

## Recensione a

**AUGUST REINISCH (ed.), *Standards of Investment Protection*  
(Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. XXXVI + 264  
ISBN: 9780199547449**

*Federica Cristani* \*

Il diritto internazionale degli investimenti ha attratto l'attenzione della dottrina negli ultimi tempi. Questo rinnovato interesse trae le sue origini, in particolare, dalle recenti decisioni dei tribunali arbitrali (soprattutto in ambito ICSID), che si sono trovati a dover risolvere questioni di vitale importanza per la materia. Occorre notare come ad oggi manchi una disciplina organica che si occupi della protezione accordata agli investimenti stranieri. Vi sono numerosi trattati internazionali, soprattutto di carattere bilaterale (attualmente si possono contare più di 2500 BITs), oltre a diversi *standards* di diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia, la disciplina appare nel complesso molto frammentaria.

Il libro curato da August Reinisch si propone come 'manuale d'uso' per gli studiosi e gli operatori economici e del diritto. Come precisato nell'introduzione del prof. Christoph Schreuer, l'opera offre una panoramica sugli *standards* di trattamento degli investimenti stranieri, sulla cui interpretazione ed applicazione si sono pronunciati numerosi tribunali arbitrali. I diversi contributi sono il frutto dell'elaborazione di relazioni presentate durante una conferenza tenutasi all'Università di Vienna sul tema 'Standards of Investment Protection' il 21 settembre 2007. Molti Autori appartengono al mondo accademico, mentre altri sono professionisti che quotidianamente affrontano questa materia. I contributi sono poi corredati da un'utile lista dei casi arbitrali discussi nel libro (soprattutto lodi arbitrali risolti in ambito ICSID).

Il primo contributo, di Anna Joubin-Bret, è dedicato alla disciplina relativa all'ingresso degli investimenti stranieri negli Stati. Si passa quindi ad approfondire i diversi principi inerenti al trattamento degli investimenti nello Stato ospite. Uno dei principi tradizionali è quello del trattamento nazionale,

\* Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale, Università degli studi di Verona.

illustrato da Andrea Bjorklund. Si tratta di un concetto di fondamentale importanza, in base al quale uno Stato è obbligato a trattare l'investitore straniero nello stesso modo rispetto ai propri investitori nazionali. Nato come principio di diritto commerciale internazionale, nell'ambito del diritto internazionale degli investimenti ha creato non pochi problemi di interpretazione ed applicazione da parte dei tribunali arbitrali (soprattutto per quanto riguarda l'onere della prova, dato che la violazione del trattamento nazionale richiede un'analisi approfondita ed estremamente complessa da parte degli arbitri). Nonostante sia uno degli obblighi chiave degli Stati in materia, i ricorsi basati sulla presunta violazione di questo *standard* sono divenuti sempre più rari. Sono, al contrario, in aumento quelli relativi alla violazione del trattamento giusto ed equo o del trattamento 'arbitrario e discriminatorio' da parte degli Stati. La *ratio* alla base del principio è quella di evitare discriminazioni a danno degli investitori stranieri.

Su questa stessa linea si pone anche lo *standard* della nazione più favorita (*most-favoured-nation standard*), analizzato da Andrea Ziegler. Si tratta di una clausola contenuta in molti trattati bilaterali di investimento, in base alla quale uno Stato si impegna a trattare gli investitori dell'altro Stato contraente in modo non meno favorevole rispetto agli investitori di un terzo Stato. Nato in ambito OMC, con riferimento al diritto internazionale degli investimenti questo concetto ha dato luogo a diversi problemi applicativi. Spesso, infatti, i tribunali arbitrali si sono interrogati sulla possibilità di far valere, nei casi sottoposti alla loro attenzione, alcune regole contenute in trattati bilaterali di investimento stipulati da uno degli Stati parte della controversia con uno Stato terzo. La questione si è posta, in particolare, con riferimento alle disposizioni relative alla soluzione arbitrale delle controversie (come la previsione del consenso dello Stato alla giurisdizione arbitrale a prescindere dal previo esaurimento dei ricorsi interni). I tribunali arbitrali si sono pronunciati in modo differente sul tema, fornendo letture più o meno restrittive delle clausole sul trattamento della nazione più favorita contenute nei trattati.

Di particolare interesse, poi, l'analisi condotta da Veijo Heiskanen sulle disposizioni, contenute in numerosi trattati bilaterali di investimento, dirette a proteggere gli investitori da misure arbitrarie e irragionevoli da parte degli Stati ospiti. Il problema di fondo, comune anche agli altri *standards* di trattamento descritti nei diversi contributi, è di applicare in modo efficace concet-

ti che solo in apparenza sono chiari. Nel caso delle misure arbitrarie e discriminatorie si pone anche un problema definitorio di non facile soluzione. Questo è uno dei motivi per cui i ricorrenti basano i loro ricorsi lamentando la violazione non solo di questo *standard*, ma anche del più generale principio del trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*).

