

## **I Trattati bilaterali sugli investimenti e il rilancio del multilateralismo economico**

*di Giuliana Canè*

Nel corso degli ultimi decenni il numero di trattati bilaterali in materia di investimenti (Bilateral Investment Treaties, BIT) è cresciuto esponenzialmente, fino a raggiungere il ragguardevole numero di oltre 2600 accordi conclusi. Una rapida analisi dell'evoluzione del "fenomeno" BIT può far meglio comprendere perché nell'attuale congiuntura economica l'opzione multilaterale, più volte fallita in passato, sia quella più auspicabile.

### **Cinquant'anni e non sentirli**

Il 25 novembre 1959 Germania e Pakistan firmarono il primo trattato bilaterale della storia in materia di investimenti: da allora il Pakistan ne ha firmati altri 48 e la Germania altri 134. Ciascun trattato nasce come una regolamentazione autonoma degli aspetti giuridici di un investimento internazionale: definizione di investimento e investitore, trattamento ad essi riservato durante la vita dell'operazione, elezione del foro competente e della legge di applicazione in caso di sopravvenuta disputa, eventuali eccezioni al trattato. In totale, non più di 15-20 articoli snelli e dall'ampia copertura.

Le ragioni per la firma di un BIT da parte di paesi in via di sviluppo e dei paesi sviluppati non sono né univoche né sempre coerenti. In estrema sintesi si può inquadrare l'operazione quale "trading sovereignty for credibility", intendendo con tale espressione che la firma di un BIT comporta una regolazione ex ante dell'investimento e la conseguente impossibilità dello stato ospite di modificare questo regime durante la vita dell'investimento. Nella competizione tra gli stati per attrarre capitali internazionali, la firma di un BIT è un segnale importante di impegno, a garanzia della salvaguardia dei diritti di proprietà connessi con gli investimenti esteri.

La prima causa milionaria basata su un BIT in cui il Pakistan è stato citato davanti al Centro internazionale arbitrale di risoluzione delle controversie sugli investimenti (Icsid, creato sotto l'egida della Banca Mondiale e regolato dalla Convenzione di Washington del 1965) è stata quella della Société Générale de Surveillance (Sgs) del 2001. Pur essendo terminata con un accordo stragiudiziale tra le parti e quindi senza reale determinazione della parte vincente, la causa ha determinato un'interruzione della crescita di questi trattati in Pakistan. Molti governi di paesi in via di sviluppo, inoltre, consideravano i BIT come poco più di una "photo opportunity" con un governo straniero, senza una chiara percezione delle implicazioni che la firma dell'atto aveva nel medio-lungo termine.

### **Problemi e sospetti**

Alla fase di conclusione dell'accordo segue solitamente un aumento degli investimenti nel paese (anche se il nesso diretto tra la firma del trattato e un tale aumento è contestato specialmente dai paesi in via di sviluppo); poi iniziano i primi arbitrati internazionali in cui le clausole relative alle controversie dei trattati diventano operative. Nei paesi convenuti manca spesso la capacity (intesa non solo in senso di risorse competenti nei vari ministeri, ma anche semplicemente di risorse umane disponibili) prima per negoziare i trattati e poi per difendere la posizione della propria parte in arbitrati internazionali, spesso in lingua straniera e in sedi lontane.

Con il passare degli anni e lo svilupparsi di una giurisprudenza arbitrale sempre più ricca di interpretazioni delle clausole contenute nei trattati, ci si è resi conto del fatto che, sebbene ogni arbitrato sia un caso a sé l'applicazione di una specifica clausola metteva in moto l'intero sistema

giurisprudenziale con rinvii alla rete di regole che, come una fitta ragnatela, avvolge e disciplina i rapporti economici transnazionali.

L'esperienza tratta dalle applicazioni pratiche dei trattati, unita alla percezione che le sentenze arbitrali favoriscano i paesi sviluppati a detrimento di quelli in via di sviluppo, ha creato tensione intorno allo strumento dei BIT. Oggi si assiste ad una duplice tendenza. Da una parte si registra la "denuncia" (atto unilaterale di ritiro) di alcuni paesi dai BIT già conclusi, fenomeno che è spiegabile con una certa diffidenza per questo strumento o con lo scetticismo sulla correlazione tra la firma di BIT e lo sviluppo economico del paese.

