

Giovanni Zarra

**L'APPLICABILITÀ DEI TRATTATI
A PROTEZIONE DEGLI
INVESTIMENTI AL CASO
DELLA CRIMEA**

Estratto

L'APPLICABILITÀ DEI TRATTATI A PROTEZIONE DEGLI INVESTIMENTI AL CASO DELLA CRIMEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La possibilità per i tribunali arbitrali di prendere in considerazione in via incidentale questioni che esulano dalla propria giurisdizione. — 3. L'applicabilità del BIT tra Ucraina e Russia agli investimenti fatti in Crimea. — 4. *Segue*: l'applicabilità alla Russia dei BIT conclusi dall'Ucraina per gli investimenti esteri in Crimea realizzati da investitori non ucraini. — 5. Investitori ucraini in Crimea: problemi relativi alla nazionalità. — 6. Il lodo davanti ai giudici interni: possibili violazioni dell'obbligo di non riconoscimento? — 7. Conclusioni.

1. Come noto, nel 2014, la regione della Crimea, facente parte dello Stato dell'Ucraina, è stata oggetto di una grave crisi internazionale. In breve, in seguito alla destituzione del Presidente Yanukovich e alla connessa forte instabilità politica in Ucraina, la Russia ha inviato nella regione della Crimea un contingente militare con il dichiarato scopo di proteggere la popolazione filo-russa ivi residente. Il 16 marzo 2014 si è tenuto in Crimea un *referendum* in seguito al quale, il giorno successivo, la regione si è autoproclamata indipendente. Il 18 marzo, poi, è stato stipulato un trattato di adesione tra la Crimea e la Russia, il quale ha portato all'annessione della prima alla seconda, attraverso la promulgazione, da parte di quest'ultima, di una legge costituzionale in data 21 marzo 2014.

A tal riguardo, se da un lato si potrebbe affermare che la consultazione popolare rifletta, in qualche modo, legittime istanze di autodeterminazione della popolazione locale, non v'è dubbio che l'invio di truppe russe che ha preceduto il voto per poi protrarsi nel tempo costituisca un illecito internazionale ai sensi dell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite ⁽¹⁾. La natura illecita della condotta russa,

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

⁽¹⁾ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, AMOROSO, *Muddying the « Bright Lines »: The Crimean Claim to Self-Determination in a Policy-Oriented Perspective*, in *The Case of Crimea's Annexation under International Law* (a cura di Czapliński, Dębski, Tarnogórski e Wierczyńska), Warsaw, 2018, pp. 105-109.

variamente esaminata in dottrina ⁽²⁾, trova conforto nella prassi internazionale prevalente. Tra l'altro, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato il 27 marzo 2014 (con 100 voti favorevoli, 11 contrari e 58 astensioni) la risoluzione 68/262 denominata « *Territorial integrity of Ukraine* » che asserisce l'illegittimità del referendum del marzo 2014 e la permanenza della Crimea e Sebastopoli entro i confini internazionali dell'Ucraina ⁽³⁾. Si ritiene ⁽⁴⁾ che l'attuale *status* della Crimea non rientri nella condizione di occupazione ma configuri un esercizio illecito del potere di governo, ossia una situazione nella quale si verifica « the effective control of a power [...] over a territory to which that power has no sovereign title, without the volition of the sovereign of that territory » ⁽⁵⁾. Pertanto si assiste in Crimea all'esercizio stabile, sia

⁽²⁾ Sia consentito rinviare, tra i tanti, a SCISO, *La crisi ucraina e l'intervento russo: profili di diritto internazionale*, *Rivista*, 2014, p. 992 ss.; TANCREDI, *Crisi in Crimea, referendum ed autodeterminazione dei popoli, Diritti umani e diritto int.*, 2014, p. 480 ss.; SANTULLI, *La crise ukrainienne: position du problème*, *Revue générale de droit int. public*, 2014, p. 799 ss.; CHRISTAKIS, *Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea*, *Heidelberg Journal of Int. Law*, 2015, p. 75 ss.; CORTEN, *The Russian Intervention in the Ukrainian Crisis: Was Jus Contra Bellum « Confirmed Rather than Weakened »?*, *Journal on the Use of Force and Int. Law*, 2015, p. 17 ss.

⁽³⁾ Questa è stata anche la posizione dell'Unione Europea; cfr. *Joint statement on Crimea by the President of the European Council, Herman Van Rompuy, and the President of the European Commission, José Manuel Barroso*, 18 marzo 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-74_en.htm. Si veda anche, con riguardo alla NATO, *Crimea's Annexation is Illegal and Illegitimate and NATO Allies will not Recognize It*, 18 marzo 2014, www.nato.int/cps/en/natolive/news_108100.htm; per quel che concerne l'OSCE: *Resolution on Clear, Gross and Uncorrected Violations of Helsinki Principles by the Russian Federation, Declaration and Resolutions Adopted by the OSCE Parliamentary Assembly at the Twenty-third Annual Session, Baku, 28 June to 2 July 2014*, pp. 17-19; e, per il Consiglio d'Europa, *Assemblea parlamentare, risoluzione 1990 (2014)*.

⁽⁴⁾ Per quanto concerne le opinioni dottrinali, nel senso proposto nel testo, v., tra gli altri, CHRISTAKIS, *Les conflits de sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine et le droit international*, *Journal du droit int.*, 2014, p. 2 ss.; OLSON, *The Lawfulness of Russian Use of Force in Crimea*, *Military Law and Law of War Review*, 2014, pp. 19-24; MARXSEN, *The Crimea Crisis - An International Law Perspective*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, p. 389 ss.; TANCREDI, *The Russian Annexation of the Crimea: Questions Relating to the Use of Force*, *Questions of Int. Law*, 2014, p. 5 ss.

⁽⁵⁾ BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, Oxford, 2012, p. 3. Per definire una simile situazione, l'autore, tuttavia, utilizza *tout court* il termine « occupazione » (evidentemente distaccandosi dall'accezione tradizionale del termine nel diritto bellico, volta ad applicarsi in situazioni caratterizzate da un conflitto armato e da un'occupazione ostile comportante la creazione di un governo transitorio formalmente autonomo sul territorio occupato). Egli, infatti, afferma che nel diritto internazionale contemporaneo è possibile parlare di occupazione anche in assenza di una guerra in atto: « [t]he utility of retaining the adjectives “belligerent” or “wartime” or even “military” has become rather limited, as the trigger for international regulation is not the mode of assuming control by the occupant but the temporary suspension of the

pur di origine non legittima, di poteri di governo da parte della Russia. Ne discende, come pure sottolineato dall'Assemblea generale nel paragrafo 6 della ris. 68/262, che Stati ed organizzazioni internazionali debbano astenersi da ogni azione che possa essere interpretata come il riconoscimento di questa situazione illegittima ⁽⁶⁾.

In tale contesto sono emerse varie controversie ⁽⁷⁾. L'attenzione nel presente scritto sarà rivolta al contenzioso sorto in materia di investimenti esteri. Numerosi soggetti di nazionalità ucraina ⁽⁸⁾, in seguito all'annessione della Crimea e alla conseguente limitazione dei diritti sui loro investimenti da parte della Russia, hanno intrapreso arbitrati internazionali sulla base dell'art. 9 dell'Accordo tra la Russia e l'Ucraina sull'incoraggiamento e la protezione reciproca degli investimenti (BIT

sovereign's authority. Today the more inclusive term, "occupations", is generally used. The emphasis is thus put not on the course through which the territory came under the foreign State's control, whether through actual fighting or otherwise, but rather on the phenomenon of occupation: the exceptional exercise of public power by one State in a foreign territory and over its inhabitants ». L'autore precisa ulteriormente: « [t]his special situation is the result of the administration of the affairs of a country by an entity that is not its sovereign government ». L'uso generalizzato del termine « occupazione » costituisce, tuttavia, un approccio che non trova largo riscontro in letteratura e che, oggettivamente, potrebbe essere fuorviante (dovendosi invece distinguere tra occupazioni belliche, che comportano l'applicazione del diritto di guerra, e occupazioni pacifiche, che non coinvolgono tale regime giuridico). Per una sistemazione della materia, cfr. ANNONI, *L'occupazione « ostile » nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2012, *passim* (e, in particolare, per il punto qui trattato, p. 73); e anche LONGOBARDO, *The Use of Force in Occupied Territory*, Cambridge, 2018, p. 21 ss. (e, specificamente, p. 33, ove si riconosce che di occupazione in senso proprio possa parlarsi solo in presenza di un conflitto armato).

⁽⁶⁾ Vedi anche LONGOBARDO, *op. cit.*, p. 49.

⁽⁷⁾ Dall'annessione della Crimea alla Russia sono derivate controversie sottoposte alla Corte internazionale di giustizia, alla Corte europea dei diritti dell'uomo e ad un Tribunale arbitrale costituito secondo l'Annesso VII della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, oltre ad indagini da parte del procuratore della Corte penale internazionale e — per quanto ad oggi noto — ben sette arbitrati in materia di investimenti. Cfr. sul punto NURIDZHANIAN, *Crimea in International Courts and Tribunals: Matters of Jurisdiction*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2018, p. 378 ss.

⁽⁸⁾ I casi a cui si fa riferimento, solo alcuni dei quali reperibili nel sito della Corte permanente di arbitrato, <https://pca-cpa.org>, sono: *Everest Estate LLC et al. v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2015-36; *Aeroporto Belbek LLC and Mr. Igor Valerievich Kolomoisky v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2015-07; *PJSC Ukrnafta v. The Russian Federation*, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, PCA Case No. 2015-34; *Limited Liability Company Lugzor and Others v. Russian Federation*, PCA Case No. 2015-29; *PJSC CB PrivatBank and Finance Company Finilon LLC v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2015-21; *Igor Boyko v. Ukraine*, UNCITRAL; *OAO Tatneft v. Ukraine*, UNCITRAL; *NJSC Naftogaz of Ukraine, PJSC State Joint Stock Company Chornomornaftogaz, PJSC Ukrtransgaz, Subsidiary Company Likvo, PJSC Ukerasvydobuvannya, PJSC Ukrtransnafta, and Subsidiary Company Gaz Ukrainy v. The Russian Federation*, arbitrato *ad hoc*. Sfortunatamente, al momento in cui si scrive, gli atti relativi a tutti i suddetti casi sono coperti da clausola di confidenzialità.

Ucraina-Russia, firmato a Mosca il 27 novembre 1998 ed in vigore dal 27 gennaio 2000) ⁽⁹⁾. Se da un lato, stando alle informazioni disponibili, i tribunali coinvolti hanno sempre assunto la giurisdizione sulle controversie ⁽¹⁰⁾ e talvolta condannato la Russia (la quale non si è costituita nei procedimenti), dall'altro lato la questione sembrerebbe comunque generare non pochi dubbi dal punto di vista della possibilità per i tribunali di pronunciarsi sulle stesse controversie, posto che la giurisdizione arbitrale dipende, in questi casi, dalla risoluzione preliminare di almeno tre punti di particolare complessità. Si tratta, ovviamente, di questioni alle quali gli arbitri potranno dare una risposta in autonomia, alla luce del principio, assolutamente pacifico nella giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti, della *Kompetenz-Kompetenz*, secondo il quale sono i tribunali arbitrali stessi ad avere il potere di pronunciarsi sulla propria giurisdizione ⁽¹¹⁾.