Un ampio approfondimento su quest'ultimo concetto è offerto da Katia Yannaca-Small. Si tratta di un principio flessibile ed elastico, spesso invocato nelle cause che riguardano espropriazioni indirette. Dall'analisi della giurisprudenza in materia si ricava che un trattamento giusto ed equo implica, in linea di massima, un obbligo di vigilanza e protezione da parte dello Stato ospite dell'investimento, un atteggiamento di non discriminazione nei confronti dell'investitore straniero e il rispetto delle ragionevoli aspettative degli investitori. In realtà, i tribunali arbitrali si trovano in difficoltà nell'applicazione concreta del principio.

Problemi emergono anche con riguardo alle relazioni con gli altri *standards* di trattamento, come lo *standard* della *full protection and security*, illustrato da Giuditta Cordero Moss. Quest'ultimo risulta poco applicato dai tribunali e poco trattato dalla dottrina. Di solito emerge nelle questioni relative alla protezione fisica dei beni connessi ad un investimento. Recentemente, si è fatto riferimento ad un concetto più astratto di sicurezza (sicurezza legale), che si avvicina a quello di trattamento giusto ed equo. Il capitolo offre una panoramica delle diverse formulazioni che si possono trovare nei BITs o nelle decisioni arbitrali che hanno affrontato la questione.

Si pone inoltre l'attenzione sulla questione se il dovere di assicurare *full protection and security* da parte degli Stati sia configurabile come un obbligo di risultato o un obbligo di mezzi. La tendenza prevalente, come emerge dall'analisi della prassi giurisprudenziale, è di ritenere che lo Stato sia soggetto a un generico obbligo di diligenza. La verifica del rispetto di tale obbligo può portare gli arbitri a valutazioni attinenti alla discrezionalità dello Stato nell'esercizio dei propri poteri sovrani. Proprio per questo, i tribunali arbitrali tendono a decidere i singoli casi rapportandosi a un generico parametro di ragionevolezza.

Tradizionalmente, la tematica degli investimenti stranieri è strettamente connessa a quella delle espropriazioni, cui sono dedicati due contributi. Il primo, di Anne Hoffmann, tratta in modo generale dell'espropriazione indi-

retta. La questione di cosa costituisca espropriazione è stata sempre oggetto di dibattito nel corso degli anni. In genere, si ritiene che si debba trattare di una misura non discriminatoria per l'investitore, giustificata da ragioni pubbliche, con la garanzia di un giusto procedimento stabilito per legge e accompagnata da un indennizzo pronto, adeguato ed effettivo (secondo la cd. formula Hull). Ad oggi, però, le forme 'classiche' di espropriazioni dirette sono divenute più rare e gli Stati (anche per attirare investimenti nel loro territorio) tendono a porre in essere forme indirette di espropriazioni. Non si è, quindi, di fronte ad una privazione formale della proprietà (come nel caso di una nazionalizzazione), ma si assiste ad un'erosione dei diritti connessi alla proprietà da parte di interventi dello Stato. I più recenti trattati bilaterali di investimento tengono conto di questo fenomeno. Sono sempre più frequenti, infatti, disposizioni che fanno riferimento alla protezione dell'investitore straniero da forme di espropriazione o da misure 'che abbiano effetti analoghi o equivalenti' all'espropriazione.

Il contributo si sofferma, in particolare, sullo studio dei criteri utilizzati per verificare l'esistenza di un'espropriazione indiretta. Occorre però notare che quando i tribunali arbitrali hanno l'opportunità fare riferimento alla violazione di altri obblighi a carico degli Stati (come la violazione del trattamento giusto ed equo), tralasciano la questione dell'espropriazione indiretta. Così facendo, si evita il rischio di dover affrontare valutazioni in merito all'esercizio da parte degli Stati dei loro poteri sovrani.

August Reinisch si sofferma, invece, sui requisiti in base ai quali un'espropriazione può essere considerata legittima, con un'analisi della giurisprudenza arbitrale, dei trattati internazionali e degli accordi di investimento che si occupano della questione.

L'ultimo capitolo, curato da Abba Kolo e Thomas Wälde, è dedicato al trasferimento di capitali. Si tratta di un tema affrontato raramente dalla dottrina. L'interesse per la questione nasce dalle crisi finanziarie di Asia e Russia del 1998 e dalla crisi economica argentina del 2001. Si pone, in particolare, il problema del potere dello Stato di imporre ai capitali stranieri controlli che possono contrastare con gli impegni assunti nei trattati bilaterali e multilaterali di investimento. In base alla tesi sostenuta dagli Autori, lo *standard* del trattamento giusto ed equo è quello che meglio può essere utilizzato come parametro di valutazione delle situazioni in questione.

Tutti i contributi sono caratterizzati da un taglio della trattazione molto pratico, con un'analisi dei casi arbitrari che va di pari passo con l'analisi delle clausole dei trattati di investimento, soprattutto bilaterali. Anche se manca un'impostazione sistematica dell'argomento (e, in particolare, una parte introduttiva di inquadramento del diritto internazionale degli investimenti), si è comunque di fronte ad un libro che tratta in modo pressoché completo della materia, cogliendo così la realtà del diritto internazionale degli investimenti nel momento in cui viene effettivamente utilizzato dagli Stati e dagli investitori stranieri e applicato dai tribunali arbitrari. Per questo rappresenta un'opera di riferimento per chiunque si approcci alla materia.