

¹⁰ *Id.*, par. 84.

¹¹ *Id.*, par. 126-127.

¹² *Id.*, par. 177.

¹³ Si veda, ad esempio, CIJ, *Romania c. Ucraina*, in *ICJ Reports*, 2009, 101.

¹⁴ CIJ, *Nicaragua c. Colombia*, 2012, cit., par. 190 ss.

¹⁵ *Id.*, par. 211.

¹⁶ Art. 83, co. 1, CMB.

¹⁷ Si veda ad esempio ITLOS, *Bangladesh c. Myanmar*, 14.3.2012, case n. 16, in dottrina, v. Scovazzi, T., *Maritime Disputations Cases Before International Courts and Tribunals*, in *Asian Yearbook of International Law*, vol. 10, 2012, 1102 ss. Sul TIDM, v. per tutti Treves, T., *Tribunale internazionale del diritto del mare*, in *Diz. dir. pubbl. Casses*, diretto da S. Cassese, Milano, VI, 2006, 5996.

¹⁸ CIJ, *Nicaragua c. Colombia*, 2012, cit., par. 162.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

l'Argentina da novanta cittadini italiani, titolari di strumenti di debito dello Stato insolvente, per aver subito dei danni patrimoniali a seguito del tracollo economico del Paese sudamericano e della successiva parziale ristrutturazione del debito sovrano. Il colpevole arbitrario da dunque confermare l'orientamento favorevole dell'ICSID ad accogliere "mas claims", orientamento già espresso nel celebre caso *Abaciati e altri c. Argentina* (ARB/07/5), del 4.8.2011, laddove un altro collegio ha accolto una istanza presentata da sessantamila ricorrenti.

Con riguardo al caso *Abaciati*, peraltro, nel corso del 2012 e nei primi mesi del 2013 si sono succedute numerose ordinanze procedurali (*procedural orders*) relative a detto arbitrato che si caratterizza per una straordinaria complessità.

3. I profili problematici. Investimenti e indennizzi siderali

Tra le pronunce nel merito nell'arco temporale di riferimento, va segnalato il lodo *Occidental Petroleum Corporation e Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (ARB/06/11) del 5.10.2012, con cui gli arbitri hanno condannato l'Ecuador a versare un indennizzo di oltre 1,7 miliardi di dollari americani a causa della risoluzione di un contratto relativo allo sfruttamento di giacimenti petroliferi, regolato dalla legge ecuadoregna, di cui le due società ricorrenti statutariamente beneficiavano. Si tratta del più vasto risarcimento conseguito in un arbitrato ICSID e resta da vedere come l'Ecuador riuscirà a fare fronte al pagamento di detto indennizzo⁷.

In particolare, il lodo ha accettato, *inter alia*, la violazione del principio di proporzionalità da parte dello Stato convenuto giacché aveva sanzionato gli investitori con la confisca di un investimento valutato in centinaia di migliaia di dollari⁸. Nel lodo *Standard Chartered Bank (SCB) c. Tanzania* (ARB/10/12) del 2.11.2012, gli arbitri si sono occupati di investimenti indiretti, sostenendo che *it would be unreasonable to read the BIT to permit a UK national with subsidiaries all around the world to claim entitlement to the UK-Tanzania BIT protection for each and every one of the investments around the world held by these daughter or granddaughter entities*⁹. Nel caso di specie, la società inglese SCB possedeva il 100 per cento delle azioni della SC Sherwood, società di Hong Kong, che a sua volta vantava la maggioranza delle azioni della filiale di SCB a Hong Kong. Questi ultima società aveva acquistato nel 2005 il debito dovuto in base ad un *loan agreement* dalla *Independent Power Tanzania Limited*, utilizzato per la costruzione di un generatore di elettricità a Tanga, Tanzania. La società del Regno Unito ha

quindi presentato una domanda di arbitrato basata sul BIT tra UK e Tanzania, affermando che il suo investimento – cioè il mutuo acquisito dalla sua filiale e di cui quest'ultima risultava dunque cessionaria – era stato sequestrato. Gli arbitri hanno però respinto le pretese della società madre inglese per carenza di legittimazione ad agire.

Nel merito, alcuni collegi arbitrali ICSID si sono pronunciati, nel periodo indicato, nei casi: *Bosh International, Inc and Bosh P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ucraina* (ARB/08/11), del 25.10.2012; *Elsona, S.A. c. Honduras* (ARB/09/4) del 16.11.2012; *Yamasa Ventures Ltd. c. Venezuela* (ARB(AF)/04/06), del 16.1.2013; *Mr. Franck Charlas Ayif c. Moldavia* (ARB/11/23) del 8.4.2013; *The Rompatrol Group N.V. c. Romania* (ARB/06/3) del 6.5.2013.

Il lodo *Bosh* risulta di particolare interesse in quanto esamina in quali circostanze la condotta di una università sia attribuibile ad uno Stato e dunque sogna una responsabilità internazionale dello stesso ai sensi dell'art. 5 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali¹⁰. Nel caso di specie, l'università Taras Shevchenko National di Kiev, ancorché entità giuridica separata, oltre a fornire un servizio di istruzione ai più alti livelli, gestiva proprietà dello Stato in base ad un decreto presidenziale e il suo budget era in gran parte finanziato dal budget statale, tutti elementi che, secondo il tribunale, «constitute forms of governmental authority that the University is empowered by the law of Ukraine to exercise»¹¹.