Il riferimento va innanzitutto alla possibilità per gli arbitri di prendere in considerazione il problema dell'applicabilità del BIT tra Ucraina e Russia al caso di specie, dato che ciò comporta necessariamente un'analisi preliminare della più ampia questione crimeana, la quale certamente esula dalla competenza *ratione materiae* di un tribunale in materia di investimenti. A tal riguardo va sottolineato che l'inopportunità di pronunciarsi su questi casi potrebbe derivare anche da considerazioni di equità procedurale, nel senso che un tribunale non potrebbe decidere in modo definitivo sulla questione della sovranità senza la partecipazione all'arbitrato dell'Ucraina, la quale ha un interesse concreto nella controversia senza esserne parte; ciò in quanto, almeno in linea di principio, potrebbe affermarsi che i diritti del-

⁽⁹⁾ Il testo dell'accordo è reperibile all'indirizzo <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2859>.

⁽¹⁰⁾ Va rilevato che l'assunzione di giurisdizione da parte dei tribunali e la conseguente decisione è stata considerata corretta anche dal Tribunale federale svizzero, al quale era stato chiesto di annullare due lodi nella propria qualità di corte della sede. Il riferimento va ai lodi relativi ai casi *Ekrnafta e Stabil* e a Tribunal fédéral, sent. 16 ottobre 2018, 4° _396/2017, 4° _398/2017; PERRY, *Crimea Awards Upheld in Switzerland*, *Global Arbitration Review* (online), 2018.

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 41 della Convenzione ICSID. Ciò non esclude che, comunque, un altro organo giudicante possa in seguito pronunciarsi sulla giurisdizione del tribunale arbitrale. Il riferimento va, nell'ambito del sistema ICSID, alla procedura di annullamento di cui all'art. 52 della Convenzione di Washington e, con riguardo agli arbitrati che invece hanno una sede, alla procedura di annullamento dei lodi prevista dai singoli ordinamenti interni. Un lodo emesso in carenza di giurisdizione potrebbe, infine, non essere eseguito alla luce dell'art. V(i)(a) della Convenzione di New York del 1958. Sul punto si veda, di recente, ZARRA, *The Annulment of the Negative Jurisdictional Ruling in GPF v. Poland. Did the English Judge Go Too Far?*, *Diritto del commercio int.*, 2018, p. 819 ss.

l'Ucraina costituiscono « l'oggetto stesso » della questione di sovranità da analizzare in via preliminare. Si tratta di un principio ben noto al diritto internazionale sotto il nome di « Monetary Gold principle » o « doctrine of indispensable parties » ⁽¹²⁾.

In secondo luogo, una volta che un tribunale abbia ritenuto di poter prendere in esame la questione, sorge il dubbio sulla applicabilità del BIT al caso di specie, posto che, se è vero che il trattato si applica al « territorio » degli Stati contraenti, resta da accertare se la Crimea

⁽¹²⁾ Ciò in seguito alla sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia il 15 giugno 1954, nell'*Affare dell'oro monetario preso a Roma nel 1943, Italia c. Francia, Regno Unito e Stati Uniti, I.C.J. Reports, 1954, p. 32*, secondo la quale alla Corte è precluso decidere su una questione se la decisione può avere effetti anche sui diritti di Stati non coinvolti nella controversia e questi diritti sono « the very subject matter » del caso dinanzi alla Corte. Per quanto qui di interesse, il requisito è stato poi ridiscusso dalla Corte internazionale di giustizia (nella sent. 30 giugno 1995, relativa all'affare *Timor Orientale, Portogallo c. Australia, I.C.J. Reports, 1995, p. 105*) che lo ha esteso all'ipotesi in cui la questione relativa a diritti od obblighi di uno Stato terzo costituisca una questione preliminare per decidere sulla causa principale. Al contrario, il semplice fatto che la decisione possa pregiudicare diritti di Stati terzi non è sufficiente per l'applicazione della dottrina dell'oro monetario e tuttalpiù potrebbe legittimare l'intervento di questi Stati nel giudizio. Non sempre, però, è facile distinguere tra i casi in cui il diritto del terzo sia l'oggetto vero e proprio della controversia e quelli in cui dalla decisione derivi un mero pregiudizio per il terzo; ne deriva un ineliminabile margine di discrezionalità per i giudici. A tal riguardo un'indicazione è rinvenibile nella pronuncia della Corte internazionale di giustizia, sentenza su competenza e ricevibilità del 26 novembre 1984 relativa all'affare delle *attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua, Nicaragua c. Stati Uniti, I.C.J. Reports, 1984, p. 431*, in cui si è precisato che, se le conclusioni dell'attore vertono solo sulla condotta del convenuto, la Corte può pronunciarsi su di esse e, salvo casi eccezionali, non rileva che la decisione influisca tangenzialmente sui diritti di Stati terzi; nella sent. 26 giugno 1992, relativa al caso di *certe terre utilizzate per la produzione di fosfati a Nauru, Nauru c. Australia, I.C.J. Reports, 1992, p. 259*, la Corte ha poi risposto in senso positivo al quesito se la regola della parte necessaria potesse applicarsi quando i diritti del terzo fossero fortemente interessati dal caso seppur non discussi negli atti delle parti. I diritti del terzo, in ogni caso, devono costituire un presupposto necessario per la decisione e richiedono, dunque, una pronuncia della Corte. Sul punto v., tra gli altri, diffusamente, CRESPI REGHIZZI, *L'intervento « come non parte » nel processo davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Milano, 2017, p. 79 ss. Cfr., inoltre, la risoluzione adottata dall'Institut de droit international nella sessione di Berlino, 1999, relatore Bernhard, intitolata *Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving More Than Two States*, http://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/1999_ber_02_en.pdf, riprodotta in *Rivista*, 1999, p. 1186 ss.; FONTANELLI, *Reflections on the Indispensable Party Principle in the Wake of the Judgment on Preliminary Objections in the Norstar Case*, *Rivista*, 2017, p. 112 ss.; ORAKHELASHVILI, *The Competence of the International Court of Justice and the Doctrine of the Indispensable Party: from Monetary Gold to East Timor and Beyond*, *Journal of Int. Dispute Settlement*, 2011, p. 373 ss. Da quanto ci risulta, in ogni caso, l'Ucraina è intervenuta in alcuni procedimenti come *amicus curiae* (sorprendentemente sostenendo la posizione dei propri investitori a discapito della propria pretesa di sovranità sulla Crimea) e tali interventi sono sempre stati consentiti dai tribunali interessati. Sul punto torneremo dettagliatamente *infra* nel par. 2.

possa essere considerata territorio russo ai fini della disciplina degli investimenti ucraini; domanda, questa, alla quale *prima facie* sembrerebbe debba darsi risposta negativa, in considerazione dell'obbligo derivante dal diritto internazionale generale di non riconoscere le situazioni di annessione derivanti da esercizio illegittimo del governo di fatto, le quali, dunque, andrebbero trattate come inesistenti ⁽¹³⁾.

Infine, è da comprendere se, ai fini della competenza *ratione personae* dei tribunali arbitrali, il fatto che gli investimenti non fossero da considerarsi come stranieri per lo meno al momento dell'avvio dell'attività economica potesse in qualche modo limitare la proponibilità delle azioni.

Quanto sopra va, a nostro giudizio, inquadrato nell'ottica della tensione costante tra la necessità, da un lato, di garantire il rispetto dell'obbligo di non riconoscere la legittimità della sovranità russa in Crimea (con i correlati poteri di governo) e, dall'altro lato, di far sì che lo stesso obbligo non giovi, in ultima istanza, alla stessa Russia che compie l'illecito. Ove, infatti, ci si rifiutasse di prendere in considerazione le violazioni commesse dalla Russia ai danni degli investitori ucraini, si finirebbe per garantire, nel nome dell'obbligo di non riconoscimento, una sorta di immunità alla prima per gli atti compiuti sul territorio illegittimamente annesso. Conclusione, questa, che collide, oltre che con il buon senso, con il noto principio secondo il quale chi compie un illecito non può poi trarne giovamento (*ex iniuria jus non oritur*) ⁽¹⁴⁾. Da quest'ultima considerazione dovrebbe quindi evincersi

⁽¹³⁾ In tema di non riconoscimento nei casi di annessione v. HOFMANN, *Annexation*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (online), 2013, p. 1 ss.; BENVENISTI, *Occupation, Belligerent*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (online), 2009, p. 1 ss. Sul punto è interessante confrontarsi anche con la pretesa violazione dell'obbligo di non riconoscimento generata dalla recente decisione statunitense di trasferimento dell'ambasciata a Gerusalemme. Cfr. ARCARI, *La decisione statunitense di trasferimento dell'ambasciata a Gerusalemme e la portata dell'obbligo di non-riconoscimento in diritto internazionale*, *Rivista*, 2018, p. 547 ss. (e in particolare p. 549 s.); ID., *The Relocation of the US Embassy to Jerusalem and the Obligation of non-Recognition in International Law*, *Questions of Int. Law*, 2018, p. 1 ss.; LAGERWALL, *Non Recognition of Jerusalem as Israel's Capital: A Condition for International Law to Remain a Relevant Framework?*, *ivi*, p. 33 ss.

⁽¹⁴⁾ Si tratta, notoriamente, di un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili *ex-art.* 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Cfr. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, p. 420 s., secondo il quale: « This construction of non-recognition is based on the view that acts contrary to international law are invalid and cannot become a source of legal rights for the wrongdoer. That view applies to international law one of the "general principles of law recognized by civilized nations". The principle *ex iniuria jus non oritur* is one of the fundamental maxims of jurisprudence. An illegality cannot, as a rule, become a source of legal right to the wrongdoer ».

che, almeno ai fini della valutazione della liceità degli atti compiuti dalla Russia nell'esercizio del proprio controllo sulla Crimea, qualche rilievo al criterio dell'effettività del controllo di Mosca su tale territorio debba essere attribuito ⁽¹⁵⁾. Nelle parole del giudice Cançado Trindade il principio *ex iniuria jus non oritur* si accompagna, in casi del genere, alla massima secondo cui *ex factis oritur jus*: « [t]his does not mean that law can emerge out of grave violations of international humanitarian law, but rather as a response or reaction to these latter » ⁽¹⁶⁾.