Dall'altra parte gli stessi paesi perfezionano trattati-modello da riutilizzare come base per la rinegoziazione con paesi ai quali sono già legati o per conseguire un'integrazione regionale, che comprenderà anche un foro arbitrale. Il caso dell'Ecuador è emblematico: da una parte è sostenitore della creazione di un foro regionale arbitrale all'interno dell'Unione degli stati sudamericani (Unasur), dall'altra si è ritirato da ben nove BIT, la maggior parte dei quali conclusi con paesi sudamericani vicini.

Recentemente è emersa la notizia che anche il BIT sottoscritto dal Pakistan con la Germania nel 1959 sarà aggiornato, entro il 2009. Da quanto emerge, gli articoli relativi alla trasparenza verranno migliorati e sarà inserito un meccanismo di risoluzione delle controversie più semplice e veloce. Quest'ultimo è visto come l'elemento che aiuterà ad accrescere la fiducia degli imprenditori tedeschi nell'investire in Pakistan, e che potenzialmente potrebbe far accrescere di 3-4 volte su base annuale gli investimenti in Pakistan. Il Pakistan ha in programma inoltre di siglare BIT con i maggiori partner del paese quali Canada, Arabia Saudita, Austria, Russia, Giordania, e membri della Economic Cooperation Organization, oltre a quello in via di conclusione con gli Stati Uniti.

### **“Multilateralizzare” il regime giuridico degli investimenti diretti**

Per quanto contestati, questi trattati bilaterali svolgono un importante ruolo “multilateralizzante”, spingendo verso un regime di regolamentazione degli investimenti diretti esteri, assicurando una tutela giuridica minima ed equivalente agli investitori, a prescindere dai paesi in cui decidano di investire. Infatti, in assenza di un regime giuridico internazionale uniforme, si è assistito ad un'armonizzazione dal basso tramite casi giurisprudenziali di applicazione di questi trattati: per esempio, tramite l'operatività della clausola “della nazione più favorita” (most favoured nation-Mfn), presente in quasi tutti i trattati, si è arrivati ad estendere i benefici accordati all'investitore straniero da determinati trattati anche ad investimenti originariamente non coperti da trattamento sostanziale o procedurale di favore.

Questo fenomeno è stato ancor più accentuato dal fallimento nel 1998 della negoziazione all'Ocse del trattato multilaterale sugli investimenti (Multilateral Agreement on Investment- Mai) iniziata nel 1995, nonché dal mancato accordo alla ministeriale del 2003 dell'Omc di Cancun sui cosiddetti Singapore Issues, tra cui appunto gli investimenti. Sono eventi ancora vivi nella memoria, che rendono difficile l'armonizzazione sistematica del trattamento giuridico degli investimenti diretti esteri (Fdi), volto a limitare il “treaty shopping” (ovvero l'elezione strategica del trattato più conveniente, prescindendo da quello applicabile secondo criteri sostanziali). D'altra parte dal 1998 ad oggi gli equilibri geopolitici in materia di investimenti sono cambiati notevolmente: non solo i maggiori paesi in via di sviluppo hanno assunto un ruolo di esportatori di investimenti diretti esteri e non più solo di ricettori (si pensi alla Cina), ma l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona assegna alla Commissione europea le competenze esclusive in materia di Fdi. Questo nuovo scenario rende ancor più auspicabile l'opzione multilaterale.

Un primo passo in questo senso è stato fatto nella Dichiarazione G8 de L'Aquila, che ha cautamente rilanciato il processo multilaterale, allargandone la base partecipativa anche alle economie emergenti ed ai paesi in via di sviluppo. Una trattazione multilaterale sistematica della materia permetterebbe anche di arrivare ad un maggior equilibrio tra esigenze di protezione degli investimenti esteri e la necessità di sostenere l'equilibrio economico secondo i principi di sviluppo

propri del paese ospitante. In questo modo si eviterebbero tentativi di riequilibrio dell'ultimo minuto in fase arbitrale, tramite interpretazioni estensive di clausole nate in contesti economico-giuridici diversi.

*Giuliana Canè, avvocato esperto in investimenti- attualmente presso l'Ufficio Sherpa G8 della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Le opinioni sono espresse a titolo personale, e non intendono rappresentare alcuna posizione ufficiale.*