

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E
STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea magistrale
in
Relazioni Internazionali e Diplomazia



Tesi di laurea
In
Foreign Investment Law

**Il ruolo dei Paesi BRICS nella riforma degli
accordi in materia di investimenti stranieri**

Relatore:
Prof. Tarcisio Gazzini

Laureando:
Christine Morandi
matricola N. 2058168

A.A. 2022/23

INDICE

Introduzione	p. 1
Capitolo 1. La riforma del diritto internazionale degli investimenti nei paesi BRICS.....	p. 5
1.1 La riforma del diritto internazionale degli investimenti.....	p. 5
1.2 I paesi BRICS	p. 7
1.3 Prassi nei Paesi BRICS.....	p. 9
1.4 Repubblica Federale del Brasile.....	p. 11
1.4.1 <i>Cooperation and Facilitation Agreement</i>	p. 13
1.5 Federazione Russa.....	p. 17
1.5.1 Il caso <i>Yukos</i>	p. 19
1.5.2 Le linee guida sulla promozione e protezione degli investimenti.....	p. 22
1.6 Repubblica dell'India	p. 24
1.6.1 Il caso <i>White Industries</i>	p. 26
1.6.2 Il nuovo modello di BIT.....	p. 29
1.7 Repubblica Popolare Cinese	p. 34
1.7.1 <i>Belt and Road Initiative</i>	p. 37
1.8 Repubblica del Sud Africa	p. 39
1.8.1 Il caso <i>Foresti</i>	p. 40
1.8.2 <i>Promotion of Investment Act</i>	p. 41
Capitolo 2. Disposizioni nei trattati internazionali e nelle legislazioni nazionali	p. 47
2.1 Definizione di investimento.....	p. 47
2.2 Definizione di investitore.....	p. 51
2.3 Trattamento nazionale.....	p. 56

2.4 Clausola della ‘nazione più favorita’	p. 61
2.5 Clausola del ‘trattamento giusto ed equo’	p. 64
2.6 Clausola di ‘piena protezione e sicurezza’	p. 68
2.7 Espropriazione	p. 71
2.8 Indennizzo	p. 78
2.9 Risoluzione delle controversie	p. 81
Conclusioni.....	p. 94
Bibliografia.....	p. 97

Introduzione

Il diritto internazionale degli investimenti sta subendo dei cambiamenti col fine di trovare un equilibrio in grado di bilanciare quelli che possono essere gli interessi degli investitori ma anche quelli degli Stati ospitanti. All'interno del presente elaborato vengono presi in considerazione i paesi BRICS, ovvero Repubblica Federale del Brasile, Federazione Russa, Repubblica dell'India, Repubblica Popolare Cinese e Repubblica del Sud Africa e le riforme che introducono al diritto internazionale sugli investimenti. Tra i cinque Paesi spiccano in modo evidente i cambiamenti attuati da Brasile, India e Sudafrica alle proprie legislazioni in materia di investimenti. Sia il Brasile che l'India nel 2015 optarono per riformare il sistema adottando nuovi modelli di trattati bilaterali di investimento, ovvero l' "*Indian Model-BIT*" e l' "*Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments*" da seguire per stipulare eventuali futuri BIT, invece, il Sudafrica optò per una soluzione più radicale ed notificò agli Stati coi quali concluse dei BIT il suo desiderio di porre fine ad essi e nel 2015 introdusse una legislazione nazionale in materia di investimenti, il "*Protection of Investment Act*" entrato in vigore nel 2018. La Cina, invece, è uno dei Paesi BRICS il quale non vuole abbandonare il sistema esistente dei BIT, ma vuole riformarne alcuni aspetti, in particolar modo la risoluzione delle controversie; infatti, estese la giurisdizione delle istituzioni arbitrali commerciali esistenti nel Paese per coprire le controversie sugli investimenti esteri e creò nuove istituzioni cinesi per affrontare tali controversie, il tutto avvenne nel quadro della cosiddetta "*Belt and Road Initiative*" (*BR*). Anche la Russia non esprime una volontà di modificare il sistema esistente, però, considerando l'attuale situazione geopolitica dovuta al conflitto militare in Ucraina e le conseguenti sanzioni avviate dai Paesi occidentali contro la Russia, la collaborazione con gli altri Paesi BRICS risulta fondamentale.

Il seguente elaborato si pone come obiettivo quello di analizzare come i cinque Paesi BRICS stanno contribuendo al riformare il sistema del diritto internazionale degli investimenti, tramite riforme alle loro legislazioni nazionali e agli accordi internazionali in materia di investimenti, in particolar modo ai BIT. Inoltre, si vuole cercare di comprendere se i cambiamenti apportati sono effettivamente in grado di trovare un equilibrio tra quelli che possono essere gli interessi dell'investitore e

dello Stato ospitante. Per cui col seguente elaborato si cerca di comprendere in che modo i BRICS stanno apportando modifiche agli accordi internazionali sugli investimenti e se effettivamente la prassi seguita sta avendo successo e sta implicando un seguito anche da parte di altri Stati.

Il seguente lavoro, in *primis*, descrive quella che è la prassi all'interno dei Paesi BRICS prendendo in considerazione la dottrina esistente in merito alle riforme che furono effettuate in materia di investimenti internazionali, andando anche ad esaminare la giurisprudenza che in alcuni casi spinse tali Stati ad iniziare ad introdurre modifiche alle proprie legislazioni in materia di investimenti. Successivamente, si prendono in considerazione e si studiano i cambiamenti apportati dai Paesi BRICS, per cui si analizzano le singole disposizioni presenti all'interno degli accordi internazionali siglati o all'interno delle legislazioni nazionali dei cinque Paesi presi in esame concluse nell'ultimo periodo in virtù del tentativo di riforma del diritto internazionale degli investimenti che sta avvenendo a livello globale così da trovare un maggior equilibrio tra i diritti dell'investitore e quelli dello Stato ospitante. Tale disamina viene effettuata basandosi su gli accordi internazionali dei Paesi BRICS che si possono trovare all'interno del database UNCTAD. Nonostante l'UNCTAD sia il database più completo esistente, esso non presenta un quadro del tutto completo, in quanto alcuni trattati non sono presenti al suo interno, per cui non sono presi in considerazione all'interno del seguente elaborato. Oltre agli accordi internazionali sugli investimenti, bisogna evidenziare che esiste un'ulteriore base giuridica del diritto internazionale degli investimenti, ovvero i contratti, i quali sono uno strumento giuridico transnazionale concluso direttamente dallo Stato ospitante e le singole aziende, infatti, molto spesso il contenuto di questi contratti è riservato, a differenza del contenuto degli accordi internazionali i quali sono di dominio pubblico. Il contenuto dei contratti, inoltre, è molto variabile in quanto dipende da diversi fattori, ad esempio il settore, l'entità dell'investimento, le tecnologie etc. Dato che i contratti hanno queste peculiarità, non vengono analizzati all'interno del seguente elaborato in quanto si tratta di un argomento molto vasto il quale distoglierebbe l'attenzione da quello che è il vero focus dello stesso.

Il presente elaborato si articola in due capitoli. All'interno del primo capitolo si spiega cosa è la riforma del diritto internazionale degli investimenti e per quale motivo si ritenne necessario iniziare tale cambiamento, Successivamente si spiega chi sono i Paesi BRICS, i quali sono il *focus* dell'elaborato, e perché è nato tale blocco di Paesi. Successivamente si effettua una disamina della prassi dei Paesi BRICS e quelli che sono i timidi tentativi multilaterali che il blocco cercò di introdurre per favorire gli investimenti internazionali. Inoltre, nel corso del primo capitolo vengono analizzati nello specifico i cambiamenti che furono attuati all'interno dei singoli Paesi BRICS e in particolar modo quelle che sono le motivazioni che spinsero i governi ad effettuare tali riforme, così da comprendere perché i cinque Stati presi in esame optarono per tali approcci così diversi l'uno dall'altro.

Nel secondo capitolo si effettua una comparazione tra le disposizioni concernenti gli investimenti presenti all'interno degli accordi internazionali siglati dai Paesi BRICS e le disposizioni concernenti gli investimenti presenti all'interno delle legislazioni nazionali concluse dai Paesi BRICS negli ultimi anni, in virtù di questa volontà di riforma del diritto internazionale degli investimenti. In particolar modo vengono prese in considerazione le disposizioni che si trovano più frequentemente all'interno dei BIT e che sono maggiormente oggetto delle controversie portate dinanzi ai tribunali arbitrali e si analizza come i Paesi BRICS reinterpretarono tali disposizioni all'interno delle proprie leggi nazionali o come le modificarono all'interno di nuovi accordi internazionali. Tali disposizioni prese in esame nel corso dell'elaborato sono: le definizioni di investimento e di investitore, la clausola di trattamento nazionale, la clausola della nazione più favorita, la clausola del trattamento giusto ed equo, e la clausola di piena protezione e sicurezza, l'espropriazione e le conseguenti regole per l'attribuzione di un eventuale indennizzo ed infine la risoluzione delle controversie internazionali tra Stato e Stato (*State-State dispute settlement - SSDS*) o tra Stato e investitore (*Investor-State dispute settlement - ISDS*).

Infine, nelle conclusioni si cerca di comprendere in che modo la prassi seguita dai Paesi BRICS ed analizzata a fondo nei due capitoli precedenti sta apportando modifiche al diritto internazionale degli investimenti e dunque se i cambiamenti

effettuati dai Paesi BRICS stanno avendo successo e se stanno determinando dei cambiamenti del diritto internazionale degli investimenti.

Capitolo 1

La riforma del diritto internazionale degli investimenti nei Paesi BRICS

SOMMARIO: 1. La riforma del diritto internazionale degli investimenti; 2. I Paesi BRICS 3. Prassi nei Paesi BRICS; 4. Repubblica Federale del Brasile; 4.1 *Cooperation and Facilitation Agreement*; 5. Federazione Russa; 5.1 Il caso *Yukos*; 5.2 Le linee guida sulla promozione e protezione degli investimenti; 6. Repubblica dell'India; 6.1 Il caso *White Industries*; 6.2 Il nuovo modello di BIT; 7. Repubblica Popolare Cinese; 7.1 *Belt and Road Initiative*; 8. Repubblica del Sud Africa; 8.1 Il caso *Foresti*; 8.2 *Promotion of Investment Act*.

1.1 La riforma del diritto internazionale degli investimenti

Per regolamentare gli investimenti esteri, i trattati bilaterali di investimento (*Bilateral investment treaties - BIT*) furono il metodo più utilizzato a partire dal primo BIT siglato tra la Germania e il Pakistan nel 1959¹. Inizialmente, la maggior parte degli investimenti esteri vennero effettuati dai Paesi sviluppati nei Paesi in via di sviluppo, invece, adesso ci sono flussi in entrambe le direzioni ed il volume degli investimenti esteri realizzati dai Paesi in via di sviluppo è diventato persino maggiore di quello di alcuni Paesi sviluppati. A seguito di tale aumento degli investimenti esteri, si assistette inevitabilmente anche ad un incremento degli strumenti giuridici utilizzati per tutelare gli investimenti internazionali, in particolar modo nel corso degli anni '90 centinaia di BIT si conclusero molto rapidamente tra gli Stati, così da poter regolare i rapporti tra investitori e Stato ospitante². Vi fu un'esplosione di tali trattati da parte dei Paesi in via di sviluppo in quanto quest'ultimi vollero attirare investimenti esteri all'interno del proprio paese, poiché questo avrebbe consentito una crescita economica, un aumento di posti di lavoro per i propri cittadini e anche uno *spill-over* di *know how*. Per cui per ottenere tali vantaggi i Paesi in via di sviluppo nel corso degli anni '90 iniziarono ad accettare i

¹ *Gesetz zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zum Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen*, 25 November 1959, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>;

² ROBERTS, A. *Investment Treaties: The Reform Matrix*. *AJIL Unbound*, volume 112, 27 August 2018, p. 191–196. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.61>;

BIT, ma in molti casi ciò avvenne senza rendersi effettivamente conto di quali fossero le vere implicazioni di tali accordi, in quanto la maggior parte dei BIT contenevano principalmente diritti in capo all'investitore e obblighi solo per lo Stato ospitante. Nel corso degli anni 2000 a seguito di una serie di sentenze, i BIT persero di popolarità e molti Stati iniziarono ad estinguerli e a cercare nuove soluzioni per regolare gli investimenti esteri in modo da trovare un compromesso fra quelli che sono gli interessi dell'investitore e quelli dello Stato, così da trovare un equilibrio che consenti di tutelare l'investimento del privato ma che al contempo permette allo Stato di salvaguardare i propri poteri normativi³.

Per cui il tema della riforma del diritto internazionale degli investimenti è un tema centrale a livello globale, e non solo tra i Paesi BRICS, il quale si focalizza su diversi temi. Tra quelli su cui si focalizza di più la riforma del diritto internazionale degli investimenti, e che verranno affrontati nel corso dell'elaborato, vi sono il contenuto dei trattati in quanto, come già affermato, in passato i BIT contenevano obblighi soltanto in capo agli Stati e diritti solo in capo agli investitori, per cui con i nuovi trattati si cerca di bilanciare meglio gli interessi degli Stati e degli investitori introducendo diritti ed obblighi in capo ad entrambe le parti e tra gli obblighi che sono furono introdotti in capo agli investitori vi è l'obbligo di effettuare una valutazione dell'impatto sociale ed ambientale del proprio investimento. Inoltre, tramite la riforma si vuole salvaguardare il diritto degli Stati ospitanti di tutelare il proprio potere normativo per cui non si possono considerare in violazione dei trattati gli atti che vengono adottati o attuati da uno Stato ospitante per tutelare un interesse pubblico, tra cui protezione della salute pubblica; della sicurezza pubblica o dell'ambiente; la promozione e la protezione della diversità culturale. Tale tutela del potere normativo dello Stato ospitante fu introdotta per individuare un equilibrio tra gli interessi delle parti. Inoltre, si riformò il meccanismo di risoluzione delle controversie in quanto fu ampiamente criticato, introducendo meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie come la mediazione e la conciliazione, in alternativa all'arbitrato internazionale. Altro aspetto per cui l'arbitrato fu ampiamente criticato è la sua mancanza di trasparenza e di controllo pubblico, per cui nel 2014 venne conclusa la Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza

³ *Ibidem*;

nell'arbitrato tra investitori e Stato⁴ a cui diversi trattati fanno rimando. Tra le proposte per riformare il meccanismo di risoluzione delle controversie vi sono anche la creazione di centri di consulenza in materia di diritto internazionale degli investimenti e la creazione di meccanismi di appello per eventualmente revisionare le sentenze pronunciate dai tribunali arbitrali.

1.2 I Paesi BRICS

I BRICS sono un blocco di Paesi composto dalla Repubblica Federale del Brasile, la Federazione Russa, la Repubblica dell'India, la Repubblica Popolare Cinese e la Repubblica del Sud Africa. Tale acronimo fu coniato per la prima volta nel 2001 dall'economista Jim O' Neil all'interno della relazione della Banca d'Investimento *Goldman Sachs* dal titolo "*Building Better Global Economic BRICs*". In tale acronimo furono compresi soltanto Brasile, Russia, India e Cina e successivamente nel 2011 fu aggiunta anche la Repubblica del Sud Africa. Tali paesi furono considerati rilevanti in quanto si tratta di economie emergenti che formano uno dei blocchi economici più importanti al mondo. Ciò è ancora vero in quanto i Paesi BRICS rappresentano oltre un quarto del PIL globale e il 42% della popolazione mondiale⁵, infatti, tali Paesi hanno una crescente influenza sul mondo. Tra gli obiettivi dei Paesi BRICS vi sono la cooperazione, lo sviluppo e l'influenza negli affari internazionali e più nello specifico i BRICS cercano di costruire la cooperazione economica, il finanziamento dello sviluppo, il coordinamento politico, gli scambi sociali e culturali, la tecnologia e l'innovazione, lo sviluppo sostenibile, la pace e la sicurezza⁶.

Il primo incontro informale tra i primi quattro BRIC fu promosso dalla Federazione Russa nel settembre 2006⁷, e a partire dal 2009, a seguito della crisi finanziaria globale, si tenne il primo incontro ufficiale dei Paesi BRICS a Ekaterinburg in Russia e da allora iniziarono ad organizzare summit ufficiali ogni anno col fine di promuovere la cooperazione economica, in quanto i BRICS

⁴ Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza nell'arbitrato tra investitori e Stato, 10 dicembre 2014;

⁵ Secondo i dati più recenti della Banca Mondiale, <https://databank.worldbank.org/>;

⁶ BRICS, *History of BRICS*, <https://infobrics.org/page/history-of-brics/>;

⁷ *Ibidem*;

vogliono incoraggiare il commercio e gli investimenti tra i Paesi membri; affrontare questioni globali comuni tra cui cambiamento climatico, commercio internazionale e la riforma delle istituzioni finanziarie internazionali; rafforzare la cooperazione politica e diplomatica così da avere una voce collettiva su questioni e conflitti internazionali per promuovere la pace ed infine promuovere i legami intra-BRICS e costruire un polo d'intesa alternativo al blocco dei Paesi occidentali del G7.

Durante il 15° Summit intitolato “*BRICS and Africa: Partnership for Mutually Accelerated Growth, Sustainable Development and Inclusive Multilateralism*” tenutosi in Sud Africa dal 22 al 24 agosto 2023, i paesi BRICS hanno adottato un documento dal titolo “*Johannesburg II Declaration*” in cui ribadiscono ulteriormente il loro impegno per un multilateralismo inclusivo ed i leader chiedono una maggiore rappresentanza dei mercati emergenti e dei Paesi in via di sviluppo all'interno delle organizzazioni internazionali e si impegnano a promuovere un ambiente di pace e sviluppo, sottolineando il ruolo essenziale della cooperazione multilaterale nel limitare i rischi derivanti dalla frammentazione geopolitica⁸. A tal proposito nel corso del vertice si è discusso anche dell'allargamento dei paesi BRICS e si è annunciata l'adesione di sei nuovi Paesi all'interno dei BRICS a fronte di ventitré richieste di adesione. Per cui si è annunciato che a partire dal 1° gennaio 2024 entreranno a far parte del blocco BRICS anche l'Arabia Saudita, l'Argentina, l'Egitto, gli Emirati Arabi, l'Etiopia e l'Iran⁹. Tali Paesi invitati riflettono il desiderio dei singoli membri BRICS di far entrare i propri alleati all'interno del blocco. Il Brasile ha esercitato forti pressioni affinché venisse inclusa l'Argentina, invece l'Egitto ha stretti legami commerciali sia con la Russia che con l'India. Per quanto riguarda l'ingresso delle due potenze petrolifere, ovvero Arabia Saudita ed Emirati Arabi, questo evidenzia la volontà di allontanamento dall'orbita degli Stati Uniti e l'ambizione di diventare sempre più rilevanti nel panorama internazionale. Per quanto riguarda l'Iran, quest'ultimo ha con la Russia una causa comune nella lotta contro le sanzioni e l'isolamento diplomatico dettato dagli Stati Uniti

⁸ IISD, *BRICS Countries Expand Partnership for Sustainable Development*, 30 August 2023, [https://sdg.iisd.org/news/brics-countries-expand-partnership-for-sustainable-development/#:~:text=In%20a%20summit%20declaration%2C%20the,sustainable%20development%2C%20and%20inclusive%20growth](https://sdg.iisd.org/news/brics-countries-expand-partnership-for-sustainable-development/#:~:text=In%20a%20summit%20declaration%2C%20the,sustainable%20development%2C%20and%20inclusive%20growth;);

⁹ BRICS, *Johannesburg II Declaration*, 24 Agosto 2023, para. 91;

d’America¹⁰. Mediante tale allargamento i BRICS rappresenteranno il 47% della popolazione globale ed il 36% del PIL mondiale, consentendo così ai Paesi BRICS di assumere maggior rilevanza nello scenario internazionale.

1.3 Prassi nei Paesi BRICS

All’interno dei Paesi BRICS gli investimenti diretti esteri (IDE) svolsero un ruolo importante per la crescita delle proprie economie, infatti, i flussi di IDE nel blocco dal 2001 al 2021 sono più che quadruplicati¹¹. Nonostante gli IDE verso i BRICS diminuirono durante la pandemia di Covid-19, il gruppo BRICS mostrò una maggiore resilienza rispetto alle altre economie, infatti, come riportato dall’UNCTAD “sono riusciti a raggiungere livelli record sia per gli IDE in entrata che in uscita”¹². Inoltre, i BRICS iniziarono anche ad effettuare molti investimenti esteri, in particolar modo verso altri Paesi in via di sviluppo e tra di loro, sostenendo così la cosiddetta cooperazione Sud-Sud¹³. Per far fronte alle nuove sfide che stanno emergendo nel panorama degli investimenti internazionali i BRICS scelsero di iniziare a modificare il loro approccio normativo agli investimenti internazionali così da riuscire a tutelare maggiormente i propri interessi e trovare maggior equilibrio tra Stato e investitori.

I paesi BRICS conclusero collettivamente ben 465 accordi internazionali sugli investimenti, compresi BIT e trattati con disposizioni sugli investimenti. Di questi 465, 256 sono ancora in vigore, 97 furono solo firmati ma mai ratificati e i restanti 112 vennero estinti¹⁴. Tra di loro, invece, i paesi BRICS conclusero sette BIT, di questi tre sono tuttora in vigore, ovvero i BIT tra Cina e Russia del 2006, tra Russia e Sud Africa del 1998 e tra Cina e Sud Africa del 1997; tre vennero estinti, ovvero i BIT tra Cina e India del 2006, tra India e Russia del 1994 e tra Cina e Russia del

¹⁰ DU PLESSIS, C. et al., *BRICS welcome new members in push to reshuffle world order*, 25 Agosto 2023, <https://www.reuters.com/world/brics-poised-invite-new-members-join-bloc-sources-2023-08-24/>;

¹¹ UNCTAD. (4 April 2023). BRICS investment report, https://unctad.org/system/files/official-document/diae2023d1_en.pdf, p. 5;

¹² Ivi, p. 22;

¹³ Ivi, p. 8;

¹⁴ UNCTAD, *Accordi internazionali sugli investimenti conclusi dai paesi BRICS*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>;

1990 e uno fu firmato e non è ancora entrato in vigore, ovvero il BIT tra Brasile e India del 2020. Inoltre, vi è anche un accordo con disposizioni sugli investimenti, ovvero l'accordo tra India e MERCOSUR del 2003. La maggior parte degli accordi internazionali sugli investimenti dei paesi BRICS sono accordi vecchi in quanto circa l'80% furono conclusi prima del 2010, di cui il 50% risalgono agli anni '80 e '90¹⁵ e tali accordi in genere presentarono disposizioni molto ampie che garantirono tutele solo in capo agli investitori e poche tutele per lo Stato ospitante. Per tali motivi, anche i paesi BRICS, così come molti altri Stati, stanno compiendo sforzi sistematici per andare a riformare la propria legislazione in materia di investimenti rinegoziando i propri BIT, portando così alla nascita di una nuova generazione di accordi internazionali sugli investimenti, o persino estinguendo i BIT conclusi in passato¹⁶.

È opportuno notare che i Paesi BRICS stanno adottando anche una serie di importanti iniziative al fine di rafforzare la cooperazione per promuovere gli investimenti tra di loro, in particolare in materia di facilitazione degli investimenti, cambiamento climatico e sviluppo sostenibile¹⁷. Un meccanismo efficace a tal fine sono i *BRICS Summit* i quali si concentrano sulla gestione congiunta di sfide ed obiettivi per migliorare l'economia dei BRICS e la cooperazione tra di loro, in particolar modo cooperazione commerciale e di investimento. Alcuni degli esiti raggiunti durante i *summit* sono: il '*BRICS Perspective on International Investment Agreements*' concluso durante il sesto *summit* a Fortaleza in Brasile del 2014, col quale si ribadì che gli Stati membri dei BRICS "sono incoraggiati a costruire approcci comuni sulla politica di investimento internazionale"¹⁸; le '*Outlines for BRICS Investment Facilitation*' concluse durante il nono *summit* a Xiamen in Cina nel 2017, in cui si affermò che gli obiettivi dei paesi BRICS sono: migliorare

¹⁵ UNCTAD, BRICS investment report, 4 April 2023 https://unctad.org/system/files/official-document/diae2023d1_en.pdf, p. 22;

¹⁶ *Ibidem*;

¹⁷ *Ibidem*;

¹⁸ BRICS 6th Summit, *BRICS Perspective on International Investment Agreements*, Fortaleza, Brazil, 2014 <https://www.tralac.org/images/docs/5881/brics-perspective-on-iiias-fourth-revision-14072014.pdf>;

l'efficienza, promuovere la cooperazione e migliorare la trasparenza¹⁹; il 'BRICS Memorandum of Understanding on Trade and Investment Promotion' concluso durante l'undicesimo summit a Brasilia in Brasile nel 2019²⁰ e la 'BRICS initiative on Trade and Investment for Sustainable Development' conclusa durante il quattordicesimo summit del 2022 in Cina²¹.

1.4 Repubblica Federale del Brasile

La Repubblica Federale del Brasile assunse una posizione diversa rispetto agli altri paesi nel contesto del sistema dei trattati di investimento, in quanto fino al 2017 fu l'unica grande potenza a non aver mai ratificato un BIT. Il Brasile, nonostante l'assenza di BIT, riuscì ad essere uno dei maggiori destinatari di investimenti diretti esteri, in quanto creò le condizioni per attirare investitori, senza assumersi alcun impegno a livello internazionale, in quanto garantì l'esistenza di opportunità di investimenti e garanzie legali per gli investitori esteri ma basate sul proprio diritto interno²². Tra tali disposizioni nazionali vi è l'articolo 5 della Costituzione brasiliana il quale equipara la tutela degli stranieri nel proprio territorio alla protezione accordata ai suoi cittadini²³ e tale garanzia di trattamento nazionale tutelata a livello costituzionale si ribadisce anche nella legislazione secondaria, ad esempio l'articolo 2 dell'atto federale n. 4.131/62 afferma che “[il capitale straniero in Brasile riceverà] lo stesso trattamento giuridico concesso al capitale nazionale a parità di condizioni e qualsiasi trattamento discriminatorio, non previsto dalla

¹⁹ BRICS 9th Summit, *Outlines for BRICS Investment Facilitation. Annex II to the 7th Meeting of the BRICS Trade Ministers Statement*. Xiamen, China, 31st August 2017 <http://www.brics.utoronto.ca/docs/170831-investment.html>;

²⁰ BRICS 11th Summit, *BRICS Memorandum of Understanding Trade and Investment Promotion*, Brasilia, Brasile, 2019, <https://brics2023.gov.za/wp-content/uploads/2023/07/Memorandum-of-Understanding-Among-BRICS-Trade-and-Investment-Promotion-Agencies-Trade-Promotion-Organisations-2019.pdf>;

²¹ BRICS 14th Summit, *BRICS initiative on Trade and Investment for Sustainable Development*, Cina, 2022, <http://images.mofcom.gov.cn/gjs/202206/20220610182323208.pdf>;

²² GARCIA-BOLIVAR, O.E; *Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo? ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. Oxford University Press, 2009;

²³ Articolo 5 della Costituzione brasiliana, 1988: “Everyone is equal before the law, with no distinction whatsoever, guaranteeing to Brazilians and foreigners residing in the Country the inviolability of the rights to life, liberty, equality, security and property [...]”;

seguinte legge, è proibito”²⁴. Inoltre, anche l’articolo 172 della Costituzione brasiliana si occupa del trattamento degli investimenti esteri affermando che la legislazione nazionale deve incoraggiare ed attirare investimenti esteri all’interno del Paese²⁵.

Lo scetticismo del Brasile, e del Sud America in generale, nei confronti del diritto internazionale degli investimenti e della Convenzione ICSID è strettamente collegato alla *Dottrina Calvo*, la quale prevede che gli investitori stranieri rinuncino alla protezione diplomatica dei loro Stati di appartenenza ed accettino le leggi e la giurisdizione degli Stati in cui stanno effettuando le loro operazioni commerciali²⁶. Nel settembre 1964, ventuno Stati, di cui diciannove Sud Americani, incluso il Brasile, votarono contro l’adozione della risoluzione n. 214, la quale successivamente consentì la negoziazione della Convenzione ICSID²⁷. Tra la fine degli anni ’80 ed inizi anni ’90 i paesi Latino-Americani iniziarono a cambiare atteggiamento, iniziando a liberalizzare le proprie economie e a concludere BIT e pian piano tutti i paesi Latino-Americani iniziarono ad aderire alla Convenzione ICSID, tranne il Brasile, il quale non firmò, né ratificò mai la Convenzione²⁸. Il Brasile fu scettico in quanto riteneva che la Convenzione ICSID avrebbe garantito agli investitori stranieri una posizione privilegiata rispetto agli investitori nazionali, violando così il principio di uguaglianza dinanzi alla legge e in quanto convinto che ciò avrebbe implicato allontanarsi dalla protezione diplomatica²⁹.

²⁴ TITI, C. *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*. Transnational Dispute Management 2, Special Issue on Latin America, vol. 1, eds Ignacio Torterola and Quinn Smith, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2786967>;

²⁵ Articolo 172 della Costituzione brasiliana, 1988: “The law shall regulate, on the basis of national interest, foreign capital investment, granting incentives for reinvestment and regulating remittance of profits.”;

²⁶ CALVO, C. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris: D’Amyiot, 1868, [Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América T. 1 : Calvo, Carlos : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive](#);

²⁷ TITI, C. *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*, 2016, *Vedi nota 19*;

²⁸ ICSID, *Stati Membri alla Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, in <https://icsid.worldbank.org/about/member-states>;

²⁹ TITI, C. *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*, 2016, *Vedi nota 19*;

Dal 1994 ad oggi il Brasile firmò ventotto trattati bilaterali di investimento, di cui soltanto due ratificati di recente, ovvero il BIT con l'Angola nel 2017 e il BIT con il Messico nel 2018³⁰. Inoltre, il Brasile concluse venti trattati con disposizioni sugli investimenti, di cui quattro solo firmati ma non ancora ratificati³¹. Il Brasile prestò anche molta attenzione agli arbitrati in ambito NAFTA e ai fallimenti dei negoziati in ambito OCSE per un accordo multilaterale sugli investimenti alla fine degli anni '90 e ciò potrebbe essere uno dei motivi ad aver contribuito alla mancata ratifica dei BIT brasiliani³². Inoltre, il governo brasiliano fu riluttante ad accettare le disposizioni concernenti l'espropriazione indiretta e la risoluzione delle controversie tra Stato ed investitore presenti all'interno dei BIT, in quanto le percepiscono come incostituzionali e contrarie alla volontà brasiliana di adottare politiche pubbliche funzionali per lo sviluppo del paese³³. Inoltre, i pochi BIT che furono firmati nel corso degli anni '90 ma poi respinti dal Congresso in quanto reputati incostituzionali, furono abbandonati dal governo brasiliano. L'abbandonare i vecchi trattati mai ratificati è una delle strategie per riformare il diritto internazionale, ed il Brasile è uno dei pochi Stati ad averla adottata³⁴.

1.2.1 Cooperation and Facilitation Investment Agreement

Nel 2015 il Brasile introdusse un proprio modello di BIT in materia di investimenti da utilizzare durante i negoziati di nuovi accordi, ovvero il 'Cooperation and Facilitation Investment Agreement' (CFIA)³⁵, il quale è un modello unico in quanto si discosta radicalmente dal formato di BIT diffuso a livello globale. La prima novità introdotta dal CFIA è che sposta l'attenzione dalla

³⁰ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di investimento della Repubblica Federale del Brasile*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil?type=bits>;

³¹ UNCTAD, *Trattati con disposizioni sugli investimenti della Repubblica Federale del Brasile*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>.

³² TITI, C. *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*, 2016, *Vedi nota 19*;

³³ *Ibidem*;

³⁴ UNCTAD, Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of old-generation treaties. IIA issues note, 2 June 2017, p. 19;

³⁵ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement Between the Federative Republic of Brazil and ___*, 2016; <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>;

protezione degli investimenti, come avviene solitamente nei BIT, alla facilitazione degli investimenti e al favorire la cooperazione³⁶. L'idea alla base è quella di facilitare e aiutare gli investitori esteri a navigare gli eventuali ostacoli normativi nazionali.

Il CFIA si basa su tre elementi, il primo elemento del CFIA consiste nel miglioramento della *governance* istituzionale e ciò lo si ottiene mediante la creazione di un comitato congiunto e degli *ombudsman*, i quali fungeranno da canali di comunicazione tra investitori e Stato ospitante al fine di proporre miglioramenti. Il comitato congiunto, è regolamentato ai sensi dell'articolo 17 del CFIA, il quale sancisce che il comitato congiunto è “composto da rappresentanti dei governi di entrambe le parti”³⁷ e sancisce che tra le responsabilità del comitato vi è “supervisionare l'attuazione dell'accordo, divulgare eventuali opportunità per l'espansione degli investimenti e risolvere eventuali problemi o controversie riguardanti gli investimenti”³⁸. Per quanto riguarda gli *ombudsman* il loro compito è quello di facilitare e supportare le interazioni degli investitori esteri con le autorità locali³⁹. Inoltre, ulteriori compiti degli *ombudsman* sono elencati all'interno del CFIA all'articolo 18 (4), secondo il quale:

The National Focal Point, among other responsibilities, shall:

- a) Endeavour to follow the recommendations of the Joint Committee and interact with the National Focal Point of the other Party, in accordance with this Agreement;
- b) Follow up on requests and enquiries of the other Party or of investors of the other Party with the competent authorities and inform the stakeholders on the results of its actions;
- c) to assess, in consultation with relevant government authorities, suggestions and complaints received from the other Party or investors of the other Party and recommend, as appropriate, actions to improve the investment environment;

³⁶ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y. (Eds.), *The BRICS in the New International Legal Order on Investment*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, volume 4, 31 March 2020, doi: <https://doi.org/10.1163/9789004376991>, p. 27;

³⁷ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 17 (2);

³⁸ *Ivi*, art. 17 (4);

³⁹ CHOER MORAES, H., & HEES, F. *Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements*. *AJIL Unbound*, vol. 112, 27 June 2018, p. 197–201. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.59>;

- d) seek to prevent differences in investment matters, in collaboration with government authorities and relevant private entities;
- e) Provide timely and useful information on regulatory issues on general investment or on specific projects; and
- f) Report its activities and actions to the Joint Committee, when appropriate⁴⁰.

Ai sensi dell'articolo 18 (1) del CFIA “ciascuna parte designa un *ombudsman* il quale ha come principale responsabilità il sostegno agli investitori dell'altra Parte nel suo territorio”⁴¹ e ai sensi dell'articolo 18 (2) “in Brasile, l'*ombudsman* si trova all'interno della Camera di Commercio estera – CAMEX”⁴².

Il secondo elemento del CFIA, così come numerosi trattati recenti, è lo sviluppo di temi di lavoro specifici. L'accordo riconosce il diritto dello Stato di regolamentare in settori quali la salute, il lavoro e l'ambiente⁴³ e contribuisce a combattere la corruzione, il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo in relazione agli investimenti, ad esempio, esonerando i firmatari dalla protezione degli investimenti effettuati con capitali o beni di origine illecita⁴⁴. Inoltre, il governo brasiliano affermò che agli accordi potrebbero essere aggiunte nuove tematiche e che il CFIA incoraggerà la continua negoziazione tra le parti con ulteriori impegni che potranno essere introdotti mediante protocolli aggiuntivi o allegati⁴⁵.

⁴⁰ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 18 (4);

⁴¹ Ivi, art. 18 (1).;

⁴² Ivi, art. 18 (2);

⁴³ Ivi, art. 16 (1): Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure it deems appropriate to ensure that investment activity in its

territory is undertaken in a manner according to labor, environmental and health legislations of that Party, provided that this measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction.

⁴⁴ Ivi, art. 15: “Each Party shall adopt measures and make efforts to prevent and fight corruption, money laundering and terrorism financing with regard to matters covered by this Agreement, in accordance with its laws and regulations. 2. Nothing in this Agreement shall require any Party to protect investments made with capital or assets of illicit origin or investments in the establishment or operation of which illegal acts have been demonstrated to occur and for which national legislation provides asset forfeiture.”;

⁴⁵ TITI, C. *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*, 2016, Vedi nota 19;

L'ultimo elemento del CFIA concerne le norme sostanziali che sono contenute al suo interno, infatti, questo modello comprende alcune delle disposizioni classiche dei BIT, tra cui, trattamento nazionale⁴⁶, trattamento della nazione più favorita⁴⁷ e espropriazione, ma soltanto diretta, come evidenziato dall'articolo 7 (5)⁴⁸. Inoltre, presenta articoli in materia di responsabilità sociale di impresa e trasparenza, infatti, ai sensi dell'articolo 14 gli "investitori [...] devono sforzarsi di raggiungere il massimo livello possibile di contributo allo sviluppo sostenibile dello Stato ospitante e della comunità locale, attraverso l'adozione di un elevato grado di pratiche socialmente responsabili [...]"⁴⁹ e ai sensi dell'articolo 9 sancisce che "ciascuna parte garantisce che le proprie leggi, regolamenti e procedure relative a qualsiasi questione disciplinata dal presente accordo [...] siano pubblicate senza indugio e, quando possibile, in formato elettronico in modo da consentirne alle altre parti di esserne a conoscenza"⁵⁰. Invece, un'ulteriore peculiarità del CFIA è che esclude alcune delle classiche disposizioni presenti in maggior parte dei BIT, come ad esempio l'espropriazione indiretta, la clausola di piena protezione e sicurezza e la clausola di trattamento giusto ed equo. Ciò avviene in quanto si teme che riconoscerne l'uso potrebbe incoraggiare ad applicare norme presenti nei BIT nel contesto del CFIA⁵¹. Inoltre, a differenza dei classici BIT, i quali solitamente eludono la questione degli obblighi degli investitori, il CFIA sottopone anche agli investitori alcuni obblighi, tra cui obblighi concernenti il rispetto del diritto interno dello Stato ospitante.

L'introduzione del '*Cooperation and Facilitation Investment Agreement*' consentì al Brasile di concludere dal 2015 ben quattordici nuovi BIT con Angola, Cile, Colombia, Emirati Arabi Uniti, Etiopia, Ecuador, Guyana, India, Malawi, Marocco, Messico, Mozambico e São Tomé e Príncipe e Suriname e tre accordi con disposizioni sugli investimenti: l'*Economic and Trade Expansion Agreement* con il

⁴⁶ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 5;

⁴⁷ Ivi, art. 6;

⁴⁸ Ivi, art. 7 (5): "For greater certainty, this article only provides for direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or ownership rights";

⁴⁹ Ivi, art. 14;

⁵⁰ Ivi, art. 9;

⁵¹ CHOER MORAES, H., & HEES, F., *Vedi nota 34*;

Perù del 2016, l'intra-MERCOSUR *Cooperation and Facilitation Investment Protocol* del 2017 e l'accordo di libero scambio con il Cile del 2018 sulla base delle nuove regole che il governo brasiliano volle introdurre ed applicare in ambito degli investimenti esteri.

1.5 Federazione Russa

L'Unione sovietica iniziò a stipulare trattati bilaterali di investimento nel corso del 1989 a seguito della caduta del muro di Berlino nella speranza di attirare investimenti esteri nel nuovo panorama politico ed economico che si venne a creare, però tali BIT vennero conclusi con cautela in quanto si volle preservare, il più possibile, il potere normativo dello Stato ospitante⁵². Dal 1989 al 1991 si parla del primo periodo di BIT russi e in questo periodo, come riportato dal database UNCTAD, furono conclusi ben quindici BIT con: Austria, Canada, Belgio, Cina, Corea, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Svizzera e Turchia, i quali sono tutti ancora in vigore, tranne per i BIT con la Cina, Danimarca e Turchia, i quali furono sostituiti con nuovi BIT entrati in vigore, rispettivamente, nel 2009, 1993 e 1997⁵³.

Un secondo periodo di BIT vi fu tra il 1992 al 2000. Con la fine dell'Unione Sovietica, la Russia decise di avvicinarsi al mondo occidentale e nel processo di costruzione del nuovo Stato decise di includere anche l'aggiornamento del programma sui BIT⁵⁴, infatti, nel 1992, il governo russo emanò la risoluzione n. 395 sulla conclusione di accordi tra il governo russo e i governi di Stati esteri sulla promozione e la protezione reciproca degli investimenti, facendo così nascere il primo modello di BIT della Federazione Russa, il quale era composto da 10 articoli⁵⁵. In questo secondo periodo il numero di BIT conclusi dalla Federazione

⁵² CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 42-44;

⁵³ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di Investimento della Federazione Russa*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/175/russian-federation>;

⁵⁴ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 46;

⁵⁵ VANEV, A. ET AL. (2021). *At a glance: investment treaty practice in Russia*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2b9f6ea4-0518-42c9-96ed-7b9d2650e6ab>;

Russa salì a quarantadue⁵⁶, però il modello di BIT conteneva delle disposizioni molto vaghe, il che rese i BIT russi incapaci di fornire stabilità ed un clima d'investimento prevedibile per gli investitori stranieri.

Per quanto riguarda gli accordi multilaterali in materia di investimenti la Russia, in quanto Stato successore all'Unione Sovietica, firmò e ratificò la *Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*⁵⁷. Inoltre, la Russia nel 1992 firmò la *Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (Convenzione ICSID)*⁵⁸ e tuttora non vi è alcuna posizione ufficiale da parte delle autorità russe in merito alla ratifica della *Convenzione ICSID*, la cui ratifica sembra essere un passo essenziale per aumentare la fiducia degli investitori stranieri verso un paese⁵⁹. Infine, la Russia nel 1994 ha firmato anche il *Trattato sulla Carta dell'Energia (Energy Charter Treaty - ECT)*⁶⁰ e nonostante non l'avesse ancora ratificato, la Russia applicò il trattato in via provvisoria.

Nel 2001, sotto l'amministrazione di Putin, la Federazione Russa adottò un nuovo modello di BIT⁶¹, facendo così iniziare il cosiddetto terzo periodo di BIT russi, durato dal 2001 al 2015, durante il quale il governo di Mosca concluse ventisei BIT. Il nuovo modello di BIT inizialmente non conteneva alcune delle disposizioni classiche presenti all'interno dei BIT precedenti, ad esempio la clausola della nazione più favorita, trattamento nazionale e trattamento giusto ed equo. Questa lacuna, però, fu rimediata nel 2002 con un emendamento, col quale

⁵⁶ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di Investimento della Federazione Russa*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/175/russian-federation>;

⁵⁷ *Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, 1958;

⁵⁸ ICSID, *Stati Membri alla Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, in <https://icsid.worldbank.org/about/member-states>;

⁵⁹ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 60;

⁶⁰ *Trattato sulla Carta dell'Energia*, 1991, [Charter, Final Act, Treaty, Protocols with cross-ref. \(europa.eu\)](https://europa.eu/charter);

⁶¹ *Agreement between the Government of the Russian Federation and foreign governments on the promotion and mutual protection of investments*, 2001, <https://edit.wti.org/document/show/65708f89-e68e-41b6-a5bd-12a0b22c0683?textBlockId=713894b4-a0d8-4975-b7b7-a5b3449b0d98&page=1>;

furono introdotte tali disposizioni all'interno del modello di BIT⁶². Tramite il secondo modello di BIT si consentì esplicitamente agli investitori esteri di accedere al meccanismo di arbitrato internazionale, in conformità con il regolamento arbitrale della commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (*United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*) o del Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie in Materia di Investimenti (*International Center for the Settlement of Disputes - ICSID*) istituito nel 1966 ai sensi della *Convenzione ICSID*, se entrambe le parti sono contraenti, altrimenti, attraverso le *ICSID Additional Facility Rules* del 1978⁶³. La decisione di introdurre un nuovo modello di BIT fu presa anche per cercare soddisfare i requisiti dell'Organizzazione mondiale del commercio, così da potervi accedere, in quanto la Federazione Russa effettuò la richiesta di accesso nel 1993⁶⁴.

1.3.1 Il caso *Yukos*

Un caso di particolare rilevanza nella giurisprudenza del diritto internazionale degli investimenti è il caso *Yukos v. Federazione Russa*, in quanto a seguito di esso fu assegnato il lodo più grande mai visto nella storia dell'arbitrato internazionale, per un totale di 50,2 miliardi di dollari in danni⁶⁵. Nel novembre 2004 tre azionisti della *Yukos Oil Company* denunciarono la Federazione Russa affermando una presunta violazione da parte della Russia dei suoi obblighi ai sensi dell'ECT. I ricorrenti affermarono che la Russia espropriò e non protesse gli investimenti dei ricorrenti per cui *Yukos* subì 'enormi perdite'⁶⁶. Nel febbraio 2005 fu avviato un procedimento arbitrale contro la Russia, ai sensi dell'articolo 26 (4) dell'ECT. La controversia tra le parti riguardò diversi provvedimenti adottati dalla Russia contro *Yukos* tra il 2003 e il 2007. I provvedimenti denunciati inclusero vari procedimenti

⁶² CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 49;

⁶³ Agreement between the Government of the Russian Federation and foreign governments on the promotion and mutual protection of investments, 2001, art. 7 (2);

⁶⁴ RUBINS, N. & NAZAROV, A. *Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?* in *Business Law International*, Volume 9, Number 2, May 2008, p. 100-113, arbitrationlawRubins-Russian-BITs1.pdf (international-arbitration-attorney.com);

⁶⁵ *Yukos Universal Ltd v Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL ad hoc arbitration, Final Award, 18 July 2014, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>;

⁶⁶ Ivi, para. 9-11;

penali; molestie nei confronti di *Yukos*, dei suoi dipendenti e persone ed entità collegate; rivalutazioni fiscali, minacce di revoca delle licenze, multe, congelamento dei beni e delle azioni della società e altre misure che portarono al fallimento di *Yukos* nell'agosto 2006 e la successiva vendita delle attività rimanenti e la cancellazione di *Yukos* dal registro delle imprese nel novembre 2007⁶⁷. Per cui i ricorrenti affermarono che il convenuto non trattò l'investimento di *Yukos* in modo giusto ed equo e non discriminatorio, per cui si trovò in violazione dell'art. 10 (1) dell'ECT, sulla promozione tutela e trattamento degli investimenti:⁶⁸

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. [...] no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations [...]”

e che il convenuto espropriò i ricorrenti del loro investimento, per cui violò l'art. 13 (1) dell'ECT:⁶⁹

“Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is:

- (a) for a purpose which is in the public interest;
- (b) not discriminatory;
- (c) carried out under due process of law; and
- (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation. [...]”

Il tribunale affermò che nonostante la Federazione Russa non avesse espropriato direttamente *Yukos* o le quote dei suoi azionisti, però, i provvedimenti intrapresi dal

⁶⁷ Ivi, para. 63;

⁶⁸ *Trattato sulla Carta dell'Energia*, art. 10 (1);

⁶⁹ Ivi, art. 13 (1);

convenuto ebbero un effetto “equivalente alla nazionalizzazione o all’esproprio”⁷⁰. Successivamente il tribunale prese in considerazione le quattro condizioni per un’espropriazione lecita menzionate all’interno dell’art 13 (1) dell’ECT. In merito alla prima questione (a) il Tribunale ritenne che fosse ‘profondamente discutibile’ che la chiusura di *Yukos* fosse nell’interesse pubblico⁷¹. Per quanto concerne la condizione (b) il tribunale non prese alcuna posizione in quanto ritenne che la questione fosse inconcludente⁷². Per la questione (c) il Tribunale affermò che vi fu una manifesta violazione e che le misure adottate dalla Federazione Russa furono contrarie al *due process* a causa delle restrizioni che furono imposte ai dirigenti di *Yukos*, del modo in cui vennero condotti i processi penali e del modo in cui fu condotta la rivalutazione fiscale. Infine, in merito alla condizione (d) il tribunale affermò che “l’effettiva espropriazione di *Yukos* non è stata accompagnata dal pagamento di un risarcimento tempestivo, adeguato ed effettivo, o di qualsiasi tipo di compensazione”⁷³. Il Tribunale, inoltre, affermò che affinché la Federazione Russa venisse giudicata in violazione dei propri obblighi derivanti dall’ETC, le violazioni delle condizioni enunciate all’interno dell’articolo 13 furono più che sufficienti, per cui, ritenne che non fosse necessario prendere in considerazione se le azioni del convenuto fossero anche in violazione dell’articolo 10 dell’ETC⁷⁴. Il tribunale, dopo aver stabilito che la Federazione Russa fosse responsabile di un’espropriazione indiretta illegittima, dovette quantificare il risarcimento e lo fece riferendosi al diritto consuetudinario, prendendo in esame il caso ‘*Factory at Chorzów*’ in cui la Corte permanente di giustizia internazionale decise che uno Stato responsabile di una violazione del diritto internazionale ha l’obbligo di cancellare tutte le conseguenze della violazione e di ripristinare, per quanto possibile, la situazione che sarebbe esistita se non vi fosse stata alcuna violazione⁷⁵.

⁷⁰ *Yukos Universal Ltd v Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL ad hoc arbitration, Final Award, 18 July 2014, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>, para. 1580;

⁷¹ Ivi, para. 1581;

⁷² Ivi, para. 1582;

⁷³ Ivi, para. 1583;

⁷⁴ Ivi, para. 1584-1585;

⁷⁵ Case concerning the *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, Judgment, 26 July 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21: “It is a principle of international law that the breach

1.3.2 Le linee guida sulla promozione e protezione degli investimenti

Dal 2014 gli investimenti diretti esteri in Russia diminuirono del 70% a causa dei conflitti regionali e delle sanzioni che ebbero un impatto negativo sulla crescita del paese e che demotivarono gli investitori stranieri a seguito della sentenza *Yukos*. Nel 2016, invece, vi fu un aumento del 62% dei flussi di investimenti verso la Russia, a seguito della privatizzazione dei beni di proprietà statale⁷⁶. Per cui nel 2016 vi fu un cambiamento di atteggiamento nei confronti dei BIT da parte della Russia dettato da fattori economici, politici e internazionali, i quali portarono all'inizio del cosiddetto quarto periodo di BIT russi, coi quali la Russia volle mostrarsi più disponibile ai negoziati internazionali in quanto paese esportatore di capitali, piuttosto che come paese importatore di capitali⁷⁷. Il 30 settembre 2016 il governo russo con risoluzione n. 992 approvò delle linee guida sulla promozione e protezione degli investimenti non vincolanti⁷⁸. L'obiettivo di tali linee guida, come enunciato all'interno dell'articolo 1, è quello di "attirare investimenti stranieri nell'economia della Federazione Russa attraverso la formazione di condizioni stabili, trasparenti e prevedibili per gli investimenti e la protezione degli investimenti, nonché creare dei meccanismi di protezione efficaci per gli investitori russi e i loro investimenti agli esteri"⁷⁹.

Le linee guida del 2016 introdussero diversi cambiamenti ai BIT russi. Tra tali cambiamenti vi è quello per cui non è più prevista la clausola del trattamento giusto ed equo o clausola di protezione e sicurezza. Inoltre, le linee guida prevedono la possibilità di presentare una controversia dinanzi ad un'istituzione arbitrale permanente o dinanzi ad un tribunale arbitrale *ad hoc*, ma non specificano quali norme arbitrali internazionali saranno incluse nei nuovi trattati sugli investimenti⁸⁰. Inoltre, è interessante evidenziare come le linee guida del 2016 escludono

of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself";

⁷⁶ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 52;

⁷⁷ *Ivi*, p. 54;

⁷⁸ *General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian Federation on the Promotion and Protection of Investments*, 2016, [download \(unctad.org\)](https://unctad.org/);

⁷⁹ *Ivi*, articolo 1;

⁸⁰ *Ivi*, articolo 5 (46);

espressamente un'applicazione provvisoria dei BIT. Ciò è evidentemente una conseguenza del caso *Yukos*, in quanto l'applicazione provvisoria dell'ECT fu alla base della controversia e con le linee guida si vollero evitare problemi simili in futuro⁸¹, per cui i BIT russi si possono applicare solo nel momento in cui è stata ultimata la ratifica⁸². Le linee guida, inoltre, specificano che qualsiasi nuovo BIT dovrà escludere espressamente le norme UNCITRAL sulla trasparenza⁸³, e anzi, stabiliscono all'interno dell'articolo 7 (67) che “[...] nulla nell'accordo potrà essere interpretato come una richiesta per le parti dell'accordo di divulgare informazioni riservate”⁸⁴. Per cui la Russia lascia che gli elementi essenziali dei singoli BIT vengano discussi e negoziati individualmente con ogni singolo partner.

Ad oggi, in base a quanto riportato dal database UNCTAD, la Russia concluse 85 BIT di cui sessantaquattro sono ancora in vigore, sedici sono solo firmati e mai ratificati e cinque sono estinti⁸⁵. Dati i quattro periodi, i BIT in Russia attualmente sono regolamentati ai sensi del modello di BIT del 1992 per tutti quegli investimenti che furono conclusi prima dell'estinzione dei BIT, questo perché grazie alle clausole di sopravvivenza le disposizioni presenti all'interno degli accordi continuano a valere, come nel caso del BIT India-Russia estinto nel 2017, il quale però all'articolo 13 (3) prevede che le disposizioni presenti nel BIT continuino ad

⁸¹ RYBYNOK, M. *The 2016 Russian Guidelines on future BITs: have your cake and eat it*, in *Financier worldwide*, October 2017, <https://www.financierworldwide.com/the-2016-russian-guidelines-on-future-bits-have-your-cake-and-eat-it>

⁸² *General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian Federation on the Promotion and Protection of Investments*, 2016, [download \(unctad.org\)](#), art. 2 (3): “The Agreement shall apply to investments of investors that were made after the Agreement entered into force [...]” & art. 2 (4): “The Agreement shall not apply to any situations, claims, disputes that existed, arose or ceased to exist before the date of entry into force of the Agreement”;

⁸³ UNCITRAL, *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, 1 April 2014. Tali regole sanciscono l'obbligo di pubblicare informazioni all'inizio del procedimento arbitrale (articolo 2), pubblicazione dei documenti (articolo 3) e udienze aperte al pubblico (articolo 6).

⁸⁴ *General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian Federation on the Promotion and Protection of Investments*, 2016, [download \(unctad.org\)](#), art. 7 (67);

⁸⁵ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di Investimento della Federazione Russa*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/175/russian-federation>;

essere valide per altri quindici anni⁸⁶. Inoltre, ci sono BIT basati sul modello del 2001 e, infine, vi sono i nuovi trattati i quali si basano sulle linee guida del 2016.

1.4 Repubblica dell'India

La Repubblica dell'India firmò il suo primo trattato bilaterale sugli investimenti nel 1994 con il Regno Unito, come parte della sua strategia di liberalizzazione economica adottata nel 1991, la quale ebbe come obiettivo attrarre investimenti esteri all'interno del paese in modo da favorire la crescita economica. Infatti, nel corso degli anni '90 e primi anni 2000 concluse ben ottantasei BIT di cui soltanto otto sono tutt'ora in vigore e sono i BIT con: Bangladesh, Bielorussia, Colombia, Emirati Arabi Uniti, Filippine, Libia, Lituania e Senegal. Due dei BIT furono firmati ma non sono ancora entrati in vigore, ovvero quelli col Brasile e col Kirghizistan i quali, però, sono più recenti in quanto conclusi rispettivamente nel 2020 e 2019, basandosi sul nuovo modello per i BIT concluso dall'India nel 2015. Invece, i restanti settantasei sono estinti⁸⁷.

Per la conclusione dei BIT l'India sviluppò nel 1993 il suo primo modello di trattato bilaterale sugli investimenti, modellato sul progetto di convenzione per la protezione della proprietà straniera dell'*Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico* (OCSE) del 1967, la quale fornisce agli investitori la protezione giusta ed equa, il giusto compenso per gli espropri e il ricorso all'arbitrato internazionale per la risoluzione delle controversie tra investitori stranieri e Stati ospitanti⁸⁸. L'adozione di un modello di BIT basato sul modello dell'OCSE dimostrò la volontà dell'India di accettare i principi giuridici internazionali per la protezione degli investimenti esteri a cui si oppose in passato.

⁸⁶ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of India for the promotion and mutual protection of investments, 1994, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1593/download>, art. 13 (3): "In respect of investments made prior to the date of termination of this Agreement, its provisions shall continue to be effective for a further period of fifteen years from this date.";

⁸⁷ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di Investimento della Repubblica dell'India*: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/96/india>;

⁸⁸ OECD Council, *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1967;

Successivamente, nel 2003 l'India decise di rivedere il modello di BIT in vigore e ne introdusse uno nuovo⁸⁹.

Inoltre, dal 2005 l'India iniziò anche a concludere accordi di libero scambio (*Free Trade Agreements - FTA*) contenenti accordi di investimento con Paesi quali Corea, Giappone, Malesia e Singapore e firmò anche un accordo di investimento con l'*Associazione delle Nazioni del Sud-est Asiatico (ASEAN)*⁹⁰. I capitoli sugli investimenti di questi accordi di libero scambio contengono disposizioni anche sull'accesso al mercato, le quali, invece, non sono presenti nei BIT indiani, i quali si occupano soltanto di protezione degli investimenti esteri solo dal momento in cui sono entrati all'interno del territorio⁹¹.

I BIT in India dal 1994 fino al 2011 non vennero mai contestati, ciò perché vi fu un coinvolgimento marginale dell'India nelle risoluzioni di controversie tra investitore e Stato (ISDS). Inoltre, la politica sugli IDE del 2011 dichiarò che l'obiettivo del governo “è quello di promuovere gli IDE attraverso un quadro politico trasparente e prevedibile che va a ridurre gli oneri normativi per gli investitori stranieri”⁹². Quindi la politica economica indiana nei confronti degli IDE, dopo il 2010, rappresenta un ulteriore rafforzamento del programma di riforme economiche iniziato nel 1991. Nel 2011, invece, fu emesso il primo giudizio arbitrale contro l'India nella causa *White Industries v. India*⁹³. Numerose società straniere, a seguito di tale giudizio, emisero avvisi di arbitrato nei confronti dell'India. Secondo i dati riportati dal database dell'UNCTAD, dopo il caso *White Industries v. India*, quindi dal 2012, furono presentate diciannove richieste di

⁸⁹ *Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of ___ for the promotion and protection of Investments*, 2003, <https://edit.wti.org/document/show/8a4ecc95-6831-4a9a-a71f-11b5afb11251?textBlockId=8b150510-b9d6-4565-b566-87978fdab264&page=1>;

⁹⁰ UNCTAD, *Trattati con disposizioni sugli investimenti della Repubblica dell'India*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/96/india>;

⁹¹ RANJAN, P. *India and Bilateral Investment Treaties: refusal, acceptance, backlash*. Oxford University Press, 2019, p. 42;

⁹² Department of Industrial Policy and Promotion, Ministry of Commerce and Industry, Government of India, *Consolidate FDI Policy*, 2011;

⁹³ UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. the Republic of India*, Final Award, 30 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>;

risoluzioni delle controversie tra investitori e Stati contro l'India⁹⁴. Successivamente, nel 2017 l'India attuò una politica sugli IDE in cui si affermò che “l'intento e l'obiettivo del governo indiano è quello di promuovere e attrarre IDE al fine di integrare capitale nazionale, tecnologia e competenze per una crescita economica”⁹⁵. Il flusso totale di IDE aumentò dimostrando la profonda integrazione economica dell'India con l'economia mondiale ed anche la presenza di un gran numero di investitori stranieri. L'integrazione dell'India con l'economia globale attraverso i BIT e gli elevati afflussi di IDE, però, resero l'India vulnerabile ai reclami di investitori stranieri di ben ottantasei Paesi diversi. Infatti, negli ultimi anni, molte società avviarono arbitrati contro l'India.

1.4.1 Il caso *White Industries*

Nello specifico il caso *White Industries v. India* fu il primo caso ISDS in India concernente i ritardi giudiziari. Nello specifico la *White Industries* ritenne che l'India fosse in violazione del BIT tra India e Australia in quanto ritardò nell'applicazione di un giudizio arbitrale della camera di commercio internazionale (ICC), la quale il 27 maggio 2002 si pronunciò a favore della *White Industries* in una controversia contrattuale contro una società indiana del settore pubblico, la *Coal India*, sancendo che la società australiana avesse diritto ad un premio pari a 4,08 milioni di dollari australiani⁹⁶. Il 6 settembre 2002, *Coal India* presentò domanda all'Alta Corte di Calcutta per ottenere l'annullamento del giudizio commerciale ai sensi dell'*Indian Arbitration and Conciliation Act* del 1996, ma *White Industries* non venne informata di tale richiesta⁹⁷. Invece, l'11 settembre 2002 *White Industries* chiese l'esecuzione della sentenza in India dinanzi all'Alta Corte di Delhi⁹⁸. Entrambi questi procedimenti furono portati dinanzi alle corti

⁹⁴ Richieste di risoluzione delle controversie tra investitori e stati contro l'India, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/96/india>;

⁹⁵ Government of India, Department for Industrial policy and promotion, '*Consolidated FDI policy*' august 2017, https://dpiit.gov.in/sites/default/files/CFPC_2017_FINAL_RELEASED_28.8.17_1.pdf;

⁹⁶ UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. the Republic of India*, Final Award, 30 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>, para. 3.2.33;

⁹⁷ Ivi, para. 3.2.35;

⁹⁸ Ivi, para. 3.2.26;

indiane, fino alla Corte Suprema dell'India, ma subirono notevoli ritardi e i giudici non si pronunciarono mai in merito. Per cui con tali procedimenti ancora pendenti dinanzi ai giudici indiani la *White Industries* decise di avviare un arbitrato contro l'India nel 2010, affermando che le azioni della *Coal India* fossero in violazione degli articoli 3, 4 e 7 del BIT India-Australia⁹⁹. *White Industries* contese che l'eccessivo ritardo nei procedimenti giudiziari equivaleva a una violazione dello standard di trattamento giusto ed equo, ovvero in violazione dell'articolo 3 (2) del BIT India-Australia, in quanto si trattò di: diniego di giustizia e violazione della legittima aspettativa della *White Industries* che l'India aderisse ai principi della *Convenzione di New York sull'esecuzione dei giudizi arbitrari*¹⁰⁰. *White Industries* affermò di avere diritto a «mezzi efficaci per far valere ricorsi e far rispettare i propri diritti», in virtù dell'articolo 4 (2) del BIT, e che la condotta dei tribunali indiani fosse in violazione di ciò. Infine, *White Industries* sostenne che il ritardo da parte dei tribunali indiani equivale ad un'espropriazione dei suoi diritti derivanti dal giudizio, ai sensi dell'articolo 7 del BIT.

Il tribunale, dopo aver esaminato la precedente giurisprudenza concluse che il giudizio dell'ICC rappresentò una cristallizzazione dei diritti di *White Industries* derivanti da un contratto e che quindi poté essere qualificato come parte dell'investimento originale dell'azienda australiana in India per cui soggetto alla protezione offerta agli investimenti dal BIT¹⁰¹.

Il tribunale concluse che non vi fosse alcuna violazione delle legittime aspettative di *White Industries*, in quanto *White Industries* doveva essere a conoscenza del fatto che accogliere una richiesta di annullamento di un giudizio straniero era una pratica regolare all'interno del sistema legale indiano. In merito alla pretesa della *White Industries* che il giudizio fosse fatto rispettare in modo tempestivo, il tribunale affermò che *White Industries* sapesse o avrebbe dovuto sapere, nel momento in cui stipulò il contratto, che le corti indiane erano sovraccaricate¹⁰². Infine, secondo il tribunale, non vi furono alcune prove che

⁹⁹ Ivi, para 3.2.64;

¹⁰⁰ Ivi, para 4.3.2;

¹⁰¹ Ivi, para 7.6.10;

¹⁰² Ivi, para. 10.3.14;

consentirono di affermare che l'India fosse un luogo pericoloso in cui investire¹⁰³. Per tutte queste ragioni, il tribunale affermò che l'accusa di violazione dello standard giusto ed equo sancito ai sensi dell'articolo 3 (2) del BIT India – Australia non sussistesse.

Il tribunale respinse anche l'accusa di diniego di giustizia avanzata da *White Industries*. Il tribunale sostenne che nonostante la durata del procedimento ed il ritardo da parte della Corte suprema fossero insoddisfacenti, nessuno dei due costituiva ancora diniego di giustizia e non vi fu alcun indizio di malafede¹⁰⁴.

Il tribunale respinse l'affermazione di espropriazione di *White Industries* ai sensi dell'articolo 7 del BIT, rilevando che né il valore dell'investimento, né i diritti di *White Industries* ai sensi del contratto furono influenzati, in quanto il tribunale indiano non si è ancora pronunciata sulla domanda di annullamento di giudizio presentata dall'India né si è pronunciata sulla domanda di esecuzione del giudizio presentata da *White Industries*. Per cui non si può ancora parlare di esproprio¹⁰⁵.

Infine, sebbene il requisito di “*mezzo efficace per far valere le proprie pretese e far rispettare i diritti*” non sia previsto dal BIT India-Australia, il tribunale ritenne che, in virtù della clausola della nazione più favorita contenuta all'interno BIT India-Australia, la quale prevede

“A Contracting Party shall at all times treat investments in its own territory on a basis no less favourable than that accorded to investments of investors of any third country.”¹⁰⁶

le *White Industries* avrebbero potuto invocare lo “*standard dei mezzi effettivi*” accettato all'interno del BIT India-Kuwait, il quale all'interno dell'articolo 4, paragrafo 5 prevede lo standard dei «mezzi effettivi» come segue

“[...] Each Contracting State shall in accordance with its applicable laws and regulations provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments and ensure to investors of the other Contracting State. the right of access to its courts of justice. administrative

¹⁰³ Ivi, para. 10.3.18;

¹⁰⁴ Ivi, para. 10.4.22-24;

¹⁰⁵ Ivi, para. 12.3.6;

¹⁰⁶ Art. 4 (2) of the *Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the promotion and protection of investments*, 1999;

tribunals and agencies. and all other bodies exercising adjudicatory authority [...]"¹⁰⁷

Il tribunale applicò il criterio dei mezzi effettivi alla richiesta delle *White Industries* e giunse alla conclusione che l'incapacità della magistratura indiana di decidere sulla richiesta giurisdizionale delle *White Industries* in oltre nove anni equivale a un indebito ritardo. Questo indebito ritardo, secondo il tribunale, violò gli obblighi dell'India derivanti dal trattato di fornire agli investitori stranieri "mezzi effettivi per far valere i propri diritti e le proprie pretese"¹⁰⁸, per cui il tribunale ritenne che l'India si trovò in violazione dell'articolo 4 (2) del BIT India-Australia.

1.4.2 Il nuovo modello di BIT

Il caso *White Industries v. India* e tutti i successivi avvisi ISDS che arrivarono all'India fecero cambiare atteggiamento all'India nei confronti dei BIT, infatti, vari soggetti interessati, quali il Parlamento, il mondo accademico e la società civile iniziarono ad esaminare criticamente i BIT e ciò condusse alla revisione dei BIT indiani da parte del governo¹⁰⁹. Il governo indiano espresse il proprio parere in merito ai BIT all'interno di un *paper* intitolato '*International Investment Agreements Between India and other Countries*' nel quale affermò di voler riconsiderare il ruolo dei BIT per attirare gli investimenti diretti esteri in quanto mise in discussione la relazione tra i BIT e l'aumento di tali investimenti¹¹⁰. Nel settembre del 2012 il governo decise di costituire un comitato di segretari, presieduto dal segretario del gabinetto indiano per supervisionare tutte le questioni derivanti dai BIT. All'interno di tale comitato di segretari venne successivamente creato un gruppo di lavoro con l'incarico di preparare una bozza del testo revisionato del modello di BIT indiano e fornire una tabella di marcia dettagliata

¹⁰⁷ Art. 4 (5) of the *Agreement between the Republic of India and the State of Kuwait for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 27 November 2001;

¹⁰⁸ UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. the Republic of India*, Final Award, 30 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>, para. 11.4.19;

¹⁰⁹ RANJAN, P. *India and Bilateral Investment Treaties: refusal, acceptance, backlash*. Oxford University Press, p. 197;

¹¹⁰ Ivi, p. 198;

per la rinegoziazione dei BIT indiani¹¹¹. A seguito di tale processo di revisione il governo indiano affermò che i BIT indiani non furono ben redatti in quanto contenevano disposizioni ampie e vaghe che consentirono ampie interpretazioni da parte dei tribunali ISDS e ciò andò a ledere il potere normativo dello Stato ospitante¹¹².

Il processo di revisione terminò nel 2012 e condusse a tre esiti: in *primis* l'India adottò un nuovo modello di BIT nel 2016; secondo, l'India notificò unilateralmente la volontà di estinguere i BIT esistenti con cinquantotto Paesi e terzo, l'India richiese a venticinque Paesi coi quali aveva concluso dei BIT di rilasciare delle dichiarazioni interpretative congiunte al fine di chiarire eventuali incertezze ed ambiguità che sarebbero potute sorgere a riguardo dell'interpretazione e all'applicazione delle norme presenti all'interno dei BIT, così da evitare interpretazioni estensive da parte dei tribunali¹¹³.

In *primis* il processo di revisione avviato in India in materia di BIT condusse alla stesura di un nuovo modello di BIT il quale sostituì il modello già esistente del 2003. Inizialmente, nel marzo 2015 venne pubblicata una bozza del nuovo modello di BIT¹¹⁴. La *Law Commission of India*, a seguito della pubblicazione di tale bozza, decise di effettuare uno studio approfondito della stessa analizzando le disposizioni presenti e avanzò alcuni suggerimenti di modifiche da apportare sul testo finale. Il rapporto di questa commissione legislativa ebbe come obiettivo quello di “aiutare il governo a realizzare un testo negoziale che fosse equilibrato e che tenesse in considerazione la tutela degli investitori indiani che investono all'estero, nonché della salvaguardia dei poteri normativi dello Stato”¹¹⁵. A seguito di questo rapporto

¹¹¹ Ivi, p. 200;

¹¹² Government of India, Department of Economic Affairs, *Transforming the International Investment Agreement Regime*, n.44;

¹¹³ Government of India, Ministry of Finance, Department of Economic Affairs, *Office Memorandum - Regarding Issuing Joint Interpretative Statements for Indian Bilateral Investment Treaties*, (8 February 2016), http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf;

¹¹⁴ Government of India, Ministry of Finance, *Draft Indian Model Bilateral Investment Treaty Text*, [Draft Indian Model Bilateral Investment Treaty Text | MyGov.in](http://mygov.in);

¹¹⁵ Law Commission of India, *Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Treaty*, Report no. 260, <https://indiankanoon.org/doc/4667999/>;

l'India il 28 dicembre 2015 approvò il modello di BIT finale¹¹⁶, il quale fu pubblicato il 14 gennaio 2016, riducendo alcune delle disposizioni pro-stato che furono inserite all'interno della bozza del modello di BIT. Tra le novità introdotte all'interno di questo nuovo modello di BIT vi è un capitolo sugli obblighi degli investitori, il capitolo tre, il quale richiede agli investitori di rispettare la legislazione dello Stato ospitante¹¹⁷ e di aderire volontariamente agli standard riconosciuti a livello internazionale in materia di responsabilità sociale d'impresa¹¹⁸, inoltre, comprende un meccanismo ISDS che prevede l'esaurimento dei rimedi locali prima dell'inizio dell'arbitrato e impone delle tempistiche rigorose per la presentazione di una controversia dinanzi ad un tribunale arbitrale. L'obiettivo di questo nuovo modello di BIT è quello di “fornire un'adeguata protezione agli investitori stranieri in India e agli investitori indiani in un paese straniero, mantenendo al contempo un equilibrio tra i diritti degli investitori e gli obblighi del governo”¹¹⁹. L'adozione del modello di BIT del 2016 da parte dell'India dimostra che, a differenza di altri Paesi che decisero di uscire completamente dal sistema dei BIT, l'India continua a riporre fiducia nel sistema, però apportandovi alcune modifiche.

A seguito del processo di revisione dei BIT il governo indiano, seguendo l'esempio Sud Africano, decise anche di estinguere unilateralmente tutti i BIT esistenti la cui validità era scaduta¹²⁰, per cui il Parlamento indiano emise avvisi di estinzione per ben cinquantotto BIT, tra cui quelli con la Cina, Corea, Danimarca,

¹¹⁶ *Model text for the Indian Bilateral Investment Treaty. Bilateral Investment treaty between the Government of the Republic of India and ___, 2015;*

¹¹⁷ Ivi, art. 11 “The parties reaffirm and recognize that: (i) Investors and their investments shall comply with all laws, regulations, administrative guidelines and policies of a Party concerning the establishment, acquisition, management, operation and disposition of investments [...]”;

¹¹⁸ Ivi, art. 12 “Investors and their enterprises operating within its territory of each Party shall endeavour to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices [...]. These principles may address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.”;

¹¹⁹ Government of India, ‘*Comments on the 2015 Draft Model BIT*’;

¹²⁰ Government of India, Ministry of Finance, Department of Economic Affairs, ‘*Major policy initiatives/achievements/highlights of the year 2016*’, December 2016, <https://dea.gov.in/sites/default/files/Year%20End%20Review%20Final%20.pdf>;

Germania, Italia e Russia come si può vedere dal database dell'UNCTAD¹²¹. Tuttavia, nonostante l'estinzione di questi BIT le disposizioni presenti in essi continueranno a rimanere in vigore per tutti quegli investimenti che furono conclusi prima della estinzione del trattato per un ulteriore periodo di quindici anni, grazie alle cosiddette clausole di sopravvivenza presenti in molti BIT. Ad esempio all'interno del trattato tra Cina e India del 2006 all'interno dell'articolo 16 (2) vi è la clausola di sopravvivenza che sancisce la validità delle disposizioni presenti nei trattati per ulteriori quindici anni dal momento della estinzione per tutti gli investimenti effettuati prima di essa¹²². Inoltre, i BIT possono essere estinti non solo unilateralmente, ma anche ai sensi dell'articolo 54 (b) della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, il quale consente alle parti contraenti di recedere da un trattato in qualsiasi momento con il consenso di tutte le parti previa consultazione degli altri Stati contraenti¹²³. Pertanto, i BIT possono essere estinti anche per consenso, ovvero quando entrambi i Paesi accettano reciprocamente di estinguere il trattato. Dal punto di vista dello Stato ospitante, l'estinzione reciproca dei BIT presenta il vantaggio di annullare la clausola di sopravvivenza, poiché, la clausola di sopravvivenza entra in vigore solo se un BIT viene estinto unilateralmente¹²⁴.

Infine, ai sensi dell'articolo 31 (3) (a) della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* si afferma che oltre al contesto, per l'interpretazione di un trattato bisogna prendere in considerazione anche qualsiasi accordo che sia stato stipulato tra le parti

¹²¹ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di Investimento della Repubblica dell'India*: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/96/india>;

¹²² *Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments*, article 16 (2): "Notwithstanding termination of this Agreement pursuant to paragraph (1) of this Article, the Agreement shall continue to be effective for a further period of fifteen years from the date of its termination in respect of investments made or acquired before the date of termination of this Agreement.", <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/742/download>;

¹²³ *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, 1969, art. 54 (b): "L'estinzione di un trattato o il ritiro di una parte possono avere luogo: [...]in ogni momento, con il consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri Stati contraenti";

¹²⁴ RANJAN, P. *India and Bilateral Investment Treaties: refusal, acceptance, backlash*, 2019, vedi nota 104, p. 213;

concernente l'interpretazione del trattato stesso¹²⁵. Per cui tenendo conto dell'articolo 31 (3) (a) della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* si sostenne sostenuto che rilasciare delle dichiarazioni interpretative congiunte è uno dei modi con cui gli Stati possono riaffermare il controllo sui BIT e limitare le interpretazioni ed applicazioni estensive delle norme presenti all'interno dei BIT effettuate dai tribunali ISDS¹²⁶. L'India a seguito del processo di revisione decise di richiedere a venticinque Paesi, coi quali aveva concluso dei BIT, di rilasciare delle dichiarazioni interpretative congiunte, ovvero Arabia Saudita, Bahrain, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Brunei, Cina, Colombia, Finlandia, Giordania, Islanda, Kuwait, Laos, Lettonia, Libia, Lituania, Macedonia, Messico, Mozambico, Myanmar, Senegal, Serbia, Siria, Sudan, Trinidad e Tobago e Turchia. L'India propose che tali “dichiarazioni interpretative congiunte debbano essere lette assieme al trattato e devono essere considerate come parte integrante del trattato stesso”¹²⁷. Successivamente, le proposte dell'India riguardarono principalmente chiarimenti su alcune disposizioni presenti all'interno dei BIT, come ad esempio la definizione di investimento, la clausola di trattamento giusto ed equo, la clausola della nazione più favorita. Tali dichiarazioni interpretative congiunte furono effettuate per riaffermare il proprio controllo sull'interpretazione dei BIT e per poter conciliare la protezione degli investimenti con il potere normativo dello Stato ospitante¹²⁸.

¹²⁵ *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, art. 31 (3) (a): “Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute”;

¹²⁶ METHYMAKI, E. & TZANAKOPOULOS, A. *Master of Puppets? Reassertion of Control through Joint Investment Treaty Interpretation*, Research Paper n. 10/2016; Cambridge University Press, Andreas Kulick, ed., 2017, pp. 155-181;

¹²⁷ *Joint Interpretative Declaration Between the Republic of India and the Republic of Colombia Regarding the Agreement for the Promotion and Protection of Investments Between India and Colombia*, 10th November 2009, note 1 (1);

¹²⁸ RANJAN, P. *India and Bilateral Investment Treaties: refusal, acceptance, backlash*, 2019, vedi nota 104, p. 205;

1.5 Repubblica Popolare Cinese

La Repubblica Popolare Cinese, dalla sua costituzione nel 1949, adottò un approccio ostile nei confronti del diritto internazionale degli investimenti, una spiegazione di tale atteggiamento può essere trovata nell'adesione cinese alla dottrina marxista, la quale rifiuta la proprietà privata o anche nell'esperienza cinese di dominio coloniale e di interventi stranieri. Per cui il diritto internazionale, in particolar modo il diritto internazionale degli investimenti, fu visto dagli studiosi cinesi come uno strumento utilizzato dagli imperialisti per opprimere e sfruttare¹²⁹. Solo con l'introduzione della *'open-door policy'* nel 1978 il governo cinese volle iniziare a costruire un sistema legale moderno così da poter attuare una riforma economica, per cui cambiò la propria posizione in merito al diritto internazionale degli investimenti ed iniziò a concludere BIT con diversi Paesi¹³⁰. Il primo BIT concluso dalla Cina fu con la Svezia nel 1982 e da allora ha in totale 145 BIT, di cui 107 sono tuttora in vigore, sedici sono solo firmati ma non sono mai entrati in vigore ed i restanti ventidue sono estinti¹³¹. La Cina con i suoi 145 BIT è il secondo Paese ad aver concluso il maggior numero di BIT, dopo la Germania, la quale ne concluse 155¹³². La maggior parte di questi BIT sono con Paesi in via di sviluppo, il che riflette l'interesse della Cina nel rafforzare i propri rapporti diplomatici con questi paesi e creare un quadro giuridico più favorevole per aumentare gli investimenti delle imprese cinesi all'estero¹³³.

Nel corso degli anni '80 la Cina concluse diversi BIT con l'Occidente in quanto aveva come obiettivo promuovere i flussi di investimenti esteri, così da poter stimolare la crescita economica dopo decenni di isolamento economico. Per cui la

¹²⁹ BERGER, A. *China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making*, in American Society of International Economic Law Interest Group 2008 conference in Washington DC, November 2008;

¹³⁰ GALLAGHER, N. *Role of China in Investment: BITs, SOEs, Private Enterprises and Evolution of Policy*, ICSID Review, Vol. 31, No. 1 2016, p. 88–103. doi:10.1093/icsidreview/siv060;

¹³¹ UNCTAD, *Trattati Bilaterali di investimento della Repubblica Popolare Cinese*: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>;

¹³² *Ibidem*;

¹³³ BERGER, A. *Investment rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China following the global trend towards comprehensive agreements?*, in Deutsches Institute für Entwicklungspolitik, July 2013;

Cina in questi anni adottò il modello di BIT promosso dagli europei, però, riuscì ad introdurre alcune restrizioni, in particolar modo queste restrizioni concernevano il campo di applicazione della clausola ISDS, la quale copre solo le controversie relative al risarcimento in caso di espropriazione e la Cina rifiutò anche di includere clausole sul trattamento nazionale¹³⁴. Tale insistenza cinese su alcune restrizioni determinò dei negoziati alquanto controversi e la rottura dei negoziati sugli investimenti con gli Stati Uniti d'America alla fine degli anni '80¹³⁵.

Successivamente, nel corso degli anni '90, a seguito dell'adozione di un nuovo modello di BIT, la Cina siglò il maggior numero di BIT, quasi dieci all'anno e la maggior parte di questi trattati furono firmati con Paesi in via di sviluppo dell'Asia, dell'Africa e dell'America Latina. Questo passaggio radicale da Paesi partner sviluppati, principalmente europei, a Paesi poveri e in via di sviluppo può essere compreso se si prende in considerazione il turbolento contesto della politica interna cinese di quegli anni culminata con la protesta in piazza Tienanmen del 1989 e i conseguenti tentativi da parte dei Paesi occidentali di isolare la Cina a livello internazionale. Per cui il Governo cinese utilizzò i BIT come mezzo per promuovere relazioni amichevoli con i Paesi in via di sviluppo sostenendo che la cooperazione sud-sud potesse essere vantaggiosa per entrambe le parti¹³⁶. Infatti, nel 1993 la Cina divenne uno Stato contraente alla *Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*¹³⁷.

Nel 1998 la Cina adottò un nuovo modello di BIT, tuttora in vigore, il quale è più liberale rispetto a quelli precedenti. In quanto la Cina in questi anni volle spingere le proprie aziende ad investire all'estero, infatti, proprio per tale scopo, nel 1999 il governo lanciò la strategia '*Going Global*'¹³⁸. I BIT conclusi secondo questo nuovo modello contengono tutte le disposizioni standard che si possono trovare

¹³⁴ BERGER, A. *Hesitant Embrace: China's recent approach to international investment rule-making*, in *Journal of World Investment & Trade*, 23 June 2015;

¹³⁵ *Ibidem*;

¹³⁶ *Ibidem*;

¹³⁷ ICSID, *Stati Membri alla Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, in <https://icsid.worldbank.org/about/member-states>;

¹³⁸ DE CONTI, B., CARLOS DIEGUES, A. *Foreign direct investments in the BRICS countries and internationalization of Chinese capital*, *BRICS Journal of Economics*, volume 3, number 2, 2022, p. 129 - 142, DOI 10.3897/brics-econ.3.e96300;

all'interno dei BIT occidentali¹³⁹, tra cui anche la possibilità di scegliere se risolvere le controversie tra Stato ed investitore dinanzi a un tribunale nazionale o se dinanzi ad un tribunale ICSID¹⁴⁰. Il BIT tra Cina e Barbados del 1998 fu il primo BIT cinese ad offrire agli investitori stranieri l'accesso all'arbitrato internazionale¹⁴¹ e successivamente tale possibilità venne inserita in tutti i BIT conclusi dalla Cina, per cui segnò un radicale cambiamento rispetto ai modelli precedenti. Inoltre, è importante evidenziare come l'accesso all'arbitrato internazionale fu inserito per primo all'interno dei BIT con i Paesi in via di sviluppo, i quali sono i principali destinatari degli IDE cinesi, ciò a dimostrazione di come la Cina si comporta come un paese esportatore di IDE e, dunque, vuole aumentare la protezione a livello giuridico dei propri investimenti all'estero¹⁴². Meramente come conseguenza di questo cambiamento tale clausola fu successivamente inserita all'interno dei BIT anche con alcuni Paesi sviluppati, ad esempio con i Paesi Bassi nel 2001¹⁴³.

Nel corso degli anni 2000 vi fu un ulteriore cambiamento nell'approccio cinese alla stipula dei BIT cercando di trovare un nuovo equilibrio tra i diritti degli investitori e dello Stato ospitante. Infatti, i BIT cinesi più recenti sembrano essere stati influenzati dai cambiamenti della giurisprudenza, ma anche da quelli che furono i cambiamenti apportati dai Paesi Nordamericani a seguito di varie dispute tra investitore-stato nel contesto del NAFTA (*North American Free Trade Agreement*)¹⁴⁴. In particolar modo, la Cina sta cercando di adottare disposizioni più

¹³⁹ BERGER, A. *China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making*, in American Society of International Economic Law Interest Group 2008 conference in Washington DC, November 2008;

¹⁴⁰ GALLAGHER, N., *vedi nota* 125;

¹⁴¹ *Agreement between the Government of Barbados and the Government of the People's Republic of China*, 1998, art. 8 (2): "If a dispute cannot thus be settled within six months, it shall, upon the request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral tribunal.";

¹⁴² BERGER, A. *China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rational and implications for international investment law making*, in American Society of International Economic Law Interest Group 2008 conference in Washington DC, November 2008;

¹⁴³ *Agreement on encouragement of reciprocal protection of investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands*, 2001, art. 9 (2): "If a dispute cannot thus be settled within six months, it shall, upon the request of either Contracting Party, be submitted to an ad hoc arbitral tribunal.";

¹⁴⁴ BERGER, A. *Investment rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China following the global trend towards comprehensive agreements?*, in Deutsches Institute für Entwicklungspolitik, July 2013;

equilibrate nei BIT conclusi con Paesi ASEAN¹⁴⁵, Canada, Colombia, Corea, Giappone, Messico, Nuova Zelanda e Perù, invece, all'interno dei BIT con i paesi europei non vi sono tali disposizioni più equilibrate, anzi continuano a fare affidamento sul modello classico di BIT in cui vengono concessi solo agli investitori ampi diritti¹⁴⁶. Per cui possiamo vedere come la Cina utilizza un approccio flessibile secondo il quale applica il modello di BIT in base al partner con cui sta negoziando un trattato in quel momento. Tra alcuni dei cambiamenti all'interno dei BIT cinesi vi è l'inclusione della dicitura '*in circostanze simili*' in merito alle clausole di nazione più favorita, trattamento nazionale e anche in merito al risarcimento, tale inclusione serve per ridurre le possibilità di interpretazione dei tribunali arbitrali. Quindi i BIT più recenti stanno tentando di attuare un ulteriore liberalizzazione degli investimenti e nonostante sia improbabile che la Cina estenda la clausola sul trattamento nazionale alle fasi di pre-costituzione degli investimenti esteri, sta iniziando a garantire agli investitori il diritto a ricevere il miglior trattamento in materia di ammissione, che viene concesso agli investitori di qualsiasi paese terzo¹⁴⁷.

1.5.1 *Belt and Road Initiative*

Ulteriori riforme alla politica sugli investimenti esteri cinesi avvennero a partire dal 2013 quando il Presidente cinese, Xi Jinping propose la creazione della '*Belt and Road Initiative*' (BRI), la quale mira ad integrare la Cina nell'economia globale anche attraverso gli investimenti¹⁴⁸. Con la BRI vi furono significativi cambiamenti alla legislazione sugli investimenti cinesi sia a livello nazionale che internazionale. A livello nazionale la Cina adottò nuove leggi sugli investimenti e politiche per realizzare la BRI, così da promuovere, regolamentare e proteggere gli investimenti cinesi verso l'estero¹⁴⁹. La Cina dovette applicare tali nuove legislazioni in quanto

¹⁴⁵ Paesi ASEAN: Birmania, Brunei, Cambogia, Filippine, Indonesia, Laos, Malaysia, Singapore, Thailandia, Vietnam;

¹⁴⁶ BERGER, A. *Investment rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China following the global trend towards comprehensive agreements?*, in Deutsches Institute für Entwicklungspolitik, July 2013;

¹⁴⁷ *Ibidem*;

¹⁴⁸ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 102;

¹⁴⁹ *Ivi*, p. 103;

in passato la priorità del governo cinese fu quella di attirare investimenti diretti esteri così da far sviluppare la propria economia, anziché promuovere investimenti all'estero, in quanto le aziende cinesi non erano considerate abbastanza forti o competitive. Invece, con l'espansione dell'economia cinese nel corso degli anni 2000 vi fu un cambiamento di strategia, con la cosiddetta strategia 'Going Abroad', il cui obiettivo era quello di promuovere gli investimenti esteri. Per quanto riguarda la realizzazione della BRI le autorità cinesi adottarono nuove leggi, ad esempio nel 2017 pubblicarono delle linee guida su come dirigere e regolamentare la direzione degli investimenti, elencando i settori in cui incoraggiare, restringere o vietare gli investimenti¹⁵⁰. La Cina, inoltre, evidenziò sempre come la BRI per avere successo non deve essere condotta unilateralmente dalla Cina ma richiede una cooperazione internazionale da parte di tutti gli Stati membri¹⁵¹, per tale motivo nell'ambito degli investimenti della BRI più di cinquanta accordi furono firmati tra la Cina e i suoi partner, andando così a coprire sei principali corridoi economici internazionali¹⁵². Dati gli aumenti degli IDE cinesi e la BRI, la Cina si rese conto di dover andare a modificare ulteriormente i propri BIT, che come già affermato furono sempre molto conservatori, così da raggiungere un equilibrio migliore tra investitore e Stato¹⁵³. È importante modificare i BIT anche perché la Cina è il secondo Stato ospitante più grande e al momento Pechino è suscettibile di diverse rivendicazioni internazionali da parte degli investitori stranieri, per tale motivo la Cina è fortemente interessata nelle riforme dell'ISDS e partecipa attivamente nei dibattiti UNCITRAL, a tal proposito sostiene che bisognerebbe migliorare le norme ed i meccanismi multilaterali per regolamentare le controversie in materia di investimenti così da tutelare i poteri normativi dello Stato ospitante e proteggere gli investitori¹⁵⁴. Per cui la Cina rientra tra quei paesi che riconoscono le carenze dell'ISDS ma vogliono favorirne il miglioramento anziché l'abrogazione. Nel giugno 2018 la Corte Suprema del popolo della Repubblica Popolare Cinese istituì due tribunali

¹⁵⁰ *Ibidem*;

¹⁵¹ *Ibidem*;

¹⁵² UNCTAD; *World Investment Report: Investment and the Digital Economy*, 9 May 2017, p. 19;

¹⁵³ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 105;

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 107-108;

commerciali internazionali, uno a Shenzhen ed uno a Xi'an. Questi tribunali inizialmente comparvero per la risoluzione delle controversie tra paesi BRI, ma successivamente la loro giurisdizione venne estesa per poter gestire anche controversie con altri paesi¹⁵⁵. Per cui è evidente come la Cina abbia l'ambizione di trasformarsi in un importante centro per la risoluzione delle controversie internazionali.

1.6 Repubblica del Sud Africa

La Repubblica del Sud Africa nel corso degli anni adottò un atteggiamento diverso rispetto agli altri Paesi BRICS per quanto riguarda la legislazione sugli investimenti esteri. Dal 1993, quando divenne una democrazia, fino al 2009 il Sud Africa concluse cinquanta BIT, di cui dodici furono ratificati e sono tuttora in vigore, ventisei vennero solo firmati e non entrarono mai in vigore e i restanti dodici furono estinti¹⁵⁶. Il problema dei Paesi in via di sviluppo, e anche del Sud Africa, in questi anni fu che i trattati bilaterali si conclusero senza intraprendere un'attenta valutazione dei costi e dei benefici e senza prendere in considerazione quali avrebbero potuto essere le vere implicazioni di tali BIT nel futuro, anche rispetto ad eventuali programmi nazionali di riforme socio-economiche. Inoltre, il governo concluse tali BIT senza emanare alcuna legislazione di accompagnamento per regolare la condotta degli investitori stranieri e durante le fasi negoziali degli accordi non vi fu alcuna deliberazione democratica¹⁵⁷. Per cui i trattati bilaterali nel corso degli anni '90 furono conclusi molto rapidamente col fine di attirare investimenti esteri all'interno del paese così da far crescere la propria economia e per tale motivo il Sud Africa accettò BIT contenenti obblighi soltanto in capo allo Stato ospitante e diritti soltanto per gli investitori.

¹⁵⁵ Ivi, p. 123;

¹⁵⁶ UNCTAD, Trattati Bilaterali di investimento della Repubblica del Sud Africa: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/195/south-africa>;

¹⁵⁷ SCHLEMMER, E. C. *Dispute Settlement in Investment-Related Matters: South Africa and the BRICS*. AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 212–216. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.63>;

1.6.1 Il caso *Foresti*

Il governo sudafricano si rese conto delle implicazioni dei BIT già verso la fine degli anni '90, ma ciò che determinò un vero cambio di posizione fu la prima denuncia ricevuta dal governo sudafricano nel 2007, ovvero il caso *Foresti et al. v. Sud Africa*¹⁵⁸ in cui i ricorrenti, ovvero alcuni cittadini italiani e una società lussemburghese, affermarono che il Sud Africa fosse in violazione delle disposizioni concernenti l'espropriazione sia del BIT tra Belgio, Lussemburgo e Sud Africa¹⁵⁹, sia del BIT tra Italia e Sud Africa¹⁶⁰ in quanto i ricorrenti ritennero che la legge sullo sviluppo delle risorse minerarie e petrolifere¹⁶¹ del 2004 equivale all'espropriazione dei loro diritti minerari¹⁶² in quanto l'atto richiese alle compagnie minerarie di trasferire il 26% delle loro azioni ai sudafricani storicamente svantaggiati, in virtù dell'articolo 25 della Costituzione sudafricana, il quale sancisce che:

“Nessuna disposizione di questo articolo può impedire allo stato di adottare misure legislative o altre misure per giungere alla riforma terriera, idrica e correlati, al fine di porre rimedio agli effetti delle discriminazioni razziali del passato, a condizione che ogni azione intrapresa ai sensi di questo articolo sia conforme alle disposizioni dell'art. 36(1)”¹⁶³.

¹⁵⁸ ICSID, *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, Case No. ARB(AF)/07/01, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>;

¹⁵⁹ Agreement between the Republic of South Africa and the Belgo-Luxembourg Economic Union on the reciprocal promotion and protection of investments, art. 5, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7171/download>;

¹⁶⁰ Accordo tra il governo della Repubblica italiana e il governo della Repubblica del Sud Africa in materia di promozione e protezione degli investimenti, 1999, art. 5, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3216/download>;

¹⁶¹ Mineral and Petroleum Resources Development Act (MPRDA), South Africa, 2004;

¹⁶² ICSID, *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, Case No. ARB(AF)/07/01, Award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>, para. 59;

¹⁶³ Article 25 (8) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996;

Tale disposizione della Costituzione sudafricana permise anche l'introduzione del '*Broad-Based Black Economic Empowerment*' del 2003¹⁶⁴, ovvero una politica del governo sudafricano la quale mira a facilitare una più ampia partecipazione all'economia da parte delle persone di colore, così da correggere le disuguaglianze provocate dall'*apartheid*'¹⁶⁵. Per cui il governo sudafricano rispose affermando che l'espropriazione dei diritti minerari avvenne rispettando i quattro criteri sanciti all'interno dei BIT, ovvero, l'espropriazione avvenne per scopi pubblici; fu rispettato l'obbligo di fornire un risarcimento immediato e tempestivo; la legge sullo sviluppo delle risorse minerarie e petrolifere del 2004 fu conforme al requisito di giusto processo sancito all'interno dei due BIT presi in esame, ovvero quello italiano e quello belga-lussemburghese; infine, in merito alla non discriminazione il governo sudafricano affermò che nonostante la legge sullo sviluppo delle risorse minerarie e petrolifere tratta diversamente gli investitori sudafricani e quelli stranieri, tale differenza di trattamento rientrerebbe all'interno delle competenze del governo sudafricano riguardo la determinazione di quali misure siano ragionevoli e giustificabili per la promozione di interessi pubblici¹⁶⁶. Infine, la causa fu risolta nel 2010 con il tribunale chiamato solo a statuire sulle spese, in virtù dell'articolo 58¹⁶⁷.

1.6.2 *Promotion of Investment Act*

Il caso *Foresti* rese evidente alle autorità sudafricane che la capacità dello Stato di regolare i propri obiettivi di politica interna si ritrovò seriamente minacciata dagli obblighi dei trattati bilaterali di investimento in vigore e dall'arbitrato internazionale sugli investimenti. Per tale motivo il governo sudafricano nel 2007 decise di intraprendere una revisione dei propri BIT così da valutarne il loro impatto sui poteri normativi dello Stato e per considerarne l'impatto che ebbero sulla crescita economica del Paese ed i risultati di tale valutazione furono pubblicati

¹⁶⁴ The Broad-Based Black Economic Empowerment Act 53, 2003;

¹⁶⁵ MOSSALAM, M. *Process Matters: South Africa's Experience Exiting its BITs*. University of Oxford, the Global Economic Governance Programme, 2015;

¹⁶⁶ ICSID, *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, Case No. ARB(AF)/07/01, Award, para. 69-72;

¹⁶⁷ ICSID Arbitration (Additional Facility Rules), 2006, art. 58;

nel giugno 2009 dal Dipartimento del Commercio e dell'Industria sudafricano. Sulla base di questa revisione il Consiglio dei Ministri sudafricano adottò una serie di decisioni su come andare a modificare il quadro legislativo in materia di investimenti:

- (i) Develop New Investment Act to codify and clarify typical BIT-provisions into domestic law, and strengthen investor protection;
- (ii) Terminate first generation BITs and offer partners possibility to renegotiate;
- (iii) Refrain from entering into BITs in future, unless there are compelling economic and political reasons;
- (iv) Develop new model BIT as basis for any new agreement;
- (v) Establish an inter-ministerial committee to oversee the process¹⁶⁸.

Molti dei BIT siglati dal Sud Africa nel corso degli anni '90 stavano giungendo alla scadenza del loro periodo di validità, perciò, si ritenne che dovessero essere rivisti così da potervi integrare misure che garantissero il perseguimento degli obiettivi di sviluppo nazionale, sia a livello sociale che a livello economico¹⁶⁹. Il governo sudafricano, però, decise di non intraprendere tale strada e scelse, invece, di comunicare unilateralmente l'estinzione o il non rinnovo dei BIT con diversi Stati, tra cui: Argentina, Austria, Belgio-Lussemburgo, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna e Svizzera¹⁷⁰ e decisero di astenersi dalla conclusione di BIT nel futuro, a meno che non vi fossero motivazioni economiche e politiche per farlo¹⁷¹. Invece, secondo il database dell'UNCTAD, gli Stati che non ricevettero alcuna comunicazione di estinzione, e i cui BIT sono tuttora in vigore, furono: Cina, Corea del Sud, Cuba, Finlandia, Iran,

¹⁶⁸ Republic of South Africa, Department of Trade and Industry, Update on the Review of Bilateral investment treaties in South Africa, Pretoria: Report to Cabinet, 15 February 2013;

¹⁶⁹ LEON, P. *et al.* *South Africa: South Africa Declines To Renew Bilateral Investment Treaties With European Union Member States*, 5 October 2012, <https://www.mondaq.com/southafrica/international-trade-amp-investment/199586/south-africa-declines-to-renew-bilateral-investment-treaties-with-european-union-member-states>;

¹⁷⁰ SCHLEMMER, E. C. *An overview of South Africa's Bilateral Investment treaties and Investment Policy*. ICSID Review, Vol. 31, No. 1; 2016, pp. 167–193;

¹⁷¹ UNCTAD, *BRICS investment report*, 4 April 2023, https://unctad.org/system/files/official-document/diae2023d1_en.pdf, p. 22;

Mauritius, Nigeria, Repubblica Ceca, Russia, Senegal, Svezia e Zimbabwe¹⁷². Infine, i restanti ventisei BIT su cinquanta menzionati sul database UNCTAD furono soltanto firmati, ma non entrarono mai in vigore¹⁷³.

A seguito di tale revisione, inoltre, il governo della Repubblica del Sud Africa decise di sviluppare un quadro nazionale per la promozione e la protezione degli investimenti¹⁷⁴ e nel 2013 redasse il progetto di legge, il '*Promotion and Protection of Investment Bill*' (PPIB), il quale mirò a raggiungere un equilibrio tra i diritti e gli obblighi degli investitori e quelli del governo, in quanto nel quadro dei BIT esistenti gli investitori non ebbero alcun obbligo ma solo diritti, i quali furono anche più ampi dei diritti degli investitori locali, e tutti gli obblighi furono posti in capo allo Stato di origine. Inoltre, tale proposta di legge mirò ad assicurarsi che le decisioni del governo in merito al *Black Economic Empowerment* non potessero essere contestate dinanzi a tribunali internazionali in quanto percepite come un atto di espropriazione di investimenti esteri, trovando così un equilibrio tra la protezione dei diritti degli investitori e il potere normativo del governo per dare attuazione ai suoi obblighi internazionali senza dover rispondere a tribunali internazionali o dover pagare compensazioni per azioni considerate legittime nell'ambito delle politiche interne volte a correggere le disuguaglianze emerse nel passato con l'*apartheid*, rispettare i diritti garantiti dalla Costituzione e per garantire lo sviluppo economico del popolo¹⁷⁵. La proposta di legge venne aperta ai commenti dell'opinione pubblica e scatenò la reazione di diverse parti interessate e dopo alcune modifiche la versione ufficiale fu promulgata il 15 dicembre 2015 sotto il nome di '*Protection of Investment Act*'¹⁷⁶ il quale consiste di sedici articoli e segue la struttura dei classici BIT presentando, però, alcune differenze rispetto alle

¹⁷² Trattati bilaterali di investimento della Repubblica del Sud Africa <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/195/south-africa>;

¹⁷³ *Ibidem*;

¹⁷⁴ Sud Africa, *Report of the Portfolio Committee on Trade and Industry on its activities undertaken during the 4th Parliament*, Doc ATC 140331, 12 March 2014;

¹⁷⁵ SCHLEMMER, E. C. *An overview of South Africa's Bilateral Investment treaties and Investment Policy*. ICSID Review, Vol. 31, No. 1, 2016, pp. 167–193;

¹⁷⁶ Protection of Investment Act, act No. 22, Official Gazette, Vol. 606, No. 39514 South Africa, 2015, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/south-africa-investment-act>;

disposizioni che solitamente si trovano all'interno dei BIT, le quali verranno analizzate in dettaglio nel successivo capitolo. Nel testo finale dell'atto fu ribadito lo scopo all'interno dell'articolo 4, il quale afferma:

“The purpose of this Act is to:

- a. protect investment in accordance with and subject to the Constitution, in a manner which balances the public interest and the rights and obligations of investors;
- b. affirm the Republic's sovereign right to regulate investments in the public interest; and
- c. confirm the Bill of Rights in the Constitution and the laws that apply to all investors and their investments in the Republic¹⁷⁷”.

Il Sud Africa con la propria riforma in materia di investimenti all'interno dell'articolo 12 del *Promotion of Investment Act* si riservò anche la possibilità di adottare diverse misure atte a correggere le disuguaglianze storiche, garantire il rispetto dei diritti garantiti all'interno della Costituzione, promuovere lo sviluppo economico, preservare il patrimonio culturale e tutelare l'ambiente e garantire l'uso sostenibile delle risorse naturali presenti nel territorio.

“1) Notwithstanding anything to the contrary in this Act, the government or any organ of state may, in accordance with the Constitution and applicable legislation, take measures, which may include:

- a. redressing historical, social and economic inequalities and injustices;
- b. upholding the values and principles espoused in Section 195 of the Constitution;
- c. upholding the rights guaranteed in the Constitution;
- d. promoting and preserving cultural heritage and practices, indigenous knowledge and biological resources related thereto, or national heritage;
- e. fostering economic development, industrialisation and beneficiation;
- f. achieving the progressive realisation of socio-economic rights; or
- g. protecting the environment and the conservation and sustainable use of natural resources.

2) The government or any organ of state may take measures that are necessary for the fulfilment of the Republic's obligations in regard to the maintenance, compliance or restoration of international peace and security, or the protection of the security interests, including the financial stability of the Republic.”

Dato questo cambiamento della legislazione sudafricana in materia di investimenti al momento tre diversi regimi giuridici potrebbero andare a governare

¹⁷⁷ Ivi, art. 4;

l'investimento di un investitore estero in Sud Africa. Tra le tre, la prima opzione di tutela per gli investitori esteri è (i) la protezione ai sensi della legge generale sudafricana, poiché, prima che il *Promotion of Investment Act* diventasse operativo nel 2018, nessuno statuto prevede protezioni per gli investitori stranieri, pertanto, tutti gli investimenti avvenuti prima del 2018 – e al di fuori del quadro dei BIT – non dispongono di protezione legale diversa da quella concessa dalla legge generale sudafricana, la quale, però, potrebbe incorporare alcuni dei principi del diritto internazionale che non si trovano in conflitto con la Costituzione della Repubblica del Sud Africa¹⁷⁸. Ciò lo si evince dall'articolo 15 (2) del *Promotion of Investment act*, il quale afferma “Qualsiasi investimento effettuato [...] prima della promulgazione della presente legge sarà regolato dalla legge generale sudafricana”¹⁷⁹.

(ii) In secondo luogo, a seconda della nazionalità, un investitore potrebbe cadere sotto la protezione di un BIT ancora in vigore, o perché tale BIT non è scaduto o non è estinto o perché contiene una clausola di sopravvivenza. Le clausole di sopravvivenza permettono alle disposizioni di un trattato di essere ancora applicabili per gli investimenti conclusi quando il trattato era ancora in vigore, dunque vanno ad estendere l'applicabilità del trattato in quanto si tratta di investimenti a lungo termine. Ad esempio il BIT tra la Repubblica del Sud Africa e la Federazione Russa prevede una clausola di sopravvivenza di quindici anni all'interno dell'articolo 14 (4):

“With respect to investments made while this Agreement is in force its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of fifteen years after the date of termination”¹⁸⁰.

All'interno del *Promotion of Investment Act* del 2015 il Sud Africa ribadì, all'interno dell'articolo 15 (1) la validità delle clausole di sopravvivenza presenti all'interno dei BIT, affermando:

¹⁷⁸ SCHLEMMER, E. C. *Dispute Settlement in Investment-Related Matters: South Africa and the BRICS*. AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 212–216. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.63>;

¹⁷⁹ Protection of Investment Act, 2015, art. 15 (2);

¹⁸⁰ Agreement between the Government of the Republic of South Africa and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1998, art. 14 (4);

“With respect to investments made while this Agreement is in force its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of fifteen years after the date of termination”¹⁸¹.

(iii) Infine, gli investimenti esteri effettuati dal 2015 in poi, i quali non sono protetti da BIT, sono disciplinati dal *Promotion of Investment Act*¹⁸². Per cui, dati i cambiamenti di legislazione che avvennero negli ultimi anni è probabile che vi siano variazioni sostanziali nella durata e nel tipo di protezione che verrà garantita a coloro che vogliono effettuare investimenti nella Repubblica del Sud Africa.

¹⁸¹ Protection of Investment Act, 2015, art. 15 (2);

¹⁸² SCHLEMMER, E. C. *Dispute Settlement in Investment-Related Matters: South Africa and the BRICS*. AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 212–216. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.63>

Capitolo 2

Disposizioni nei trattati internazionali e nelle legislazioni nazionali

SOMMARIO: 1. Definizione di investitore; 2. Definizione di investimento; 3. Trattamento nazionale; 4. Clausola della nazione più favorita; 5. Clausola del trattamento giusto ed equo; 6. Clausola di piena protezione e sicurezza; 7. Espropriazione; 8. Indennizzo; 9. Risoluzione delle controversie;

2.1 Definizione di investitore

La definizione dell'investitore è uno dei primi elementi che viene trattato all'interno dei BIT in quanto serve per determinare l'ambito di applicazione dei diritti e degli obblighi derivanti da un accordo internazionale sugli investimenti, dato che un accordo si applica solo agli investitori riconosciuti ai sensi dell'accordo e solo tali investimenti traggono vantaggio dalla protezione e possono presentare, eventualmente, un reclamo per la risoluzione di una controversia. Inoltre, la definizione di investitore serve anche ai fini della giurisdizione dei tribunali arbitrali, dato che l'ambito di applicazione *rationae personae* può dipendere direttamente da cosa si intende per "investitore", infatti, essere un investitore di uno Stato parte del trattato è una condizione necessaria per presentare un reclamo. Nel diritto internazionale degli investimenti solitamente l'investitore è una persona giuridica, ma ci sono alcuni casi in cui l'investitore è una persona fisica.

Per quanto riguarda la persona fisica il diritto internazionale afferma che la nazionalità dell'investitore è determinata dalla legge nazionale dello Stato di cui si rivendica la cittadinanza, però i tribunali arbitrali internazionali in caso di dubbi circa la cittadinanza possono effettuare una verifica avvalendosi della legislazione nazionale, come avvenuto nel caso *Soufraki v. United Arab Emirates*¹⁸³. La Convenzione ICSID, ai sensi dell'articolo 25 (2) (a) richiede che la nazionalità sia stabilita su due elementi, ovvero la data del consenso all'arbitrato e la data di

¹⁸³ ICSID, *Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID ARB/02/7, Award, 7 July 2004, <https://www.italaw.com/cases/1041>;

registrazione, ma non si applica nel caso in cui la persona ha la nazionalità dello Stato parte alla controversia¹⁸⁴.

Invece, per determinare la nazionalità di una persona giuridica all'interno dei BIT possiamo trovare le seguenti strategie: (i) il luogo di costituzione in conformità con la legge in vigore nel paese, per cui le parti contraenti fanno riferimento alle disposizioni di diritto nazionale per stabilire le persone giuridiche aventi diritto alla protezione; (ii) il luogo di costituzione o dove si trova la sede legale, come fu affermato dal tribunale arbitrale all'interno della sentenza *Tokios Tokelés v. Ukraine*¹⁸⁵; (iii) il Paese in cui si trova la sede amministrativa, per cui una persona giuridica non solo deve essere costituita o incorporata nel paese ospitante ma deve avervi anche la propria sede o direzione effettiva; e (iv) il paese di controllo. La maggior parte dei BIT usano una combinazione di tali test per identificare la nazionalità delle persone giuridiche in modo che un'azienda debba soddisfarne due o più per essere riconosciuta¹⁸⁶.

Il *Cooperation and Facilitation Investment Agreement* concluso dal Brasile nel 2015 all'interno dell'articolo 3 fornisce alcune definizioni utili per comprendere l'accordo e tra tali definizioni vi è anche la definizione di investitore, la quale afferma che per investitore si intende “un cittadino, un residente o un'impresa di una delle parti che ha effettuato un investimento nel territorio dell'altra parte”¹⁸⁷. Come già affermato per quanto riguarda la definizione di persona fisica si rimanda alla legislazione nazionale, invece, per quanto concerne la definizione di persona giuridica si tratta di una definizione ampia poiché non richiede la presenza della

¹⁸⁴ Convenzione ICSID, 1965, art. 25 (2) (a): “«(2) "National of another Contracting State" means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute”

¹⁸⁵ ICSID, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID ARB/02/18, para. 28: “According to the ordinary meaning of the terms of the Treaty, the Claimant is an ‘investor’ of Lithuania if it is a thing of real legal existence that was founded on a secure basis in the territory of Lithuania in conformity with its laws and regulations. The Treaty contains no additional requirements for an entity to qualify as an ‘investor’ of Lithuania”;

¹⁸⁶ OCSE; *International investment law: Understanding concepts and tracking innovations*, 2008;

¹⁸⁷ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 3 (1.4);

sede legale o il controllo ma meramente l'aver concluso un investimento all'interno del Paese ospitante. In alcuni dei BIT conclusi dal Brasile ai sensi del CFIA la definizione è la medesima del modello, ad esempio nel BIT Brasile – Emirati Arabi Uniti, invece, in alcuni casi si è voluta dare una definizione più approfondita di persona giuridica, ciò avviene ad esempio all'interno del BIT concluso tra il Brasile e l'India, in cui per investitore si intende

“[...] a) any natural person of a Party that makes an investment in the territory of the other Party; or b) any enterprise constituted and organized in accordance with the law of a Party, other than a branch, that has substantial business activities in the territory of that Party and that makes an investment in the territory of the other Party”¹⁸⁸

per cui non basta l'aver concluso un investimento all'interno dell'altro Paese parte o aver costituito l'impresa in modo conforme al diritto di una parte, ma bisogna che tale impresa svolga attività commerciali sostanziali all'interno del territorio.

La Federazione Russa all'interno delle Linee guida del 2016 non fornisce una definizione di investitore, però, all'interno dei BIT più recenti conclusi, come ad esempio il BIT tra Russia e Marocco del 2016 vi è, all'interno dell'articolo 1, una definizione di investitore molto ampia, la quale afferma

“[...] a) any natural person which is a national of the State of that Contracting Party by virtue of its laws and regulations and who makes investments in the territory of the State of the other Contracting Party, in accordance with laws and regulations of the State of the latter Contracting Party;
b) any legal person which is constituted in accordance with the laws and regulations of the State of that Contracting Party, and which makes investments in the territory of the State of the other Contracting Party, in accordance with the laws and regulations of the State of the latter Contracting Party.”¹⁸⁹

Anche il modello di BIT concluso dall'India nel 2016 prevede una definizione di investitore, dove per persona fisica si prende in considerazione la nazionalità ai sensi della legislazione nazionale, invece, per quanto riguarda la definizione di

¹⁸⁸ Investment Cooperation and Facilitation treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India, 2020, art. 2 (5);

¹⁸⁹ *Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Kingdom of Morocco on the promotion and reciprocal protection of investments*, 2016, art. 1 (2);

persona giuridica il modello di BIT indiano fornisce una definizione più approfondita

“investor” means a natural or juridical person of a Party, other than a branch or representative office, that has made an investment in the territory of the other Party;

For the purposes of this definition, a “juridical person” means:

- (a) a legal entity that is constituted, organised and operated under the law of that Party and that has substantial business activities in the territory of that Party;
- (b) or (b) a legal entity that is constituted, organised and operated under the laws of that Party and that is directly or indirectly owned or controlled by a natural person of that Party or by a legal entity mentioned under sub-clause (a) herein.¹⁹⁰

per cui per essere considerato un investitore l'impresa deve essere costituita e deve operare ai sensi della legislazione di una delle parti e deve svolgere attività commerciali sostanziali nel territorio dell'altra parte, come sancito anche all'interno del BIT tra Brasile e India, già analizzato in precedenza, a dimostrazione di come la definizione di investitore all'interno di tale BIT sia stata frutto di un compromesso tra i due modelli. Però, all'interno del modello indiano vediamo un'ulteriore precisazione alla lettera (b), per cui l'investitore può essere anche un'impresa controllata direttamente o indirettamente da una persona fisica o giuridica di una delle parti, dunque si ricopre anche la fattispecie delle aziende con una struttura societaria, ovvero una società posseduta da altre società di altre nazionalità.

La Cina all'interno dei suoi BIT più recenti, ad esempio all'interno di quello concluso con la Turchia nel 2015, contiene una definizione analoga a quella del modello indiano, in quanto definisce investitore

“(a) natural persons deriving their status as nationals of a Contracting Party according to its laws,

(b) corporations, firms, business partnerships incorporated or constituted under the law of a Contracting Party and having their registered offices together with substantial business activities in the territory of that Contracting Party,

¹⁹⁰ *Indian Model BIT, vedi nota 111, art. 1 (5);*

(c) corporations, firms, business partnerships incorporated or constituted under the laws of a non-Contracting Party but directly owned or controlled by nationals in Paragraph (a) or enterprises in Paragraph (b),
who have made an investment in the territory of the other Contracting Party.”¹⁹¹

quindi include anche le imprese controllate direttamente o indirettamente da persona fisiche o giuridiche di uno degli Stati parte. L’impresa deve essere costituita seconda la legge di una delle parti e deve svolgere attività commerciali sostanziali nello Stato parte, ma la differenza rispetto ad altri BIT è che deve anche avere la propria sede legale all’interno del territorio di una delle parti contraenti, per cui devono sussistere i primi due criteri menzionati in precedenza.

Il Sud Africa, come affermato in precedenza ha ancora dei BIT in vigore tra questi vi è il BIT con altri due Paesi BRICS, ovvero la Russia e la Cina in cui si definisce investitore le persone fisiche le quali sono cittadini di uno degli Stati parte oppure le persone giuridiche stabilite o costituite in conformità alla legislazione dello Stato parte. La definizione di investitore la si può trovare anche all’interno della legislazione domestica sudafricana, infatti, all’interno del *Promotion of Investment Act* del 2015 il Sud Africa nell’articolo 1 fornisce una definizione di investitore in termini molto generali, in quanto definisce investitore come un’impresa che effettua un investimento a prescindere dalla nazionalità¹⁹². Per cui per avere una definizione più chiara bisogna guardare la definizione di ‘impresa’ contenuta sempre all’interno dell’articolo 1 la quale afferma che l’atto si riferisce sia alle persone fisiche che alle persone giuridiche a prescindere se sia costituita in Sud Africa o meno¹⁹³.

2.2 Definizione di investimento

La definizione di investimento è uno degli elementi chiave per comprendere l’ambito di applicazione dei diritti e degli obblighi derivanti da un accordo internazionale ed avere una definizione di investimento è importante, in quanto un

¹⁹¹ *Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People’s Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, art. 1 (2);

¹⁹² *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 1: “‘investor’ means an enterprise making an investment in the Republic regardless of nationality”;

¹⁹³ *Ivi*, art. 1: “‘enterprise’ means any natural person or juristic person, whether incorporated or unincorporated;”

investimento è tutelato solo se ricade nella fattispecie prevista dall'accordo internazionale. Inoltre, la definizione di investimento serve anche per definire la giurisdizione di un tribunale arbitrale, dato che l'ambito di applicazione *rationae materiae* dipende dalla definizione di investimento in particolar modo per quanto riguarda la giurisdizione ICSID, in quanto questa si estende "a qualsiasi controversia derivante da un investimento"¹⁹⁴. All'interno dell'articolo 25 della Convenzione ICSID non fu inserita alcuna definizione di investimento in quanto i Paesi parte alla Convenzione non riuscirono a trovare un accordo in merito. Affinché un tribunale ICSID si possa pronunciare su una controversia, l'investimento deve superare il cosiddetto *double-barrelled test*, ovvero deve soddisfare sia la definizione del trattato preso in esame che la definizione della Convenzione ICSID. Una sentenza rilevante per la definizione di investimento è la sentenza *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, in cui si creò il cosiddetto *Salini test*, in cui il tribunale riconobbe che dalla giurisprudenza dell'ICSID emersero dei criteri oggettivi e che devono essere soddisfatte alcune condizioni: (a) contributi, ovvero la parte contraente deve effettuare contributi nel paese ospitante che hanno un certo valore economico; (b) durata, tali contributi devono avere una certa durata; (c) rischio, i contributi comportano alcuni rischi e (d) devono contribuire allo sviluppo economico dello Stato ospitante¹⁹⁵. Le prime tre condizioni sono ampiamente riconosciute, invece, non tutti i tribunali sono d'accordo sull'ultima definizione ad esempio nel caso *L.E.S.I. S.p.A and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire* il tribunale, analizzando la definizione di investimento presente nell'articolo 25 della Convenzione ICSID e all'interno del BIT di riferimento, ovvero quello tra Italia e Algeria, affermò che la decisione presa in *Salini* fu un caso

¹⁹⁴ Convenzione ICSID, 1965, art. 25 (1): "(1) 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, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

¹⁹⁵ ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* [I], ICSID Case No. ARB/00/4, Jurisdiction, 31 July 2001, <https://www.italaw.com/cases/958>, para. 52;

isolato e che le condizioni per definire un investimento sono solo le prime tre¹⁹⁶. La definizione di investimento che solitamente viene fornita all'interno dei BIT, invece, è una definizione molto ampia e non esclusiva, in quanto si riconosce che gli investimenti sono in continua evoluzione, per cui di solito si fa riferimento a “*every kind of asset*” seguita poi da un elenco, non esaustivo, di tutte quelle attività che le parti intendono riconoscere come investimento ai fini del trattato¹⁹⁷.

Il Brasile all'interno del proprio modello di BIT concluso nel 2015 in materia di investimenti, contiene all'interno dell'articolo 3, la definizione di investimento che vuole applicare quando negozia un nuovo trattato e all'interno di tale definizione afferma che per investimento si intende

“[...] a direct investment of an investor of one Party, established or acquired in accordance with the laws and regulations of the other Party, that s, directly or indirectly, allows the investor to exert control or significant degree of influence over the management of the production of goods or provision of services in the territory of the other Party, including but not limited to [...] For the purposes of this Agreement and for greater certainty, "Investment" does not include [...]”¹⁹⁸

per cui il CFIA brasiliano si applica esclusivamente agli investimenti diretti esteri e prevede anche un requisito di controllo o influenza sulla produzione di beni o prestazioni di servizi nel territorio dell'altro Stato parte. Inoltre, come avviene solitamente all'interno dei BIT, fu inserita anche una lista non esaustiva di tutte quelle attività che possono essere considerate investimenti ai fini del trattato. La peculiarità del CFIA brasiliano, e dei nuovi modelli di BIT che si conclusero negli ultimi anni sulla base di esso, è che vi è contenuto anche un elenco di tutte le attività, le quali non possono essere considerate investimenti ai sensi dell'accordo.

All'interno delle linee guida del 2016 la Russia non fornisce una definizione di investimento a cui attenersi durante i negoziati per i nuovi BIT, infatti, nei due BIT conclusi a seguito del 2016, ovvero il BIT con il Marocco e il BIT con la Palestina, la definizione fornita per investimento è una definizione molto ampia che include

¹⁹⁶ ICSID, *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3, <https://www.italaw.com/cases/618>;

¹⁹⁷ OCSE, *International investment law: Understanding concepts and tracking innovations*, 2008;

¹⁹⁸ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 3 (1) (3);

qualsiasi tipo di attività investita da un investitore nello Stato di una parte in conformità alle leggi di tale Stato e comprende una lista non esaustiva delle attività comprese nella definizione di investimento¹⁹⁹.

L'India nel suo nuovo modello di BIT del 2016 definisce investimento come

“[...] an enterprise constituted, organised and operated in good faith by an investor in accordance with the law of the Party in whose territory the investment is made, taken together with the assets of the enterprise, has the characteristics of an investment such as the commitment of capital or other resources, certain duration, the expectation of gain or profit, the assumption of risk and a significance for the development of the Party in whose territory the investment is made. An enterprise may possess the following assets [...]. For greater clarity, investment does not include the following assets of an enterprise: [...]”²⁰⁰

L'India all'interno del proprio modello di BIT optò per inserire una definizione di investimento basata sull'impresa, considerata assieme alle sue attività. Infatti, ai sensi dell'articolo 1 (4) del modello di BIT indiano, solo un'impresa legalmente costituita in India può presentare un reclamo dinanzi ad un tribunale arbitrale ai sensi del BIT. Chiaramente lo scopo di ciò è quello di restringere la portata degli investimenti che sono protetti dal BIT così da ridurre il numero di reclami che potrebbero essere intentati contro l'India. Inoltre, vi è un evidente richiamo alla giurisprudenza precedente, e nello specifico al *test Salini* in quanto vengono menzionati contributi di un certo valore economico, la durata, il rischio ed anche il quarto elemento controverso, ovvero la contribuzione per lo sviluppo economico del paese ospitante. Inoltre, l'articolo contiene un elenco non esaustivo di tutte le attività che possono essere considerate investimenti ai sensi del BIT e un elenco esaustivo di tutte le attività di un'impresa le quali non possono essere considerate come tali.

Anche la Cina solitamente all'interno dei suoi BIT inserisce sempre una definizione di investimento molto ampia, come si può vedere ad esempio dal BIT con la Federazione Russa, il quale definisce investimento come

¹⁹⁹ *Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Kingdom of Morocco on the promotion and reciprocal protection of investments*, 2016, art. 1 (1);

²⁰⁰ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 1 (4);

“every kind of asset invested by investors of one Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party in the territory of the latter, and in particular, though not exclusively, includes [...]. Any change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments if such change does not contradict the laws and regulations of the Contracting Party in which territory the investments were made”²⁰¹

Inoltre, purché non si sia in contrasto con la legislazione domestica dello Stato ospitante, se l'attività di investimento cambia ciò non preclude la possibilità per l'investimento di essere ancora tutelato ai sensi del BIT. Così come nella maggior parte dei BIT anche quello tra Cina e Russia contiene un elenco non esaustivo di quelle che si possono considerare le attività tutelate ai sensi del trattato.

Nella prassi cinese più recente, ad esempio all'interno del BIT con la Turchia del 2015, la Cina afferma che gli investimenti che prevedono l'acquisizione di azioni o diritto di voto inferiore del 10% di una società e che non prevedono la realizzazione di una relazione economica duratura non sono disciplinati ai sensi del trattato²⁰². Inserendo tale nuova definizione la Cina limita e restringe il numero di investimenti che possono essere tutelati ai sensi del BIT.

Il Sud Africa all'interno dei BIT tuttora in vigore con i paesi BRICS definisce investimento come “ogni tipo di attività investita da investitori di una parte contraente in modo conforme alle legislazioni dell'altra parte contraente”²⁰³ e contiene un elenco non esaustivo delle attività che possono essere considerate investimenti. Invece, con la nuova legislazione introdotto nel 2015, all'interno dell'articolo 2 (1) definisce investimento come

- a. any lawful enterprise established, acquired or expanded by an investor in accordance with the laws of the Republic, committing resources of economic value over a reasonable period of time, in anticipation of profit;
- b. the holding or acquisition of shares, debentures or other ownership instruments of such an enterprise; or 50
- c. the holding, acquisition, or merger with another enterprise outside the Republic, only in so far as such holding, acquisition or merger with another

²⁰¹ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the People's Republic of China on the promotion and reciprocal protection of investments, 2006, art. 1 (1);

²⁰² Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People's Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015, art. 1;

²⁰³ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1997, art. 1 (1);

enterprise outside the Republic has an effect on an investment in the Republic.”²⁰⁴

È interessante notare come all’interno dell’articolo vi è un richiamo alla conformità alla legislazione nazionale ed anche al *test Salini* in quanto vengono menzionati due dei quattro requisiti, ovvero l’effettuare dei contributi di un certo valore economico all’interno del Paese ospitante e il requisito della durata, invece, non sono menzionati il requisito del rischio e quello della contribuzione per lo sviluppo economico del paese ospitante, il quale, però, può essere riscontrato all’interno del preambolo del *Promotion of Investment Act* il quale afferma che si “riconosce l’importanza che gli investimenti svolgono nella creazione di posti di lavoro e nella crescita economica, sviluppo sostenibile e benessere della popolazione sudafricana”²⁰⁵. Invece, all’interno del secondo paragrafo dell’articolo 2 vi è un elenco non esaustivo di tutte le attività che un’azienda può possedere e che sono riconosciute e tutelate in quanto investimenti ai fini della legislazione sudafricana.

2.3 Trattamento nazionale

Il trattamento nazionale è uno dei principi fondanti dell’Organizzazione mondiale del commercio ed è disciplinato ai sensi dell’articolo 3, il quale sancisce che “i prodotti del territorio di qualsiasi parte contraente importati nel territorio di qualsiasi altra parte contraente non dovranno essere sottoposti ad un trattamento meno favorevole di quello accordato ai prodotti simili d’origine nazionale [...]”²⁰⁶. Tale disposizione fu successivamente ripresa anche dal diritto internazionale degli investimenti, col fine di vietare ogni tipo di discriminazione sia *de jure* che *de facto* ed anche nel diritto internazionale degli investimenti si fa riferimento alle “circostanze simili”. Nella prassi generale un tribunale per determinare se vi è o meno una discriminazione nei confronti di un investitore straniero deve effettuare una comparazione col trattamento che viene riservato ai produttori nazionali e il trattamento che viene riservato agli investitori stranieri in

²⁰⁴ *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 2;

²⁰⁵ Ivi, preambolo;

²⁰⁶ Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio, 1947, art. 3 (4);

merito ai medesimi prodotti; prodotti simili nel caso in cui non vi sia il medesimo prodotto o a settori simili.

Il Brasile e l'India con i loro modelli di BIT introdussero un approccio molto simile al trattamento nazionale in quanto entrambi all'interno dei loro articoli sul trattamento nazionale, ovvero l'articolo 5 del CFIA e l'articolo 4 del modello di BIT indiano, i quali affermano che si applica esclusivamente alla fase successiva alla costituzione dell'investimento e ciò lo si evince in quanto entrambi gli articoli fanno riferimento alla "gestione, conduzione, operazioni, vendite o altre disposizioni degli investimenti nel proprio territorio"²⁰⁷. L'India, però, all'interno del suo modello approfondisce ulteriormente la questione del trattamento nazionale introducendo alcune limitazioni, in quanto al comma 2 afferma che una violazione del comma 1 sussiste solo se il provvedimento contestato costituisce una discriminazione illecita ed intenzionale²⁰⁸, quindi si prende in considerazione soltanto la discriminazione *de jure*, per cui l'intenzionalità diventa un requisito per individuare la violazione dell'articolo. Inoltre, al comma 3 viene sancito che l'articolo non si applica al governo locale, in quanto quest'ultimo non può discriminare²⁰⁹ per cui in questo modo la protezione di cui possono godere gli investitori è stata ulteriormente limitata. Infine, all'interno del comma 5 si afferma che non può essere considerata una violazione del trattamento nazionale qualsiasi misura che viene presa da una delle parti a favore dei propri investitori o dei propri investimenti se tale misura viene adottata per scopi pubblici, tra cui salute pubblica, sicurezza e tutela dell'ambiente²¹⁰.

²⁰⁷ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 5 (1) & (2): "Without prejudice to the exceptions in force under its legislation on the date of entry into force of this Agreement, each Party shall accord to investors [or to investments of investors] of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory."; see also: *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 4 (1): "Each Party shall not apply to investor or to investments made by investors of the other Party, measures that accord less favourable treatment than that it accords, in like circumstances,2 to its own investors or to investments by such investors with respect to the management, conduct, operation, sale or other disposition of investments in its territory.";

²⁰⁸ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 4 (2);

²⁰⁹ *Ivi*, art. 4 (3);

²¹⁰ *Ivi*, art. 4 (5);

Inoltre, anche per determinare se il trattamento è accordato in “circostanze simili” il Brasile e l’India introducono nei loro modelli di BIT delle disposizioni analoghe. Il Brasile afferma che per determinare se il trattamento è accordato in circostanze simili dipende da “se il trattamento distingue tra investitori o investimenti sulla base di obiettivi legittimi di interesse pubblico”²¹¹. Il modello indiano prevede una disposizione simile a quella brasiliana, però anche in questo caso più dettagliata in quanto all’interno delle note dell’articolo 4 si sancisce che la valutazione delle circostanze simili dipende da

“[...] the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate regulatory objectives. These circumstances include, but are not limited to, (a) the goods or services consumed or produced by the investment; (b) the actual and potential impact of the investment on third persons, the local community, or the environment, (c) whether the investment is public, private, or state-owned or controlled, and (d) the practical challenges of regulating the investment”²¹²

Per cui, sia il Brasile che l’India all’interno dei loro nuovi modelli di BIT limitano l’ambito di applicazione delle disposizioni in materia di trattamento nazionale, in quanto considerano la discriminazione come un elemento necessario nei casi in cui viene attuata per tutelare questioni di interesse pubblico.

La Russia nel corso dei suoi diversi modelli di BIT non sempre incluse una disposizione sul trattamento nazionale, però, a seguito della dissoluzione dell’Unione Sovietica i BIT russi iniziarono ad includere una disposizione sul trattamento nazionale, ma seguita da una clausola di eccezione²¹³, ad esempio all’interno del BIT tra Russia e Bulgaria del 1993 all’articolo 3 (3) si legge che “le parti si riservano il diritto di scegliere determinati settori in cui le attività degli investitori stranieri sono escluse o limitate”²¹⁴. Successivamente nel 2001 con il

²¹¹ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 5 (3): “whether treatment is accorded in ‘like circumstances’ depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public interest objectives.”

²¹² *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 4, footnote 2;

²¹³ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 46;

²¹⁴ *Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Bulgaria on the Encouragement and Mutual Protection of Capital Investments*, 1993, art. 3 (3)

nuovo modello di BIT la Russia inizialmente esclude alcune delle disposizioni classiche dei BIT tra cui anche quella sul trattamento nazionale, la quale successivamente fu integrata mediante un emendamento, però mantenendo ancora le clausole di eccezione²¹⁵. Per cui l’atteggiamento russo nei confronti del trattamento nazionale non subì molti cambiamenti negli anni, infatti, anche all’interno delle Linee guida del 2016 all’interno dell’articolo 3 la Russia afferma che gli accordi negoziati sulla base di tali linee guida devono prevedere il trattamento nazionale e che le eccezioni a tale disposizione vengono negoziate di volta in volta per i singoli BIT²¹⁶.

La Cina nel suo modello di BIT del 1998, il quale è tuttora in vigore, prevede una disposizione sul trattamento nazionale molto restrittiva in quanto proibisce soltanto i mezzi discriminatori diversi dalle leggi e dai regolamenti²¹⁷. Però, nelle negoziazioni di BIT più recenti la Cina sta iniziando ad introdurre alcune disposizioni sul trattamento nazionale più ampie, ad esempio all’interno del BIT con la Turchia²¹⁸ si trova una definizione classica di trattamento nazionale, però sono incluse anche alcune eccezioni ad esempio all’interno dell’articolo 3 (5) (a) si afferma che “le disposizioni sul trattamento nazionale [...] non si applicano ai vantaggi che vengono concessi da una Parte in virtù dei suoi obblighi di membro di un’unione doganale, economica o monetaria, di un mercato comune o di una zona di libero scambio”²¹⁹.

Anche il Sud Africa con il *Promotion of Investment Act* regola il trattamento nazionale affermando che “gli investitori stranieri non possono essere

²¹⁵ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 49;

²¹⁶ General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian Federation on the Promotion and Protection of Investments, 2016, art. 3 (12);

²¹⁷ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of ___ on the promotion and protection of investments, 1998, art. 3 (2);

²¹⁸ Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People’s Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015, art. 3 (2): “Each Contracting Party shall accord to investments, once established, and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party treatment not less favourable than that accorded to the investments and associated activities by its own investors in like circumstances.”;

²¹⁹ Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People’s Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015, art. 3 (5) (b);

trattati in modo meno favorevole rispetto agli investitori nazionali in circostanze simili”²²⁰ e successivamente all’interno del secondo comma contiene una lista non esaustiva per determinare circostanze simili. Va evidenziato, però, come all’interno del comma 4 il Sud Africa vuole ridurre l’ambito di applicazione del trattamento nazionale, in quanto l’articolo sancisce che non vi è un obbligo di estendere agli investitori stranieri e ai loro investimenti alcuni vantaggi di trattamento, ad esempio quelli derivanti dalla promozione dell’uguaglianza o dalla protezione delle persone storicamente svantaggiate; la promozione del patrimonio culturale, delle conoscenze indigene e delle risorse biologiche; del patrimonio nazionale o l’assistenza che si va a garantire per lo sviluppo di piccole o medie imprese o di nuove industrie²²¹. Questo comma fa comprendere esplicitamente come il Sud Africa con tale nuova legislazione sugli investimenti vuole tutelare e far sviluppare la propria economia e come il governo sudafricano sta cercando di rimediare a tutte le disuguaglianze e le discriminazioni che si vennero a creare all’interno del Paese come conseguenza dell’*apartheid*. Tale limitazione al trattamento nazionale fu già inserita dal Sud Africa anche in alcuni dei suoi BIT in passato, tra cui il BIT con la Cina del 1997 il quale all’articolo 3 (3) afferma che

“The Republic of South Africa shall in its territory accord to investments and returns of investors of the other Contracting Party treatment not less favourable than that which it accords to investments and returns of its own investors with the exception of any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation or programmes and economic activities specifically aimed to promote, protect and advance persons and groups of persons that have been disadvantaged as a result of past discriminatory practices in the Republic of South Africa”²²².

Per cui il Sud Africa, prima ancora del *Promotion of Investment Act* riuscì ad introdurre disposizioni volte a rimediare le discriminazioni provocate dall’*apartheid* già all’interno dei propri BIT, ma riuscì ad introdurre questo tipo di limitazioni alle disposizioni sul trattamento nazionale soltanto con altri paesi in via

²²⁰ *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 8 (1);

²²¹ *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 8 (4);

²²² Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1997, art. 3 (3);

di sviluppo, invece, con i paesi sviluppati inserì soltanto la classica definizione di trattamento nazionale²²³.

2.4 Clausola della nazione più favorita

Anche la clausola della nazione più favorita (*most-favoured nation - MFN*) è una delle disposizioni fondanti dell'organizzazione mondiale del commercio ed è sancita all'interno dell'articolo 1 dell'accordo GATT²²⁴ e così come al trattamento nazionale anche la MFN fu ripresa dal diritto internazionale degli investimenti. Nel contesto degli investimenti, la MFN garantisce che un paese ospitante estenda all'investitore straniero e ai suoi investimenti un trattamento non meno favorevole rispetto a quello che viene garantito agli investitori di un qualsiasi altro Paese terzo²²⁵. Per alcuni tribunali la MFN si applica a tutto l'accordo per cui sia alle norme sostanziali, che definiscono gli obblighi dello Stato, sia alle norme procedurali, che regolano la risoluzione delle controversie, invece, altri tribunali ritengono che la MFN possa essere invocata unicamente per le norme sostanziali. Ad esempio all'interno della sentenza *Siemens v. Argentina* il tribunale affermò che

“the term “treatment” is so general that the Tribunal cannot limit its application except as specifically agreed by the parties. In fact, the purpose of the MFN clause is to eliminate the effect of specially negotiated provisions unless they have been excepted”²²⁶

Per cui il tribunale sostenne che se il trattato fu redatto in termini generali bisogna presumere che le parti hanno voluto applicare la clausola della nazione più favorita all'intero trattato.

All'interno del CFIA brasiliano vi è una clausola MFN classica la quale, però, esclude espressamente da essa le “disposizioni relative alla risoluzione delle

²²³ Accordo tra il governo della repubblica italiana e il governo della repubblica del Sud Africa in materia di promozione e protezione degli investimenti, 1999, art. 3 (3): “Ciascuna Parte Contraente, nel proprio territorio, accorderà agli investimenti ed ai ricavi degli investitori dell'altra Parte Contraente un trattamento non meno favorevole di quello accordato agli investimenti dei propri investitori O degli investitori di Stati Terzi”;

²²⁴ Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio, 1947, art. 1;

²²⁵ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1;

²²⁶ ICSID, *Siemens A.G v. the Argentine Republic*, ICSID case no. ARB/02/8, Jurisdiction, 3 August 2004, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>, para. 106;

controversie contenute in un accordo sugli investimenti o in un capitolo sugli investimenti di un accordo commerciale o qualsiasi accordo di integrazione economica regionale, zona di libero scambio, unione doganale o mercato comune di cui una Parte sia membro”²²⁷. Un ulteriore aspetto interessante da evidenziare circa la clausola MFN brasiliana è che ancora una volta, come nella disposizione sul trattamento nazionale, afferma che “se il trattamento sia accordato in ‘circostanze simili’ dipende dalla totalità delle circostanze, compreso se il trattamento in questione effettua una distinzione tra investitori o investimenti sulla base di legittimi obiettivi di benessere pubblico”²²⁸.

La Russia all’interno delle Linee Guida del 2016 in merito alla clausola MFN contiene una disposizione molto simile a quella sul trattamento nazionale, in quanto afferma che nei BIT redatti secondo tali linee guida bisogna includere la clausola MFN in merito all’ammissione degli investimenti e il trattamento riservato a tali investimenti nel territorio di una Parte dove gli investimenti sono o sono stati effettuati, tranne che per un numero limitato di eccezioni che possono essere concordate tra le parti durante i negoziati²²⁹, ad esempio all’interno del modello di BIT del 2001 si consentiva alla Russia di concludere “accordi di protezione degli investimenti più favorevoli con i Paesi dell’ex-URSS senza dover estendere tali benefici ai BIT conclusi con altri Paesi”²³⁰. Inoltre, le Linee Guida russe contengono un chiarimento circa l’applicabilità della clausola MFN, in quanto affermano che in caso di una controversia, nessuna disposizione dell’accordo, inclusa la clausola MFN, fornirà agli investitori parti dell’accordo il diritto di ricorrere a meccanismi di risoluzione delle controversie diversi rispetto a quelli espressamente previsti all’interno dell’accordo stesso, a meno che le parti non abbiano concordato diversamente per iscritto²³¹.

L’India come già affermato, a seguito della sentenza *White Industries Australia Limited v. Republic of India* analizzata in precedenza, cambiò il proprio

²²⁷ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 6 (3);

²²⁸ Ivi, art. 6 (2) & (4);

²²⁹ *General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian, Federation on the Promotion and Protection of Investments*, 2016, art. 3 (13);

²³⁰ CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y., *Vedi nota 31*, p. 57;

²³¹ *General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian, Federation on the Promotion and Protection of Investments*, 2016, art. 5 (52);

atteggiamento nei confronti del diritto internazionale degli investimenti e nello specifico anche nei confronti della clausola MFN, in quanto *White Industries* in virtù della clausola MFN contenuta all'interno del BIT tra Australia e India²³², potette invocare una disposizione presente all'interno del BIT tra India e Kuwait ed applicarla a suo vantaggio al caso di specie. Secondo l'UNCTAD prestare o importare disposizioni sostanziali da un altro trattato invocando la clausola MFN lo si può fare²³³, però, per evitare che vi sia un'interpretazione troppo ampia della clausola MFN molti dei nuovi trattati di investimento cercano di definirla in maniera sempre più chiara, ad esempio elencando le norme sostanziali a cui si applica. Tuttavia nella maggior parte dei BIT si tratta ancora di una clausola descritta in modo generale, senza alcun chiarimento circa la portata delle sue applicazioni. Questo fu il caso anche dell'India e per tale motivo il Governo decise di escluderla del tutto dal suo nuovo modello concluso nel 2016 e di conseguenza anche tutti i nuovi BIT conclusi sulla base di tale modello non fanno alcun riferimento alla clausola della nazione più favorita. Allo stesso modo anche il Sud Africa, come l'India, con la creazione di una nuova legislazione in materia di investimenti decise di omettere la clausola MFN, nonostante questa fosse presente nei BIT che furono conclusi in precedenza.

La Cina all'interno dei suoi modelli di BIT incluse sempre la clausola MFN, inizialmente, però, si trattava di una clausola molto limitata e solo negli anni 2000 iniziò ad introdurre clausole MFN più ampie col modello di BIT del 1998, in virtù del quale nel 2008 la Cina concluse un BIT con la Colombia all'interno dell'articolo 3 (2) in cui afferma che

“each contracting party shall accord to investments of the investors of the other contracting party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments of the investors of any third party with respect to the operation, management, use, enjoyment or disposal of investments”²³⁴.

²³² Art. 4 (2) of the *Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the promotion and protection of investments*, 1999

²³³ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1,

²³⁴ Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the government of the Republic of Colombia and the government of the People's Republic of China, 2008, art. 3 (2);

Dunque, la clausola MFN nei BIT cinesi prende in considerazione le ‘circostanze similari’ così come nel trattamento nazionale e si applica esclusivamente alla fase successiva alla costituzione dell’investimento. Anche la Cina all’interno dei suoi BIT si esprime in modo chiaro circa l’ambito di applicazione della clausola MFN escludendola per la risoluzione delle controversie²³⁵, inoltre, presenta ulteriori eccezioni alla clausola MFN, ad esempio in caso di zona di libero scambio, unione doganale o mercato comune di cui una Parte sia membro²³⁶.

2.5 Clausola del trattamento giusto ed equo

La clausola del trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment* - FET) riguarda il modo in cui bisogna trattare gli stranieri e la proprietà degli stranieri presenti sul proprio territorio. In base al diritto consuetudinario, gli investitori stranieri hanno diritto ad un certo livello di trattamento e qualsiasi trattamento al di sotto di tale livello, dà luogo alla responsabilità dello Stato. Il concetto di FET fu individuato come uno degli elementi di tale standard minimo di trattamento che va garantito agli stranieri e ai loro beni richiesto dal diritto internazionale. Uno degli aspetti su cui ci si è focalizzati negli ultimi anni è se lo standard minimo è ancora quello sancito nel caso *Neer* del 1927 o se vi è stata un’evoluzione del diritto consuetudinario²³⁷. Infatti, si è riconosciuto che lo standard minimo sancito all’interno del caso *Neer* fu un caso isolato e che in merito alla clausola FET vi fu un’evoluzione mediante la sentenza *Mondev v. United States* e *ADF group v. United States* in cui il tribunale affermò

“We understand *Mondev* to be saying—and we would respectfully agree with it—that any general requirement to accord “fair and equitable treatment” and “full protection and security” must be disciplined by being based upon State practice and judicial or arbitral caselaw or other sources of customary or general international law.”²³⁸

²³⁵ Ivi, art. 3 (3);

²³⁶ Ivi, art. 3 (4);

²³⁷ OCSE (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing.

²³⁸ ICSID, *ADF Group v. United States*, ICSID ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>, para. 184;

Successivamente, alcuni tribunali iniziarono ad individuare una lista di principi generali da applicare per definire cosa si intende per trattamento giusto ed equo, ciò è avvenuta, ad esempio, all'interno della sentenza *Rumeli Telekom A.S. v. Kazakhstan* in cui il tribunale individuò dei principi generali che devono sussistere affinché la FET sia rispettata, ovvero lo Stato deve agire in modo trasparente e in buona fede; la condotta dello Stato non deve essere arbitraria, ingiusta o discriminatoria e lo Stato deve rispettare la correttezza procedurale e il *due process*. Inoltre, il tribunale affermò che la giurisprudenza conferma che per rispettare lo standard, lo Stato deve rispettare le ragionevoli e legittime aspettative dell'investitore²³⁹. Non tutti i tribunali, però, concordano su questi principi e gli attribuiscono rilevanza differente. In particolar modo in merito alle 'legittime aspettative' nella sentenza *SolEs Badajoz v. Spain* il tribunale introdusse un nuovo elemento, ovvero quello di *due diligence* affermando che sia lo Stato che l'investitore devono agire in maniera prudente e in modo conforme alla *due diligence* altrimenti non si può presumere di avere diritto ad una legittima aspettativa²⁴⁰. Inoltre, si affermò che non si può pretendere che non vi saranno cambiamenti nelle legislazioni, in quanto uno Stato, a meno che all'interno dell'accordo non vi sia una clausola di stabilizzazione, può cambiare le proprie legislazioni come desidera. Anche per quanto riguarda questo principio non tutti i tribunali sono d'accordo. Il trattamento giusto ed equo è una delle disposizioni più importanti all'interno dei BIT ed è anche quella sulla quale si basano la maggior parte delle controversie, questo perché non vi è una definizione precisa, però, pian piano si stanno individuando dei principi per definire FET prendendoli in prestito anche dalle legislazioni nazionali.

Il Brasile, la Russia e il Sud Africa nei loro modelli di trattati e legislazioni in materia di investimento hanno deciso di omettere una disposizione concernente la FET. In particolar modo, il Brasile all'interno del CFIA esclude esplicitamente alcune delle disposizioni basilari dei BIT, tra cui la FET, in quanto ritiene che il

²³⁹ ICSID, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID case no. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 609;

²⁴⁰ ICSID, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, para. 331;

loro utilizzo potrebbe incoraggiare i tribunali arbitrali a trasporre alcune delle classiche norme dei BIT nel contesto del CFIA²⁴¹.

La Russia nel modello di BIT del 2001 inizialmente omise disposizioni come la FET, ma poi rettificò e colmò tale lacuna con un emendamento, col quale incluse anche una disposizione sul trattamento giusto ed equo all'interno del proprio modello di BIT. Al momento la maggior parte dei BIT russi tuttora in vigore contengono una disposizione sulla FET, la quale, però, è molto generale, in quanto affermano soltanto che “ciascuna parte contraente accorda sul proprio territorio agli investimenti di investitori dell'altra parte contraente un trattamento giusto ed equo [...]”²⁴², senza fornire un'ulteriore spiegazione di cosa si intende per FET. Invece, dal 2016 con le Linee Guida la Russia volle cambiare il proprio atteggiamento, infatti, le linee guida non prevedono più alcuna disposizione sulla FET per i BIT che verranno siglati in futuro dalla Federazione Russa. Infatti, già all'interno dei primi BIT siglati ai sensi delle Linee Guida, ad esempio quello tra il Marocco e la Russia non vi è alcuna menzione alla FET.

Il Sud Africa nei BIT conclusi nel passato incluse sempre delle disposizioni in merito alla FET²⁴³, invece, all'interno del *Promotion of investment act* non vi è alcun riferimento al trattamento giusto ed equo, il quale, invece, è sostituito da norme sul trattamento nazionale riducendo ulteriormente le tutele per gli investitori stranieri. Inoltre, anziché disposizioni sulla FET all'interno dell'articolo 6 vi è il cosiddetto *fair administrative treatment* il quale riprende la protezione che viene garantita agli investimenti all'interno della Costituzione sudafricana agli articoli 32, 33 e 34, però, non vi è alcuna menzione alle misure non discriminatorie così da non andare a limitare quelle politiche che il governo sudafricano vuole attuare per correggere le discriminazioni e ingiustizie che si sono verificate nel passato a causa

²⁴¹ CHOER MORAES, H., & HEES, F, *Vedi nota 34*;

²⁴² Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2002, art. 2 (2);

²⁴³ See Agreement between the government of the Republic of Korea and the government of the Republic of South Africa on the promotion and protection of investments, 1995, art. 2 (3); Agreement between the government of Republic of South Africa and the government of the Republic of Zimbabwe for the promotion and reciprocal protection of investments, 2009, art. 3 (1)

dell'*apartheid*, come si può leggere anche dal preambolo della Costituzione sudafricana.

La Cina all'interno del suo modello di BIT del 1998 contiene una disposizione sulla FET molto generale, la quale afferma che “agli investimenti degli investitori di ciascuna parte contraente sarà sempre accordato un trattamento giusto ed equo nel territorio dell'altra parte”²⁴⁴, dunque non vi è alcun riferimento al diritto internazionale consuetudinario. Invece, in alcuni dei BIT più recenti sono inclusi anche dei riferimenti al diritto internazionale consuetudinario, ad esempio all'interno del BIT con la Colombia²⁴⁵, inoltre, è inclusa anche una lista non esaustiva di elementi indicativi di FET²⁴⁶.

Anche il governo indiano durante la stesura del suo nuovo modello di BIT decise di escludere una disposizione concernente la FET in quanto ritenne che le disposizioni sulla FET spesso furono interpretate in maniera troppo ampia dai tribunali internazionali, per cui al suo posto l'India decise di include all'interno del nuovo modello di BIT un cosiddetto ‘standard di trattamento’ all'interno dell'articolo 3, il quale prevede

“No Party shall subject investments made by investors of the other Party to measures which constitute a violation of customary international law through:

- (i) Denial of justice under customary international law
- (ii) Un-remedied and egregious violations of due process; or;
- (iii) Manifestly abusive treatment involving continuous, unjustified and outrageous coercion or harassment.

A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article”²⁴⁷.

²⁴⁴ Agreement between the government of the people's republic of china and the government of ___ on the promotion and protection of investments, 1998, art. 3 (1);

²⁴⁵ Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the government of the Republic of Colombia and the government of the People's Republic of China, 2008, art. 2 (3): “Each Party shall accord fair and equitable treatment in accordance with customary international law, and full protection and security in its territory to investment of investors of the other Contracting Party”;

²⁴⁶ Ivi, art. 2(4)(c): “‘Fair and Equitable Treatment’ includes the prohibition against denial of justice in criminal, civil, or administrative proceedings in accordance with the general accepted principles of customary law.”

²⁴⁷ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 3;

L'India, inoltre, decise di definire in modo chiaro il contenuto delle obbligazioni mediante una lista comprensiva, riprendendo i principi del diritto internazionale consuetudinario. In merito al *due process* l'India decise che deve trattarsi di una violazione irrimediabile e grave affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato, in tal modo l'India ridusse i propri obblighi e l'investitore che vuole denunciare una violazione del seguente articolo non solo deve dimostrare che vi è stata una violazione del *due process*, ma deve dimostrare anche che si sia trattata di una violazione grave e irrimediabile. Allo stesso modo, per quanto riguarda il terzo punto, l'investitore è tenuto a dimostrare che le molestie o coercizioni sono state continue, ingiustificate ed oltraggiose. Mediante tale disposizioni sullo 'standard di trattamento' l'India introdusse una soglia estremamente alta, in quanto affinché si possa parlare di una violazione dell'articolo 3 (1) i tre requisiti elencati devono essere soddisfatti cumulativamente, per cui un singolo atto non è sufficiente affinché un tribunale possa rinvenire una violazione dello standard di trattamento.

2.6 Clausola di piena protezione e sicurezza

La clausola di piena protezione e sicurezza crea un obbligo per lo Stato ospitante di non danneggiare gli investitori o i loro investimenti attraverso atti di organi statali, o atti attribuibili allo Stato e obbliga lo Stato ospitante di proteggere gli investitori e i loro investimenti da azioni di soggetti privati, ad esempio nel corso di eventuali disordini civili. Di conseguenza tale standard di piena protezione e sicurezza può essere violato da parte dello Stato ospitante sia a causa delle sue azioni, ma anche a causa di una propria inazione.

Esistono tre standard differenti i quali implicano obblighi diversi per lo Stato: (i) alcuni BIT garantiscono una protezione e sicurezza costante, questa tipologia di protezione, ad esempio, è sancita all'interno del modello di BIT cinese del 1998 e di conseguenza nei BIT cinesi conclusi in quegli anni; (ii) poi vi è protezione di polizia, per cui si va a tutelare meramente la sicurezza fisica e non anche quella giuridica; infine, (iii) piena protezione legale e sicurezza. Il primo caso in cui parlò di piena protezione e sicurezza fu il caso *AAPL v. Sri Lanka* in cui si affermò

“[...] the adjudication of State's responsibility has to be undertaken by determining whether the governmental forces were capable, under the

prevailing circumstances, to provide adequate protection that could have prevented the destructions from taking place totally or partially”²⁴⁸.

Dunque, bisogna dimostrare che lo Stato non esercitò la *due diligence* in quanto non adottò le giuste misure e l’investitore ha l’obbligo di dimostrare che se lo Stato avesse adottato misure ragionevoli allora l’evento non sarebbe mai accaduto, invece, spetta allo Stato dimostrare che l’evento non poteva essere evitato.

Un altro aspetto da prendere in considerazione quando si analizza la clausola di piena protezione e sicurezza è la distinzione tra sicurezza fisica e protezione giuridica. La prima è semplice da definire in quanto fa riferimento ad una protezione fisica contro atti terroristico o conflitti civili, invece, la seconda si definisce come la certezza delle norme e l’applicazione prevedibile delle norme, per cui lo Stato per rispettare la protezione giuridica deve garantire la certezza giuridica delle leggi e dei regolamenti che l’investitore dovrà rispettare.

Tra le disposizioni che solitamente vi sono all’interno dei BIT che il Brasile omise all’interno del CFIA, vi è anche la clausola di piena protezione e sicurezza. Nonostante tale scelta di escludere una disposizione in merito alla piena protezione e sicurezza, all’interno del BIT concluso con l’India evidentemente in fase negoziale vi fu un compromesso tra le due parti, in quanto nonostante non vi sia un articolo che parla esplicitamente di piena protezione e sicurezza, all’interno dell’articolo 4 (e) si sancisce che “[...] nessuna parte sottoporrà gli investimenti effettuati dall’altra parte a misure che costituiscono [...] discriminazione in materia di applicazione della legge, compresa la disposizione in materia di sicurezza fisica”²⁴⁹, per cui si limita tale disposizione alla sicurezza fisica.

La Russia negli anni restrinse sempre di più l’ambito di applicazione della piena protezione e sicurezza fino a rimuoverla. Nel suo modello di BIT del 1992 definì piena protezione e sicurezza come “protezione piena ed incondizionata in conformità con la legislazione dello Stato ospitante”, con l’evoluzione dei modelli di BIT, però, la Russia introdusse una protezione più ristretta in quanto nel modello di BIT del 2001 stabiliva che “lo Stato ospitante garantisce la piena protezione, in

²⁴⁸ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID case n. ARB787/3, Final Award, 27 June 1990, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>, p. 563;

²⁴⁹ Investment Cooperation and Facilitation treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India, 2020, art. 4 (1) (e);

conformità alla sua legislazione, degli investimenti effettuati sul suo territorio da investitori dell'altra parte contraente"²⁵⁰. Invece, le Linee di guida del 2016 non hanno alcun riferimento alla piena protezione e sicurezza. Probabilmente tale passaggio si può spiegare come una volontà della Russia di tutelare maggiormente i propri interessi pubblici, piuttosto che tutelare gli interessi degli investitori stranieri.

L'India in merito alla protezione e sicurezza all'interno del modello di BIT del 2015 decise di introdurre una disposizione che fa riferimento unicamente alla sicurezza fisica degli investitori e dei loro investimenti e a nessun altro obbligo di qualsiasi altro tipo²⁵¹, in questo modo ci si assicura che la piena protezione e sicurezza non possa essere estesa alla sicurezza legale, come era stato fatto da alcuni tribunali arbitrali. Analogamente, anche il *Promotion of Investment Act* sudafricano all'interno dell'articolo 9 parla esclusivamente di sicurezza fisica che deve essere garantita agli investitori stranieri e ai loro investimenti, la quale deve essere pari a quella garantita agli investitori nazionali, inoltre, sancisce che tale sicurezza fisica deve essere in conformità con gli standard minimi del diritto internazionale consuetudinario e alle risorse disponibili²⁵². La disposizione presente all'interno della legislazione nazionale sudafricana si discosta dalle disposizioni inserite dal Sud Africa all'interno dei propri BIT in quanto in passato in alcuni BIT fece riferimento solo alla piena sicurezza senza fornire ulteriori chiarimenti in merito²⁵³, mentre in altri BIT, tuttora in vigore, fa riferimento alla "piena protezione e sicurezza"²⁵⁴.

La Cina, invece, nel suo modello di BIT del 1998 inserì una disposizione che prevedeva una protezione e sicurezza costante degli investitori e dei loro investimenti presenti sul territorio dell'altra parte²⁵⁵, invece, nei BIT conclusi negli

²⁵⁰ Agreement between the Government of the Russian Federation and foreign governments on the promotion and mutual protection of investments, 2001, art. 2 (2);

²⁵¹ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 3 (2);

²⁵² *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 9;

²⁵³ Agreement between the Kingdom of Sweden and the Republic of South Africa on the promotion and reciprocal protection of investments, 1998, art. 2 (4);

²⁵⁴ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Republic of South Africa on the promotion and reciprocal protection of investments, 1998, art. 2 (2);

²⁵⁵ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of ___ on the promotion and protection of investments, 1998, art. 2 (2);

ultimi anni, ad esempio all'interno del BIT concluso con la Turchia, la Cina cambiò atteggiamento e fa riferimento alla "piena protezione e sicurezza" e afferma che le Parti devono adottare misure ragionevoli e necessarie per adempiere al loro dovere di garantire la protezione e sicurezza degli investimenti²⁵⁶.

2.7 Espropriazione

Per espropriazione si intende sottrarre la proprietà agli investitori stranieri. Negli anni '30 in una disputa tra Messico e Stati Uniti, il Messico espropriò dei beni statunitensi e gli Stati Uniti affermarono che il modo in cui l'espropriazione avvenne era illegittima, in quanto secondo gli Stati Uniti, oltre alla legislazione domestica ci sono delle regole di diritto internazionale che devono essere rispettate in merito all'indennizzo, ad esempio la formula *Hull* la quale prevede che si può espropriare ma a condizione che venga effettuato un 'pagamento rapido, adeguato ed efficace'. Invece, il Messico affermò che non sussisteva alcuna regola di diritto internazionale da rispettare in merito al pagamento di un indennizzo, ma soltanto la legislazione domestica. Nel 1962, nella risoluzione dell'Assemblea Generale n. 1803, le Nazioni Unite sostennero la posizione statunitense ed occidentale affermando che l'esproprio è possibile, ma a determinate condizioni e in conformità col diritto internazionale²⁵⁷. Ad oggi vengono ancora utilizzati i criteri sanciti nel caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* per comprendere se un'espropriazione è avvenuta in modo lecito o meno e tali criteri sono: (i) la finalità pubblica; (ii) la non-discriminazione e (iii) l'indennità tempestiva, adeguata ed efficace. Oggi quasi tutti gli accordi di investimento contengono la medesima clausola sull'esproprio con le tre condizioni le quali furono sancite nel caso Sabbatino, ma fu aggiunta anche una quarta condizione, ovvero, il rispetto del *due process*.

Inoltre, nelle disposizioni sull'espropriazione o nazionalizzazione che si trovano solitamente all'interno degli accordi internazionali di investimento, oltre ai quattro criteri da rispettare vi è una anche definizione che effettua una distinzione tra le due

²⁵⁶ Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People's Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015, art. 2 (2) & (4);

²⁵⁷ United Nations, *General Assembly Resolution 1803: "Permanent sovereignty over natural resources*, 14 December 1962, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/resources.pdf>;

tipologie di espropriazione che possono sussistere, ovvero l'espropriazione diretta e l'espropriazione indiretta. Per espropriazione diretta si intende che lo Stato ospitante sottrae la proprietà dell'investitore, per cui l'investitore viene formalmente privato del suo diritto di proprietà. L'espropriazione diretta fu il tipo di espropriazione più diffuso in passato, ma oggi si tratta dell'eccezione, invece avviene più spesso la seconda tipologia, ovvero l'espropriazione indiretta. L'espropriazione indiretta, invece, avviene quando vengono adottate misure che hanno un effetto equivalente alla nazionalizzazione o all'espropriazione, per cui non vi è formalmente un trasferimento della proprietà, però, a causa delle misure adottate dallo Stato, l'investitore non può più godere del proprio investimento, seppur restandone formalmente il proprietario. Uno dei problemi dell'espropriazione indiretta è che gli investitori tendono ad affermare che vi è stata, e dunque hanno diritto ad un indennizzo, anche quando uno Stato ospitante cerca di adottare una politica pubblica e in tal modo si va a limitare il potere normativo dello Stato ospitante. Per cui bisogna distinguere tra il potere normativo di uno Stato e le misure che effettivamente costituiscono un'espropriazione indiretta. I tribunali non sono riusciti a definire un modo chiaro per poter effettuare tale distinzione. Tra le proposte vi è la teoria degli effetti unici, ovvero la maggior parte dei tribunali esamina gli effetti delle misure adottate dallo Stato ospitante, andando a vedere se tali misure abbiano effettivamente privato parzialmente o totalmente l'investitore del godimento del suo investimento. Nella sentenza *Saluka investments BV v. the Czech Republic* il tribunale ha affermato

“[...] international law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered “permissible” and “commonly accepted” as falling within the police or regulatory power of States and, thus, non-compensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law”²⁵⁸.

Ogni volta bisogna analizzare se si tratta di un normale esercizio di poteri normativi o se le misure costituiscono un'espropriazione indiretta, in quanto

²⁵⁸ UNCITRAL, *Saluka investments BV v. the Czech Republic*, Partial Award, 17 March, 2006, para. 263;

privano l'investitore del proprio investimento. Altri tribunali, invece, utilizzano il criterio della proporzionalità, ovvero ci si chiede se le misure adottate fossero proporzionali all'obiettivo che si intende perseguire, per cui se la misura è proporzionale allora si può parlare di potere normativo e non sussiste l'obbligo di pagare un indennizzo, se, invece, lo Stato adotta delle misure che non sono proporzionate all'interesse pubblico che si intende tutelare mediante la misura, allora sussiste un'espropriazione indiretta e scatta l'obbligo di pagare l'indennizzo. Altri tribunali, invece, adottano un approccio misto in quanto considerano sia la proporzionalità che la teoria degli effetti per giungere ad una conclusione.

Il CFIA adottato dal Brasile nell'articolo 7 (1) regola l'espropriazione richiamando i quattro criteri per un'espropriazione lecita enunciati nel caso Sabbatino, invece, all'interno dell'articolo 7 (5) contiene una novità rispetto alle classiche disposizioni sull'espropriazione in quanto afferma che “[...] questo articolo prevede soltanto l'espropriazione diretta, quando un investimento viene nazionalizzato o altrimenti espropriato direttamente attraverso il trasferimento formale del titolo o dei diritti di proprietà”²⁵⁹. Il Brasile ha deciso di tutelare soltanto l'espropriazione diretta, la quale ormai è diventata un'eccezione, in quanto spesso gli investitori affermavano che le politiche pubbliche adottate dallo Stato ospitante equivalgono ad un'espropriazione indiretta per cui sono legittimati ad avere un indennizzo. Gli Stati ospitanti, proprio per il timore di dover pagare un indennizzo agli investitori diventarono riluttanti nell'adottare leggi, ad esempio in materia di protezione dell'ambiente, per cui le regole sull'espropriazione indiretta sono viste come un ostacolo all'adozione delle proprie politiche pubbliche e per tale motivo il Brasile è uno degli Stati che ha deciso di escludere l'espropriazione indiretta dai BIT che conclude in virtù del CFIA.

La Russia all'interno dei suoi modelli di BIT contenne sempre una definizione standard di espropriazione, la quale comprendeva sia l'espropriazione diretta che quella indiretta. Anche all'interno delle linee guida del 2016 si utilizzano i quattro criteri sanciti all'interno del caso Sabbatino per definire se un'espropriazione è legittima o meno e include anche l'espropriazione indiretta in quanto all'interno dell'articolo 22 sancisce che per espropriazione si includono le misure che

²⁵⁹ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement, vedi nota 30, art. 7 (5);*

comportano un danno agli investimenti e tali misure comprendono atti di nazionalizzazione, requisizione o altre misure che impediscono l'uso la proprietà o la cessione degli investimenti da parte dell'investitore²⁶⁰, però, le linee guida chiariscono anche che non ogni danno causato all'investitore costituisce un'espropriazione, per cui per comprendere se sussiste o meno un'espropriazione bisogna prendere in considerazione “il carattere, la natura e gli obiettivi effettivamente raggiunti e dichiarati delle misure dell'altra parte”²⁶¹. Inoltre, all'interno degli articoli 25 e 29 è incluso anche un elenco di tutte le fattispecie che non costituiscono espropriazione, ad esempio misure *ad interim* imposte dalle autorità giudiziarie o misure di regolamentazione doganale e all'interno dell'articolo 59 si dispone che le disposizioni presenti all'interno delle linee guida “non impediscono le parti di adottare, su base non discriminatoria, misure necessarie a proteggere la vita o la salute umana, animale o vegetale; l'ambiente; le risorse naturali; l'ordine pubblico; il patrimonio culturale, storico o archeologico [...] nonché le misure di lotta alla corruzione, al riciclaggio dei proventi del crimine e del terrorismo”²⁶².

Con l'inizio della guerra in Ucraina molte potenze occidentali hanno adottato delle sanzioni nei confronti della Russia e a seguito di tali sanzioni e all'isolamento dall'occidente il Cremlino per affrontare la trasformazione strutturale della propria economia ha deciso di sottoporre a una gestione temporanea russa gli investimenti esteri presenti sul suo territorio e ciò getta le basi per espropriare, danneggiare o compromettere gli investimenti di aziende provenienti da paesi ‘ostili’, ad esempio hanno già subito tale trattamento la *Danone*, un'azienda francese e la *Baltika Brewing Company*, un'azienda danese²⁶³.

L'India all'interno del modello di BIT concluso nel 2015 descrive in modo molto dettagliato l'espropriazione all'interno dell'articolo 5. Nel primo comma contiene i

²⁶⁰ General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian, Federation on the Promotion and Protection of Investments, 2016, art. 22;

²⁶¹ Ivi, art. 23;

²⁶² Ivi, art. 59;

²⁶³ CHEEK, M. *et al.*, *Protecting against Russia's asset seizures: investment treaties may provide a remedy for foreign investors*, in Global policy watch, 20 July 2023 <https://www.globalpolicywatch.com/2023/07/protecting-against-russias-asset-seizures-investment-treaties-may-provide-a-remedy-for-foreign-investors/>;

criteri affinché un'espropriazione possa essere considerata legittima, ovvero se avviene "per motivi di pubblica utilità, in conformità con la procedura stabilita dalla legge e se vi è il pagamento di un indennizzo adeguato"²⁶⁴. Per cui non sono i medesimi criteri del caso Sabbatino, in quanto manca la non discriminazione, inoltre, non è stata inclusa la formula *Hull* per l'indennizzo. All'interno del modello di BIT si include sia l'espropriazione diretta, la quale è definita all'interno del modello come "nazionalizzazione, trasferimento formale del titolo di proprietà tramite sequestro effettivo della proprietà"²⁶⁵ e espropriazione indiretta, la quale all'interno del modello si afferma che sussiste nel caso in cui vi siano delle "misure che hanno un effetto equivalente a quello di un'espropriazione diretta"²⁶⁶.

In merito all'espropriazione indiretta il modello di BIT indiano è molto dettagliato in quanto sancisce che bisogna effettuare un'analisi di ogni singolo caso per determinare se delle misure hanno un effetto equivalente a quello di un'espropriazione. Per effettuare tale analisi di ogni singolo caso bisogna prendere in considerazione alcune condizioni che sono elencate all'interno dell'articolo 5 (3) (b), tra cui l'impatto economico della misura; la durata della misura; il carattere della misura, in particolar modo l'oggetto, contesto e intento; e se una misura viola un impegno vincolante precedentemente sottoscritto. Per cui all'interno dell'articolo 5 (3) del modello di BIT indiano si applica la teoria degli effetti. Inoltre, l'India all'interno del suo modello sancisce che "qualsiasi azione intrapresa da una parte a titolo commerciale o qualsiasi altra misura avente un effetto simile non costituisce espropriazione"²⁶⁷. Ulteriore elemento da evidenziare nell'articolo sull'espropriazione del modello di BIT indiano è il comma 5 in quanto con tale sezione l'India è riuscita a limitare ulteriormente l'ambito applicativo dell'articolo sull'espropriazione in quanto sancisce che "le misure regolamentari non discriminatorie di una parte concepite e applicate per tutelare obiettivi legittimi di interesse pubblico, come salute pubblica, sicurezza e ambiente, non costituiscono espropriazione ai sensi dell'articolo"²⁶⁸. Con l'articolo 5 l'India tenta di individuare

²⁶⁴ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 5 (1);

²⁶⁵ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 5 (3) (a) (i);

²⁶⁶ Ivi, art. 5 (3) (a) (ii);

²⁶⁷ Ivi, art. 5 (4);

²⁶⁸ Ivi, art. 5 (5);

un nuovo equilibrio tra il potere normativo dello Stato ospitante e la protezione degli investimenti.

Anche la Cina all'interno del suo modello di BIT del 1998 contiene la classica definizione di espropriazione, la quale fa riferimento a “espropri, nazionalizzazioni o misure simili”, per cui riconosce sia l'espropriazione diretta che indiretta, ma non fornisce ulteriori chiarimenti in merito a cosa si debba intendere per espropriazione indiretta, e così come la maggior parte dei BIT, utilizza i quattro criteri del caso Sabbatino per definire se un'espropriazione possa essere considerata lecita o meno. A causa della vaghezza delle disposizioni sull'espropriazione indiretta, però, gli investitori stranieri contestarono diverse misure adottate dalla Cina e i tribunali arbitrali poterono interpretare le norme in modo molto ampio, per tale motivo la Cina nella prassi più recente introduce all'interno dei propri BIT disposizioni più chiare e precise circa l'espropriazione indiretta, il primo BIT ad introdurre tali chiarimenti fu quello tra la Cina e l'India del 2006, il quale all'interno dell'allegato prevede:

“A measure of expropriation includes, apart from direct expropriation or nationalization through formal transfer of title or outright seizure, a measure or series of measures taken intentionally by a Party to create a situation whereby the investment of an investor may be rendered substantially unproductive and incapable of yielding a return without a formal transfer of title or outright seizure.

2. The determination of whether a measure or a series of measures of a Party in a specific situation, constitute measures as outlined in paragraph 1 above requires a case by case, fact based inquiry that considers:

- i. the economic impact of the measure or a series of measures [...];
- ii. the extent to which the measures are discriminatory either in scope or in application with respect to a Party or an investor or an enterprise;
- iii. the extent to which the measures or series of measures interfere with distinct, reasonable, investment-backed expectations;
- iv. the character and intent of the measures or series of measures, whether they are for *bona fide* public interest purposes or not and whether there is a reasonable nexus between them and the intention on to expropriate.

3. Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory measures adopted by a Contracting Party in pursuit of public interest, including measures pursuant to awards of general application rendered by judicial bodies do not constitute indirect expropriation or nationalization.”²⁶⁹

²⁶⁹ Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of China for the promotion and protection of investments, 2006, allegato;

Per cui anche la Cina per determinare l'espropriazione indiretta utilizza la teoria degli effetti. Inoltre, è interessante notare come tale allegato al BIT siglato nel 2006 è formulato proprio come il modello di BIT indiano del 2016, infatti, così come l'articolo 5 del modello di BIT indiano anche il BIT tra India e Cina prevede di prendere in considerazione caso per caso una serie di misure per sancire se effettivamente vi sia espropriazione indiretta e anche all'interno di tale BIT sancisce che le misure adottate per un interesse pubblico non costituiscono espropriazione.

Anche il Sud Africa all'interno dei propri BIT in passato fece riferimento alle condizioni sancite all'interno del caso Sabbatino affinché un'espropriazione possa essere considerata lecita. Invece, mediante il *Promotion of Investment Act* il governo sudafricano decise di non fare alcun riferimento all'espropriazione, e al suo posto all'interno dell'articolo 10 inserì un rimando alla Costituzione sudafricana in quanto afferma che “gli investitori hanno diritto alla proprietà ai sensi dell'articolo 25 della Costituzione”²⁷⁰. L'articolo 25 della Costituzione sudafricana al primo comma dispone che nessuno può essere privato della proprietà se non in virtù di una legge di applicazione generale²⁷¹. Nel secondo comma si sancisce che si può espropriare solo se vi è uno scopo o interesse pubblico e se vi è il pagamento di un indennizzo. All'interno del comma quattro si specifica che per interesse pubblico si intendono le riforme agrarie e anche le riforme per un accesso equo a tutte le risorse naturali sudafricane. Inoltre, anche la costituzione, come i BIT, sancisce che affinché un'espropriazione sia legittima vi deve essere il pagamento di un indennizzo giusto ed equo. Infine, l'articolo 25 afferma anche che lo Stato deve adottare misure legislative ragionevoli, nell'ambito delle risorse disponibili, per favorire condizione che consentano ai cittadini di guadagnare accesso alla terra su base equa, inoltre, viene nuovamente evidenziato come nessuna disposizione contenuta all'interno dell'articolo possa essere utilizzata per impedire allo Stato di adottare misure legislative per realizzare riforme che hanno come fine quello di correggere i risultati delle passate discriminazioni razziali, purché esse siano conformi alle disposizioni sancite all'interno dell'articolo 36 (1) della Costituzione, il quale sancisce in quali casi possono essere limitati i diritti garantiti

²⁷⁰ *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 10;

²⁷¹ Costituzione della Repubblica del Sud Africa, 1996, art. 25 (1);

dalla Carta dei diritti. Inoltre, sempre in merito all'espropriazione il Sud Africa nel 2020 introdusse un'ulteriore legislazione nazionale, ovvero l'*Expropriation Bill* il quale fornisce delle indicazioni su come le espropriazioni debbano avvenire affinché siano in conformità con la Costituzione sudafricana. Per cui in Sud Africa la legislazione nazionale prevede che un'espropriazione può avvenire se essa viene effettuata o per uno scopo pubblico o nell'interesse pubblico²⁷².

2.8 Indennizzo

Tra i quattro elementi che costituiscono un'espropriazione legittima, vi è l'indennizzo. Molti BIT adottarono la formula *Hull* in virtù della quale si prevedeva un indennizzo tempestivo, ovvero senza ritardi ingiustificati; adeguato, ovvero pari all'equo valore di mercato; ed efficace, ovvero deve essere completamente pagabile e trasferibile, invece, le legislazioni domestiche solitamente contengono termini più ampi per descrivere il dovuto indennizzo, ad esempio, 'giusto' e 'adeguato'. Nel diritto internazionale degli investimenti l'indennizzo solitamente è un indennizzo monetario in quanto spesso la situazione esistente al momento dell'esproprio non è delle migliori e le relazioni tra le due parti sono danneggiate in quanto non vi è più fiducia reciproca, per tale motivo l'investitore preferisce ottenere un indennizzo monetario e cessare l'attività e trasferire il proprio investimento altrove. Inoltre, è più facile far valere una sentenza di indennizzo pecuniario.

La Banca Mondiale, sulla base dell'esperienza maturata, in particolare, negli arbitrati internazionali, presentò diversi metodi di valutazione per determinare il valore di mercato di un investimento all'interno delle *Linee Guida per il trattamento degli Investimenti Diretti Esteri*²⁷³. Ad esempio tra i metodi per valutare il valore di un'attività vi è il '*discounted cash flow*', il quale valuta un'attività stimando il flusso di cassa che l'attività realisticamente potrebbe generare negli anni di attività, meno il valore stimato dei costi per tale attività e attualizzando il flusso per un fattore che prende in considerazione il valore

²⁷² Sud Africa, *Expropriation Bill*, Government Gazette No. 43798, 9 October 2020, art. 2 (1);

²⁷³ Banca Mondiale, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 31 ILM 1992, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/Guidelines.pdf>, para. 41;

temporale del denaro, l'inflazione attesa ed il rischio²⁷⁴. Un altro metodo descritto all'interno delle linee guida della Banca Mondiale è quello della '*liquidation value*', tale metodo effettua una somma degli importi ai quali le singole attività che compongono l'impresa potrebbero essere vendute meno eventuali debiti che l'impresa deve pagare²⁷⁵. Guardando, però, le decisioni dei tribunali arbitrali, e anche la maggior parte dei BIT e alcune legislazioni nazionali, il metodo col quale solitamente si valuta se un indennizzo è effettivamente adeguato è quello del '*fair market value*', ovvero il valore dell'attività prima che l'esproprio avvenisse o che la decisione dello Stato di espropriare venisse resa pubblica. Le linee guida della Banca Mondiale, inoltre, affermano che se le parti non riescono a raggiungere un accordo tra loro, allora il '*fair market value*' può essere "valutato determinando il prezzo che un acquirente consenziente pagherebbe di norma a un venditore consenziente dell'investimento, dopo aver preso in considerazione diversi fattori quali la natura e la durata dell'investimento"²⁷⁶.

In merito all'indennizzo in caso di espropriazione i paesi BRICS non introducono grandi novità, in quanto la maggior parte dei modelli di BIT e legislazioni in materia di investimenti introdotte da questi Paesi rimangono fedeli alla cosiddetta formula *Hull*, per cui prevedono che il pagamento debba essere un pagamento tempestivo, adeguato ed effettivo e prevedono che l'indennizzo dovuto a seguito di un'espropriazione venga calcolato in base all'equo valore di mercato prima che avvenisse la misura di espropriazione e senza alcuna alterazione dovuta all'essere a conoscenza dell'intenzione di espropriare. Inoltre, in caso di ritardo nel pagamento dell'indennizzo prevedono oltre all'indennizzo il pagamento degli interessi ad un tasso che viene determinato secondo i criteri di mercato maturati dalla data di esproprio fino alla data dell'effettivo pagamento. Il Brasile contiene tali disposizioni all'interno dell'articolo 7 del CFIA e sancisce anche che il tutto debba avvenire in modo trasparente conformemente all'articolo 9 del CFIA. Anche la Russia all'interno dell'articolo 31 e 32 delle Linee Guida; l'India all'interno dell'articolo 5 (1) e (2) del modello di BIT del 2016 e la Cina all'interno

²⁷⁴ Ivi, para. 42;

²⁷⁵ Ivi, para. 43;

²⁷⁶ Ivi, para. 40;

dell'articolo 4 (2) del modello di BIT del 1998 prevedono tutti le medesime disposizioni in materia di indennizzo senza introdurre alcuna novità.

Il Sud Africa all'interno dei suoi BIT conclusi in passato contenne le medesime disposizioni in materia di indennizzo in caso di espropriazione, invece, all'interno delle nuove legislazioni nazionali adottate in materia di investimenti si differenzia rispetto agli altri paesi BRICS. Il *Promotion of Investment Act*, come già affermato, non contiene alcuna disposizione in materia di espropriazione e di indennizzo, ma effettua un rimando all'articolo 25 della Costituzione sudafricana il quale disciplina il diritto di proprietà. All'interno dell'articolo 25 della Costituzione in merito all'indennizzo non vi è alcun riferimento ai tre requisiti della formula *Hull*, per cui le tutele garantite agli investitori stranieri in Sud Africa sono inferiori in quanto in merito all'indennizzo si afferma solo che deve essere “giusto ed equo e deve riflettere un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi delle persone colpite, tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti”²⁷⁷. Tra le cosiddette ‘circostanze pertinenti’ da tenere in considerazione per determinare l'indennizzo dovuto vi è anche il valore di mercato della proprietà, però, per come è formulato l'articolo non si richiede che l'indennizzo sia legato al valore di mercato, per cui è possibile che, in base alla legislazione sudafricana, l'indennizzo da pagare possa essere inferiore al valore di mercato.

Inoltre, un'ulteriore peculiarità del Sud Africa circa l'espropriazione fu l'approvazione da parte del parlamento sudafricano di una proposta di legge per emendare la propria Costituzione, col fine di permettere l'espropriazione anche senza l'obbligo di dover pagare un indennizzo. La bozza di tale proposta di legge, il cosiddetto *Expropriation Bill*, fu pubblicata il 21 dicembre 2018 ed entrò in vigore dal 9 ottobre 2020. All'interno dell'articolo 12 (3) sancisce che “può essere considerato come giusto ed equo nessun pagamento di indennizzo nei casi in cui venga espropriato un terreno nell'interesse pubblico”²⁷⁸. L'incertezza politica dovuta alle possibili modifiche alla Costituzione può avere un impatto diretto sugli investimenti, infatti, questo è quanto avvenuto a seguito della pubblicazione della bozza dell'*Expropriation Bill*. Infatti, il *World Investment Report* dell'UNCTAD

²⁷⁷ Costituzione della Repubblica del Sud Africa, 1996, art. 25 (3);

²⁷⁸ Sud Africa, *Expropriation Bill*, Government Gazette No. 43798, 9 Ottobre 2020;

registrò una diminuzione degli IDE del 41% in Sud Africa proprio a causa dell'incertezza politica provocata²⁷⁹, invece, a seguito della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale nel 2020 il *World Investment Report* registrò una diminuzione degli IDE del 15,1%, dato che, però, è fortemente condizionato anche dall'inizio della pandemia di Covid-19²⁸⁰.

2.9 Risoluzione delle controversie

In passato nel caso di una controversia in materia di investimenti il singolo investitore non poteva citare in giudizio lo Stato ospitante in caso di una violazione degli accordi internazionali sugli investimenti stranieri, ma doveva contare sulla protezione diplomatica del proprio Stato di provenienza, per cui si trattava di una risoluzione delle controversie tra Stato e Stato (*State-State Dispute Settlement - SSDS*), invece, col tempo si optò di permettere anche all'investitore di citare in giudizio lo Stato ospitante accusato di aver violato i suoi obblighi e dunque consentire all'investitore di risolvere autonomamente le proprie controversie con gli Stati, dunque si sviluppò la cosiddetta risoluzione delle controversie tra Stato – investitore (*Investor-State Dispute Settlement - ISDS*). Ad oggi il meccanismo SSDS è un'eccezione, invece, la maggior parte delle controversie vengono risolte mediante il meccanismo ISDS.

La Convenzione ICSID sancì all'interno dell'articolo 26 che “le parti accettano che la controversia possa essere risolta con l'arbitrato, se non riescono a risolverla in modo amichevole, e le parti possono scegliere dinanzi a quale tribunale portare la controversia”²⁸¹. La maggior parte dei casi vengono risolti dinanzi ad un tribunale ICSID, però, tra le altre opzioni di cui ci si può avvalere per la risoluzione di una controversia vi è anche il tribunale UNCITRAL, i tribunali *ad hoc* o il procedimento arbitrale dinanzi all'istituto di arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma.

Negli ultimi anni alcuni Stati, però, decisero di riformare il modo in cui avviene la risoluzione delle controversie in quanto evidenziarono diverse problematiche

²⁷⁹ UNCTAD, *World Investment Report: Investment and New Industrial policies*, 6 June 2018, p.59;

²⁸⁰ UNCTAD, *World Investment Report: International Production Beyond the Pandemic*, 1 april 2020, p. 46;

²⁸¹ Convenzione ICSID, 1965, art. 26;

anche con i metodi di risoluzione delle controversie, tra tali problemi emergono la mancanza di trasparenza, di legittimità e di controllo pubblico, per cui alcuni Stati all'interno dei loro nuovi accordi in materia di investimenti stranieri affrontarono tali questioni introducendo nuove disposizioni. A tal proposito, è importante evidenziare come la riforma del meccanismo per la risoluzione delle controversie sia una questione che sta diventando centrale, infatti, oltre agli Stati anche l'UNCITRAL sta prendendo in considerazione sempre di più la riforma del meccanismo ISDS, e a tal scopo vi è il *Working Group III* il quale si sta occupando nello specifico di tale riforma e dal 9 al 13 ottobre 2023 durante la 46° sessione sono state prese in considerazione delle potenziali riforme che si possono apportare al meccanismo sia in merito alle questioni procedurali²⁸² che sull'istituzione di un centro di consulenza in materia di diritto internazionale degli investimenti²⁸³. In merito alle potenziali riforme alle questioni procedurali il report UNCITRAL si divide in tre sezioni: (i) nella prima vi sono delle proposte in merito alle condizioni e limitazioni per presentare una controversia, infatti, si ribadisce che le controversie devono essere risolte, finché possibile, amichevolmente e che lo step successivo è quello di rivolgersi ai tribunali nazionali di una delle parti e solo nel caso in cui nessuno di tali rimedi conduca ad un esito soddisfacente allora si può applicare il meccanismo ISDS²⁸⁴, inoltre, la proposta di riforma in tale sezione inserisce un articolo in merito al potere normativo degli Stati affermando che “nessuna disposizione dell'accordo può essere interpretata come un impedimento per le parti contraenti di esercitare il loro diritto di regolamentare nell'interesse pubblico [...]”²⁸⁵. (ii) Nella seconda sezione vi sono delle proposte in merito allo svolgimento del procedimento, che riecheggiano le disposizioni che sono state inserite all'interno dei nuovi modelli di BIT conclusi da diversi Paesi, tra le proposte vi è

²⁸² UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) draft provisions on procedural and cross-cutting issues*, Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, A/CN.9/WG.III/WP.231, 46th Session, Vienna, 9-13th October;

²⁸³ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) draft provisions on the establishment of an advisory centre on international investment law*, Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, A/CN.9/WG.III/WP.230, 46th Session, Vienna, 9-13th October;

²⁸⁴ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) draft provisions on procedural and cross-cutting issues*, vedi nota 281;

²⁸⁵ Ivi, art. 12;

l'obbligo per "gli arbitri nominati per risolvere una controversia di rispettare il codice di condotta UNCITRAL per gli arbitri nella risoluzione delle controversie in materia di investimenti o dal codice di condotta UNCITRAL per i giudici nella risoluzione delle controversie internazionali in materia di investimenti"²⁸⁶ e si ribadisce l'obbligo di rispetto delle regole UNCITRAL sulla trasparenza²⁸⁷. (iii) Nella terza sezione tra le proposte UNCITRAL vi è una disposizione che afferma che "il tribunale deve garantire che il procedimento si svolga in modo tempestivo ed efficiente" per cui tra le riforme proposte in tale sezione vi è quella di imporre un tempo limite entro il quale il tribunale deve prendere una decisione. Per quanto concerne il centro di consulenza il report UNCITRAL fornisce in linea generale una definizione dello scopo di tale centro, ovvero "fornire assistenza tecnica e legale in materia di diritto internazionale degli investimenti e del meccanismo ISDS"²⁸⁸ e le principali funzioni, ovvero "consulenza su questioni relative alla prevenzione delle controversie e alla gestione dei conflitti; fornire formazione in merito a possibili mezzi di risoluzione delle controversie, tra cui, ma non limitato all'arbitrato, la mediazione e la risoluzione delle controversie tra Stati e fungere da forum per lo scambio di informazioni e la condivisione delle migliori pratiche"²⁸⁹. Tra le funzioni proposte per tale riforma vi è anche la possibilità che il centro, su richiesta, "fornisca una valutazione preliminare del caso e assistenza nella selezione degli arbitri"²⁹⁰. Infine, sono elencati anche alcuni dei principi che guideranno il funzionamento del centro, tra cui "l'efficacia e sostenibilità, indipendenza da influenze esterne e collaborazione con le altre organizzazioni internazionali"²⁹¹.

La riforma del meccanismo ISDS è anche oggetto di studio da parte della dottrina, ad esempio Anthea Roberts all'interno del proprio saggio individua tre categorie di Stati basandosi sull'approccio che ciascuno ha nei confronti delle riforme del meccanismo ISDS. La prima categoria sono i cosiddetti 'lealisti' ovvero gli Stati che continuano a sostenere l'arbitrato investitore-Stato come forma

²⁸⁶ Ivi, art. 17;

²⁸⁷ Ivi, art. 18;

²⁸⁸ UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) draft provisions on the establishment of an advisory centre on international investment law*, vedi nota 282;

²⁸⁹ Ivi, art. 6;

²⁹⁰ Ivi, art. 7;

²⁹¹ Ivi, art. 3;

primaria per la risoluzione delle controversie, nonostante le crescenti critiche nei suoi confronti. Ciò non significa però che siano leali al modello tradizionale, anzi, si dedicano a nuove versioni, esempi di tale categoria sono il Giappone e gli Stati Uniti²⁹². La seconda categoria sono i cosiddetti ‘riformisti’ i quali a differenza dei lealisti non credono che sia sufficiente migliorare il modello esistente di risoluzione delle controversie tra Stato ed investitore ma ritengono che il sistema necessiti delle riforme più radicali, ad esempio introducendo un tribunale internazionale per gli investimenti o un meccanismo di appello, in questa categoria vi sono il Canada e l’Unione Europea²⁹³. Infine, l’ultima categoria sono i cosiddetti ‘rivoluzionari’, ovvero quei Paesi che reputano che le riforme che si stanno attuando non sono sufficienti e anzi rifiutano l’idea per cui gli investitori possano presentare richieste dirette ai tribunali internazionali e al loro posto ritengono che gli investitori dovrebbero perseguire rimedi domestici e limitare l’arbitrato internazionale, al massimo, come un arbitrato Stato-Stato, in questa categoria vi sono il Brasile ed il Sud Africa²⁹⁴. Oltre a queste tre categorie, Anthea Roberts individua anche i paesi cosiddetti ‘incerti’ come l’India e i paesi ‘indecisi’ come la Cina, i quali verranno analizzati a breve.

Il Brasile, nella classificazione effettuata da Anthea Roberts, rientra tra i cosiddetti paesi che stanno adottando un approccio ‘rivoluzionario’ in merito alla risoluzione delle controversie, in quanto, il Brasile anche all’interno del CFIA non volle offrire la possibilità di risolvere una controversia tra Stato ed investitore, rimanendo fedele alla Dottrina Calvo e offrendo unicamente la risoluzione delle controversie tra Stato e Stato. Per giustificare tale scelta il Brasile affermò di non aver mai voluto introdurre il meccanismo ISDS in quanto ritiene che quest’ultimo potrebbe essere considerato come discriminatorio nei confronti degli investitori nazionali, i quali non hanno l’opzione di presentare le dispute dinanzi ad un

²⁹² ROBERTS, A. *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*. EJIL talk, 15 June 2017, <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>;

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Ibidem*;

arbitrato internazionale e sono obbligati a risolverle dinanzi alle corti domestiche²⁹⁵. Il meccanismo per la risoluzione delle controversie introdotto mediante il CFIA diverge molto rispetto a quello introdotto dagli altri Stati, in quanto gli *ombudsman* sono autorizzati a cercare di risolvere le controversie che coinvolgono gli investitori stranieri e solo nel caso in cui tali tentativi falliscono e la controversia persiste allora si potrà procedere all'arbitrato tra Stati. Alla base del meccanismo di risoluzione delle controversie vi è la prevenzione delle controversie, il che viene gestito dai cosiddetti *ombudsman* e dal comitato misto, i quali hanno come obiettivo quello di “prevenire, gestire e risolvere le eventuali controversie tra le parti”²⁹⁶. Infatti, prima di iniziare un eventuale arbitrato qualsiasi controversia è prima oggetto di consultazioni e di negoziazioni tra le parti, col fine di risolvere la disputa amichevolmente, e la controversia viene anche esaminata dal comitato misto entro sessanta giorni dalla ricezione²⁹⁷. Inoltre, il lavoro del comitato misto, a differenza delle regole sulla trasparenza che l'UNCITRAL e alcuni paesi stanno proponendo per riformare il meccanismo ISDS, ai sensi dell'articolo 23 (4) prevede l'obbligo di riservatezza circa gli incontri e la documentazione che viene presentata dalle parti²⁹⁸. Solo nel caso in cui la disputa non si riesce a risolvere amichevolmente, tramite il meccanismo di prevenzione delle dispute sancito nell'articolo 23 del CFIA, allora i due Stati possono optare per l'arbitrato internazionale e dunque presentare la disputa dinanzi ad un tribunale arbitrale *ad hoc* o dinanzi ad un'istituzione arbitrale permanente, la quale può essere scelta di comune accordo dalle parti²⁹⁹. In merito alla possibilità di avvalersi dell'arbitrato internazionale, però, il Brasile inserì delle limitazioni con l'intento di andare a salvaguardare il proprio potere normativo, e fece ciò inserendo un elenco di disposizioni le quali non possono essere oggetto di arbitrato, tra queste vi sono ad esempio le disposizioni in materia di responsabilità sociale delle imprese; misure per la lotta

²⁹⁵ ROBERTS, A. & BOURAOUI, Z. *UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' concerns?* Ejil Talk, 5 June 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns/>;

²⁹⁶ *Cooperation and Facilitation Investment Agreement*, vedi nota 30, art. 23 (1);

²⁹⁷ Ivi, art. 23 (2) (b);

²⁹⁸ Ivi, art. 23 (4);

²⁹⁹ Ivi, art. 24 (1);

alla corruzione e all'illegalità; le disposizioni per la tutela dell'ambiente, lavoro e salute³⁰⁰ e le misure volte a preservare la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico³⁰¹.

Il database UNCTAD riporta che ad oggi risultano ventisette casi in cui la Russia fu il convenuto e ventisei casi in cui gli investitori russi presentarono richieste di risarcimento internazionale contro gli Stati ospitanti³⁰², per cui vi fu un ampio ricorso al meccanismo ISDS. A differenza degli altri paesi BRICS la Russia non sembra essere interessata alle riforme sulla risoluzione delle controversie, infatti, in ambito UNCITRAL sembra fortemente contraria agli sforzi di riforma multilaterale che si stanno attuando e continua a sottolineare quelli, che a suo avviso, sono i punti di forza del meccanismo ISDS, tra cui la necessità di flessibilità e la necessità di riservatezza³⁰³.

All'interno dei BIT conclusi dalla Russia in epoca sovietica vi fu una lacuna in quanto non furono adottate disposizioni in merito all'accesso al meccanismo ISDS, ciò fu rettificato con il primo modello di BIT russo, del 1992, il quale introdusse la possibilità per gli investitori di scegliere tra un tribunale *ad hoc* in conformità alle regole UNCITRAL o un procedimento arbitrale dinanzi all'istituto di arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma, successivamente, col nuovo modello di BIT introdotto nel 2001 si aggiunse anche la possibilità dell'arbitrato ai sensi della Convenzione ICSID o del Regolamento dello strumento aggiuntivo ICSID³⁰⁴, per cui in questi anni la Russia divenne un sostenitore del meccanismo ISDS. Anche all'interno delle Linee Guida del 2016 la Russia contiene il meccanismo ISDS per la risoluzione delle controversie e prevede che un eventuale disputa debba essere risolta secondo le modalità stabilite ai sensi dell'accordo, della legislazione dello Stato ospitante o da un accordo sottoscritto tra l'investitore e l'altra parte. In *primis*, però, nel caso in cui dovesse sussistere una controversia l'investitore deve inviare

³⁰⁰ Ivi, art. 24 (3);

³⁰¹ Ivi, art. 13 (2);

³⁰² UNCTAD, *Navigatore per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/175/russian-federation>;

³⁰³ ROBERTS, A. & BOURAOUI, Z. *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about consistency, predictability and correctness*. EjiTalk, 5 June 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-ids-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>;

³⁰⁴ Agreement between the Government of the Russian Federation and foreign governments on the promotion and mutual protection of investments, 2001, art. 7 (2);

all'altra parte dell'accordo una richiesta scritta di consultazioni in merito alla controversia³⁰⁵ e se tali consultazioni non iniziano o non portano ad una risoluzione reciprocamente vantaggiosa, entro 180 giorni, allora in tal caso la disputa potrà essere portata dinanzi ad un tribunale nazionale dello Stato ospitante³⁰⁶ oppure potrà essere presentata dinanzi ad un organo arbitrale concordato tra le parti, il quale può essere sia un tribunale arbitrale *ad hoc* o un'istituzione arbitrale permanente³⁰⁷. Per cui le linee guida russe prevedono la possibilità di risolvere le dispute sia a livello domestico che mediante arbitrato internazionale, ma non specifica dinanzi a quali organi arbitrali possano essere portate le controversie, tale scelta viene lasciata in capo alle parti, le quali durante i negoziati dell'accordo potranno scegliere dinanzi a quale organo arbitrale eventualmente risolvere le proprie controversie, ciò a dimostrazione di come la Russia apprezzi la flessibilità e non uniformità presente all'interno del meccanismo ISDS. Nel caso in cui le parti dovessero scegliere di sottoporre la controversia ad un tribunale arbitrale *ad hoc*, tale controversia sarà soggetta al regolamento arbitrale della UNCITRAL. È rilevante notare, però, come la Russia all'interno delle linee guida esclude espressamente l'applicazione delle regole UNCITRAL in materia di trasparenza, adottate per riformare il meccanismo di risoluzione delle controversie, invece, continua a sottolineare l'importanza dell'obbligo di riservatezza³⁰⁸.

L'India rientra tra i cosiddetti paesi 'incerti', in quanto nel 2016 rivide radicalmente il proprio modello di BIT così da evitare gli approcci tradizionali all'arbitrato tra Stato ed investitore, ma la sua posizione resta incerta, in quanto potrebbe essere definita come un 'lealista' nel senso che ancora prevede la risoluzione delle controversie tra Stato ed investitore, però, è anche 'rivoluzionaria' in quanto applica forti limitazioni all'accesso all'arbitrato³⁰⁹. L'India all'interno del

³⁰⁵ General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian, Federation on the Promotion and Protection of Investments, 2016, art. 40;

³⁰⁶ Ivi, art. 45;

³⁰⁷ Ivi, art. 46;

³⁰⁸ Ivi, art. 53 (f): "Neither the parties to the dispute nor the arbitral tribunal and its members shall have the right to disclose any information concerning the dispute, including the arbitration award, without written consent of both parties to the dispute. UNCITRAL Rules on Transparency for Treaty-based Investor-State Arbitration shall not apply"

³⁰⁹ ROBERTS, A. *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*. EJIL talk, 15 June 2017, <https://www.ejiltalk.org/the->

modello di BIT limita l'applicabilità del meccanismo ISDS unicamente alle controversie derivanti da una presunta violazione di uno degli obblighi sanciti all'interno del secondo capitolo del modello di BIT, il quale tratta gli obblighi delle parti, e non a qualsiasi altro capitolo³¹⁰. Inoltre, all'interno dell'articolo 13 vi è anche un elenco di ulteriori limiti alla giurisdizione dei tribunali costituiti mediante il meccanismo ISDS, ai sensi di tale articolo un tribunale non ha giurisdizione per:

- “(i) review the merits of a decision made by a judicial authority of the Parties; or
- (ii) accept jurisdiction over any claim that is or has been subject of an arbitration under Chapter V.”³¹¹

Tra le limitazioni introdotte all'utilizzo del meccanismo ISDS l'India introdusse un complicato schema procedurale per la risoluzione delle controversie tra investitore e Stato. La caratteristica più significativa è che l'investitore, il quale vuole avviare un arbitrato internazionale contro lo Stato ospitante, è tenuto ad esaurire tutte le vie di ricorso locali per un periodo di almeno cinque anni. Inoltre, sono stabilite anche delle tempistiche specifiche da seguire per l'esaurimento dei rimedi locali: l'investitore, innanzitutto, deve sottoporre la controversia ai tribunali nazionali competenti entro un anno dalla data in cui l'investitore acquisisce per la prima volta, o avrebbe dovuto acquisire, la conoscenza delle misure adottate dallo Stato ospitante³¹², ma sussiste un'eccezione a tale obbligo nel caso in cui l'investitore sia in grado di dimostrare che non vi sono rimedi giuridici nazionali disponibili. Nonostante l'esaurimento delle vie di ricorso locali sia una regola ben consolidata del diritto internazionale consuetudinario, sono pochi i BIT che lo richiedono esplicitamente, per cui l'introduzione da parte dell'India di tale disposizione si tratta di una novità giustificata dall'India affermando che in tal modo “l'investitore darà la precedenza al sistema giudiziario nazionale indiano piuttosto che invocare i BIT per la risoluzione di tutti i tipi di controversie”³¹³.

[shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/](#);

³¹⁰ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 13 (2);

³¹¹ *Ivi*, art. 13 (5);

³¹² *Ivi*, art.15 (1);

³¹³ UNCTAD, *Expert meeting on taking stock of IIA Reform: India*, Geneva 16 March 2016;

Inoltre, dopo aver esaurito i ricorsi locali l'investitore può presentare la notifica della controversia, però il modello di BIT indiano stabilisce ulteriori requisiti per avviare un arbitrato internazionale, in quanto l'investitore deve attendere altri sei mesi per cercare di risolvere la controversia in via amichevole³¹⁴. Trascorso il periodo di sei mesi l'investitore potrà avviare il procedimento arbitrale, ma vi sono delle condizioni aggiuntive che devono essere rispettate:

- “(i) not more than six (6) years have elapsed from the date on which the disputing investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the measure in question and knowledge that the disputing investor with respect to its investment, had incurred loss or damage as a result; or
- (ii) where applicable, not more than twelve (12) months have elapsed from the conclusion of domestic proceedings pursuant to 15.1.
- (iii) the disputing investor or the locally established enterprise have waived their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the Defending Party that is alleged to be a breach referred to in Article 13.2.
- (iv) where the claim submitted by the disputing investor is for loss or damage to an interest in an enterprise of the other Party that is a juridical person that the disputing investor owns or controls, that enterprise has waived its right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the Defending Party that is alleged to be a breach referred to in Article 13.2.
- (v) At least 90 days before submitting any claim to arbitration, the disputing investor has transmitted to the Defending Party a written notice of its intention to submit the claim to arbitration”³¹⁵.

In particolare, il modello di BIT indiano include alcuni elementi innovativi che riecheggiano la tendenza a riformare il regime internazionale degli investimenti, ad esempio, al fine di migliorare la coerenza dell'interpretazione dei trattati il modello di BIT indiano prevede l'istituzione di comune accordo tra le parti di un meccanismo di appello per la revisione delle sentenze pronunciate, ma anche per fornire maggiore coerenza all'interpretazione delle disposizioni del trattato³¹⁶. Inoltre, il modello di BIT introduce anche delle regole in merito al conflitto di interessi, in quanto prevede che “ogni arbitro per la risoluzione delle controversie

³¹⁴ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 15 (4);

³¹⁵ *Ivi*, art. 15 (5);

³¹⁶ *Ivi*, art. 29;

dovrà, durante l'intero procedimento arbitrale essere imparziale, indipendente e libero da qualsiasi conflitto di interessi reale o potenziale³¹⁷ e una delle parti può contestare un arbitro nel caso in cui dovesse sorgere un dubbio circa la sua imparzialità³¹⁸. Infine, nell'ambito della riforma del diritto internazionale degli investimenti l'India all'interno del proprio modello di BIT introdusse anche una disposizione concernente la trasparenza nei procedimenti arbitrali, aspetto che in passato fu ampiamente criticato. A tal proposito all'interno dell'articolo 22 è contenuto un elenco di tutti i documenti riguardanti la disputa che devono essere resi pubblici³¹⁹. Oltre ai documenti il modello prevede che anche le audizioni debbano essere pubbliche, con eccezione delle parti del procedimento contenenti informazioni riservate o qualora vi sia la necessità di tutelare la sicurezza dei partecipanti al procedimento³²⁰. Infine, anche la decisione del tribunale deve essere resa disponibile al pubblico, ma vi è sempre la possibilità di eliminare alcune informazioni riservate, qualora il convenuto lo richieda al tribunale³²¹.

La Cina, invece, rientra nella categoria dei cosiddetti 'indecisi', in quanto non si schiera con uno dei campi individuati dalla ricerca di Anthea Roberts, anzi, potrebbe sviluppare un proprio approccio distinto ed ibrido, in quanto la Cina ha una prassi alquanto incoerente il che fa comprendere come la Cina è disposta ad adottare approcci differenti in base alle diverse circostanze e al paese col quale sta negoziando. Infatti, la Cina ha degli elementi di tutte e tre le categorie, però, nella sua prassi, in quanto si tratta di un Paese che importa ed esporta molti IDE, accetta l'arbitrato investitore-Stato, per cui molto probabilmente potrebbe prediligere l'allinearsi all'approccio 'lealista' e 'riformista'³²². All'interno del proprio modello di BIT del 1998 la Cina prevede anche la possibilità di risolvere una disputa amichevolmente tramite negoziazioni e nel caso in cui ciò non avesse funzionato

³¹⁷ Ivi, art. 19 (1);

³¹⁸ Ivi. Art. 19 (3);

³¹⁹ *Indian Model BIT*, vedi nota 111, art. 22 (1);

³²⁰ Ivi, art. 22 (2);

³²¹ Ivi, art. 22 (3);

³²² ROBERTS, A. *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*. EJIL talk, 15 June 2017, <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>;

allora la disputa si sarebbe potuta presentare dinanzi ad un tribunale nazionale dello Stato ospitante o dinanzi al tribunale ICSID³²³, invece, nella prassi più recente ad esempio il BIT con la Turchia, la Cina estende la possibilità di risolvere una disputa anche dinanzi ad un tribunale *ad hoc* secondo le regole UNCITRAL³²⁴.

La Cina, all'interno di tutti i suoi accordi internazionali sugli investimenti, continua ad inserire il meccanismo ISDS senza alcune modifiche, però, come già affermato nel capitolo precedente, nel contesto della BRI sta riformando il proprio meccanismo ISDS, ampliando la giurisdizione delle sue istituzioni arbitrali esistenti così da includere anche le controversie concernenti gli investimenti stranieri e sta creando dei nuovi centri di arbitrato congiunti con l'obiettivo di risolvere le controversie tra investitori e Stati con le regioni con le quali investe di più. Per tale motivo, ad esempio, nel 2015 fu creato il *China-Africa Joint Arbitration Centre* durante il vertice di Johannesburg tra il governo cinese e cinquanta paesi africani, tra cui anche il Sud Africa. Finora sono stati istituiti ben sei centri, tre dei quali in Cina (Shanghai, Shenzhen e Pechino) e tre in Africa (Johannesburg, Nairobi e Ohada), i quali forniscono servizi di arbitrato, mediazione e conciliazione bypassando la giurisdizione dei tribunali locali, delle istituzioni arbitrali locali e di altre istituzioni arbitrali internazionali³²⁵.

Anche il Sud Africa, come il Brasile, rientra tra i cosiddetti paesi 'rivoluzionari' in materia di risoluzione delle controversie. Il Sud Africa in passato all'interno dei propri BIT inserì disposizioni che prevedono la risoluzione delle controversie in modo amichevole tramite negoziazioni e se queste si fossero dimostrate insufficienti dopo sei mesi allora in tal caso ci si poteva avvalere del meccanismo ISDS per la risoluzione delle controversie³²⁶. Successivamente con l'approvazione del *Promotion of Investment Act* nel 2015 il governo decise di limitare fortemente

³²³ Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of ___ on the promotion and protection of investments, 1998, art. 7 (2);

³²⁴ Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People's Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015, art. 9 (2) (c);

³²⁵ CHEN, H. *China's Innovative ISDS Mechanisms and Their Implications*, AJIL Unbound, vol. 112, 2018 p. 207–211. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.57>;

³²⁶ Agreement between the Government of South Africa and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal protection of investments, 1998, art. 10 (1) & (2);

l'utilizzo dell'arbitrato internazionale prediligendo la risoluzione delle controversie dinanzi agli organi giudiziari nazionali. La riforma sudafricana sulla risoluzione delle controversie in *primis* sancisce che il metodo da prediligere per la risoluzione di una controversia è quello di rivolgersi ad un mediatore, entro sei mesi dall'inizio della controversia. A tal scopo l'articolo 13 afferma anche che "il dipartimento deve tenere un elenco di mediatori qualificati, di alta moralità e di riconosciuta competenze del diritto, del commercio, dell'industria o della finanza, i quali sono in grado di fornire un giudizio indipendente"³²⁷. Se le parti decidono di utilizzare un mediatore, quest'ultimo deve essere nominato di comune accordo tra le parti dalla lista stipulata dal dipartimento. Inoltre, al comma 3 vi è un elenco di informazioni che devono essere condivise dall'investitore straniero in caso di risoluzione di una controversia, tra cui un indirizzo dell'investitore; una sintesi del reclamo; le disposizioni che l'investitore ritiene che siano state violate; l'organo della Repubblica ritenuto responsabile della violazione e il rimedio richiesto³²⁸.

Successivamente, all'articolo 13 (4) il *Promotion of Investment Act* prevede anche la possibilità per gli investitori stranieri presenti nel territorio sudafricano di appellarsi agli organi giudiziari nazionali sudafricani, per cui la risoluzione delle controversie può avvenire solo in conformità alla legislazione domestica. Inoltre, il Sud Africa eventualmente potrebbe consentire all'arbitrato internazionale solo nel caso in cui sono esauriscono i rimedi nazionali e in tal caso l'arbitrato, però, sarebbe tra la Repubblica del Sud Africa e lo stato di provenienza dell'investitore³²⁹. Per cui la soluzione trovata dal governo sudafricano in merito alla risoluzione delle controversie è alquanto drastica in quanto sostanzialmente prevede un completo abbandono del meccanismo ISDS il quale, pur non essendo perfetto, si trattò di uno sviluppo del diritto internazionale degli investimenti fondamentale, in quanto consentì di portare le dispute dinanzi a tribunali indipendenti e dunque lontano da condizionamenti di carattere politico. L'atto eliminò la possibilità per gli investitori di sottoporre ad arbitrato qualsiasi controversia relativa agli investimenti col governo del Sud Africa, dunque, riportando gli investitori alla situazione esistente

³²⁷ *Promotion of Investment Act*, 2015, art. 13 (2) (a);

³²⁸ Ivi, art. 13 (3);

³²⁹ Ivi, art. 13 (4);

prima dell'adozione della Convenzione di Washington, la quale riconobbe per la prima volta l'importanza di concedere agli investitori stranieri il diritto di comparire dinanzi ad un tribunale internazionale e di citare in giudizio lo Stato ospitante in caso di violazioni di obblighi derivanti dal diritto internazionale. Il che fa riemergere le problematiche che furono già evidenziate in passato circa la risoluzione delle controversie tra Stato e Stato in quanto nessun governo è obbligato ad affrontare le controversie dei propri cittadini. Per cui nel caso in cui un investitore esaurisca i rimedi locali e si senta ancora leso, non può essere sicuro che il suo Stato di origine ritenga necessario intervenire, né può sapere se il Sud Africa acconsentirebbe a tale arbitrato.

Conclusione

I paesi BRICS giocano un ruolo significativo nella riforma degli accordi in materia di investimenti stranieri in quanto si tratta di alcune delle economie emergenti più grandi al mondo per cui hanno una notevole influenza in materia di investimenti stranieri e attirano ingenti flussi di investimenti diretti esteri e per tale motivo sono divenuti destinazioni di investimento sempre più importanti. Ciò fu vero già in passato quando iniziarono a concludere diversi accordi sugli investimenti stranieri con i paesi occidentali, tali accordi, però come evidenziato nel corso dell'elaborato, erano molto sbilanciati a favore degli investitori in quanto i Paesi in via di sviluppo volevano attirare investimenti sul proprio territorio col fine di far crescere le proprie economie nazionali. Adesso, invece, l'atteggiamento dei paesi BRICS è radicalmente cambiato e stanno apportando diversi cambiamenti in merito agli accordi internazionali. Le strategie di riforma degli accordi sugli investimenti dei Paesi BRICS sono diverse l'una dall'altra, però ciò che li accomuna è la ricerca di nuovi modi per salvaguardare gli interessi nazionali e favorire gli investimenti stranieri nei loro mercati. Per cui rispetto ai primi accordi conclusi nel corso degli anni '90 i BRICS non hanno più come unico obiettivo quello di attirare investitori all'interno del proprio Paese per la propria crescita economica, ma cercano di trovare un vero equilibrio tra quelli che possono essere gli interessi dello Stato ospitante e gli interessi dei singoli investitori. Ciò perché negli ultimi anni i Paesi BRICS non sono più soltanto paesi importatori di investimenti ma sono anche esportatori di investimenti.

Come visto nel corso dell'elaborato i paesi BRICS per riformare il diritto internazionale degli investimenti optarono per diverse strategie in quanto alcuni adottarono provvedimenti più radicali, come il Sud Africa il quale decise di estinguere tutti i BIT conclusi in passato e di regolamentare gli investimenti unicamente tramite la propria legislazione; altri Paesi decisero di riformare profondamente diversi aspetti degli accordi internazionali, ovvero l'India e il Brasile con la creazione di nuovi modelli di BIT; invece, altri ancora pur apportando alcune modifiche decisero di restare fedeli ai BIT classici, come la Russia e la Cina. Nonostante le modalità divergenti di riformare il diritto internazionale degli

investimenti, l'obiettivo ultimo è sempre quello di fornire norme, procedurali e sostanziali, chiare ed in grado di trovare un equilibrio tra gli interessi delle parti. Tra le riforme apportate alle norme sostanziali vi furono dei cambiamenti alle definizioni di investimento e di investitore così da restringere le fattispecie coperte dai trattati; al trattamento nazionale si introdussero dei criteri per determinare "circostanze simili" e delle riserve al trattamento nazionale; si è circoscritto l'ambito di applicazione della clausola della nazione più favorita; inoltre, i BRICS nei loro modelli di BIT cercarono di chiarire la clausola del trattamento giusto ed equo sostituendolo con una lista esaustiva degli obblighi dello Stato ribadirono i criteri necessari affinché un'espropriazione possa essere considerata legittima, salvaguardando anche il proprio potere normativo, ribadendo che gli atti adottati per tutelare un interesse pubblico non possono essere considerati in violazione dei trattati. Oltre a cambiamenti alle norme sostanziali, a seguito di diverse critiche, furono introdotti cambiamenti anche alle norme procedurali, in particolar modo al meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stato ed investitore prediligendo la risoluzione delle controversie in modo amichevole, lasciando la possibilità di presentare una controversia dinanzi ad un tribunale arbitrale solo dopo aver esaurito tutti i ricorsi locali e introducendo l'obbligo per i tribunali arbitrali di agire in modo trasparente, conforme a dei codici di condotta ed introducendo dei meccanismi di appello per eventualmente revisionare le sentenze pronunciate.

Nonostante l'atteggiamento adottato dai singoli Paesi in merito alla riforma degli accordi sugli investimenti stranieri fu molto diverso i Paesi del blocco nei BIT conclusi gli uni con gli altri cercarono di raggiungere un compromesso, come si può evincere dal BIT concluso tra la Repubblica dell'India e la Repubblica Federale del Brasile nel 2020. Inoltre, durante i summit cercano sempre dei punti in comune gli uni con gli altri così da individuare, ed eventualmente adottare, una strategia comune anche sulle questioni legate agli investimenti stranieri, basti vedere il comunicato pubblicato durante il sesto summit nel 2014 a Fortaleza in cui espressero la volontà di effettuare ulteriori miglioramenti agli accordi internazionali sugli investimenti e cercarono anche di individuare approcci comuni in merito. Ulteriori step in merito alla collaborazione intra-BRICS furono intrapresi durante l'ultimo summit tenutosi nell'agosto 2023 a Johannesburg in cui si discusse

dell'allargamento del blocco e a seguito di ventitré richieste di adesione durante la conferenza stampa di chiusura del Summit si è annunciato l'ingresso di ben sei nuovi Paesi all'interno dei BRICS, ovvero di Arabia Saudita, Argentina, Egitto, Emirati Arabi, Etiopia e Iran. Tale allargamento consentirà ai BRICS di assumere maggiore importanza nello scenario internazionale. Per cui, ai fini del presente elaborato, si potrebbe analizzare l'effetto che l'espansione del blocco BRICS possa avere sulla realizzazione di un eventuale trattato multilaterale in materia di investimenti, in particolar modo col fine di rafforzare le relazioni sud-sud le quali sono il principale obiettivo dei Paesi BRICS.

In sintesi, i Paesi BRICS giocano un ruolo influente nella riforma degli accordi in materia di investimenti stranieri a livello globale e tale influenza è alimentata dalle loro crescenti economie e dal desiderio di proteggere i propri interessi, ma al contempo promuovendo un ambiente favorevole agli investimenti stranieri. La collaborazione tra i Paesi BRICS e le proposte di riforma, dunque, mirano a riflettere meglio le esigenze e le priorità dei Paesi in via di sviluppo nell'ambito degli investimenti stranieri.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

Banca Mondiale, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, vol. 31, in *ILM*, 1992, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/Guidelines.pdf>

BERGER, A. *China's new bilateral investment treaty programme: Substance, rationale and implications for international investment law making*, in American Society of International Economic Law Interest Group 2008 conference in Washington DC, November 2008;

BERGER, A. *Investment rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China following the global trend towards comprehensive agreements?*, in Deutsches Institute für Entwicklungspolitik, July 2013;

BERGER, A. *Hesitant Embrace: China's recent approach to international investment rule-making*, in *Journal of World Investment & Trade*, 23 June 2015;

BRICS 6th Summit, *BRICS Perspective on International Investment Agreements*, Fortaleza, Brazil, 2014, <https://www.tralac.org/images/docs/5881/brics-perspective-on-iias-fourth-revision-14072014.pdf>;

BRICS 9th Summit, *Outlines for BRICS Investment Facilitation. Annex II to the 7th Meeting of the BRICS Trade Ministers Statement*. Xiamen, China, 31st August 2017, <http://www.brics.utoronto.ca/docs/170831-investment.html>;

BRICS 11th Summit, *BRICS Memorandum of Understanding Trade and Investment Promotion*, Brasilia Brasile, 2019, <https://brics2023.gov.za/wp-content/uploads/2023/07/Memorandum-of-Understanding-Among-BRICS-Trade-and-Investment-Promotion-Agencies-Trade-Promotion-Organisations-2019.pdf>;

- BRICS 14th Summit, *BRICS initiative on Trade and Investment for Sustainable Development*, Cina, 2022
<http://images.mofcom.gov.cn/gjs/202206/20220610182323208.pdf>;
- BRICS, *History of BRICS*, <https://infobrics.org/page/history-of-brics/>;
- BRICS, *Johannesburg II Declaration*, 24 Agosto 2023, para. 91
- CAI, C., & ROBERTS, A. *Introduction to the Symposium on the BRICS Approach to the Investment Treaty System*. *AJIL Unbound*, vol. 112, 2018, p. 187-190. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.62>;
- CAI, C. *Balanced Investment Treaties and the BRICS*. *AJIL Unbound*, volume 112, 2018, p. 217–222. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.64>;
- CAI, C., CHEN, H., & WANG, Y. (Eds.), *The BRICS in the New International Legal Order on Investment*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, volume 4, 31 March 2020, doi: <https://doi.org/10.1163/9789004376991>;
- CALVO, C. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris: D’Amyiot, 1868, [Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América T. 1 : Calvo, Carlos : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive](#);
- CHEEK, M. *et al.*, *Protecting against Russia’s asset seizures: investment treaties may provide a remedy for foreign investors*, in *Global policy watch*, 20 July 2023
<https://www.globalpolicywatch.com/2023/07/protecting-against-russias-asset-seizures-investment-treaties-may-provide-a-remedy-for-foreign-investors/>;
- CHEN, H. *China's Innovative ISDS Mechanisms and Their Implications*, *AJIL Unbound*, vol. 112, 2018 p. 207–211.
<http://doi.org/10.1017/aju.2018.57>;
- CHOER MORAES, H., & HEES, F. *Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements*. *AJIL Unbound*, vol. 112, 27 June 2018, p. 197–201. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.59>;

- DE CONTI, B., CARLOS DIEGUES, A. *Foreign direct investments in the BRICS countries and internationalization of Chinese capital*, BRICS Journal of Economics, volume 3, number 2, 2022, p. 129 - 142, DOI 10.3897/brics-econ.3.e96300;
- DU PLESSIS, C. et al., *BRICS welcome new members in push to reshuffle world order*, 25 Agosto 2023, <https://www.reuters.com/world/brics-poised-invite-new-members-join-bloc-sources-2023-08-24/>;
- GALLAGHER, N. *Role of China in Investment: BITs, SOEs, Private Enterprises and Evolution of Policy*, ICSID Review, Vol. 31, No. 1 2016, p. 88–103. doi:10.1093/icsidreview/siv060;
- GARCIA-BOLIVAR, O.E.; *Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo? ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. Oxford University Press, 2009;
- HANESSIAN, G. & DUGGAL, K. *The Final 2015 Indian Model BIT: Is this the change the world wishes to see?* ICSID Review. 2017, p. 1–11 doi:10.1093/icsidreview/siw020;
- ICSID, *Member States*, in <https://icsid.worldbank.org/about/member-states>;
- IISD, *BRICS Countries Expand Partnership for Sustainable Development*, 30 August 2023, <https://sdg.iisd.org/news/brics-countries-expand-partnership-for-sustainable-development/#:~:text=In%20a%20summit%20declaration%2C%20the,sustainable%20development%2C%20and%20inclusive%20growth>
- LABIN, D. K., & SOLOVEVA, A. V. *International Investment Law as International Law: Russian and Western Approaches*. AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 202–206. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.58>;
- LEON, P. et al. *South Africa: South Africa Declines To Renew Bilateral Investment Treaties With European Union Member States*, 5 October 2012, <https://www.mondaq.com/southafrica/international-trade-amp-investment/199586/south-africa-declines-to-renew-bilateral-investment-treaties-with-european-union-member-states>;
- MAGGETTI, M. & MORAES, H.C. *The Policy-Making of Investment Treaties in Brazil: Policy Learning in the Context of Late Adoption*, in Learning

- in public policy: analysis, modes and outcomes, International Series on Public Policy, Claire Dunlop et al, Palgrave Macmillan, 2018, p. 295-316;
- METHYMAKI, E. & TZANAKOPOULOS, A. *Master of Puppets? Reassertion of Control through Joint Investment Treaty Interpretation*, Research Paper n. 10/2016; Cambridge University Press, Andreas Kulick, ed., 2017, pp. 155-181;
- MOSSALAM, M. *Process Matters: South Africa's Experience Exiting its BITs*, University of Oxford, the Global Economic Governance Programme, 2015;
- OCSE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, 2004;
- OCSE; *International investment law: Understanding concepts and tracking innovations*, 2008;
- POTIN, N. & BRITO DE URQUIZA, C. *The Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreement: are foreign investors protected?*, Kluwer Arbitration Blog, 2021, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/12/29/the-brazilian-cooperation-and-facilitation-investment-agreement-are-foreign-investors-protected/>;
- RANJAN, P. *India-Brazil Bilateral Investment Treaty – A new template for India?* Kluwer Arbitration Blog, 19 March 2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/19/india-brazil-bilateral-investment-treaty-a-new-template-for-india/>;
- RANJAN, P. *India and Bilateral Investment Treaties: refusal, acceptance, backlash*. Oxford University Press, 2019;
- ROBERTS, A. *The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds*. EJIL talk, 15 June 2017, <https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>;

- ROBERTS, A. & BOURAOUI, Z. *UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' concerns?* Ejil Talk, 5 June 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns/>;
- ROBERTS, A. & BOURAOUI, Z. *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about consistency, predictability and correctness.* Ejil Talk, 5 June 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>;
- ROBERTS, A. *UNCITRAL and ISDS Reforms: Not Business as Usual.* Ejil Talk, 11 December 2017, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-not-business-as-usual/>;
- ROBERTS, A. *UNCITRAL and ISDS Reforms: Pluralism and the Plurilateral Investment Court.* Ejil Talk, 12 December 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-pluralism-and-the-plurilateral-investment-court/>;
- ROBERTS, A. *Incremental, Systemic and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration.* American Journal of International Law, 2018, p. 410-432, doi:10.1017/ajil.2018.69;
- ROBERTS, A. *Investment Treaties: The Reform Matrix.* AJIL Unbound, volume 112, 27 August 2018, p. 191–196. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.61>;
- RUBINS, N. & NAZAROV, A. *Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?* in Business Law International, Volume 9, Number 2, May 2008, p. 100-113, arbitrationlawRubins-Russian-BITs1.pdf (international-arbitration-attorney.com);
- RYBYNOK, M. *The 2016 Russian Guidelines on future BITs: have your cake and eat it,* in Financier worldwide, October 2017, <https://www.financierworldwide.com/the-2016-russian-guidelines-on-future-bits-have-your-cake-and-eat-it>;
- SCHLEMMER, E. C. *Dispute Settlement in Investment-Related Matters: South Africa and the BRICS.* AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 212–216. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.63>;

- SCHLEMMER, E. C. *An overview of South Africa's Bilateral Investment treaties and Investment Policy*. ICSID Review, Vol. 31, No. 1, 2016, pp. 167–193. doi:10.1093/icsidreview/siv040;
- SHAVINA, E. *Russia's investment cooperation with other BRICS countries under contemporary conditions*. The EUrASEANs: journal on global socio-economic dynamics. Volume 4, number 11, July-August 2018, p. 7 – 16, ISSN 2539 – 5645;
- SHOLOKHOVA, M. *Investment cooperation in the BRICS countries*. BRICS Journal of Economics, vol. 1, number 4, 2020, p. 24-32, <https://doi.org/10.38050/2712-7508-2020-1-4-3>;
- SORNARAJAH, M. *The Unworkability of "Balanced Treaties" and the Importance of Diversity of Approach Among the BRICS*. AJIL Unbound, vol. 112, p. 223–227, 2018, <http://doi.org/10.1017/aju.2018.60>;
- SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge University Press, 2015;
- TITI, C. *International Investment Law and the Protection of Foreign Investment in Brazil*. Transnational Dispute Management 2, Special Issue on Latin America, vol. 1, eds Ignacio Torterola and Quinn Smith, 2016, <https://ssrn.com/abstract=2786967>;
- UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) draft provisions on procedural and cross-cutting issues*, Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, A/CN.9/WG.III/WP.231, 46th Session, Vienna, 9-13th October;
- UNCITRAL, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) draft provisions on the establishment of an advisory centre on international investment law*, Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, A/CN.9/WG.III/WP.230, 46th Session, Vienna, 9-13th October
- UNCTAD, *BRICS investment report*, 4 April 2023, https://unctad.org/system/files/official-document/diae2023d1_en.pdf;
- UNCTAD, *Expert meeting on taking stock of IIA Reform: India*, Geneva, 16 March 2016, [Statement-Indian-Model-BIT.pdf \(unctad.org\)](http://unctad.org/Statement-Indian-Model-BIT.pdf);

- UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, 2010;
- UNCTAD, *Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of old-generation treaties. IIA issues note*, 2 June 2017;
- UNCTAD, *International investment agreements reform accelerator*, 2020;
- UNCTAD, *World Investment Report: Investment and the Digital Economy*, 9 May 2017;
- UNCTAD, *World Investment Report: Investment and New Industrial policies*, 6 June 2018;
- UNCTAD, *World Investment Report: Special Economic Zones*, 12 June 2019;
- UNCTAD, *World Investment Report: International Production Beyond the Pandemic*, 1 april 2020;
- UNCTAD, *World Investment Report: Investing in Sustainable Recovery*, 2021;
- UNCTAD, *World Investment Report: International Tax Reforms and Sustainable investment*, 9 June 2022;
- UNCTAD, *World Investment Report: Investing in Sustainable Energy for All*, 5 July 2023;
- UNCTAD, *Global Investment Trends Monitor, No. 44*, 17 January 2023, <https://unctad.org/publication/global-investment-trends-monitor-no-44>;
- UNCTAD & OECD, *Twenty-ninth Report on G20 Investment Measures*, 2023;
- VANEEV, A. ET AL., *At a glance: investment treaty practice in Russia*, 2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2b9f6ea4-0518-42c9-96ed-7b9d2650e6ab>;
- WEBB, M. *New treatment of foreign investors in South Africa*, 2016, <https://www.isds.bilaterals.org/?new-treatment-of-foreign-investors&lang=en>;

YARYGINA, I. & KRYLOVA, L. *BRICS investment policy in contemporary environment*, BRICS Journal of Economics, Volume 4 Number 2, 2023, p. 193-208, DOI 10.3897/brics-econ.4.e99251;

GIURISPRUDENZA

Corte Permanente di Giustizia Internazionale, Case concerning the *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, Judgment, 26 July 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, <https://jsumundi.com/en/document/pdf/decision/en-factory-at-chorzow-jurisdiction-judgment-tuesday-26th-july-1927>;

Corte suprema Americana, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver, et al.*, 376 US 398 (1964);

ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID case n. ARB787/3, Final Award, 27 June 1990, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>

ICSID, *ADF Group v. United States*, ICSID ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>;

ICSID, *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, Case No. ARB(AF)/07/01, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>;

ICSID, *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3, <https://www.italaw.com/cases/618>;

ICSID, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID case no. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>;

ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* [I], ICSID Case No. ARB/00/4, Jurisdiction, 31 July 2001, <https://www.italaw.com/cases/958>;

ICSID, *Siemens A.G v. the Argentine Republic*, ICSID case no. ARB/02/8, Jurisdiction, 3 August 2004, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>

ICSID, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10836.pdf>;

ICSID, *Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID ARB/02/7, Award, 7 July 2004, <https://www.italaw.com/cases/1041>;

ICSID, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID ARB/02/18, [Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18 | italaw](https://www.italaw.com/cases/1041);

UNCITRAL, *Saluka investments BV v. the Czech Republic*, Partial Award, 17 march, 2006, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>;

UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. the Republic of India*, Final Award, 30 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>;

UNCITRAL, *Yukos Universal Ltd v Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>;

United Nations, *General Assembly Resolution 1803: “Permanent sovereignty over natural resources*, 14 December 1962, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/resources.pdf>;

DOCUMENTI

Trattati bilaterali di investimento

Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Bulgaria on the Encouragement and Mutual Protection of Capital Investments, 1993

Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of India for the promotion and mutual protection of investments, 1994;

Agreement between the government of the Republic of Korea and the government of the Republic of South Africa on the promotion and protection of investments, 1995;

Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1997;

Agreement between the government of the Republic of South Africa and the Government of the Russian Federation, 1998;

Agreement between the Kingdom of Sweden and the Republic of South Africa on the promotion and reciprocal protection of investments, 1998;

Agreement between the government of the republic of South Africa and the government of the Italian republic on the promotion and protection of investments, 1999;

Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the promotion and protection of investments, 1999;

Accordo tra il governo della Repubblica italiana e il governo della Repubblica del Sud Africa in materia di promozione e protezione degli investimenti, 1999;

Agreement between the State of Kuwait and the Republic of India for the encouragement and reciprocal protection of investment, 27 November 2001;

Agreement on encouragement of reciprocal protection of investments between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands, 2001;

Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2002

- Agreement between the Republic of South Africa and the Belgo-Luxembourg Economic Union on the reciprocal promotion and protection of investments, 2003;
- Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the People's Republic of China on the promotion and reciprocal protection of investments, 2006;
- Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of China for the promotion and protection of investments, 2006;
- Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the government of the Republic of Colombia and the government of the People's Republic of China, 2008;
- Agreement between the government of Republic of South Africa and the government of the Republic of Zimbabwe for the promotion and reciprocal protection of investments, 2009;
- Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the People's Republic of China concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015;
- Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Kingdom of Morocco on the promotion and reciprocal protection of investments, 2016
- Gesetz zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zum Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, 25 November 1959, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>;
- Investment Cooperation and Facilitation treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India, 2020;
- Joint Interpretative Declaration Between the Republic of India and the Republic of Colombia Regarding the Agreement for the Promotion and Protection of Investments Between India and Colombia, 10th November 2009, [download \(unctad.org\)](#);*

MODELLI BIT

Agreement between the government of the people's Republic of China and the government of ___ on the promotion and protection of investments, 1998, [China Model BIT \(1997\) - Electronic Database of Investment Treaties \(EDIT\) \(wti.org\)](#);

Agreement between the Government of the Russian Federation and foreign governments on the promotion and mutual protection of investments, 2001, <https://edit.wti.org/document/show/65708f89-e68e-41b6-a5bd-12a0b22c0683?textBlockId=713894b4-a0d8-4975-b7b7-a5b3449b0d98&page=1>;

Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of ___ for the promotion and protection of Investments, 2003, <https://edit.wti.org/document/show/8a4ecc95-6831-4a9a-a71f-11b5afb11251?textBlockId=8b150510-b9d6-4565-b566-87978fdab264&page=1>;

Draft Indian Model Bilateral Investment Treaty Text, 2015, [Draft Indian Model Bilateral Investment Treaty Text | MyGov.in](#);

Model text for the Indian Bilateral Investment Treaty. Bilateral Investment treaty between the Government of the Republic of India and ___, 2015, <https://pib.gov.in/newsite/PrintRelease.aspx?relid=133412>;

Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and ___, 2016;

General Approaches to the Conclusion of International Agreements of the Russian, Federation on the Promotion and Protection of Investments, 2016, [download \(unctad.org\)](#);

TRATTATI MULTILATERALI

Accordo Generale sulle tariffe dogali e il commercio, 1947;

Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, 1958;

Convenzione di Washington per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, 1965, https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1968/982_1022_938/20201216/it/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1968-982_1022_938-20201216-it-pdf-a.pdf;

OECD Council, OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967, <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>;

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 1969;

Trattato sulla Carta dell'Energia, 1991, [Charter, Final Act, Treaty, Protocols with cross-ref. \(europa.eu\)](#);

Framework agreement between the MERCOSUR and the Republic of India, 2003;

Agreement on investment of the framework agreement on comprehensive economic cooperation between ASEAN and China;

Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza nell'arbitrato tra investitori e Stato, 10 dicembre 2014;

LEGISLAZIONI NAZIONALI

Brasile, *Costituzione della Repubblica Federale del Brasile*, 1988, [Brazil 1988 \(rev. 2017\) Constitution - Constitute \(constituteproject.org\)](#);

Russia, Federal Law on Foreign investments, Russia, 1999;

India, Government of India, Department for Industrial policy and promotion, '*Consolidated FDI policy*' august 2017, https://dpiit.gov.in/sites/default/files/CFPC_2017_FINAL_RELEASE_D_28.8.17_1.pdf;

India Department of Industrial Policy and Promotion, Ministry of Commerce and Industry, Government of India, *Consolidate FDI Policy*, 2011;

- India, Government of India, Ministry of Finance, Department of Economic Affairs, *Office Memorandum - Regarding Issuing Joint Interpretative Statements for Indian Bilateral Investment Treaties*, (8 February 2016), http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf;
- India, Government of India, ‘*Comments on the 2015 Draft Model BIT*’;
- India, Law Commission of India, *Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Treaty*, Report no. 260, <https://indiankanoon.org/doc/4667999/>;
- India, Government of India, Ministry of Finance, Department of Economic Affairs, ‘*Major policy initiatives/achievements/highlights of the year 2016*’, December 2016, <https://dea.gov.in/sites/default/files/Year%20End%20Review%20Final%20.pdf>;
- China, *Foreign Investment Law of the People’s Republic of China*, China, 2019;
- Sud Africa, *Promotion and Protection of Investment Bill*, 2013, <https://www.tralac.org/files/2013/11/Promotion-and-protection-of-investment-bill-2013-Invitation-for-public-comment.pdf>;
- Sud Africa, *Protection of Investment Act*, act No. 22, Official Gazette, Vol. 606, No. 39514, South Africa, 2015, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/south-africa-investment-act>;
- Sud Africa, *Mineral and Petroleum Resources Development Act* (MPRDA), 2004;
- Sud Africa, Department of Trade and Industry, *Bilateral Investment Policy Framework Review*, General Notice 961, Government Gazette 32386, 7 July 2009;
- Sud Africa, Report of the Portfolio Committee on Trade and Industry on its activities undertaken during the 4th Parliament, Doc ATC 140331, 12 March 2014;
- Sud Africa, Costituzione della Repubblica del Sud Africa, 1996;

Sud Africa, *The Broad-Based Black Economic Empowerment Act 53*, 2003;

Sud Africa, Department of Trade and Industry, *Update on the Review of Bilateral investment treaties in South Africa*, Pretoria: Report to Cabinet, 15 February 2013;

Sud Africa, *Expropriation Bill*, Government Gazette No. 43798, 9 October 2020, [Expropriation Bill B23-2020 \(www.gov.za\)](http://www.gov.za);

SITOGRAFIA

<https://investmentpolicy.unctad.org/>;

<https://www.italaw.com/>;

<https://databank.worldbank.org/>;