Scopo del presente lavoro è quello di fare chiarezza, nonostante la scarsità delle fonti a disposizione, sulle modalità con cui la questione crimeana debba essere affrontata dai tribunali arbitrali in materia di investimenti. Analizzeremo innanzitutto il problema della possibile estensione della giurisdizione dei tribunali all'analisi di questioni preliminari il cui oggetto non rientra nelle loro competenze, per comprendere se gli arbitri possano legittimamente prendere in esame l'applicabilità dei BIT conclusi dalla Russia per gli illeciti da quest'ultima commessi ai danni degli investitori in Crimea ⁽¹⁷⁾ (par. 2). Passeremo, in seguito, allo studio della questione più specifica riguardante l'applicabilità dei BIT conclusi dalla Russia agli investimenti in Crimea (par. 3). Analizzeremo poi, separatamente, due questioni specifiche riguardanti la situazione degli investitori non ucraini e di quelli ucraini (ad ora gli unici ad aver citato la Russia per le violazioni degli obblighi in materia di investimenti commesse in Crimea sfruttando la clausola arbitrale contenuta nel BIT tra Ucraina e Russia). Con riguardo ai primi, esamineremo la questione se alla Russia andrebbero applicati — per gli investimenti effettuati in Crimea da investitori non ucraini — i trattati in materia di investimenti conclusi dall'Ucraina ⁽¹⁸⁾ (par. 4). Per quel che concerne i secondi, invece, ulteriori ostacoli alla giurisdizione dei tribunali derivano dal cambio di *status* degli investitori in relazione al BIT (da domestici ad esteri) (par. 5). Infine, valuteremo se il riconoscimento e l'esecuzione da parte di una corte nazionale di una

⁽¹⁵⁾ Cfr. BOTHE, *The Current Status of Crimea: Russian Territory, Occupied Territory or What, Military Law and the Law of War Review*, 2014, p. 109, secondo il quale « [n]on-recognition of territorial acquisition cannot amount to a duty of insulation concerning the territory in question ».

⁽¹⁶⁾ Corte internazionale di giustizia, parere 22 luglio 2010 relativo alla *conformità al diritto internazionale della dichiarazione di indipendenza riguardante il Kosovo*, opinione individuale del giudice Cançado Trindade, *I.C.J. Reports*, 2010, p. 577 s.; corsivo aggiunto.

⁽¹⁷⁾ Non risultano ricorsi intrapresi da investitori di Stati terzi nei confronti della Russia (sulla base dei BIT conclusi da quest'ultima) per violazioni commesse in Crimea.

⁽¹⁸⁾ Anche quest'ultimo scenario non si è ancora verificato. Ad ogni modo, giova rilevare che l'Ucraina è attualmente parte di 57 trattati in materia di investimenti in vigore. Cfr. <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/219>.

eventuale sentenza arbitrale che condanni la Russia possano essere considerati alla stregua di una violazione dell'obbligo di non riconoscimento di un'annessione illecita che grava su tutti gli Stati (par. 6).

2. Il primo punto da chiarire è, come anticipato, se sia possibile per i tribunali arbitrali *prendere in considerazione* in via incidentale questioni che normalmente esulerebbero dalla loro giurisdizione ⁽¹⁹⁾. È, a tal riguardo, evidente che l'analisi sull'applicabilità dei BIT stipulati dalla Russia per le violazioni occorse in Crimea presuppone una previa valutazione dell'esercizio della sovranità nella regione, la quale non rientra nelle normali competenze dei tribunali in materia di investimenti (e ciò nonostante le clausole sulla legge applicabile contenute nei BIT e, quando rilevabile, l'art. 42 della Convenzione ICSID siano chiari nell'affermare che gli arbitri possono ricorrere anche al diritto internazionale nel risolvere le controversie) ⁽²⁰⁾. Da un lato, è pacifico che i tribunali retti dai BIT non abbiano il potere di statuire su questioni di sovranità ma, al più, come chiariremo in seguito, di analizzarle sotto forma di questioni preliminari. Dall'altro lato, però, l'esistenza di una simile questione preliminare non dovrebbe determinare che i tribunali perdano la propria giurisdizione su controversie in materia di investimenti. Tuttavia, secondo una recente opinione dottrinale, in simili casi potrebbe trovare applicazione quella che viene definita « doctrine of indispensable issues », la quale richiederebbe che « an international court or tribunal cannot exercise jurisdiction over a dispute if a legal issue outside of its jurisdiction *ratione materiae* forms

⁽¹⁹⁾ Il tema in generale è già stato esaminato da MAROTTI, *Between Consent and Effectiveness: Incidental Determinations and the Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Tribunals*, in *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals* (a cura di Del Vecchio e Virzo), Heidelberg, 2019, in corso di pubblicazione.

⁽²⁰⁾ A tal riguardo, in termini più ampi, va posto in evidenza che — in materia di domande riconvenzionali presentate da Stati convenuti e basate su violazioni di diritti umani e/o di diritto ambientale — alcuni tribunali arbitrali in materia di investimenti, di recente, non hanno esitato ad ampliare lo spettro delle questioni da essi conoscibili sulla base dell'ampiezza delle clausole sulla legge applicabile contenute nei BIT o dello stesso art. 42 ICSID, affermando che il riferimento generico al diritto internazionale può costituire un'adeguata base giuridica per analizzare domande riconvenzionali statali non basati sul diritto degli investimenti ma su norme appartenenti ad altre aree del diritto internazionale. Cfr. sentenza finale 18 settembre 2018 relativa all'affare *David Aven et al. v. The Republic of Costa Rica*, caso n. UNCT/15/3, par. 737, <https://icsid.worldbank.org/en/>; sentenza 8 dicembre 2016 relativa all'affare *Urbaser and Consorcio de Aqua Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, caso n. ICSID ARB/07/26, par. 1151, <https://www.italaw.com/cases/1144>. Per ulteriori considerazioni sul punto cfr. ZARRA, *The Relevance of State Interests in Recent ICSID Practice*, *The Italian Yearbook of Int. Law*, 2016, p. 489 ss.

the “very subject matter” of the decision, which is the case if and only if the decision requires a “prerequisite determination” on that legal issue »⁽²¹⁾; di conseguenza, « [i]f the doctrine of indispensable issues is applied to claims concerning investments on disputed territory, the claims would likely be rendered inadmissible. The reason is that, since investment protections typically apply only on the “territory” of the respondent State under the relevant IIA [international investment agreement], the determination of sovereignty over the territory in question would be a necessary prerequisite to the determination of whether the investment on such territory is protected »⁽²²⁾. Tre sarebbero i motivi per i quali i tribunali non dovrebbero assumere la giurisdizione su casi come quello crimeano⁽²³⁾: primo, perché non era nelle intenzioni dei redattori dei BIT consentire che gli arbitri si pronunciassero su questioni di sovranità; secondo, perché spesso gli arbitri chiamati a risolvere le controversie relative ai BIT hanno esperienza nel campo del commercio internazionale ma non in quello del diritto internazionale; e, terzo, perché l'impossibilità da parte di uno dei due Stati coinvolti nella controversia territoriale di nominare un proprio arbitro (posto che nelle controversie in materia di investimenti è coinvolto un solo Stato) porrebbe in dubbio la legittimità dell'organo decidente. Nella medesima prospettiva, ma più in generale, è stato affermato che, quando le clausole sulla legge applicabile (contenute in trattati che, come i BIT, *disciplinano una specifica materia*) fanno riferimento, *in generale*, al diritto internazionale, esse non possono essere in ogni caso utilizzate come strumento atto ad estendere la

⁽²¹⁾ TZENG, *Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues*, *Brazilian Journal of Int. Law*, 2017, p. 128.

⁽²²⁾ *Ibid.*, p. 131. La teoria esposta appare molto vicina alla dottrina accolta nella sentenza dell'oro monetario così come sviluppata nel tempo dalla Corte internazionale di giustizia (esaminata *supra*, nota 12 ed anche nel seguito di questo paragrafo). Tuttavia, le motivazioni sulle quali essa si fonda (indicate *infra* nel testo) sono chiaramente molto diverse da quelle alla base della « teoria della parte indispensabile », la quale è invece incentrata sulla necessità di proteggere lo Stato assente e, come dimostrato da CRESPI REGHIZZI (op. cit., p. 90 ss.), sull'opportunità di tutelare l'integrità giudiziaria della Corte stessa. Un ulteriore profilo di dubbio sta nel fatto che — mentre con riguardo alla Corte internazionale di giustizia la dottrina dell'oro monetario opera essenzialmente con riguardo all'ammissibilità dei casi (cfr., ancora, *ibid.*, p. 90, nota 21) — non è chiaro se nell'ambito dell'arbitrato in materia di investimenti la teoria in discussione operi come requisito relativo alla competenza o alla ricevibilità del caso (soluzione, quest'ultima, per la quale tenderemmo a propendere).

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 131 s.

giurisdizione di corti e tribunali internazionali al di là della specifica materia disciplinata dai trattati sui quali tale giurisdizione si fonda ⁽²⁴⁾.

Queste opinioni, per quanto concerne il caso che qui si analizza, non convincono. Di fondamentale importanza è, infatti, partire dal testo del trattato in relazione al quale sorgono le controversie. Nel caso del BIT Ucraina-Russia, l'art. 1 chiarisce che per « investimento » debba intendersi « all kinds of property and intellectual values, which are put in by the investor of one Contracting Party *on the territory of the other Contracting Party* in conformity with the latter's legislation » e che per territorio bisogna considerare « the territory of the Russian Federation or the territory of the Ukraine and also their respective exclusive economic zone and the continental shelf as defined in conformity with the international law ». Appare evidente che è lo stesso trattato a richiedere ad un tribunale arbitrale di assumere la giurisdizione sui casi in materia di investimenti esteri; per fare ciò agli arbitri si richiede di valutare l'esistenza di un investimento ai sensi del trattato. Il che impone necessariamente di considerare se gli affari dell'attore siano o meno localizzati sul territorio dello Stato convenuto ⁽²⁵⁾. Si tratta, quindi, di una classica questione preliminare, per tale intendendosi una questione che « è logicamente necessaria perché possa procedersi all'esame dell'altra » ossia la c.d. questione principale posta dinanzi ad essi ⁽²⁶⁾. Non sembra possa ritenersi che l'analisi di una questione concernente la stessa applicabilità del trattato possa (o debba) essere rifiutata da un tribunale arbitrale solo perché essa comporta anche la conoscenza, in via incidentale, di situazioni che

⁽²⁴⁾ BARTELS, *Jurisdiction and Applicable Law Clauses: Where Does a Tribunal Find the Principal Norms Applicable to the Case Before It?*, in *Multi-sourced Equivalent Norms in International Law* (a cura di Broude e Shany), Oxford, 2011, p. 124.

⁽²⁵⁾ È evidente che i tribunali arbitrali debbano procedere ad interrogarsi *ex officio* sulla sussistenza della propria giurisdizione quando la parte convenuta non la contesti (così come pare essere accaduto nel caso degli investitori ucraini in Crimea). Sul punto v. DUMBERRY, *Requiem for Crimea: Why Tribunals Should Have Declined Jurisdiction over the Claims of Ukrainian Investors against Russia under the Ukraine-Russia BIT*, *Journal of Int. Dispute Settlement*, 2018, p. 520 ss.

⁽²⁶⁾ MORELLI, *Questioni preliminari nel processo internazionale*, *Rivista*, 1971, p. 5. La questione preliminare va distinta da quella pregiudiziale, la quale nelle parole dello stesso Morelli (p. 6) « riguarda l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica che costituisce l'antecedente logico di una delle soluzioni possibili di una diversa questione (questione principale). A questa soluzione può perciò pervenirsi solo in quanto la questione pregiudiziale venga esaminata e venga risolta in senso positivo. La soluzione opposta della questione principale può bensì essere raggiunta sulla base della soluzione negativa della questione pregiudiziale; ma può raggiungersi anche su basi diverse ».

sarebbero certamente al di fuori della sua giurisdizione se fossero introdotte nel processo sotto forma di questioni principali ⁽²⁷⁾.

La questione può essere anche esaminata nella prospettiva dell'ambito di applicazione delle clausole sulla competenza, ossia chiedendosi se tali clausole abbiano l'effetto di circoscrivere in via definitiva l'ambito delle controversie che possono essere proposte dinanzi agli arbitri. Anche in quest'ottica, comunque, la soluzione non cambia. Infatti, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, dei

⁽²⁷⁾ Ciò era stato già affermato in termini più generali da CANNIZZARO e BONAFÈ, *Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case*, *European Journal of Int. Law*, 2005, p. 488; conformemente PAPADAKI, *Compromissory Clauses as the Gatekeepers of the Law to Be «Used» in the ICJ and the PCIJ*, *Journal of Int. Dispute Settlement*, 2014, p. 569. Potrebbe dunque dubitarsi della compatibilità della soluzione qui prospettata con quanto deciso dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Timor Est* (cfr. *supra* nota 12), in cui la Corte ha ritenuto di non poter statuire sulla domanda del Portogallo contro l'Australia in quanto tale domanda, sostanziantesi nella richiesta di una pronuncia che impedisse all'Australia di dare esecuzione ad un trattato concluso con l'Indonesia (Stato che occupava Timor Est), presupponeva una valutazione della questione preliminare attinente alla liceità dell'occupazione di Timor Est da parte dell'Indonesia (Stato terzo assente nel giudizio). A tale obiezione, però, può ribattersi sulla base di due argomenti. Da un lato, parte della dottrina (cfr. CHINKIN, *The East Timor Case (Portugal v. Australia)*, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 716 ss.) rileva, in modo non del tutto convincente, che la questione sottoposta alla Corte in realtà non riguardava la legittimità dell'occupazione indonesiana ma soltanto la conformità al diritto internazionale di un trattato relativo allo sfruttamento delle risorse naturali che, seppur concluso con uno Stato terzo rispetto al giudizio, andava a ledere alcuni diritti della popolazione locale (in difesa dei quali il Portogallo agiva). Se si seguisse tale impostazione, potrebbe affermarsi che, come nel caso della Crimea che qui ci interessa, la pronuncia della Corte avrebbe soltanto *indirettamente* influenzato una futura valutazione circa la conformità al diritto internazionale della condotta dell'Indonesia. Se, invece, si accettasse l'idea contraria, secondo la quale i diritti dello Stato terzo erano oggettivamente pregiudicati nel caso di specie (cfr. CRESPI REGHIZZI, op. cit., pp. 113-115), la conclusione da raggiungere nel caso in esame riguardante la Crimea non sembra mutare. Infatti, nel caso di *Timor Est*, la situazione giuridica dell'Indonesia (ossia il suo diritto sul territorio di Timor Orientale) si poneva in una relazione di pregiudizialità-dipendenza con il diritto fatto valere dal Portogallo contro l'Australia e, tra l'altro, la pronuncia della Corte era destinata ad incidere fortemente sulla posizione dell'Indonesia giacché impone all'Australia di non ottemperare al trattato con tale Stato significava, sostanzialmente, riconoscere l'illegittimità dell'occupazione posta in essere da quest'ultimo. Nel caso degli investimenti in Crimea, invece, si tratta soltanto di prendere atto dell'esercizio del potere di governo da parte della Russia (sia esso legittimo o illegittimo) e, tenuto conto dell'esistenza di tale presupposto fattuale, valutare se i diritti degli investitori siano stati lesi; una simile decisione, che opera sul piano *verticale* dei rapporti tra Stato e individui, non coinvolge (a differenza del caso deciso dalla Corte internazionale di giustizia nel 1995) il piano *orizzontale* dei rapporti interstatali. La decisione dei tribunali in materia di investimenti, come già detto, tiene semplicemente conto di una situazione fattuale che si è venuta a verificare sul territorio crimeano al fine di valutare quale Stato debba essere considerato responsabile per la violazione di diritti individuali.

tribunali costituiti sulla base dell'allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto internazionale del mare e della Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽²⁸⁾ sembra confermare la possibilità che una questione preliminare non strettamente rientrante nella giurisdizione dell'organo adito possa comunque essere presa in considerazione dal giudice internazionale al fine di addivenire alla decisione richiesta. Con riguardo alla Corte internazionale di giustizia è necessario innanzitutto menzionare il caso *Croazia c. Serbia* del 2015, in cui — da un lato — è stato affermato che, essendo la giurisdizione *ratione materiae* della Corte basata sull'art. IX della Convenzione sul genocidio, ciò preclude la possibilità di adottare decisioni finali che non riguardino violazioni di detta Convenzione, ma — dall'altro lato — si è precisato che ciò non può escludere l'analisi di questioni concernenti la violazione di altre norme internazionali se ciò è strumentale alla risoluzione del caso pendente dinnanzi alla Corte stessa ⁽²⁹⁾. Conferma di tale approccio viene anche proprio dalla controversia tra Ucraina e Russia pendente dinnanzi alla Corte. Come noto, nel 2017 l'Ucraina ha citato la Russia per violazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 ⁽³⁰⁾ e della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999 ⁽³¹⁾, sulla base di pretese discriminazioni e persecuzioni causate dallo Stato convenuto alle popolazioni ucraina e tatara in Crimea ⁽³²⁾. Nell'ambito del procedimento, l'Ucraina ha innanzitutto richiesto alla Corte di pronunciare misure cautelari volte a richiedere alla Russia di porre fine a qualsiasi forma di discriminazione ed evitare di aggravare i termini della controversia. Ebbene, nell'ordinanza con cui la Corte ha (parzialmente) concesso le misure richieste, essa ha altresì precisato che la circostanza per cui in merito al territorio su cui erano state commesse le pretese violazioni esista una controversia tra

⁽²⁸⁾ È possibile fare riferimento anche all'operato della Corte penale internazionale. Per ragioni di brevità sia consentito rimandare, a tal riguardo, a KONTOROVICH, *Israel/Palestine - The ICC's Uncharted Territory*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2013, p. 979 ss.; RONEN, *Israel, Palestine and the ICC - Territory Uncharted but Not Unknown*, *ivi*, 2014, p. 7 ss.

⁽²⁹⁾ Corte internazionale di giustizia, sent. 3 febbraio 2015 relativa al caso dell'*applicazione della Convenzione sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio*, *Croazia c. Serbia*, I.C.J. Reports, 2015, par. 87 s.

⁽³⁰⁾ La Convenzione è in vigore dal 4 gennaio 1969.

⁽³¹⁾ In vigore dal 10 aprile 2002.

⁽³²⁾ Corte internazionale di giustizia, ord. 19 aprile 2017 sull'indicazione delle misure cautelari relativa al caso dell'*applicazione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo e applicazione della Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, *Ucraina c. Federazione russa*, I.C.J. Reports, 2017, p. 104 ss.

le medesime parti concernente la sovranità sul territorio medesimo non determina il venire meno della giurisdizione per quanto riguarda le violazioni stesse ⁽³³⁾.

Per quanto riguarda i tribunali arbitrali costituiti in virtù della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, invece, è doveroso far riferimento ai casi dell'*area marina protetta nelle Isole Chagos* ⁽³⁴⁾ e del *Mar cinese meridionale* ⁽³⁵⁾. Nel caso *Chagos*, Mauritius ha chiesto al Tribunale arbitrale di interpretare ed applicare la definizione di « Stato costiero » contenuta nella Convenzione di Montego Bay allo scopo di valutare la possibilità di costituire un'area marina protetta intorno alle isole Chagos ⁽³⁶⁾. Trattandosi, tuttavia, di un territorio conteso tra Mauritius e Regno Unito, la risoluzione del caso (che pur rientrava nella giurisdizione del Tribunale) avrebbe comportato la previa risoluzione della controversia territoriale. Dopo aver dettagliatamente esaminato le circostanze fattuali della controversia, il Tribunale è giunto alla conclusione per cui la sua

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 13, par. 16. Sul punto la Corte sembra muoversi in conformità con quanto affermato dal giudice Greenwood nell'opinione separata relativa alla sent. 1° aprile 2011 riguardante l'affare dell'*applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, *Georgia c. Federazione russa*, I.C.J. Reports, 2011, p. 325 s., secondo il quale « [t]he fact that there is another, wider dispute between the Parties, which may be of more importance to one or both of them, does not prevent the emergence between them of a dispute respecting the interpretation or application of the Convention. The Convention dispute may exist within the framework of the wider dispute, or in parallel with it; the point is that the two may co-exist and the existence of the wider dispute does not prevent the Court from exercising jurisdiction over the narrower Convention dispute ». Sul punto cfr. anche Corte internazionale di giustizia, sent. 24 maggio 1980 riguardante il caso del *personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran*, *Stati Uniti c. Iran*, I.C.J. Reports, 1980, p. 20.

⁽³⁴⁾ Sentenza arbitrale 18 marzo 2015 relativa al caso *Chagos Marine Protected Area Arbitration*, *Mauritius c. Regno Unito*. L'arbitrato è stato istituito ex allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, PCA Case No. 2011-03, <https://pca-cpa.org/ar/cases/11>.

⁽³⁵⁾ Sentenza su competenza e ricevibilità 29 ottobre 2015, *South China Sea Arbitration*, *Filippine c. Cina*. Anche questo arbitrato è stato istituito ex allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, PCA Case No. 2013-19, <https://pca-cpa.org/en/cases/7/>. Entrambi i casi sono esaminati da MAROTTI, op. cit., *passim*.

⁽³⁶⁾ In particolare, come si può leggere nella domanda di « *relief* » presentata da Mauritius, questo Stato chiedeva alla Corte di accertare che: i) il Regno Unito non avesse il potere di istituire una area marina protetta in quanto il Regno Unito stesso non poteva essere considerato lo « Stato costiero » ai sensi della Convenzione di Montego Bay; ii) al contrario, tale diritto spettava a Mauritius, che rientrerebbe invece nella definizione; e iii) in ogni caso l'area marina protetta rivendicata dal Regno Unito non era compatibile con gli obblighi assunti da tale Stato ai sensi della Convenzione. Cfr. CRESPI REGHIZZI, *La jurisdiction consultative à l'épreuve du principe consensuel: l'affaire des Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, *Questions of Int. Law*, 2018, p. 20 ss.

decisione su due delle questioni poste da Mauritius ⁽³⁷⁾ avrebbe riguardato essenzialmente la sovranità sulle isole e che pertanto il caso esulava dalla sua giurisdizione. Lo stesso Tribunale, tuttavia, ha precisato in un *obiter dictum* che, se il processo avesse invece riguardato in via principale una questione rientrante nella Convenzione, la giurisdizione « [would] extend to making [...] such ancillary determinations of law as are necessary to resolve the dispute presented to it » ⁽³⁸⁾. Ciò purché siano soddisfatte due condizioni: i) che la questione non sia l'oggetto principale della controversia; e ii) che la risoluzione di tale questione sia necessaria per risolvere il caso. A questo il Tribunale ha aggiunto, in maniera non perfettamente chiara, che un'eventuale questione preliminare concernente la sovranità territoriale debba essere considerata una « minor issue » ⁽³⁹⁾. Nel caso del *Mare cinese meridionale* è stato assunto un approccio ulteriormente estensivo e, a differenza di quanto avvenuto nel caso *Chagos*, il Tribunale ha addirittura assunto la giurisdizione nonostante il *thema decidendi* — ossia la natura di « isole » o « scogli » di alcune formazioni insulari situate nella zona di mare in questione — presentasse evidenti connessioni con una controversia territoriale tra le parti in causa. Infatti, ove il Tribunale avesse ritenuto che si trattasse di isole, avrebbe conseguentemente influito in maniera diretta sulla qualificazione delle acque adiacenti, le quali, secondo le pretese di Pechino, dovrebbero essere considerate parte del mare territoriale cinese ⁽⁴⁰⁾.

Per quel che concerne la Corte europea dei diritti dell'uomo, ampia è la giurisprudenza nella quale è stata valutata la conformità alle norme relative alla protezione dei diritti umani di comportamenti tenuti da Stati in territori sui quali il potere di governo è esercitato in modo illegittimo ⁽⁴¹⁾. A tal riguardo, l'orientamento è sempre stato quello di ritenere che le violazioni della Convenzione europea sui diritti

⁽³⁷⁾ Il riferimento va alla prima e alla seconda questione poste da Mauritius (mentre la terza è stata unita al merito).

⁽³⁸⁾ Sentenza arbitrale 18 marzo 2015, *Chagos*, cit., par. 220.

⁽³⁹⁾ Ivi, par. 221.

⁽⁴⁰⁾ Per un esame dettagliato della controversia cfr. RAO, *The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Assessment of the Award on Jurisdiction and Admissibility*, *Chinese Journal of Int. Law*, 2016, p. 265 ss. Va comunque posto in evidenza che la domanda delle Filippine era formulata in modo da evitare accuratamente di chiedere qualsiasi determinazione in merito alla sovranità sulle formazioni contese, riguardando invece solamente la natura dei territori in questione (isole o scogli).

⁽⁴¹⁾ Cfr. *ex multis* Corte europea dei diritti dell'uomo (grande camera), sent. 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia*, ricorso n. 15318/89; sent. 8 luglio 2004, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, ricorso n. 48787/99, <http://hudoc.echr.coe.int>. Per ulteriori riferimenti cfr. NURDZHANIAN, op. cit., p. 389.

dell'uomo (CEDU) non dipendessero dalla liceità del titolo sulla base del quale gli atti di potestà pubblica erano esercitati, ma andassero giudicate in sé e per sé ⁽⁴²⁾.

Anche alla luce dei suddetti esempi — che, posta l'assenza di precedenti nell'ambito del contenzioso internazionale in materia di investimenti, assumono rilievo particolare in via di analogia ⁽⁴³⁾ — sembra possibile affermare che non è ragionevole escludere *a priori* che un tribunale arbitrale legittimamente assuma la giurisdizione su una controversia che, pur rientrando nelle proprie competenze, imponga preliminarmente la risoluzione di una questione che va al di là di esse ⁽⁴⁴⁾.

La situazione è tuttavia complicata dal fatto che, ove, per ipotesi, una determinazione definitiva dovesse essere assunta da un tribunale arbitrale sulla questione della sovranità, questo comporterebbe anche una lesione del principio affermatosi nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia — ma che ci sembra rispondere ad esigenze generalizzabili di equità procedurale e di rispetto della regola del consenso nel contenzioso arbitrale ⁽⁴⁵⁾ — secondo il quale non è

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, p. 390.

⁽⁴³⁾ La questione avrebbe potuto porsi in alcuni casi tra investitori statunitensi ed il Messico, casi in cui lo Stato convenuto aveva affermato che talune misure lesive dei diritti degli attori erano da considerarsi lecite in quanto assunte come contromisure. I tribunali avrebbero dovuto dunque decidere sulla legittimità delle contromisure ma, in realtà hanno evitato di pronunciarsi sul problema. Cfr. sentenza arbitrale 21 novembre 2007, *Archer Daniels Midland Company and Tate and Lyle Ingredients Americas, Incorporated c. Messico*, ICSID Case No ARB(AF)/04/05; sentenza arbitrale 15 gennaio 2008, *Corn Products International, Incorporated c. Messico*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/01; sentenza arbitrale 17 settembre 2008, *Cargill, Incorporated c. Messico*, ICSID Case No ARB(AF)/05/2. Questi lodi sono reperibili nel sito <https://icsid.worldbank.org>. Sul punto cfr. TZENG, op. cit., p. 130.

⁽⁴⁴⁾ Secondo alcuni autori si tratta, a ben vedere, di veri e propri poteri inerenti dei tribunali internazionali, che devono poter conoscere di tutte le questioni che logicamente precedono quella dinanzi ad essi. Si veda SHIHATA, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, Heidelberg, 1965, p. 194 s. Sul concetto di poteri inerenti v. diffusamente PALOMBINO, *Il potere inerente di riesame dei Tribunali internazionali: in margine al caso Celibici, La comunità int.*, 2004, p. 707 ss.; CANTELMO, *The Inherent Power of Reconsideration in Recent ICSID Case Law*, *The Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 232 ss.

⁽⁴⁵⁾ Posto, da un lato, che il consenso è la base della giurisdizione arbitrale e, dall'altro lato, che non v'è dubbio che il principio del giusto processo sia a fondamento dell'intera procedura. Cfr. ZARRA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico, Il giusto processo civile*, 2018, pp. 556-561. Nel senso qui proposto (in merito all'applicabilità all'arbitrato di investimenti del principio dell'*oro monetario*) v. sentenza arbitrale 5 febbraio 2001 relativo al caso *Lance Paul Larsen v. Hawaiian Kingdom*, <https://pcases.com/web/sendAttach/123>, par. 11.17, ove il Tribunale ha affermato che, « in proceedings such as the present, the Tribunal is not persuaded that the Monetary Gold principle is inapplicable. On the contrary, it can see no reason either of principle or policy for applying any different rule. As the International Court of Justice explained in the

permesso decidere su questioni che implicano diritti od obblighi di Stati terzi se questi non sono coinvolti nel processo e tali diritti od obblighi costituiscono « the very subject matter » del caso (c.d. *Monetary Gold principle*) ⁽⁴⁶⁾. Come successivamente precisato dalla Corte ⁽⁴⁷⁾, ciò vale anche se le situazioni giuridiche del terzo devono essere decise nell'ambito di una questione pregiudiziale per la soluzione della controversia. Nelle parole della Corte, si tratta di situazioni nelle quali il terzo può dimostrare che i propri interessi di natura giuridica « would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision » ⁽⁴⁸⁾. Come è stato chiarito in sede di commento, « [i]n tali situazioni la Corte, per risolvere la controversia tra le parti originarie, deve necessariamente pronunciarsi sugli interessi del terzo, ed è per tale ragione che l'interesse giuridico del terzo può essere considerato come un interesse "necessario" » ⁽⁴⁹⁾. Non sembra, comunque, che questo sia il caso delle controversie pendenti dinanzi ai tribunali competenti in materia di investimenti per quanto concerne le

Monetary Gold case [...], an international tribunal may not exercise jurisdiction over a State unless that State has given its consent to the exercise of jurisdiction. That rule applies with at least as much force to the exercise of jurisdiction in international arbitral proceedings. While it is the consent of the parties which brings the arbitration tribunal into existence, such a tribunal, particularly one conducted under the auspices of the Permanent Court of Arbitration, operates within the general confines of public international law and, like the International Court, cannot exercise jurisdiction over a State which is not a party to its proceedings ». In senso conforme, cfr. il lodo interinale su competenza e ricevibilità 27 febbraio 2012 riguardante l'affare *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Ecuador*, www.italaw.com, par. 4.60 ss., e la decisione sulla competenza 19 agosto 2013 relativa al caso *Niko Resources (Bangladesh) Limited v. Bangladesh and other*, ICSID Case No ARB/10/11, paragrafi 516-524, www.icsid.worldbank.org. Contrariamente, sull'inapplicabilità del principio nell'arbitrato internazionale cfr. ZAMIR, *The Applicability of the Monetary Gold Principle in International Arbitration, Arbitration Int.*, 2017, p. 523 ss.

⁽⁴⁶⁾ Secondo FONTANELLI, op. cit., p. 131, il principio serve anche a preservare « a tribunal's legitimacy in the exercise of its conferred jurisdiction. Whereas the principle certainly protects the interest of some third parties, its essential purpose is to ensure that international tribunals discharge their mandate *infra vires* ». Sul principio, anche per ulteriori approfondimenti, v. THIRLWAY, *Procedural Fairness before the International Court of Justice*, in *Procedural Fairness in International Courts and Tribunals* (a cura di Sarvarian, Baker, Fontanelli e Tsevelekos), London, 2015, p. 252; BONAFÈ, *La protezione degli interessi di Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Napoli, 2014, pp. 98-101. Cfr. anche CRESPI REGHIZZI, *L'intervento « come non parte »*, cit., pp. 79-138, il quale rileva come il principio muova dal corretto presupposto che la sentenza resa tra parti diverse può recare pregiudizio (anche se di natura meramente fattuale) a un interesse giuridico di uno Stato terzo. In tal senso anche FORLATI, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, Heidelberg, 2014, pp. 144-146.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *supra* nota 12.

⁽⁴⁸⁾ Affare dell'oro monetario preso a Roma nel 1943, cit., p. 32.

⁽⁴⁹⁾ BONAFÈ, op. cit., p. 98; conformemente FONTANELLI, op. cit., p. 131.

lesioni dei diritti degli investitori commessi dalla Russia in Crimea. In tali casi, infatti, è ragionevolmente sufficiente che gli arbitri *prendano atto* della situazione di fatto esistente nella regione senza assumere alcuna determinazione sulla questione territoriale, per poi valutare la liceità degli atti contestati alla luce delle previsioni del BIT (e del diritto internazionale o interno se applicabili) ⁽⁵⁰⁾. Ove questa impostazione sia accettata, è evidente che l'esercizio della giurisdizione da parte dei tribunali arbitrali non lede alcun diritto dell'Ucraina. Osservazione, quest'ultima, che trova indiretta conferma nella circostanza che, come è stato riportato ⁽⁵¹⁾, l'Ucraina ha consentito persino che società partecipate statali convenissero la Russia dinanzi a tribunali arbitrali e/o talvolta è intervenuta nei procedimenti arbitrali sotto forma di *amicus curiae* allo scopo di sostenere la posizione dei propri investitori. Dunque — posta la posizione costantemente mantenuta dal Governo di Kiev secondo la quale il potere russo sulla Crimea è esercitato illegittimamente — è il comportamento della stessa Ucraina che sembra confermare l'idea qui sostenuta, ossia l'irrilevanza delle decisioni assunte negli arbitrati in materia di investimenti ai fini della sottostante questione di sovranità. L'atteggiamento dello Stato ucraino nell'ambito degli arbitrati (a sostegno dei propri investitori e, dunque, logicamente in contrasto con il non riconoscimento del controllo russo sulla Crimea) può infatti spiegarsi solo se si accetta che, anche implicitamente, l'Ucraina non ritenga che le decisioni assunte dai tribunali arbitrali in materia di investimenti possano produrre (anche indirettamente) effetti giuridici che in qualche modo legittimino le azioni della Russia.

Non sembra, in conclusione, che vi siano questioni giuridiche ostative rispetto alla possibilità per gli arbitri di pronunciarsi sulle eventuali violazioni dei diritti degli investitori da parte della Russia per i fatti commessi in Crimea.

3. È necessario ora comprendere se ed a quali condizioni sia possibile considerare applicabili i BIT conclusi dalla Russia agli atti commessi in Crimea per i quali sia configurabile una responsabilità

⁽⁵⁰⁾ In ogni caso, potrebbe correttamente essere argomentato che anche se gli arbitri adottassero una determinazione incidentale sulla sovranità — ai soli fini dell'applicazione del BIT — ragionevolmente il *Monetary Gold principle* non potrebbe applicarsi, trattandosi di decisione preliminare non definitiva sulla quale, come si vedrà in seguito, non si forma alcun giudicato.

⁽⁵¹⁾ DUMBERRY, op. cit., p. 507 s., ove si afferma che « Ukraine even took the very surprising step of intervening in these proceedings to argue in favour of recognizing the effectiveness of the occupation and the obligation for Russia to protect Ukrainian investors in that territory after the annexation ».

rusa. Come anticipato, alla luce della prassi esistente, la questione riguarda principalmente l'applicabilità del BIT tra Ucraina e Russia agli investitori ucraini operanti in Crimea; tuttavia, nulla vieta che, *mutatis mutandis*, il problema si riproponga con riguardo ad investitori di Stati terzi, i quali potrebbero reclamare l'applicabilità dei BIT conclusi dalla Russia con gli Stati di cui sono nazionali per eventuali lesioni subite sul territorio crimeano.

Ciò posto, nei casi di trasferimento di territorio che non implicano violazioni del diritto internazionale, secondo la ben nota regola della mobilità delle frontiere (di cui all'art. 29 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e all'art. 15 della Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli Stati nei trattati), ove si verifichi l'annessione di un territorio di uno Stato da parte di un altro, a questo territorio cessano di applicarsi i trattati che vincolavano lo Stato a cui apparteneva in precedenza e vi si applicheranno invece gli accordi internazionali in vigore per lo Stato al quale il territorio in questione è Stato annesso⁽⁵²⁾. La risposta non è tuttavia la medesima nel caso in cui l'annessione abbia avuto luogo con la forza⁽⁵³⁾. In quest'ultimo caso, infatti, subentra l'obbligo di non riconoscimento delle situazioni frutto di annessioni illegittime (anch'esso espressione di una norma di diritto internazionale generale)⁽⁵⁴⁾. La dottrina che si è interessata della materia, anche tenendo conto della prassi di numerosi Stati e organizzazioni internazionali che hanno ripetutamente dichiarato illegittima

⁽⁵²⁾ In particolare, l'art. 29 della Convenzione di Vienna del 1969 afferma che « [u]nless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory ». Da questo si fa discendere il corollario della mobilità delle frontiere, posto che il concetto di territorio viene interpretato in senso dinamico e non come definito al momento in cui un trattato è stato stipulato. L'art. 15 della Convenzione del 1978 ha poi espressamente codificato la regola. Cfr. ZIMMERMANN, *State Succession in Treaties*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (online), 2006, p. 1 ss.; ODENDAHL, *Article 29*, in *Vienna Convention on the Law of Treaties* (a cura di Dörr e Schmalenbach), Berlin/Heidelberg, 2012, p. 498 ss.

⁽⁵³⁾ HOFMANN, op. cit., par. 15. A tal riguardo va posto in evidenza che la stessa Convenzione di Vienna del 1978 esclude, all'art. 6, la propria applicabilità a situazioni che derivino da violazioni di norme di diritto internazionale.

⁽⁵⁴⁾ V., *inter alia*, COSTELLOE, *Treaty Succession in Annexed Territory*, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2016, p. 343 ss.; DAWIDOWICZ, *The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation*, in *The Law of International Responsibility* (a cura di Crawford, Pellet e Olleson), Oxford, 2010, p. 683 ss.; TALMON, *The Duty Not to « Recognize as Lawful » a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation Without Real Substance?*, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (a cura di Tomuschat e Thouvenin), Leiden, 2005, p. 125 ss.

l'annessione della Crimea e sanzionato la Russia ⁽⁵⁵⁾, sembra pressoché unanime nel ritenere che la situazione crimeana rientri tra quelle cui si applica l'obbligo di diritto internazionale generale di non riconoscimento ⁽⁵⁶⁾. Il punto di domanda sorge, a questo punto, in relazione agli atti che la Russia pone in essere nell'esercizio del — sia pure illegittimo — controllo che essa svolge sulla Crimea. Nel presente paragrafo ci interrogheremo, quindi, sulla possibilità per un tribunale arbitrale internazionale di valutare la legittimità di tali atti; l'intera questione ruota, ancora una volta, attorno al concetto di « territorio » al quale si lega l'applicabilità del BIT.

Chi ritiene, infatti, che i BIT conclusi dalla Russia non possano essere applicati agli investimenti esteri in Crimea aderisce ad un'interpretazione restrittiva del concetto di « territorio », secondo la quale è evidente che non possa essere considerato — in base all'obbligo di non riconoscimento — come territorio russo quello che è stato acquisito in violazione di norme fondamentali del diritto internazionale. In particolare, nell'opinione di Dunberry, ove i tribunali arbitrali ritenessero applicabili agli investimenti in Crimea i BIT conclusi dalla Russia ed assumessero la giurisdizione, ciò significherebbe che essi « are (at least implicitly) considering that Crimea is part of Russia for the purpose of the application of the BIT. In doing so, tribunals are giving a legal effect to Crimea's change of status. This is contrary to the non-recognition obligation of acquisition of territories by the use of force in violation of a *ius cogens* norm » ⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, aderendo a questa tesi, gli investitori stranieri in Crimea si troverebbero nella situazione di non poter beneficiare della protezione di alcun BIT ⁽⁵⁸⁾. Questa opinione,

⁽⁵⁵⁾ Con riguardo alla prassi dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in materia (già citata in nota 3) cfr. PALMISANO, *La verifica delle credenziali nell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e la crisi delle sanzioni alla delegazione russa*, *Rivista*, 2018, p. 780 ss.; ALI, *The Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the Sanctions against the Russian Federation in Response to the Crisis in Ukraine*, *Italian Yearbook of Int. Law*, 2018, p. 77 ss.

⁽⁵⁶⁾ TANCREDI, *The Russian Annexation of the Crimea: Questions Relating to the Use of Force*, *Questions of Int. Law*, 2014, p. 5 ss.; MILANO, *The Non-Recognition of Russia's Annexation of Crimea: Three Different Legal Approaches and One Unanswered Question*, *ivi*, p. 37 ss.; LAGERWALL, *L'aggression et l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie: Quels enseignements au sujet du droit international?*, *ivi*, p. 63 ss. Si vedano altresì gli scritti menzionati alla nota 2.

⁽⁵⁷⁾ DUMBERRY, *op. cit.*, p. 508.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 517, ove si afferma che « foreign investors doing business in Crimea would benefit from *none* of the protections existing either under Ukraine's BITs or Russia's BITs. The situation can be summarized as follows: (-) the legitimate authority in Crimea (Ukraine) *cannot* effectively provide legal protection to investors on the ground; (-) the only State which could provide legal protection to investors (Russia) is

oltre a condurre a risultati pratici assolutamente insoddisfacenti, appare errata anche nel presupposto da cui muove, secondo il quale «Russia cannot be considered as the beneficiary of any *rights* connected with the annexed territory in Crimea» (corsivo nell'originale) ⁽⁵⁹⁾, posto che la necessità di assicurare agli investitori gli *standards* di trattamento garantiti dai BIT non può essere valutata alla stregua di un *diritto* della Russia, ma, al contrario, come un *obbligo* in capo a tale Stato.

Molto più convincente appare l'opinione di coloro i quali accolgono un'interpretazione estensiva del concetto di «territorio», alla luce dell'oggetto e dello scopo dei trattati in materia di investimenti (e del connesso principio dell'effetto utile) ⁽⁶⁰⁾. Tra questi figurano anche i tribunali arbitrali ⁽⁶¹⁾ che hanno condannato la Russia per i fatti commessi in Crimea ⁽⁶²⁾. È opportuno, a tal riguardo, prendere le mosse ancora una volta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale si è sovente dovuta occupare dell'applicabilità della CEDU a territori contesi. Preliminarmente, bisogna rilevare una differenza, apparentemente di non poco conto, tra l'ambito di applicazione dei BIT e quello della CEDU. Mentre, come detto, i primi fanno solitamente riferimento al concetto di territorio, la seconda, all'art. 1, prevede che gli Stati parte «riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». Tale terminologia sembra basarsi non sul concetto di controllo *de jure* su una certa area geografica (al quale sembra invece rimandare la parola «territorio»), ma su quello di controllo effettivo: chiunque sia effettivamente sottoposto alla *potestas decidendi* (c.d. «jurisdiction to prescribe») di uno Stato parte (sia che tale potere scaturisca da una fonte legittima sia che questo non accada)

prevented from doing so because the authority it exercises in Crimea is illegal» (corsivo nell'originale).

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁰⁾ HAPP e WUSCHKA, *Horror Vacui: Or Why Investment Treaties Should Apply to Illegally Annexed Territories*, *Journal of Int. Arbitration*, 2016, p. 255 ss.

⁽⁶¹⁾ Il riferimento va ai menzionati casi *Ukrnafta* e *Stabil* su cui v. SOLDATENKO, *Ongoing Territorial Challenges in Crimea Cases: Putting Everest v. Russia in Context*, *Kluwer Arbitration Blog* (online), 2018.

⁽⁶²⁾ A tal riguardo, dal punto di vista del diritto internazionale umanitario, è stato posto in evidenza come in linea di principio nulla osti a che i trattati conclusi da una potenza occupante si applichino ai territori occupati, in ragione dell'oggetto e dello scopo dei trattati della cui applicazione si discute e delle circostanze del caso concreto. Cfr. MERON, *Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories*, *American Journal of Int. Law*, 1978, pp. 551 e 557.

deve vedersi garantiti i diritti attribuiti dalla Convenzione ⁽⁶³⁾. È questa, infatti, l'interpretazione che la Corte ha costantemente dato del termine « giurisdizione » a partire dal caso *Loizidou* ⁽⁶⁴⁾, consentendo, quindi, la c.d. applicazione extraterritoriale della CEDU ⁽⁶⁵⁾. In particolare, in tale caso si è affermato che il concetto di giurisdizione non è limitato al territorio degli Stati e che, dunque, la responsabilità dello Stato può prodursi anche per gli atti compiuti dai propri rappresentanti al di là dei confini nazionali e/o per gli effetti che questi atti producono al di fuori del proprio territorio: « the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action — whether lawful or unlawful — it exercises effective control of an area outside its national territory » ⁽⁶⁶⁾. Sul punto, è stato recentemente affermato che esiste « un filone giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, ormai consolidato, che tende a attribuire un valore prettamente “formale” all'obbligo di disconoscere gli enti sorti illegittimamente a seguito di violazione di norme internazionali fondamentali. Sebbene il diritto internazionale vigente imponga un obbligo in capo agli Stati di astenersi dall'adottare misure implicanti il riconoscimento dell'autorità dell'ente illegittimo, la Corte di Strasburgo ha a più riprese interpretato il contenuto di tale obbligo con un largo margine di flessibilità. [...] [I] giudici europei hanno spesso optato per il riconoscimento degli effetti giuridici di atti interni adottati da un regime illegittimo, quando tali atti erano funzionali alla tutela dei diritti umani della popolazione locale » ⁽⁶⁷⁾. Il ragionamento potrebbe, *mutatis mutandis*, estendersi agli atti di annessione compiuti con l'uso

⁽⁶³⁾ Come chiarito da MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011, p. 23, « “jurisdiction” is the authority of the State [...] to regulate the conduct of persons, both natural and legal, by means of its own domestic law ». Sul tema v. diffusamente DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2003, *passim*; e, più recentemente, VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, *Rivista*, 2018, p. 1086 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. la precedente nota 41. Per un commento a tale caso cfr. VITUCCI, *Atti della Repubblica turca di Cipro del Nord e responsabilità della Turchia: il caso Loizidou*, *Rivista*, 1998, p. 1065 ss.

⁽⁶⁵⁾ Sul tema v. diffusamente MILANOVIC, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁶⁶⁾ Sentenza *Loizidou*, *cit.*, par. 62; corsivo aggiunto. Una identica statuizione si ritrova in sentenza *Ilascu*, *cit.*, par. 314. Per ulteriori riferimenti cfr. RUSSO, *Nuove pronunce sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi previsti nei trattati sui diritti umani*, *Rivista*, 2009, p. 771 ss.

⁽⁶⁷⁾ OLLINO, *Sull'obbligo di non-riconoscimento degli enti sorti in violazione di norme internazionali fondamentali: il caso Guzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, *Rivista*, 2018, p. 812. La stessa autrice, a p. 831, arriva ad affermare che la giurisprudenza della Corte europea ha condotto ad una progressiva erosione dell'obbligo di non riconoscimento.

della forza ⁽⁶⁸⁾. È, infatti, la necessità primaria di tutelare i diritti umani che dovrebbe condurre la Corte ad interpretare in maniera funzionale (ossia tenendo conto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione) il concetto di « giurisdizione » al punto da consentirle di valutare la liceità degli atti compiuti sul territorio annesso, al di là della legittimità dell'annessione stessa ⁽⁶⁹⁾.

Come noto, comunque, questo genere di argomentazioni era già stato in qualche modo anticipato dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulla *Namibia* del 1971 ⁽⁷⁰⁾ (non a caso spesso citato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo) ⁽⁷¹⁾, in cui è stato affermato che « [p]hysical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States » ⁽⁷²⁾. Ne consegue che lo Stato che illegittimamente eserciti il potere di governo assume le conseguenze giuridiche degli atti che esso compie nell'esercizio illegittimo della propria sovranità su un territorio.

La stessa Corte internazionale di giustizia, del resto, ha ammesso l'applicazione extraterritoriale della Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (pur in assenza di una clausola che ne delineasse l'ambito di applicazione analoga all'art. 1 CEDU) nell'ordinanza sulle misure cautelari riguardante il caso *Georgia c. Russia* ⁽⁷³⁾, così confermando la tendenza a considerare

⁽⁶⁸⁾ Sul tema cfr. MILANOVIC, PAPIĆ, *The Applicability of the ECHR in Contested Territories*, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 779 ss.

⁽⁶⁹⁾ Come rilevato da BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To*, *Leiden Journal of Int. Law*, 2012, p. 863, « the criterion for the ECHR to apply is not territorial at all, but functional: it pertains to the function of jurisdiction ». La stessa a., a p. 865, precisa che « [i]n the case of State jurisdiction, what is at stake is *de facto* political and legal authority in a broad sense ». Sembra ispirata dalla medesima esigenza di carattere funzionale l'opinione di DE SENA, op. cit., p. 166, il quale afferma che « la valutazione decisiva ai fini [dell'applicazione extraterritoriale della Convenzione] ha costantemente riguardato *l'idoneità dei poteri esercitati dagli Stati coinvolti ad incidere sul godimento dei diritti fatti valere in giudizio* »; corsivo nell'originale.

⁽⁷⁰⁾ Corte internazionale di giustizia, parere consultivo 21 giugno 1971 relativo all'affare delle *conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell'Africa del Sud in Namibia (Sud-Ovest Africano) nonostante la risoluzione 276 (1970) del Consiglio di sicurezza*, I.C.J. Reports, 1971, p. 56, par. 125. Cfr. WILDE, *Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties*, *Chinese Journal of Int. Law*, 2013, p. 662.

⁽⁷¹⁾ Cfr. OLLINO, op. cit., p. 831.

⁽⁷²⁾ Affare *conseguenze giuridiche*, cit., p. 54, par. 118.

⁽⁷³⁾ Corte internazionale di giustizia, ordinanza sulle misure cautelari 15 ottobre 2008 nel caso dell'*applicazione della Convenzione internazionale per l'eliminazione di*

che l'obbligo di non riconoscimento non preclude la valutazione della liceità dei fatti compiuti nell'esercizio del controllo effettivo su un territorio ⁽⁷⁴⁾.

Si tratta di stabilire allora se il medesimo ragionamento sia applicabile ai BIT. Per rispondere a questa domanda, bisogna innanzitutto ricordare che questi trattati hanno cominciato a proliferare nei primi anni '90 ⁽⁷⁵⁾, ossia in un contesto storico nel quale i problemi della successione degli Stati nei trattati, delle annessioni illegittime e delle occupazioni militari non erano sentiti come all'epoca in cui molti trattati sui diritti umani sono stati redatti ⁽⁷⁶⁾. Di conseguenza, i BIT non contengono disposizioni che (anche indirettamente) ne regolano l'applicabilità in situazioni di incertezza giuridica come quelle derivanti da un'annessione illegittima. Non a caso, la situazione relativa alla Crimea è stata la prima ed unica di questo genere ad essersi posta dinanzi a tribunali arbitrali in materia di investimenti ⁽⁷⁷⁾. Se a questo si aggiunge che l'oggetto e lo scopo dei BIT è notoriamente quello di incentivare gli investimenti internazionali garantendone la protezione in caso di violazioni, sembra evidente che non ci si possa fermare ad un'interpretazione restrittiva e non attentamente ponderata del termine « territorio » contenuto in questi trattati. Come non è stato mancato di

ogni forma di discriminazione razziale, *Georgia c. Russia*, I.C.J. Reports, 2008, p. 353. Per un'analisi dettagliata del provvedimento v. RUSSO, op. cit., p. 771 ss.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto MILANOVIC, op. cit., p. 227 s., rileva che la valutazione circa l'applicabilità extraterritoriale di un trattato che non abbia una disposizione analoga all'art. 1 CEDU non può che dipendere da un'analisi compiuta caso per caso dai giudici. Similmente RUSSO, op. cit., p. 774. A ben vedere, quindi, la sensibilità della singola corte o di un tribunale gioca un ruolo molto rilevante anche in questo caso.

⁽⁷⁵⁾ ALEXANDROV, *The « Baby Boom » of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as « Investors » and Jurisdiction Ratione Temporis*, *The Law and Practice of Int. Courts and Tribunals*, 2005, p. 19.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. sul punto TAMS, *State Succession to Investment Treaties: Mapping the Issues*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2016, p. 315.

⁽⁷⁷⁾ L'unico precedente in qualche modo assimilabile è la sentenza sulla giurisdizione 13 dicembre 2013, *Sanum Investment Limited v. Lao People's Democratic Republic*, caso UNCITRAL n. 2013-13, <https://arbitrationlaw.com>, in cui si è posto il problema dell'applicabilità del BIT tra Cina e Laos ad investitori aventi la nazionalità di Macao. Si trattava, tuttavia, di un caso di successione legittima nel quale andava dunque valutata *tout court* l'applicabilità del principio della mobilità delle frontiere, e che quindi non comportava alcuna interferenza con il diritto dell'occupazione bellica. Per un'analisi del caso sia consentito rimandare a DUMBERRY, *State Succession to BITs in the Context of the Transfer of Territory of Macao to China: Lessons Learned from the Sanum Saga*, *Journal of Int. Arbitration*, 2018, p. 329 ss.; MO, *The Dilemma of Applying Bilateral Investment Treaties of China to Hong Kong and Macao: Challenge Raised by Sanum Investments to China*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2018, p. 125 ss.

rilevare ⁽⁷⁸⁾, uno Stato può incorrere in responsabilità nei confronti di un individuo anche se l'esercizio del suo potere sul territorio non è legittimo. In effetti, a noi sembra che i due profili siano del tutto autonomi e, a maggior ragione, che lo Stato non possa trarre beneficio dall'illiceità del proprio controllo su un territorio. Questo trova anche indiretta conferma nel fatto che i BIT sono tradizionalmente applicabili anche alla zona economica esclusiva e alla zona contigua, ossia porzioni di mare che non sono sottoposte alla sovranità statale ⁽⁷⁹⁾; ne consegue che non vi è alcuna preclusione in via di principio al fatto che questi trattati siano applicabili anche ad aree geografiche su cui uno Stato esercita alcuni poteri sovrani pur se quelle non rientrano nel territorio statale in senso stretto.