Note

¹ Rea esercitata in Italia con l. 10.5.1970, n. 1093, v. il reso in *Pisa dir. intern.*, 1965, 359 ss. ed il commento a cura di Giardina, A.-Torrelo, F., *Centro internazionale per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti (CIRDI)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss. V. anche Galgano, F.-Marrella, F., *Diritto del commercio internazionale*, III ed., Padova, 2011, 953 ss.

² Galgano, F.-Marrella, F., *op. cit.*, 833 ss.

³ ICSID, *Quiborax SA*, *cit.*, par. 232.

⁴ Sul punto Marrella, F., *Unione europea ed investimenti diretti esteri*, in Carbone, S.M., a cura di, *L'Unione europea a testi tecnici*, Maggioli, Treviso, 2013, vol. XXII, 107 ss.

⁵ V. pure <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&requestId=C340>.

⁶ V. gli atti al sito <http://data.congress.gov>.

⁷ V. il sito della Banca mondiale al <http://data.worldbank.org/country/ecuador>.

⁸ V. il commento di Mancaux, S., in *Journal du droit international*, 2013, 550 ss.; Sabali, B.-Duggal, K., *Occidental Petroleum v Ecuador (2012): Observations on Proportionality, Assessment of Damages and Contributions*, in *ICSID Review*, 2013, 279 ss.

⁹ ICSID, *Standard Chartered Bank*, *cit.*, par. 270.

¹⁰ Si veda l'analisi di Petchochos, G., in *ICSID Review*, 2013, 262 ss.

¹¹ ICSID, *Bosh International*, *cit.*, par. 173.

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

di Paola Gaeta

Questo contributo si sofferma su due sentenze di condanna della Corte europea dei diritti umani nei confronti del nostro Paese che sono di sicura rilevanza per il periodo temporale preso in considerazione. Si tratta della sentenza *Godelli*, concernente la questione del diritto all'anonimato della madre naturale che abbia deciso di abbandonare il figlio, e della sentenza *Torreggiani et al.*, sentenza-pilota con cui la Corte stabilisce il termine di un anno affinché l'Italia ponga in essere le misure sistemiche necessarie a risolvere il problema di sovraffollamento nelle carceri italiane.

SOMMARIO 1. La ricognizione 2. La focalizzazione 3. I profili problematici

1. La ricognizione

Secondo i dati statistici diffusi dalla Corte europea dei diritti umani¹, nel 2012 la Corte ha emanato 1.093 sentenze pronunciandosi su 87.879 ricorsi. Nei confronti del nostro Paese, sono state rese 63 sentenze (relative a 122 ricorsi), 36 delle quali hanno riscontrato la violazione di almeno una disposizione della Convenzione da parte dell'Italia. Il numero più cospicuo di condanne concerne la violazione dell'art. 6, in specie nella parte in cui si stabilisce il diritto alla durata ragionevole del procedimento giudiziario, confermando così un difetto "strutturale" del nostro ordinamento che la cd. legge Pinto non ha certo provveduto a risolvere in parte².

2. La focalizzazione

Nel periodo settembre 2012-maggio 2013, la Corte europea si è pronunciata su due casi riguardanti il nostro Paese che, per le questioni sollevate, sono meritevoli di menzione.

Procedendo per ordine cronologico, vi è anzitutto da segnalare il caso *Godelli* (ricorso n. 33783/09), deciso con sentenza del 25.9.2012. La ricorrente, nata nel 1943 da una donna che aveva chiesto di non indicare la propria identità nell'atto di nascita, aveva sol-

levato innanzi alla Corte la questione della compatibilità dell'art. 28, co. 7, della legge sulle adozioni, che tutela l'anonimato della madre biologica in caso di parto in una struttura pubblica e abbandono del figlio, lasciato in adozione, e l'art. 8 della Convenzione europea, che garantisce il diritto alla vita privata e familiare. Tale ultima disposizione, secondo la ricorrente, garantiva anche il diritto a conoscere le proprie origini biologiche. La normativa italiana, rendendo impossibile per il figlio adottato e abbandonato di avere accesso alle informazioni concernenti le proprie origini biologiche, doveva dunque considerarsi in contrasto con l'art. 8 della Convenzione.

Per risolvere il caso, la Corte è mossa dalla premessa che la scelta delle misure idonee a garantire il rispetto dell'art. 8 della Convenzione nei rapporti interpersonali rientra in linea di principio nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti. La Corte ha però osservato che il diritto all'identità, che ha come corollario il diritto di conoscere la propria ascendenza, costituisce parte integrante della nozione di vita privata e che si tratta dunque di valutare se la legislazione italiana operasse un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concernenti ossia, da una parte, quello della ricorrenza a conoscere le proprie origini e, dall'altro, quello della madre a mantenere l'anonimato. Secondo la Corte, l'Italia aveva però oltrepassato il margine di apprezzamento in quanto la propria legislazione non prendeva in alcuna considerazione gli interessi del figlio adottivo e non riconosceva alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative