# Il conflitto tra Stato e proprietario nella giurisprudenza CEDU. Risvolti in tema di protezione degli investimenti internazionali

*di Sondra Faccio*

Sommario: 1. Introduzione; 2. La protezione della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; 2.1. Tre ipotesi di conflitto; 2.2. L'Espropriazione; 2.3. Regolamentazione e altre forme di interferenza con il diritto di proprietà; 3. L' applicazione del principio di proporzionalità nel diritto internazionale degli investimenti; 3.1. Espropriazione indiretta v. Trattamento ingiusto e iniquo; 3.2. Le decisioni delle corti arbitrali nelle controversie Stato-investitore; 3.3 Alcune osservazioni sull'utilizzo del principio di proporzionalità; 4. Conclusioni

## 1. Introduzione

La ricerca di un equilibrio tra i bisogni dello Stato e gli interessi economici dei proprietari è uno degli aspetti che hanno caratterizzato l'attività della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali ('CEDU') nell'applicazione dell'art. 1 del Protocollo numero 1 sul diritto di proprietà. Tale giurisprudenza si è progressivamente estesa al di fuori del contesto CEDU, divenendo parametro di riferimento anche per taluni tribunali arbitrali in materia di investimento. Di fatto, nelle controversie tra Stato e investitore straniero emerge l'analoga necessità di bilanciare gli interessi contrapposti del singolo e dello Stato, e i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo rappresentano utili strumenti interpretativi per la risoluzione del conflitto.

La comunicazione intercorrente tra i due sistemi giurisprudenziali è espressione di un più ampio processo di *"cross-fertilization"*, che coinvolge sia le corti internazionali a carattere permanente, sia i tribunali istituiti *ad hoc,* come quelli chiamati a dirimere le controversie Stato-investitore[1]. La necessità di rafforzare la legittimità

[1] PHILIPPE SANDS, 'Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law', in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1998, Vol. I, pp. 85-105; TULLIO TREVES, 'Cross-fertilization between Different International Courts and Tribunals: the Mangouras Case', in *Coexistence, Coopera-*

delle decisioni, attraverso riscontri e confronti esterni, nonché la volontà di sviluppare un sistema giuridico coerente e chiaro, stanno infatti incentivando un sviluppo "incrociato" delle norme di diritto internazionale[2].

Il presente contributo intende mostrare l'esistenza di una interazione tra la giurisprudenza CEDU in tema di diritti fondamentali e quella in materia di investimenti, rilevandone gli aspetti salienti e le relative criticità, e mettendo in luce le opportunità offerte dai due sistemi giurisprudenziali in termini di *"cross-fertilization"*. Si procederà presentando dapprima una breve rassegna della giurisprudenza CEDU sul diritto di proprietà, individuando i criteri interpretativi utilizzati dai giudici di Strasburgo per risolvere il conflitto tra Stato e proprietario e mettendo in luce il sistema di garanzie che questi hanno ricavato dalle norme dell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo numero 1. Si prenderanno poi in considerazione le controversie in materia di investimenti diretti esteri, illustrando in quali ipotesi e con quali finalità sono stati utilizzati i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo. Si vedrà che i tribunali arbitrali hanno più volte richiamato il principio di proporzionalità al fine di circoscrivere il concetto di espropriazione indiretta, distinguendolo dalle diverse ipotesi di regolamentazione che non danno luogo ad indennizzo. L'approccio seguito dai tribunali arbitrali fa emergere alcuni aspetti critici che saranno oggetto di discussione nell'ultima parte del lavoro, ove si cercherà altresì di proporre delle strategie alternative per un più proficuo ed efficace utilizzo dei principi giurisprudenziali CEDU nel contesto del diritto internazionale degli investimenti.

## 2. La protezione della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

### *2.1 Tre ipotesi di conflitto*

Il diritto di proprietà è stato inserito nel novero dei diritti tutelati della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel 1952, due anni dopo la firma della Convenzione stessa, attraverso un protocollo aggiuntivo[3].

---

*tion and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden Boston, 2012, pp. 1787 ss.; Anne Marie Slaughter, 'Judicial Globalization', in *Vanderbilt Journal of International Law*, 1999-2000, Vol. XL, pp. 1103-1124.

[2] CIG 30 Novembre 2010, Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea c. Repubblica Democratica del Congo), § 66, 67, 68, in <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=7a&case=103&code=gc&p3=4>.

[3] Stefania Bariatti, 'Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori', in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 215-220; Rosalyn Higgins, 'The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law', in *Recueil des Cours*, 1982, Vol. CLXXVI, p. 358; Collected Edition of the "Travaux

L'art. 1 Protocollo 1 sancisce il diritto di proprietà quale diritto fondamentale della persona, ma prevede altresì la possibilità di imporre dei limiti al suo esercizio, in ossequio al riconoscimento della funzione sociale della proprietà.

Nell'art. 1 del Protocollo 1 i giudici di Strasburgo hanno individuato tre norme distinte ma collegate[4]. In primo luogo viene sancito, il principio del rispetto della proprietà: "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni" (art. 1 Prot.1, comma 1, prima parte). Tale principio ha portata prescrittiva e piena autonomia rispetto alle norme che lo seguono: esso, come si vedrà, è volto a coprire tutte le ipotesi residuali di interferenza con il diritto di proprietà, che non rappresentino veri e propri atti ablativi, né mere regolamentazioni. La seconda e la terza norma rappresentano ipotesi particolari d'ingerenza nel diritto di proprietà e devono essere interpretate alla luce del principio espresso dalla prima norma. La seconda parte del primo comma disciplina le ipotesi di privazione della proprietà, stabilendone limiti e condizioni: "nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale" (art. 1 Prot. 1, comma 1, seconda parte). Infine, il secondo comma enuncia la terza e ultima norma, riconoscendo agli Stati il potere di regolamentare l'utilizzo dei beni: "le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende" (art. 1 Prot. 1, comma 2). Si comprende quindi come la disposizione in discorso miri a disciplinare tre forme distinte di conflitto tra il diritto di proprietà dell'individuo e l'interesse generale perseguito dallo Stato: due principali, l'espropriazione e la regolamentazione, e una residuale. Davanti alla richiesta di protezione dell'individuo-ricorrente quindi la Corte valuta l'azione dello Stato e ne decide la natura. Solo dopo avere individuato il "tipo" di conflitto, la Corte procede al giudizio di legittimità dell'azione dello Stato sulla base dei parametri forniti dalla Convenzione stessa. Nei paragrafi che seguono si illustrerà più nel dettaglio il contenuto delle tre norme citate e l'interpretazione che di esse ha dato la Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

---

Préparatoires" of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, The Hague; Boston; London; Dordrecht; Lancaster: Martinus Nijhoff, 1975-1985, Vol. I, pp. 60-80, Vol. V, pp. 1083- 1084.

[4] CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia; CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito; CEDU 9 dicembre 1994, I santi monasteri c. Grecia; In dottrina si veda, M. Frigo, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale,* Giuffré, 2000, pp. 154 ss.; Sergio Bartole – Paolo De Sena - Vladimiro Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo,* Cedam, 2012, pp. 791 ss.

*2.2 L'Espropriazione*

L'ipotesi più grave ed invasiva di interferenza con il diritto di proprietà è l'espropriazione.

Il principale criterio utilizzato dalla CEDU per accertare l'esistenza di una misura espropriativa considera gli effetti sostanziali del provvedimento o della situazione di fatto contestata dal ricorrente, che devono compromettere in maniera irreversibile e permanente l'esercizio del diritto di proprietà[5]. Nella norma sono ricomprese le ipotesi tradizionali di espropriazione, che prevedono il trasferimento formale del titolo di proprietà su un bene, e le c.d. "nazionalizzazioni", che determinano il passaggio allo Stato della proprietà di interi settori produttivi, ma anche tutta una serie di provvedimenti che, sebbene non determinino formalmente il trasferimento della proprietà, interferiscono con i beni in misura tale da essere considerati equivalenti a delle espropriazioni. Questi provvedimenti o situazioni di fatto devono avere l'effetto di rendere impossibile l'esercizio pacifico e continuativo delle facoltà afferenti al diritto di proprietà. Ad esempio, la Corte ha individuato un'ipotesi di espropriazione *de facto* in *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*[6]. In questo caso, il terreno del ricorrente era stato tolto dalla sua disponibilità a seguito di una legge introdotta dal regime militare greco nel 1967. Da questa data, il proprietario - ancora titolare del diritto di proprietà sul bene - non ha più potuto usare il terreno, né venderlo, né legarlo o donarlo, né farne oggetto di garanzia per ottenere finanziamenti, senza ricevere come contropartita alcun indennizzo o risarcimento[7]. Alla luce di queste circostanze, la Corte ha concluso che l'integrale perdita di disponibilità del bene, insieme alla totale mancanza di un successivo intervento statale volto a porre rimedio alla situazione, ha determinato effetti sufficientemente gravi ai danni del ricorrente da poter ritenere che esso abbia di fatto subito una espropriazione, in violazione delle disposizioni di cui all'art. 1 Prot. 1, primo comma, seconda parte della Convenzione[8].

Quando i provvedimenti contestati hanno l'effetto di ridurre o di rendere gravoso l'esercizio della proprietà, senza tuttavia neutralizzarlo integralmente, la Corte ha escluso di poter qualificare tali provvedimenti quali misure espropriative. In queste ipotesi la CEDU preferisce fare riferimento alle altre alternative offerte dall'art. 1 senza dilatare il contenuto del concetto di espropriazione[9]. Di fatto, la disposizione sulla protezione della proprietà contemplata nel Protocollo aggiuntivo numero 1 of-

[5] Maria Luisa Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffré, 2003, pp. 131, 132.

[6] CEDU 24 giugno 1993, Papamichalopoulos e altri c. Grecia.

[7] CEDU 24 giugno 1993, Papamichalopoulos e altri c. Grecia, §43.

[8] CEDU 24 giugno 1993, Papamichalopoulos e altri c. Grecia, §45, 46.

[9] CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia, §56-75.

fre un ventaglio di alternative che permettono ai giudici di Strasburgo di qualificare in modo puntuale ogni azione invasiva dello Stato, senza ricorrere a interpretazioni estensive.

Una volta qualificato il provvedimento o la situazione come espropriativa, i giudici dovranno accertare che l'azione dello Stato rispetti i presupposti stabiliti dalla Convenzione, ovvero l'esistenza di una ragione di pubblica utilità, l'ottemperanza della legge interna e dei principi internazionali in materia di espropriazione. Successivamente, la Corte dovrà verificare l'effettiva esistenza di un giusto equilibrio tra le esigenze di pubblica utilità perseguite dallo Stato e il diritto dell'individuo alla protezione della proprietà, in tale operazione è applicato il principio di proporzionalità. Il vaglio sul giusto equilibrio è operato dalla Corte non solo nelle ipotesi di vera e propria espropriazione, ma in tutti casi di conflitto Stato-proprietario previsti dall'art. 1 del primo Protocollo: si tratta infatti di un criterio di applicazione generale che informa di sé l'intera disposizione[10].

In linea con i principi di diritto internazionale[11], la Convenzione Europea prevede che l'eventuale atto espropriativo dello Stato sia reso necessario per la realizzazione di un fine di pubblica utilità. La finalità di interesse generale, anche se espressamente prevista solo dalle disposizioni relative all'espropriazione, costituisce un presupposto fondamentale in tutte e tre le ipotesi contemplate dall'art. 1 Prot. 1[12]. La giurisprudenza CEDU ha attribuito al concetto di pubblica utilità un significato ampio che si avvicina a quello di interesse generale[13]. La Corte ha preferito adottare una definizione molto ampia, se non addirittura generica, per lasciare agli

[10] M. Frigo, *op. cit.*, p. 176.

[11] Secondo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 26 agosto 1789, art. 17 "la proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità". Si veda anche: la Risoluzione 1803 del 1962 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, § 4, in <http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>; the Foreign Investment Promotion and Protection Agreement ('FIPA') Canada-Czech Republic, 6 maggio 2009, art. 6, in <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/>; the *2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty* ('BIT'), art. 6, in <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> e l'art. 6 della nuova versione pubblicata in aprile 2012, in <www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>; il Progetto di accordo multilaterale sugli investimenti dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico ('OCSE'), "Draft MAI Negotiating Text", 22 aprile 1998, § 4, art. 2.1, p. 56, in <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm>; in dottrina, JESWALD W. SALACUSE, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, 2009, p. 320.

[12] CEDU 5 gennaio 2000, Beyeler c. Italy, § 111, secondo la Corte*"the principle of a 'fair balance' inherent in Article 1 of Protocol No. 1 itself presupposes the existence of a general interest of the community".*

[13] Rosalyn Higgins, 'The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law'*,* in *Recueil des Cours*, 1982, Vol. CLXXVI, pp. 259- 391; Maria Luisa Padelletti, *op. cit.*, p. 169 ss.; in giurisprudenza si veda CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito.

Stati il maggior spazio di manovra possibile[14]. Di fatto, la Corte si è astenuta dal giudicare il merito delle scelte degli Stati e l'effettiva sussistenza di una causa di pubblica utilità, limitandosi piuttosto a esaminare la conformità del provvedimento statale con le esigenze della Convenzione alla luce dei principi di legalità (interna e internazionale), non discriminazione e proporzionalità[15].

Per quanto riguarda il principio di legalità, la conformità alla legge interna rende il provvedimento legittimo. Il rispetto del principio di legalità costituisce una condizione preliminare, la cui inosservanza esclude la necessità di accertare il rispetto delle ulteriori condizioni (il rispetto dei principi generali di diritto internazionale e il principio di proporzionalità)[16]. L'esistenza e il conseguente rispetto di una norma interna, tuttavia, non soddisfano *in toto* il requisito della legalità, in quanto la Corte richiede anche un minimo grado di 'qualità' della legge nazionale, che deve essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile, e tale da escludere *ab origine* ogni possibilità di interventi arbitrari a danno del cittadino[17]. Sul rispetto del principio di legalità, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi nei confronti dello Stato italiano in tema di occupazione acquisitiva[18]. Il principio di occupazione acquisitiva o accessione indiretta, così come elaborato ed applicato dalla Corte di Cassazione italiana, determina l'automatico trasferimento in favore dell'amministrazione pubblica del diritto di proprietà dell'opera pubblica realizzata attraverso un'occupazione *sine titulo.* Con l'applicazione di questo principio giurisprudenziale, la Cassazione ha voluto rimediare ad un comportamento illegittimo dell'amministrazione statale, legittimando *ex post* la prassi da quest'ultima instaurata in spregio delle norme interne sull'espropriazione per pubblica utilità. L'istituto

[14] Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 1998, p. 547.

[15] Nel caso CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito, §46, la Corte Europea ha precisato che lo Stato ha ampio margine di apprezzamento in merito al requisito della causa di pubblica utilità, ma la Corte rispetterà le determinazioni dello Stato solo se basate su presupposti ritenuti ragionevoli. Anche i tribunali arbitrali incaricati di dirimere le controversie tra Stato e investitore straniero si sono dimostrati estremamente cauti nel valutare le cause di pubblica utilità addotte dagli Stati. Per esempio, nel caso *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic,* decisione del 12 aprile 1977, pubblicata in *Revue de l'Arbitrage*, 1980, pp. 132-191, il tribunale arbitrale ha espressamente sancito che *"the motives are indifferent to international law, each State being free to judge for itself what it considers useful or necessary for the public good".* Contra, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. the Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, 2 ottobre 2006; *BP Exploration Company (Libya) v. Government of the Libyan Arab Republic,* decisione del 10 ottobre 1973; *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. the Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, 31 marzo 1986.

[16] Sergio Bartole – Paolo De Sena – Vladimiro Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 798.

[17] CEDU 22 settembre 1994, Hentrich c. Francia; CEDU 8 luglio 1986, Lithgow e altri c. Regno Unito; in dottrina si veda Sergio Bartole – Paolo De Sena – Vladimiro Zagrebelsky, *op. cit.*

[18] CEDU 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia; CEDU 30 maggio 2001, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia.

dell'occupazione acquisitiva è stato censurato dai giudici europei, che hanno obbligato il legislatore italiano a intervenire codificando l'istituto[19]. Tuttavia, ciò non ha dissipato i dubbi circa la legittimità dell'azione espropriativa dello Stato e, in una decisione successiva, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che la presenza, in quanto tale, di una norma di legge non è sufficiente per ritenere l'intervento espropriativo da parte dello Stato legittimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 1 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione[20].

Oltre al rispetto della legge interna, la Corte deve verificare che il provvedimento dello Stato rispetti i principi generali di diritto internazionale, ovvero le norme di diritto consuetudinario che la comunità degli Stati riconosce e applica in materia di espropriazione. In termini generali, si può sostenere, che secondo il diritto internazionale consuetudinario, ciascuno Stato può espropriare la proprietà di cittadini stranieri se ricorrono esigenze di pubblica utilità, nel rispetto del principio di non discriminazione e con pagamento di un indennizzo[21]. Questi presupposti si riscontrano anche in molti accordi di investimento internazionale e hanno l'effetto di rendere l'atto espropriativo legittimo secondo il diritto internazionale[22].

Per quanto riguarda il principio di non discriminazione, nel diritto internazionale sono considerate illecite le misure di espropriazione o nazionalizzazione che deter-

[19] Il D.P.R. 8 giugno 2001 numero 327, introduce il 'Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità', l'art. 43 del T.U. si occupa della c.d. accessione invertita e sancisce che "valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni". Secondo la lettera c) i danni sono risarciti automaticamente e l'atto acquisitivo "determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta".

[20] CEDU 6 marzo 2007, Scordino c. Italia (n. 3), la Corte Europea sottolinea che lo Stato italiano dovrebbe rimediare, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, non tanto rendendo legale il procedimento di occupazione acquisitiva arbitraria attraverso l'elaborazione di un orientamento giurisprudenziale o di una nuova norma giuridica, ma adottando misure atte a scoraggiare il sedimentarsi di prassi antigiuridiche, ossia espropriazioni realizzate al di fuori dell'ordinario procedimento previsto dalla legge.

[21] SERGIO MARCHISIO, 'Investimenti esteri nel diritto internazionale', in Digesto delle discipline pubblicistiche, Utet, 1993, VIII, p. 582; IAN BROWNLIE, op. cit., pp. 533 ss.

[22] Il Progetto di accordo multilaterale sugli investimenti dell'OCSE (1998), cit., § 4, art. 2.1; *North America Free Trade Agreement,* art. 1110, in <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=206>; *The Energy Charter Treaty*, art. 13, in <http://www.encharter.org/index.php?id=28&L=0L%200%2041%200%200%2041>; *The Comprehensive Economic Partnership Agreement ('CEPA') between the Republic of India and the Republic of Korea*, 7 agosto 2009, art. 10.2, in <http://commerce.nic.in/trade/india%20korea%20cepa%202009.pdf>; *The Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa ('COMESA') Common Investment Area, 2007,* art. 20.6. Http://v.unctod.org/files/wksp/iiavvksp08/docs/wednesday/exercise%20materials/inagreecumesa.pdf.

minano una discriminazione tra cittadini e stranieri o tra stranieri[23]. Un trattamento discriminatorio è considerato accettabile quando vi è un interesse generale che lo giustifica. Nell'ambito della Convenzione, quando si parla di non discriminazione, viene in rilievo l'art. 14 CEDU[24]. L'articolo in commento vieta quelle diseguaglianze che, non essendo giustificate da ragioni obiettive, si traducono in comportamenti arbitrari. La Corte accerta l'esistenza di uno scopo legittimo che giustifichi la misura discriminatoria e il rispetto del principio di proporzionalità tra lo scopo e i mezzi. La regola prevista dall'art. 14 CEDU ha un campo di applicazione più ampio rispetto alla norma consuetudinaria di diritto internazionale, sia in relazione alle cause che possono determinare un trattamento discriminatorio - il sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione - sia rispetto alla sfera soggettiva di applicazione della norma che riguarda sia stranieri che cittadini.

Il diritto internazionale consuetudinario prevede l'obbligo del versamento di un indennizzo a favore dello straniero espropriato[25]. Di fatto, se, da un lato, si riconosce la sovranità dello Stato e la relativa libertà di attuare riforme economiche e sociali anche attraverso l'adozione di provvedimenti a carattere ablativo, dall'altro, si impedisce che il peso di tali riforme sia sostenuto da coloro che hanno investito capitali in conformità alle leggi del paese ospite. L'art. 1 Prot. 1 non prevede espressamente l'obbligo di indennizzare il privato espropriato; tuttavia, il richiamo ai principi generali di diritto internazionale introduce per via indiretta il dovere di indennizzare i cittadini stranieri coinvolti dalla misura espropriativa[26]. Per quanto riguarda i cittadini degli Stati membri, invece, si ritiene che la previsione del pagamento di un indennizzo sia insita nella struttura stessa dell'articolo 1. La Corte riconosce il diritto ad un giusto indennizzo nei confronti di tutti i ricorrenti, cittadini o stranieri, perché in sua assenza la protezione offerta dalla disposizione risulterebbe

[23] Il principio di non discriminazione trova attuazione attraverso altri due principi: il principio della *Most Favoured Nation* e il principio del *National Treatment.* Per un'introduzione a questi due concetti si veda Dominique Carreau – Patrick Juillard, *Droit International èconomique,* Dalloz, 2007, pp. 466 ss.; Todd J Grierson Weiler – Ian A Laird, 'Standards of Treatment', in *The Oxford Handbook of International Investment Law,* ed. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford University Press, 2008, pp. 259-304; e PIA ACCONCI, 'Most-Favoured-Nation Treatment', in *The Oxford Handbook of International Investment Law,* ed. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford University Press, 2008, pp. 363-496.

[24] Sergio Bartole – Paolo De Sena – Vladimiro Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 518 ss.

[25] L'indennizzo deve essere pronto, adeguato ed effettivo, secondo la famosa formula elaborata da Cordell Hull e adottata dalla maggior parte degli Stati. Si veda a titolo di esempio l'art. 6.1 lett c) del modello di trattato bilaterale statunitense del 2004 e del 2012in www.state.gov/documents/organization/188371.pdf.

[26] Rosalyn Higgins, 'The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law', in *Recueil des Cours*, 1982, Vol. CLXXVI, p. 361.

del tutto illusoria e inefficace[27]. Il pagamento di un indennizzo non solo è essenziale per non tradire lo spirito della norma, ma è anche indispensabile al fine di realizzare quel giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia del diritto del singolo[28]. Tale equilibrio non può dirsi raggiunto quando il singolo subisce un sacrificio eccessivo e sproporzionato rispetto al fine da raggiungere. Proprio per queste ragioni, il pagamento di un ragionevole indennizzo è necessario non solo in caso di espropriazione, ma anche nel caso di mere interferenze ai sensi del primo paragrafo, comma 1, art. 1, Prot. 1, qualora queste determinino un sacrificio eccessivo nella posizione giuridica del proprietario[29].

*2.3 Regolamentazione e altre forme di interferenza con il diritto di proprietà*

La giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo trae dall'art. 1 Prot. 1 altre due ipotesi di interferenza con il diritto di proprietà, che determinano situazioni di conflitto tra Stato e proprietario.

Alla prima norma, sancita nella prima parte del primo comma, la Corte ha ricondotto tutti quei casi "ibridi" di ingerenza che hanno per effetto una diminuzione della disponibilità dei beni - o un pregiudizio patrimoniale a danno del proprietario-ricorrente - ma che non possono essere considerati come una vera e propria privazione, né come una forma di regolamentazione dell'uso dei beni[30]. In altre parole, al fine di garantire una protezione sostanziale ed effettiva del diritto di proprietà, di fronte all'ampio e variegato ventaglio di ipotesi di interferenza denunciate dai proprietari-ricorrenti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, anziché interpretare estensivamente le due ipotesi di espropriazione e regolamentazione espressamente previste dall'art. 1, ha preferito introdurne una terza, che funziona come norma di chiusura del sistema, atta, da un lato, a intercettare tutte le situazioni

[27] Per quanto riguarda i soggetti stranieri sottoposti alla giurisdizione dello Stato (parte della Convenzione Europea) si ritiene che il diritto all'indennizzo derivi direttamente dai principi di diritto internazionale; per quanto riguarda i cittadini dello Stato si ritiene, invece, che il diritto all'indennizzo sia insito nella struttura stessa dell'art. 1 Prot. 1. Sul punto si veda la decisione CEDU 8 luglio 1986, Litghow e altri c. Regno Unito, § 119, 120; in dottrina, U. Kriebaum, A. Reinisch, 'Property, Right to, International Protection', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <www.mpepil.com>.

[28] Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffré, 2000, p. 89, l'Autore individua un controllo di proporzionalità articolato su due momenti, il primo è volto ad accertare che esista un rapporto ragionevole di plausibilità fra la realizzazione di un interesse pubblico e un provvedimento di spossessamento, il secondo tiene conto dell'indennizzo e della sua capacità di riequilibrare la situazione turbata in seguito al provvedimento statale.

[29] CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia; in dottrina Enzo Cannizzaro, *op. cit.*, pp. 91 ss.; contra CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito, *Concurring Opinion of Judge Thór Vilhjálmsson (Article 1 of Protocol No. 1).*

[30] Si veda CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito; CEDU 23 novembre 2000, Ex Re di Grecia e altri c. Grecia; CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia.

*border line* e, dall'altro, a fornire un principio generale di interpretazione dell'intera disposizione[31].

Al secondo comma dell'art. 1, il Protocollo numero 1 aggiuntivo alla Convenzione precisa che il diritto al rispetto dei propri beni non elide il diritto/dovere degli Stati di promulgare le leggi che ritengono necessarie al fine di regolare l'uso dei beni, in conformità all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte, di altri contributi o delle ammende. Tradizionalmente, la Corte ha fatto rientrare nella fattispecie tutte le misure accessorie alla pena, per esempio la confisca o il sequestro, ovvero quei provvedimenti emanati in conseguenza di un comportamento illecito da parte del proprietario, nonché tutti quei provvedimenti amministrativi volti a regolamentare lo sviluppo delle aree urbane, l'esercizio del commercio e delle professioni, e la tutela della salute pubblica[32]. Orbene, se la linea di confine tra espropriazione e le altre forme di interferenza appare sufficientemente chiara, è necessario precisare ulteriormente i criteri utilizzati dalla CEDU per tracciare il *limes* tra regolamentazione e l'ipotesi di interferenza di cui al primo comma, prima parte. Un utile punto di riferimento può essere tratto dai casi *Sporrong e Lönnroth*[33] e *Alan Jacobsson*[34]. Nel primo caso, i ricorrenti lamentavano gli effetti lesivi patiti in conseguenza dell'emanazione di un *expropriation permit,* che per lungo tempo aveva reso le rispettive proprietà suscettibili di espropriazione, e dell'applicazione a loro danno di un divieto di costruzione, che aveva limitato grandemente la disponibilità e l'uso dei rispettivi beni. Nel caso *Sporrong e Lönnroth,* la Corte aveva analizzato separatamente i due provvedimenti. Il divieto di costruzione era stato considerato come una violazione del secondo comma dell'art. 1 Prot. 1, mentre gli *expropriation permits,* erano stati considerati un'ipotesi di interferenza ex art. 1 comma 1, Prot. 1, parte prima[35]. Ciò sulla base del rilievo che questi ultimi non erano stati ideati per limitare o controllare l'uso del diritto, bensì rappresentavano il primo passo verso il totale spossessamento. Similmente, nel caso *Alan Jacobsson,* il ricorrente chiedeva protezione contro gli effetti negativi derivanti dall'applicazione alla propria proprietà di una serie di regolamentazioni e piani urbanistici che impedivano una nuova lottizzazione del terreno. Nello specifico, si trattava di un *subdivision plan,* di un *area plan* e di un divieto di costruzione ex *section* 35 del *Building Act* 1947. Il

[31] Maria Luisa Padelletti, *op. cit*, p. 147; in giurisprudenza si veda CEDU 25 ottobre 1989, Allan Jacobsson c. Svezia; CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia; CEDU 7 luglio 1989, Tre Traktörer, Aktiebolac c. Svezia.

[32] CEDU 24 ottobre 1986, Agosi c. Regno Unito; CEDU 5 maggio 1995, Air Canada c. Regno Unito.

[33] CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia.

[34] CEDU 25 ottobre 1989, Allan Jacobsson c. Svezia (n. 1), § 53.

[35] Si veda anche CEDU 18 novembre 2010, Consorts Richet et Le Ber c. Francia § 113; CEDU 29 marzo 2010, Brosset-Triboulet e altri c. Francia § 83.

*Building Act* in commento conferiva all'amministrazione locale anche il potere - di fatto mai esercitato - di espropriare la proprietà per ragioni di pubblico interesse. Diversamente dal caso *Sporrong e Lönnroth*, nel caso *Jacobsson*, la Corte ha chiarito che il diritto di proprietà del ricorrente non è stato reso precario dall'emanazione di *expropriation permits* finalizzati alla espropriazione del diritto, ma che il proprietario ha solamente perduto il controllo sull'uso del bene durante il tempo di elaborazione del *town plan*. Per questa ragione, la CEDU ha concluso che i provvedimenti statali introdotti a carico della proprietà di Mr. Jacobsson sono forme di regolamentazione rientranti nell'ipotesi prevista dal comma secondo del Protocollo aggiuntivo 1[36]. Alla luce di queste considerazioni, per quanto riguarda i provvedimenti urbanistici si potrebbe ritenere che la Corte fondi la distinzione tra l'ipotesi di cui alla parte prima del comma primo e quella di cui al comma secondo, sulla natura e sulla finalità ultima del provvedimento, considerando una semplice regolamentazione dell'uso dei beni qualunque misura che, pur restringendo l'utilizzo di una delle facoltà del proprietario, non appaia finalizzata ad una privazione della proprietà[37].

Venendo ora alla norma prevista dalla prima parte del primo comma dell'articolo analizzato, ne è già stata descritta la particolare natura bifronte: da un lato, norma autonoma volta ad intercettare tutte le ipotesi residuali di interferenza con il pacifico godimento dei beni, dall'altro, principio ispiratore dell'intera fattispecie, basato sulla ricerca di un giusto equilibrio tra esigenze pubbliche e diritti privati[38]. Attraverso una valutazione di proporzionalità tra il provvedimento di interferenza e il fine da raggiungere e tra quest'ultimo e il peso imposto al ricorrente, la Corte giudica della liceità della misura statale alla luce delle disposizioni della Convezione. Nell'operazione di valutazione, i giudici di Strasburgo considerano molteplici aspetti, non solo il mero obiettivo di interesse generale e il relativo provvedimento adottato, ma anche la previsione e la corresponsione di un ragionevole indennizzo e il comportamento del proprietario verso il quale il provvedimento dello Stato si rivolge[39]. L'elemento cardine del giudizio di proporzionalità rimane, tuttavia, l'indennizzo, perché solo il pagamento di un indennizzo ragionevole permette di

[36] CEDU 25 ottobre 1989, Allan Jacobsson c. Svezia (n. 1), § 54.

[37] CEDU 18 dicembre 1966, Loizidou c. Turchia, § 63.

[38] Si veda CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito; CEDU 9 dicembre 1994, I santi monasteri c. Grecia; CEDU 8 luglio 1986, Lithgow e altri c. Regno Unito; CEDU 15 luglio 2005, Nastou c. Grecia; CEDU 5 gennaio 2000, Beyeler c. Italy.

[39] CEDU 22 settembre 1994, Hentrich c. Francia, § 45, § 49, in questo caso nella valutazione di proporzionalità, la Corte ha considerato sia la circostanza che non fosse stato versato un ragionevole indennizzo, sia il grado di protezione garantito dal procedimento interno rispetto al rischio di arbitrarietà dell'*outcome*. Nel caso CEDU 24 ottobre 1986, Agosi c. Regno Unito, § 54, la Corte ha precisato che la valutazione di proporzionalità dipende da innumerevoli fattori tra cui anche il comportamento del proprietario verso il quale il provvedimento dello Stato si rivolge.

ricreare l'equilibrio rotto dal sacrificio imposto al privato dal provvedimento pubblico[40]. L'indennizzo è applicabile rispetto a tutte le misure di interferenza con il diritto di proprietà. Nei casi *Matos e Silva e altri c. Portogallo* e *Sporrong e Lönnroth c. Svezia,* per esempio, sebbene la Corte non abbia ritenuto opportuno qualificare le ipotesi di interferenza quali espropriazioni, essa ha comunque considerato nelle sue valutazioni la circostanza dell'assenza di un indennizzo a favore dei due ricorrenti[41].

L'applicazione del principio di proporzionalità conosce alcune eccezioni. Possono, infatti, essere considerati legittimi anche provvedimenti che non realizzano un vero e proprio equilibrio tra gli interessi coinvolti, e che si giustificano alla luce del particolare rilievo dell'interesse pubblico in gioco ovvero alla luce delle particolari circostanze che emergono nel caso specifico. Per esempio, la transizione dalla forma di governo monarchica a quella repubblicana, nel caso *Ex Re di Grecia e altri c. Grecia*[42] e le particolari riforme economiche e di giustizia sociale considerate nel caso *James e altri c. Regno Unito*[43].

Nel quadro della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il diritto di proprietà non si configura come un diritto assoluto ed esso deve necessariamente coesistere con il pari diritto/dovere dello Stato di intervenire a tutela dell'utilità pubblica. La valutazione di proporzionalità è lo strumento che consente alla Corte di coordinare il rispetto degli obblighi della Convenzione con l'esercizio dei poteri sovrani di cui rimangono titolari gli Stati parte della Convenzione stessa. I giudici di Strasburgo procedono ad una valutazione comparata degli obiettivi perseguiti dallo Stato e degli effetti patiti dal proprietario e tentano di ripristinare l'equilibrio rotto dall'azione statale attraverso la previsione di un giusto indennizzo, proporzionato in ragione dell'importanza delle finalità statali e delle conseguenze subite dal proprietario. Il conflitto Stato-proprietario si ripropone in termini analoghi anche nel diritto internazionale degli investimenti, dove sempre più chiaramente emerge la necessità di trovare un equilibrio tra gli interessi contrapposti del singolo investitore e dello Stato[44]. I tribunali arbitrali chiamati a dirimere le controversie

[40] Enzo Cannizzaro, *op. cit.,* pp. 90, 91, secondo l'Autore la funzione dell'indennizzo nel sistema concettuale costruito dalla Corte di Strasburgo "é proprio quella di compensare il *quantum* di diritto di proprietà che non è comprimibile a favore della realizzazione di interessi pubblici".

[41] CEDU 23 settembre 1982, Sporrong e Lönnroth c. Svezia, § 73*;* CEDU 16 settembre 1996, Matos e Silva e altri c. Portogallo, § 91, in quest'ultimo caso, secondo la Corte, l'indennizzo avrebbe potuto rendere legittimo l'eccessivo onere posto a carico dei soggetti privati.

[42] CEDU 23 novembre 2000, Ex Re di Grecia e altri c. Grecia.

[43] CEDU 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito.

[44] Paul Blyschak, 'State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases'*,* in *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2009, Vol. IX, pp. 99-170; Rao Rekha, 'Facing Arbitration for Environmental Regulation: Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between

Stato-investitore hanno più volte richiamato la giurisprudenza CEDU in materia di proprietà. Nei paragrafi che seguono, si prenderanno in considerazione i lodi di alcuni tribunali arbitrali, mettendone in luce gli aspetti più salienti in relazione all'impiego del principio di proporzionalità.

## 3. L' applicazione del principio di proporzionalità nel diritto internazionale degli investimenti

### *3.1 Espropriazione indiretta v. Trattamento ingiusto e iniquo*

Nel diritto internazionale, il potere dello Stato di espropriare i beni dei privati è incontestato, così come il dovere dello stesso di corrispondere un indennizzo a favore di chi subisce tale espropriazione[45]. La mancanza del pagamento di un giusto indennizzo rende l'atto di espropriazione illegittimo *sub modo* e obbliga lo Stato a pagare un risarcimento. L'atto espropriativo, tuttavia, può essere illegittimo anche *per se*, indipendentemente dal versamento di un indennizzo, quando questo non è giustificato da ragioni di pubblica utilità, quando vi è violazione del principio di non discriminazione o quando l'atto è adottato in spregio dei principi fondamentali riconosciuti dalle nazioni civili in materia di diritti umani o delle norme di diritto pattizio applicabili tra le parti[46]. In questi casi, lo Stato non è chiamato a corrispondere un indennizzo, bensì a ripristinare lo *status quo ante* attraverso la *restitutio*.

---

Methanex Corporation and the United States of America', in *Sustainable Development Law and Policy,* 2005, Vol. V, No. 1, pp. 66-67.

[45] Sergio Marchisio, *op. cit.*, p. 582, "la prassi internazionale attesta in modo non equivoco che il diritto di espropriare o nazionalizzare i beni, e quindi gli investimenti stranieri, è direttamente connesso alla sovranità, […] Va anche precisato, tuttavia, che la pratica internazionale è stata sempre univoca anche per ciò che riguarda l'obbligo di indennizzare lo straniero per il bene, o investimento, espropriato, inteso come corollario del dovere di protezione". Marchisio richiama la nota di Chiaromonte Bordonaro, Ministro d'Italia a Praga, al Ministro degli Esteri Cecoslovacco, Benes, del 10.01.1923, nota relativa all'espropriazione di alcune proprietà fondiarie italiane in conseguenza della riforma agraria in Cecoslovacchia, secondo la nota *"le Gouvernement Royal, socieux du respect qui est dû aux lois intérieures d'un Etat ètranger, n'a jamais contesté le droit du Gouvernement de la République Tchécoslovaque d'exproprier, en application de ses lois, les propriétés des ressortissants italiens sur son territoire. Le Gouvernement Royal a seulement contesté la mesure de l'indemnisation prévue pour ces expropriations, en soutenant que chaque ètat a le devoir de sauvegarder le droit de propriété de ses ressortissants à l'étranger, sur la base d'un principe généralement admis dans la doctrine internationale et récemment sanctionné à la Conférence de Gênes vis-à-vis de la Russie",* la nota in commento è reperibile presso l'Archivio storico del Ministero degli Affari Esteri (ASE), Serie Affari Politici 1919-1930, Pos. 937; in dottrina tra gli altri si veda Jeswald W. Salacuse, *op. cit.*; Ian Brownlie, *op. cit.*

[46] Ian Brownlie, *op. cit.*, pp. 540-541; *Corte Permanente di Giustizia Internazionale* 13 Settembre 1928, *Industrie di Chorzów* (Merito), Ser. A, no. 17, pp. 46-47.

Questi principi, oltre che nelle decisioni di innumerevoli tribunali, trovano conferma nei testi dei trattati internazionali per la protezione e la promozione degli investimenti, che quasi uniformemente prevedono una norma specifica in tema di espropriazione dal seguente tenore: gli investimenti stranieri non possono essere nazionalizzati, espropriati o sottoposti a misure aventi effetto equivalente salvo che per ragioni di pubblica utilità, in maniera non discriminatoria e contro pagamento di un giusto indennizzo[47]. La norma citata mira a riconoscere all'investitore una forma minima di protezione contro l'ipotesi più grave di interferenza da parte dello Stato ospitante: l'espropriazione. Tale norma è stata progressivamente dilatata, al fine di estendere la tutela da essa offerta anche ad altre ipotesi di interferenza, che non si concretano in vere e proprie espropriazioni dirette ma ne hanno gli effetti. Oggi, infatti, accanto alla tradizionale fattispecie di espropriazione diretta, che prevede il trasferimento formale del titolo di proprietà allo Stato, esiste anche una forma di espropriazione c.d. "indiretta", che si concreta nell'adozione da parte dello Stato di misure di per sé legittime, ma che determinano effetti tali da privare l'investitore straniero del godimento o del valore economico dei propri beni, senza che possa essere di fatto identificato uno specifico atto ablativo[48].

Molti trattati internazionali, oltre alle norme che garantiscono protezione contro l'espropriazione, prevedono a favore dell'investitore straniero anche la garanzia di alcuni standard di trattamento, tra cui il c.d. "*fair and equitable treatment*"[49]. Lo standard ha assunto progressivamente grande rilevanza e attualmente trova ampio riscontro nelle decisioni dei tribunali arbitrali incaricati di dirimere le controversie Stato-Investitore. La violazione di questa norma sul trattamento dell'investimento

[47] Tra gli altri, si veda: Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Albania sulla promozione e protezione degli investimenti, Settembre 1991, art. 5; Accordo fra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo del Regno del Bahrain sulla Promozione e Protezione degli Investimenti, 29 ottobre 2006, art. 5; *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire sul l'Encouragement et la Protection Reciproques des Investissements,* 13 febbraio 1993, art. 5. Tutti gli accordi citati sono reperibili nella pagina web dell'UNCTAD *"Investment Instruments Online"*, <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch____779.aspx>.

[48] August Reinisch, 'Exporpiation'*,* in *The Oxford Handbook of International Investment Law,* ed. P. Muchlinski - F. Ortino – C. Schreuer, Oxford University Press, 2008, pp. 422, 426-431; Rudolf Dolzer, 'Expropriation and Nationalization'*,* in *Encyclopedia of Public International Law,* 1995, Vol. II, pp. 319-327. Molti trattati bilaterali e multilaterali contemplano e sanzionano le ipotesi di espropriazione indiretta, tra gli altri si veda: il Progetto di accordo multilaterale sugli investimenti dell'OCSE (1998), cit.; *the Energy Charter Treaty, cit.*, art. 13; *the North America Free Trade Agreement, cit.,* art. 1110; per una prima definizione del concetto si veda il Progetto di convenzione per la protezione della proprietà straniera dell'OCSE, adottato il 12 ottobre 1967, art. 3.

[49] Rudolf Dolzer, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties'*,* in *International Lawyer*, 2005, Vol. XXXIX, p. 87; Dominique Carreau – Patrick Juillard, *op. cit.*, p. 464; Todd J. Grierson Weiler – Ian A. Laird, *op. cit.*, pp. 259 ss.

straniero fa sorgere la responsabilità internazionale dello Stato, il quale è tenuto a indennizzare l'investitore colpito. Lo standard del trattamento giusto ed equo è utilizzato per sanzionare quelle azioni statali che hanno l'effetto di cambiare il panorama normativo e/o la situazione di fatto entro la quale l'investimento è stato ideato, determinando una frustrazione delle legittime aspettative degli investitori[50]. Per esempio, nel caso di investimenti diretti esteri che richiedono una rilevante quantità di denaro in sede di *start-up* e piani di rientro di lungo termine, la stabilità economica e normativa del paese ospitante diviene un elemento capitale per il successo dell'investimento. In queste ipotesi, le legittime aspettative economiche degli investitori meritano tutela contro eventuali azioni invasive da parte dello Stato, sebbene non si possa parlare di un vero e proprio rischio di espropriazione delle aspettative stesse, ma piuttosto del rischio di un trattamento ingiusto ed iniquo dell'investimento straniero[51]. Lo standard del trattamento giusto ed equo è stato altresì applicato al fine di sanzionare le violazioni da parte dello Stato del principio di trasparenza e del giusto processo, ovvero per garantire la ragionevolezza e la proporzionalità dell'azione statale[52].

A differenza di quanto accade nelle ipotesi di espropriazione, per applicare lo standard del trattamento giusto ed equo non è necessario provare "*a substantial deprivation"* dell'investimento, ma è sufficiente dimostrare l'esistenza di un'indebita interferenza da parte dello Stato, anche solo con le legittime aspettative dell'investitore, non rilevando il "grado" della stessa[53]. L'espropriazione indiretta si distingue da quella tradizionale per le modalità di attuazione; nel caso di applicazione dello standard del *fair and equitable treatment,* invece, la differenza non è solo nelle modalità ma anche nell'entità degli effetti patiti dall'investitore. Per tale ragione spesso,

[50] *CMS Gas Transmission Comany v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 maggio 2005, § 275, 281; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, 31 ottobre 2011, § 356; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1*,* 3 ottobre 2006; *Sempra Energy International v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, 28 settembre 2007; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, §154.

[51] Ursula Kriebaum, 'Privatizing Human Rights, The Interface between International Investment Protection and Human Rights'*,* in *The Law of International Relations*, ed. A. Reinisch – *U. Kriebaum*, Eleven International Publishing, 2007, pp. 165-189.

[52] *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation e Konya Ingin Electrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey,* ICSID Case No. ARB/02/5, 19 gennaio 2007; *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, ICSID CASE No. ARB/01/12, 14 luglio 2006; *CMS Gas Transmission Comany v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/8, 12 maggio 2005; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1*,* 3 ottobre 2006; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/3, 22 maggio 2007; *Sempra Energy International v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, 28 settembre 2007; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic,* decisione parziale 17 marzo 2006.

[53] Todd J. Grierson Weiler – Ian A. Laird, *op. cit*., p. 267.

al fine di aggirare le difficoltà probatorie e dare maggiori possibilità di successo all'investitore ricorrente, gli avvocati di quest'ultimo agiscono adducendo sia la violazione delle disposizioni sull'espropriazione indiretta sia la violazione delle norme sul c.d. *fair and equitable treatment*[54]. L'obiettivo, va da sé, è quello di ottenere, in un modo o nell'altro, una forma di indennizzo che ristori l'investitore degli effetti lesivi patiti in conseguenza dell'azione dello Stato.

Come la Corte Europea dei diritti dell'uomo, anche i tribunali arbitrali si trovano, dunque, a dover giudicare e a bilanciare due interessi contrapposti: quello dell'investitore straniero e quello dello Stato. Nel diritto internazionale degli investimenti, tuttavia, non esiste una norma simile a quella contemplata dall'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione Europea, ossia una norma atta a coprire tutte le diverse ipotesi di conflitto tra gli interessi delle parti e idonea a riconoscere una forma di indennizzo ai ricorrenti, sia in caso di espropriazione che in caso di forme più attenuate di interferenza; e, al fine di garantire un indennizzo anche in caso di ipotesi attenuate di conflitto tra gli interessi degli investitori e quelli dello Stato ospitante, i tribunali arbitrali sono ricorsi agli strumenti messi a loro disposizione del diritto internazionale, interpretando estensivamente il concetto di espropriazione o, alternativamente, il concetto di *fair and equitable treatment*.

Di seguito ci si concentrerà sull'analisi del concetto di espropriazione indiretta, proponendo una rassegna dei criteri utilizzati dalle corti arbitrali per circoscrivere i casi di espropriazione indiretta suscettibili di indennizzo. Il problema principale è capire in quali ipotesi i provvedimenti dello Stato, aventi un impatto economico negativo sugli investimenti esteri, debbano essere considerati forme di espropriazione, anziché meri interventi di regolamentazione non suscettibili di dar luogo a indennizzo[55]. Il criterio più interessante utilizzato per tracciare il confine tra i due concetti è quello di proporzionalità e su di esso ci si soffermerà, tracciando un parallelo con la giurisprudenza della Corte Europea.

---

[54] Rudolf Dolzer, *op. cit.* (nt. 48), p. 87; Linda A. Ahee - Richard E. Walck, 'Investment Arbitration Update as of December 31, 2008', e 'Investment Arbitration Update as of December 31, 2007', in *Global Financial Analytics LLC*, 2009, <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1370>. Secondo lo studio effettuato dai due Autori sulle decisioni ICSID:*"on average expropriation claims are successful in 9.5% of cases and denied in 90.5% of cases, while fair and equitable claims are successful in 40% of cases and denied in 60% of cases. However, in successful cases, recoveries are greatest where the Tribunal found there is an expropriation rather than a violation of the fair and equitable treatment"*; Lucy Reed - Daina Bray, 'Fair and Equitable Treatment: Fairly and Equitably Applied in Lieu of Unlawful Indirect Expropriation?', in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation,* ed. A. W. Rovine, 2007, pp. 13-27.

[55] Dominique Carreau – Patrick Juillard, *op. cit.*, gli Autori sottolineano la difficoltà della distinzione osservando che le misure indirette di espropriazione sono spesso *"[...] des measures de caractère général, non discriminatoires, et prises dans un inérêt public – comme, par exemple, la protection de l'environment"*, p. 534.

*3.2 Le decisioni delle corti arbitrali nelle controversie Stato-investitore*

Per decidere le controversie ad essi sottoposte, spesso i tribunali arbitrali fanno riferimento alla giurisprudenza di altre corti internazionali, attingendo da queste i criteri interpretativi necessari per la decisione[56]. I richiami alla giurisprudenza di altri corpi giudicanti, soprattutto se autorevoli e internazionalmente riconosciuti, quale per esempio la Corte Europea dei diritti dell'uomo, rispondono anche a un'esigenza di legittimità. Di fatto, le decisioni assunte dai tribunali arbitrali in tema di investimento vengono generalmente riconosciute e accettate dai membri della comunità internazionale, non solo in quanto espressioni di un potere legittimo esercitato in forza di uno specifico trattato internazionale, ma anche in quanto ragionevoli e non arbitrarie alla luce dei principi e dei criteri utilizzati nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati stessi[57]. Perciò, soprattutto nell'area critica delle misure espropriative, dove forti sono gli interessi in gioco e delicate le sensibilità delle due controparti, il richiamo a principi "equi" e ragionevoli può aiutare a consolidare l'autorevolezza delle decisioni.

Come accennato, il criterio utilizzato dalla CEDU per accertare l'esistenza di una misura espropriativa considera gli effetti sostanziali del provvedimento. Quando i provvedimenti contestati hanno l'effetto di neutralizzare integralmente l'esercizio del diritto di proprietà, la Corte considera i provvedimenti quali misure espropriative. Quando, invece, le misure adottate dallo Stato hanno l'effetto di ridurre o di rendere gravoso l'esercizio del diritto di proprietà, senza eliderlo completamente, la CEDU esclude l'espropriazione e fa riferimento alle altre alternative offerte dall'art. 1, Prot. 1[58]. Una volta qualificato il provvedimento, la Corte verifica l'effettiva esistenza di un giusto equilibrio tra le esigenze dello Stato, espresse attraverso il provvedimento contestato, e il diritto fondamentale dell'individuo. Il principio di proporzionalità è lo strumento che consente di bilanciare gli interessi contrapposti. Il sacrificio imposto al proprietario sarà più o meno proporzionato agli obiettivi

[56] L'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede espressamente che al fine di interpretare un trattato internazionale si deve tenere conto anche "di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti", facendo leva su questa disposizione gli arbitri hanno richiamato la giurisprudenza di altre corti internazionali. In giurisprudenza si veda il caso *Saluka Investments BV (the Netherlands) v. The Czech Republic*, decisione parziale 17 Marzo 2006; in dottrina Jeswald W. Salacuse, *op. cit.,* p. 150. In generale, sul processo c.d. di "cross-fertilization" si veda Philippe Sands, *op. cit.*, pp. 85-105; Anne Marie Slaughter, *op. cit.*, pp. 1103-1124; Tullio Treves, *op. cit.*, pp. 1787-1796.

[57] Erlend M. Leonhardsen, 'Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration'*,* in *Journal of International Dispute Settlement,* 2011, Vol. III, No. 1, pp. 95-136; Helen Mountfield, 'Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights'*,* in *N.Y.U. Environmental Law Journal,* 2002-2003, Vol. XI, p. 137.

[58] Sergio Bartole – Paolo De Sena – Vladimiro Zagrebelsky*, op. cit.,* pp. 795-796; Maria Luisa Padelletti, *op. cit.*, pp.131,132.

perseguiti dallo Stato, non solo in ragione dell'importanza di questi e degli effetti prodotti dalla misura, ma anche in virtù della previsione e della corresponsione di un ragionevole indennizzo. L'indennizzo per la giurisprudenza della Corte Europea è un elemento centrale della valutazione di proporzionalità.

Venendo ora al contesto del diritto internazionale degli investimenti, si osserva che la giurisprudenza CEDU e il principio di proporzionalità sono stati più volte ripresi dai tribunali arbitrali al fine di decidere nelle controversie in tema di espropriazione[59]. In questi casi, il principio di proporzionalità ha avuto un'applicazione anticipata: esso è stato impiegato nella fase preliminare di qualificazione del provvedimento statale, assurgendo a criterio distintivo tra forme di espropriazione e forme di regolamentazione che non danno luogo a indennizzo[60].

Più precisamente, al fine di tracciare i confini del concetto di espropriazione indiretta, i tribunali arbitrali sono ricorsi a tre teorie: la c.d. *effects doctrine*, il *police powers approach* e la c.d. *moderate police powers doctrine,* che si rifà alla giurisprudenza CEDU. La *effects doctrine* considera esclusivamente gli effetti prodotti dalle azioni statali sull'investimento. Il *focus* è sull'investitore e sulle conseguenze negative da esso patite, a nulla rilevando le ragioni dello Stato, né le esigenze di carattere pubblico che possono avere determinato il provvedimento invasivo[61]. Tendenzialmente, dunque, la *effects doctrine* conduce a risultati più favorevoli per l'investito-

[59] *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, 14 luglio 2006, §311, 312; *Siemens A.G. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/8, 6 febbraio 2007, § 346; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, §116, §122. I tribunali hanno richiamato alcune decisioni della Corte Europea tra cui: Matos e Silva e altri c. Portogallo, Mellacher e altri c. Austria, Pressos Compañía Naviera e altri c. Belgio, James e altri c. Regno Unito.

[60] Ursula Kriebaum, 'Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State', in *Journal of World Investment & Trade*, 2007, Vol. VIII, No. 5, p. 728.

[61] *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AB)/97/1, 30 agosto 2000, § 103 ss.; *Glamis Gold Ltd v. United States of America*, UNCITRAL, 8 giugno 2009, § 356; *Saipem v. Bangladesh,* ICSID Case No. ARB/05/7, 30 giugno 2009; *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/3, 22 maggio 2007; *Sempra Energy International v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, 28 settembre 2007; *Parkerings Compagniet AS v. Republic of Lituania*, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 settembre 2007. Per un commento alla decisione nel caso *Metalclad* si veda WILLIAM S. DODGE, 'Case Report Metalclad Corporation v. Mexico and Mexico v. Metalclad Corporation', in *American Journal of International Law,* 2001, Vol. XCV, n. 4, pp. 910-919. Al fine di individuare le ipotesi di espropriazione indiretta, la giurisprudenza del tribunale arbitrale Iran-Stati Uniti, istitutito con gli Accordi di Algeri del 1981, ha adottato un approccio c.d. *"effects oriented"* concentrandosi sull'analisi dell'intensità dell'interferenza della misura statale con il diritto di proprietà dell'investitore, si veda per esempio il caso *Starrett Housing Corp., Starrett Systems Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat,* Award No. 314-24-1, 14 agosto 1987, § 154. In dottrina, si vedano altresì Ursula Kriebaum, *op. ult. cit.*, p. 724; Justin R. Marlles, 'Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law', in *Journal of Transnational Law and Policy,* 2007, Vol. XVI, p. 275.

re[62]. La seconda teoria, denominata *police powers approach*[63], tutela maggiormente gli interessi dello Stato. I tribunali che utilizzano questa approccio interpretativo, infatti, costruiscono la loro valutazione partendo dallo Stato e dalle esigenze poste alla base del provvedimento contestato. Secondo questo orientamento, le ragioni di ordine pubblico rendono *ab origine* il provvedimento lecito e non indennizzabile, anche se negli effetti esso è lesivo della proprietà o degli interessi dell'investitore[64]. Emblematica in tal senso è la decisione nel caso *Methanex Corp. v. United States*[65]. Infine, la terza teoria, definita *moderate police powers doctrine*[66], combina il primo orientamento con il secondo, ovvero, cerca di mediare tra gli interessi delle due controparti e propone una soluzione intermedia che tiene conto sia degli effetti prodotti dal provvedimento dello Stato che delle ragioni di carattere pubblico poste alla base dello stesso. I tribunali arbitrali che hanno proposto quest'ultimo tipo di approccio alla questione espropriativa hanno spesso richiamato la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di proporzionalità.

Per esempio, nel caso *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*[67], l'investitore ricorrente gestiva una discarica di rifiuti chiamata *"Las Viboras"* in territorio messicano. Egli ricorreva al tribunale arbitrale ICSID, lamentando il mancato rinnovo da parte dello Stato messicano del permesso amministrativo necessario per l'operatività della discarica. Lo Stato messicano negava il rinnovo a causa di forti pressioni da parte dell'opinione pubblica locale, che contestava l'eccessiva vicinanza del sito rispetto agli insediamenti urbani. A detta del ricorrente, la risoluzione adottata dall'autorità messicana, al fine di far fronte alle esigenze interne era arbitraria in quanto non proporzionata rispetto alle ragioni di interesse generale addotte al fine di giustificare il provvedimento. La società

[62] Erlend M. Leonhardsen, *op. cit.,* pp. 95- 136.

[63] *Methanex Corp. v. United States of America*, 3 agosto 2005; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic,* decisione parziale 17 marzo 2006; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, 2 agosto 2010; in dottrina, URSULA KRIEBAUM, *op. ult. cit.,* p. 725, parla di *"Radical Police Powers Doctrine"*.

[64] John H. Knox, 'International Decision. The 2005 Activity of the Nafta Tribunals', in The American Journal of International Law, 2006, Vol. C, No. 2, pp. 429- 442, secondo l'Autore *"under Methanex environmental and other regulatory laws of general application might virtually never be expropriatory"*.

[65] *Methanex Corp. v. United States of America,* 3 agosto 2005, § IV-D-4-7.

[66] *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, 13 novembre 2000 e *Marvin Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/99/1, 16 dicembre 2002, §103 e §105, in questi due casi i tribunali hanno considerato sia gli effetti che i fini del provvedimento, ma non hanno spiegato quale sia il legame logico e funzionale tra di essi. In *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, invece, il tribunale ha messo in relazione i due criteri spiegandone altresì le modalità di interazione. Sul punto si veda Ursula Kriebaum, *op. ult. cit.*, pp. 727-728.

[67] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 98.

*Tecnicas Medioambientales Tecmed,* contestava, pertanto, la violazione dell'art. 5(1) dell'accordo bilaterale di investimento tra Spagna e Messico che disciplina i casi di espropriazione o "*equivalent to expropriation"*[68]. Per decidere in merito a tali allegazioni, il tribunale ha proceduto come segue. Dapprima, ha precisato la necessità di considerare gli effetti della risoluzione contestata, in altre parole l'esigenza di verificare se *"the Claimant, due to the Resolution, was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto —such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation— had ceased to exist"*[69]. La valutazione degli effetti, hanno rilevato gli arbitri, è importante perché rappresenta uno degli elementi principali che permettono di distinguere tra mere regolamentazioni ed espropriazioni di fatto. Tale valutazione degli effetti, tuttavia, non è sufficiente e deve necessariamente essere supportata da altri mezzi di giudizio. In particolare, il tribunale ha osservato:

*In addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality*[70].

Secondo il Tribunale:

*There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not*[71].

L'indennizzo è lo strumento che il tribunale usa per capire se la misura adottata rappresenta effettivamente una privazione equivalente a un'espropriazione[72]. La mancanza dell'indennizzo rende maggiore il "peso" imposto dell'investitore e

[68] *Acuerdo para la promocion y proteccion reciproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicaons*, 10 ottobre 2006, art. 5, *'Nacionalización y Expropriación'*.

[69] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 115.

[70] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 122.

[71] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 122.

[72] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 122, § 149, in nota (nt. 142), il tribunale cita Yoram Dinstein, 'Deprivation of Property of Foreigners under International Law', in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, ed. N. Ando – E. McWhinney - R. Wolfrum, 2002, Vol. II, pp. 849-868, precisando che *"the failure to pay fair compensation would render the deprivation of property inconsistent with the condition of proportionality"*.

quindi più "pesanti" gli effetti del provvedimento statale che sarà perciò qualificato come *equivalent to expropriation*. Le argomentazioni del tribunale poggiano sui contenuti elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, le cui decisioni sono espressamente citate[73], e riprendono il principio di proporzionalità e il suo elemento cardine: l'indennizzo. Questi, tuttavia, vengono utilizzati in modo diverso: se nella giurisprudenza CEDU il principio di proporzionalità serve quale parametro di valutazione della legittimità di provvedimenti Statali già qualificati, nell'analisi svolta dal tribunale in *Tecmed*, il principio di proporzionalità e l'indennizzo diventano elementi necessari per la qualificazione del provvedimento stesso.

L'approccio seguito dal tribunale in *Tecmed* è stato adottato anche nei casi *Azurix*[74]*, LG&E*[75]*, Siemens*[76]*,* con l'espressa volontà di giungere ad un compromesso capace di conciliare, da un lato, il rispetto del diritto di proprietà dell'investitore e, dall'altro, il potere e la libertà dello Stato di implementare le proprie politiche. Nel caso LG&E il tribunale arbitrale esprime chiaramente l'esigenza e la volontà di contemperare l'interesse dell'investitore e quello dello Stato, al fine di individuare le ipotesi di espropriazione[77]. Secondo il tribunale, la sovranità dello Stato trova il proprio limite nell'arbitrarietà o nell'eccessiva sproporzione della misura rispetto all'obiettivo da raggiungere, infatti*" [...] measures [having a social or general welfare purpose] had to be accepted without any imposition of liability, except in cases where the state's action was obviously disproportionate to the need being addressed*"[78]. In *Azurix,* le parti richiamano la giurisprudenza nel caso *Tecmed* e il tribunale accoglie l'orientamento ivi inaugurato concludendo che gli elementi addizionali tratti dalle decisioni della Corte di Strasburgo "*provide useful guidance for purposes of determining whether regulatory actions would be expropriatory and give rise to compensation*"[79].

---

[73] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 124, il tribunale arbitrale ha ripreso parte della sentenza della CEDU nel caso James e altri del 21 febbraio 1986.

[74] *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, 14 luglio 2006*,* § 311, il tribunale richiama la decisione nel caso Tecmed e cita la giurisprudenza CEDU nel caso James e altri.

[75] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1*,* 3 ottobre 2006.

[76] *Siemens A.G. v. Argentine Republic,* ICSID CASE No. ARB/02/8, 6 febbraio 2007, §241, 346.

[77] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1*,* 3 ottobre 2006, § 189.

[78] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1*,* 3 ottobre 2006, § 195.

[79] *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, 14 luglio 2006, §311, 312; si veda anche *Siemens A.G. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/8, 6 febbraio 2007, § 346, in quest'ultimo caso la Repubblica Argentina ha richiamato la giurisprudenza della Corte Europea per giustificare il versamento di un indennizzo "ridotto", proporzionato all'importanza dell'obiettivo di

*3.3 Alcune osservazioni sull'utilizzo del principio di proporzionalità*

L'orientamento giurisprudenziale sopra descritto riflette l'esigenza di trovare soluzioni "mediate" che tengano in considerazione il buon diritto di ognuna delle parti. Tuttavia, se le finalità sono pregevoli, i risultati, allo stato attuale, appaiono criticabili. In primo luogo, la soluzione proposta nel caso *Tecmed* e ripresa, poi, da altri tribunali, mescola e sovrappone i piani di analisi, utilizzando gli stessi criteri per operare valutazioni diverse. In seconda battuta, essa determina una *"all or nothing situation"*[80], ossia non conduce a risultati economici proporzionati. Infine, non garantisce una adeguata tutela contro le misure minori di interferenza, quelle che non si concretano per il loro effetti in vere e proprie espropriazioni e che nell'ambito della Convenzione europea rientrano nel secondo comma dell'art. 1 Prot. 1 o nella prima parte del primo comma dell'art. 1 Prot. 1.

Per quanto riguarda il primo aspetto, abbiamo già osservato come il principio di proporzionalità venga tolto dalla sua sede naturale, per essere utilizzato quale discrimine tra misure espropriative e misure di regolamentazione. Nel contesto CEDU, la proporzionalità tra il perseguimento dell'interesse generale e la protezione del diritto individuale è il limite ultimo al quale è sottoposta la sovranità statale. Lo Stato, in funzione delle proprie esigenze e dei propri obiettivi, può agire espropriando, regolamentando, oppure con forme minori di interferenza, ma non può tradire il principio di proporzionalità. L'indennizzo, che dovrà essere adeguato in relazione agli effetti subiti dall'investitore e agli obiettivi perseguiti dello Stato, permette di mantenere l'equilibrio tra gli interessi in gioco. Nel contesto del diritto internazionale degli investimenti, invece, il principio di proporzionalità rappresenta il limite oltre il quale sorge l'obbligo per lo Stato di risarcire l'investitore. La violazione del principio rappresenta il varco, oltre al quale l'azione dello Stato diviene espropriazione, anche indiretta, e quindi azione sottoposta alle regole previste dal diritto internazionale, tra cui la regola "*no expropriation without compensation*"[81].

Con riferimento al secondo degli aspetti critici, vale certamente la pena di richiamare le parole di Ursula Kriebaum, la quale propone anche interessanti spunti per addivenire ad una soluzione del problema. L'Autrice precisa:

*Under the current system, a real balancing of interests is not possible since the outcome of the analysis is always an 'all or nothing' result. Either there is an expropriation with the result that full compensation is due or there is no expropriation, with the result that the investor gets nothing. By applying any of these three methods*

pubblico interesse perseguito dallo Stato, sia nel caso *Siemens* che in *Azurix* le parti fanno riferimento al caso James e altri c. Regno Unito.

[80] Ursula Kriebaum, *op. ult. cit*., p. 729.

[81] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 maggio 2003, § 122.

*[pure effects doctrine, radical police powers doctrine, moderate police powers doctrine] tribunals can only accommodate 100% of the State's interests or 100% of the interests of the investor. A true balancing of interests making full use of the possibilities of a proportionality test as it is provided for in the human rights system is not possible under any of these three approaches*[82].

In altre parole, l'impiego da parte della giurisprudenza arbitrale del principio di proporzionalità, elaborato dalla giurisprudenza CEDU, non permette di graduare la risposta giuridica ed economica nelle varie ipotesi di interferenza, e quindi non permette un vero e proprio contemperamento degli interessi in gioco come avviene, invece, in sede europea. La ragione è il diverso utilizzo del principio: metro di valutazione generale rispetto alle azioni invasive dello Stato nel caso della CEDU, mezzo di qualificazione di un'azione come espropriativa nel diritto internazionale degli investimenti. Ursula Kriebaum suggerisce una soluzione alternativa, che parte dall'individuazione dell'ipotesi espropriativa attraverso la sola analisi degli effetti del provvedimento (*sole effects doctrine).* Una volta riscontrata l'espropriazione, si procede verificandone la legittimità, facendo uso dei tradizionali parametri previsti dal diritto internazionale, quali *public purpose, non-discrimination, due process and compensation.* Infine, si applica il principio di proporzionalità, bilanciando gli obiettivi di carattere generale perseguiti dallo Stato e l'interesse dell'investitore alla protezione dei propri investimenti. In questa sede, l'applicazione del principio di proporzionalità permette di graduare l'indennizzo dovuto, in relazione anche alla particolare importanza e urgenza dell'obiettivo di interesse generale e alle legittime aspettative dell'investitore, eliminando il problema della protezione c.d. *"all or nothing"*[83]. In relazione alla qualificazione dei fatti oggetto di giudizio, appare del tutto condivisibile l'opinione dell'Autrice: l'unico metodo che rimane valido e che non tradisce lo spirito stesso del concetto di espropriazione indiretta è quello che fa fede agli effetti.

Per quanto riguarda il terzo punto critico, è opportuno aprire una parentesi sullo standard c.d. *fair and equitable.* Nel diritto internazionale degli investimenti, infatti, non esiste una norma simile a quella prevista dall'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione europea, e il richiamo alla giurisprudenza CEDU in tema di espropriazione

[82] Ursula Kriebaum, *op. ult. cit.*, p. 729.

[83] Ursula Kriebaum, *op. ult. cit*, p. 729 ss., l'Autrice propone *"a possible alternative to the all or nothing concept of property protection in investment law […] [an approach that] aims at integrating the level of compensation into the proportionality test in order to achieve a compromise between the interests of investors and the public interest behind an interference with property rights."* Un simile ragionamento è stato utilizzato per giustificare indennizzi diversi da una *"full compensation"* in caso di nazionalizzazioni sia a livello internazionale, sul punto si veda Ian Brownlie, *op. cit.*, pp. 538- 539, che nel contesto CEDU, si veda Sergio Bartole – Paolo De Sena - Vladimiro Zagrebelsky*, op. cit.*, p. 801.

indiretta non sortisce il risultato di estendere la tutela offerta all'investitore alle forme minori di interferenza, che, per i loro effetti, non possono essere considerate vere e proprie espropriazioni. Nel diritto internazionale, le ipotesi di invasione attenuata tendono a essere qualificate come violazioni dello standard del trattamento giusto ed equo[84]. Sul punto, il tribunale arbitrale incaricato di dirimere il caso *PSEG Global, Inc. and Others v. Turkey* ha osservato che lo standard del trattamento giusto ed equo ha acquisito una crescente importanza in conseguenza del fatto che gli altri standard tradizionali previsti dal diritto internazionale non sono sempre 'calzanti' rispetto al fatto concreto. Ciò accade quando i fatti in causa, pur non concretando una vera e propria espropriazione, determinano comunque una compressione dei diritti dell'investitore che meritano di essere ristorati[85]. Per esempio, nel caso *Azurix Corp. v Argentine Republic,* il tribunale arbitrale ('ICSID') ha concluso che l'impatto economico della misura statale sull'investimento straniero non era tale da concretare una vera e propria espropriazione. L'investitore straniero, infatti, non ha perduto il possesso e il controllo dell'investimento e gli effetti del provvedimento hanno inciso solo sulla gestione dello stesso. Lo Stato argentino, pertanto, non è stato riconosciuto passibile di responsabilità per espropriazione indiretta, ma per violazione della clausola relativa al trattamento giusto ed equo[86]. Sulla stessa lunghezza d'onda si collocano anche le decisioni nei casi *CMS*[87]*, LG&E*[88]*, Enron*[89]*, Sempra*[90] e *Saluka*[91]. Si tratta di una serie di controversie ove i ricorrenti hanno addotto sia la violazione del principio *"no expropriation without compensation",* sia la violazione del trattamento giusto ed equo, e nei quali i tribunali hanno riconosciuto solo l'ultima ipotesi e non la prima[92].

[84] Lucy Reed – Daina Bray, *op. cit.,* p. 14.

[85] *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation e Konya Ingin Electrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey,* ICSID Case No. ARB/02/5, 19 gennaio 2007, § 238.

[86] *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, 14 luglio 2006, § 322.

[87] *CMS Gas Transmission Comany v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/8, 12 maggio 2005.

[88] *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1, 3 ottobre 2006.

[89] *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/3, 22 maggio 2007.

[90] *Sempra Energy International v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, 28 settembre 2007.

[91] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic,* decisione parziale del 17 marzo 2006.

[92] Nei casi *CMS Gas Transmission Comany, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc.,* e *Sempra Energy International,* le società ricorrenti hanno tutte contestato la medesima serie di misure, adottate dal governo Argentino in occasione della crisi economica e consistenti: nella sospensione degli aggiustamenti tariffari in funzione dell'*U.S. Producer Price Index*, la sospensione del calcolo delle tariffe in dollari e il conseguente calcolo in pesos -c.d. *"pesification of the tariffs"*-, e la modifica unilaterale dei termini della licenza. Nel caso *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* la misura lesiva denunciata dal ricorrente consiste, invece, nel provvedimento di amministrazione forzata assunto della Repubblica Ceca nei confronti della Banca IPB di cui Saluka detiene le azioni.

Lo standard del trattamento giusto ed equo sembra assolvere, nel diritto internazionale degli investimenti, la funzione di standard residuale. Uno standard di chiusura, secondo le parole di Sergio Marchisio, al di sotto del quale non è consentito agli Stati andare[93]. Secondo l'Autore, uno Stato si conforma al *fair and equitable treatment* "ogni qualvolta evita comportamenti diretti a sovvertire la conformità ad un equilibrio tra gli interessi dei soggetti interessati"[94]. Volendo scindere equità e giustizia, come suggerito da Dominique Carreau e Patrick Juillard, il trattamento equo è quello che permette di assicurare *"un èquilibre satisfaisant entre les intérêts de l'investisseur, d'un premier côté, de l'État de nationalité de cet investisseur, d'un deuxième côté, et de l'État de territorialité de l'investissement, d'un troisième côté, puisque tous les trois sont parties prenantes à l'opération d'investissement"*[95]. Nell'economia della controversia Stato-investitore, quindi, l'applicazione del *fair and equitable treatment* contribuisce alla realizzazione dell'equilibrio tra i diversi interessi in campo, ciò soprattutto quando l'applicazione di altri più specifici *standards* non è possibile e l'investitore rischia di rimanere del tutto sprovvisto di indennizzo. Secondo Rudolf Dolzer, la clausola che garantisce il trattamento giusto ed equo assolve le funzioni che il principio di buona fede adempie negli ordinamenti interni ed è inserita appositamente per "riempire gli spazi" lasciati vuoti dalle clausole più specifiche[96]. La clausola relativa al trattamento giusto ed equo permette di superare la criticità sopra esposta, in relazione alle misure minori di interferenza, che sfuggono dal concetto di espropriazione[97]. Il c.d. *fair and equitable treatment,* infatti, intercetta anche queste ipotesi e contribuisce all'allargamento e alla progressiva gradazione delle forme di tutela offerte agli investitori internazionali.

[93] Sergio Marchisio, *op. cit.*, p. 579.

[94] Sergio Marchisio, *op. cit.*, p. 579; sul punto si veda anche STEPHAN W. SCHILL, 'Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law', in *Institute for International Law and Justice Working Papers* 2006/6, <http://www.iilj.org/publications/2006WorkingPapers.asp>, p. 4, *"[...] fair and equitable treatment cannot be understood as an absolute guarantee but rather as a principle that allows for a balance between investment protection and the host state's public interest".*

[95] Dominique Carreau - Patrick Juillard, *op. cit.*, pp. 463 – 464, si avrà trattamento giusto, invece, *"lorsque le droit interne tiendrait ce qu'il a promis, et, lorsqu'en tenant ce qu'il a promis, le droit interne satisferait les exigences du droit international".*

[96] Rudolf Dolzer, *op. cit.*, pp. 90- 91.

[97] *Sempra Energy International v. Argentine Republic,* ICSID, Case No. ARB/02/16, Award 28 settembre 2007, § 300-301; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation e Konya Ingin Electrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey,* ICSID Case No. ARB/02/5, 19 gennaio 2007, § 238.

## 4. Conclusioni

Nel contesto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la valutazione di proporzionalità rappresenta la misura dell'equilibrio tra l'interesse generale e il diritto individuale al rispetto dei propri beni: vi sarà giusto equilibrio ogni qual volta la limitazione del diritto protetto dalla Convenzione appaia proporzionata rispetto all'interesse generale perseguito con la misura ablativa. La valutazione di proporzionalità si sostanzia non tanto in un giudizio astratto sulla congruità del provvedimento rispetto al fine da raggiungere, quanto in un bilanciamento tra quest'ultimo e il sacrificio subito dal singolo nel caso concreto. La valutazione in commento tiene conto di fattori diversi, il più importante dei quali è l'indennizzo che rappresenta l'elemento cardine del sistema, il cui scopo è quello di rendere tollerabile il sacrificio sofferto dall'individuo espropriato o altrimenti limitato nell'esercizio del suo diritto di proprietà. Il principio di proporzionalità è alla base dell'applicazione e dell'interpretazione dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo che tutela il diritto di proprietà dell'individuo[98].

La giurisprudenza europea in materia di proprietà ha offerto interessanti spunti interpretativi ai tribunali arbitrali chiamati a dirimere le controversie tra gli Stati e gli investitori stranieri, i quali hanno richiamato il principio di proporzionalità elaborato dalla Corte di Strasburgo. Attraverso l'analisi di alcuni lodi arbitrali, si sono messi in luce gli aspetti salienti della relazione esistente tra la giurisprudenza CEDU e quella in materia di investimenti, evidenziandone altresì le problematiche. Si è visto che nelle decisioni degli arbitri la valutazione di proporzionalità svolge un ruolo diverso e limitato rispetto a quello che le è proprio nel contesto della Convenzione Europea, trasformandosi da mezzo di valutazione degli interessi in gioco, in mero strumento di qualificazione dei fatti oggetto di giudizio.

In realtà, come si è detto, l'equivalenza degli effetti è ciò che accomuna il tradizionale concetto di espropriazione al nuovo modello di espropriazione indiretta, che si distingue dal primo nelle modalità, ma non nella sostanza. Pertanto, l'unico criterio in grado di permettere una corretta qualificazione dei fatti oggetto di giudizio non può che basarsi sulla valutazione degli effetti dell'azione statale. In tutti i casi in cui gli effetti non permettano di individuare un'ipotesi di espropriazione, si potrà fare riferimento allo standard del trattamento giusto ed equo. Nell'uno e nell'altro caso il principio di proporzionalità, così come tratto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, può giocare un ruolo fondamentale, "calibrando", di volta in volta, l'indennizzo in relazione al sacrificio imposto all'investitore straniero e allo scopo perseguito dallo Stato ospitante.

[98] Sergio Bartole – Paolo De Sena – VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 800.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di protezione della proprietà offre la chiave di volta per una lettura ragionata ed efficiente delle norme di diritto internazionale degli investimenti, attraverso la riorganizzazione degli standard già esistenti nel contesto del diritto internazionale e l'applicazione trasversale del principio di proporzionalità[99]. Il modello CEDU correttamente trasposto nel contesto degli investimenti potrebbe condurre alla creazione di un sistema più completo e coerente di protezione, atto a soddisfare sia gli interessi particolari dell'investitore straniero, che gli interessi generali a presidio dei quali è preposta l'attività dello Stato. La bontà di questo sistema risiederebbe, da un lato, nell'economia giuridica della soluzione, ovvero nella capacità di fare buon uso delle norme di diritto internazionale già esistenti riorganizzandole secondo un nuovo schema e, dall'altro, nelle capacità di garantire una protezione equilibrata degli interessi in gioco, consentendo il bilanciamento degli interessi delle parti in causa attraverso soluzioni mediate, che evitano risultati c.d. *"all or nothing"*.

[99] Sull'applicazione del principio di proporzionalità anche allo standard del trattamento giusto ed equo si veda Xiuli Han, 'The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico', in *Chinese Journal of International Law*, 2007, Vol. VI, No. 3, p. 640, l'Autore richiama Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law,* Blackwell Publishers, 1995, p. 625. Si vedano altresì le decisioni nei casi *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic,* § 305, 306; *Total S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/04/01, 27 dicembre 2010.