In termini generali, è questa l'interpretazione del termine « territorio » proposta da Brownlie nei *Principles of International Law*: « in a treaty or statute the term “territory” may connote jurisdiction. Moreover, courts are very ready to equate “territory” with the actual and effective exercise of jurisdiction even when it is clear that the State exercising jurisdiction has not been the beneficiary of any lawful and definitive act of disposition. [This] avoids a legal vacuum in such territories and provides sensible solution without the necessity for lengthy inquiry into roots of title, of the legal quality of a protectorate or trusteeship. [...] Ultimately territory cannot be distinguished from jurisdiction for certain purposes. Both terms refer to legal powers, and, when a concentration of such powers occurs, the analogy with territorial sovereignty justifies the use of the term “territory” as a form of shorthand » ⁽⁸⁰⁾. Ci sembra, quindi, che — anche tenuto conto dei già menzionati oggetto e scopo dei BIT — un'interpretazione in tal senso, che sia funzionale al raggiungimento di tali obiettivi, sia da privilegiare ⁽⁸¹⁾. Il criterio teleologico, del resto, è comunemente utilizzato nell'interpretazione dei trattati ed assume particolare rilievo quando (come ad es. nel caso dei trattati sui diritti umani) sono coinvolti i diritti

⁽⁷⁸⁾ HAPP e WUSCHKA, op. cit., p. 263.

⁽⁷⁹⁾ Sono, infatti, le stesse definizioni di territorio contenute nei BIT che solitamente includono tali aree geografiche.

⁽⁸⁰⁾ BROWNLIE, *Principles of Public International Law*⁶, Oxford, 2003, p. 112 s. In senso conforme anche DOEHRING, *The Scope of the Territorial Application of Treaties*, *Heidelberg Journal of Int. Law*, 1967, p. 487.

⁽⁸¹⁾ In favore di un'interpretazione funzionale v. LAUTERPACHT, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, *British Yearbook of Int. Law*, 1949, p. 55.

degli individui ⁽⁸²⁾. Ciò, si ribadisce, non significa che i tribunali arbitrali debbano in qualche modo riconoscere (anche implicitamente) la sovranità russa sulla Crimea, ma semplicemente che essi debbano considerare tale situazione di fatto come un mero presupposto per l'applicazione di norme (quelle dei BIT) che nulla hanno a che vedere con le questioni di sovranità ma sono semplicemente poste a tutela degli investitori stranieri ⁽⁸³⁾. L'intervento dell'Ucraina come *amicus curiae* negli arbitrati in corso e il fatto che alcune azioni siano state intraprese da società partecipate statali ucraine confermano, come già anticipato, che è la stessa Ucraina a dare rilievo al principio di effettività nel controllo del territorio ai fini dell'applicazione dei BIT ⁽⁸⁴⁾.

In conclusione, nulla sembra ostare all'applicabilità dei BIT conclusi dalla Russia in relazione a violazioni dei diritti degli investitori commesse da questo Stato sul territorio della Crimea.

4. È opportuno, a questo punto, prendere brevemente in considerazione un'opinione recentemente emersa in dottrina (e qui non condivisa) secondo la quale la normativa internazionale che stabilisce gli obblighi nell'amministrazione dei territori occupati a carico delle potenze occupanti determinerebbe l'applicabilità *alla Russia* dei BIT conclusi *dall'Ucraina* per quanto concerne le violazioni degli obblighi relativi agli investimenti posti in essere in Crimea. Nello specifico, è stato affermato che l'art. 43 del regolamento annesso alla Convenzione

⁽⁸²⁾ SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*⁴, Padova, 2017, p. 197. L'a. rileva, a tal riguardo, che — in ogni caso — l'interpretazione teleologica non può spingersi al punto da stravolgere il testo del trattato. E, del resto, lo stesso art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 che, nell'affermare che « [u]n trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo », pone il criterio teleologico sullo stesso piano di quelli testuale e contestuale.

⁽⁸³⁾ Conformemente REPOUSIS, *Why Russian Investment Treaties Could Apply to Crimea and What Would This Mean for the Ongoing Russo-Ukrainian Territorial Conflict, Arbitration Int.*, 2016, p. 3.

⁽⁸⁴⁾ Né, alla luce di quanto evidenziato, pare che questa condotta dell'Ucraina possa essere inquadrata come una sorta di « acquiescenza » rispetto alla situazione territoriale illegittima posta in essere dalla Russia. Sembra opportuno, a questo punto, anche un riferimento alla c.d. teoria dei « direct rights » degli investitori rispetto ai BITs (secondo la quale questi trattati conferiscono direttamente diritti agli investitori), la quale è un'ulteriore (ancorché indiretta) conferma dell'idea della separazione tra dimensione « sovrana » (o interstatale) e dimensione « individuale » (su questa separazione torneremo diffusamente nel par. 6). Se, infatti, nell'arbitrato gli investitori esercitano un diritto proprio, essi non possono risentire degli obblighi che incombono sul proprio Stato di nazionalità (come, ad es., il non riconoscimento). Sulla teoria dei « direct rights » cfr. ZARRA, *The Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs, The American Review of Int. Arbitration*, 2014, p. 584 s.

concernente le leggi e gli usi della guerra per terra stipulata a L'Aja nel 1907, che si applica in situazioni di occupazione bellica e che prevede che l'occupante si impegni a rispettare, per quanto possibile, le leggi in vigore nel territorio occupato, comporterebbe per la Russia l'obbligo di rispettare anche i BIT in vigore per l'Ucraina e, addirittura, il diritto per gli investitori di citare in giudizio lo Stato occupante sulla base di tali trattati ⁽⁸⁵⁾. La *ratio* di tale approccio riposa sulla circostanza per cui la nozione di legge in vigore nel territorio occupato è interpretata in modo da ricomprendere anche i BIT — e ciò indipendentemente dal fatto che lo Stato occupante non ne sia parte contraente. Il presupposto di questo ragionamento è che i diritti riconosciuti dal BIT, una volta che quest'ultimo sia entrato in vigore, fanno parte del regime giuridico applicabile su quel territorio ⁽⁸⁶⁾.

Preliminarmente, come già accennato, va chiarito che questa possibilità riguarderebbe i soli investimenti in Crimea realizzati da soggetti non ucraini, posto che è a questi ultimi che i trattati bilaterali di investimento conclusi dall'Ucraina erano rivolti ed è, quindi, nei riguardi di costoro che l'obbligo potrebbe teoricamente continuare a sussistere.

Ciò posto, è comunque interessante verificare la correttezza di tale ipotesi.

Innanzitutto, va precisato che questa posizione dottrinale si basa sul presupposto che il regime del regolamento de L'Aja del 1907 sia applicabile alla situazione in Crimea ⁽⁸⁷⁾. È opinione largamente diffusa che — come certamente si riteneva nel 1907 ⁽⁸⁸⁾ — il presupposto per

⁽⁸⁵⁾ MAYORGA, *Occupants, Beware of BITs: Applicability of Investment Treaties to Occupied Territories*, *The Palestine Yearbook of Int. Law*, 2018, p. 142.

⁽⁸⁶⁾ Tali diritti sono azionabili in arbitrato a semplice richiesta degli investitori. Si ritiene infatti che le clausole arbitrali nei BIT contengano una c.d. offerta ad arbitrare da parte dello Stato ospite e che il consenso dunque si perfezioni con la proposizione della domanda di arbitrato da parte dell'investitore (c.d. *arbitration without privity*). Cfr. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ss.

⁽⁸⁷⁾ Sembra essere questo l'approccio di BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, cit., p. 3 ss., secondo cui il regime dell'occupazione (tra cui il regolamento de L'Aja del 1907) è basato sul mero esercizio di un potere illegittimo su un territorio straniero, a prescindere dalla sussistenza di una guerra ed anche dalla creazione di un'entità terza sul territorio occupato. Ciò come conseguenza del principio dell'inalienabilità della sovranità su un territorio in assenza di una manifestazione di volontà del sovrano legittimo. Non è questa, tuttavia, la posizione della maggior parte della dottrina; cfr. ANNONI, op. cit., p. 15 ss.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.* p. 60 ss. Sul tema cfr. BALLADORE PALLIERI, *La guerra*, Padova, 1935, p. 15 ss.; MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 14 ss.; RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*⁵, Torino, 2014, *passim*.

l'applicazione di tali norme sia l'esistenza di un conflitto armato a seguito del quale si verifica una occupazione c.d. ostile, ossia in assenza del consenso del legittimo sovrano ⁽⁸⁹⁾. Posto che in Crimea non è in atto alcuna guerra e tenendo conto che i) la regione è oggi sottoposta ad un governo civile, ii) la legittimità del *referendum* che ha condotto all'indipendenza della Crimea è oggetto di controversia, e iii) la Russia non si è mai comportata come potenza occupante ⁽⁹⁰⁾ ma, al contrario, come legittimo sovrano in Crimea, dovrebbe desumersi l'inapplicabilità del menzionato regolamento al caso della Crimea e quindi l'irrilevanza della tesi che qui si discute.

Ad ogni modo, tenendo conto di tale premessa, alla quale probabilmente il discorso potrebbe arrestarsi, ci sembra comunque opportuno analizzare nel merito il contenuto dell'opinione suesposta. In proposito, la dottrina non sembra dubitare del fatto che l'art. 43 del regolamento annesso alla Convenzione del 1907 comprenda anche le convenzioni internazionali applicabili nel territorio occupato ⁽⁹¹⁾. A ben vedere, tuttavia, detto articolo pone in essere un obbligo di *astensione* che riguarda la potestà legislativa ⁽⁹²⁾ dello Stato occupante. Ciò, da un lato, perché, in teoria, quest'ultimo dovrebbe restituire il

⁽⁸⁹⁾ ANNONI, op. cit., p. 74; LONGOBARDO, op. cit., p. 29 s., secondo il quale « [t]he key elements of the occupation may be summarized as follows: the exercise of authority by one [S]tate engaged in an international armed conflict against another [S]tate over one part of the territory of the latter; loss of authority by the latter over that part of territory; and lack of consent by the [S]tate whose territory is controlled ». Lo stesso autore a p. 33 precisa che « [t]ipically, a situation of occupation may not be established in a non-international armed conflict ».

⁽⁹⁰⁾ Quest'ultimo comportamento essendo, come riconosciuto dallo stesso BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, cit., p. 5, « the first and the most important initial indication that the occupant will seek to respect the law of occupation ».

⁽⁹¹⁾ Cfr. SALERNO, op. cit., p. 278; BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, cit., p. 83; v. anche MAYORGA, op. cit., p. 154, il quale riporta il testo di un intervento di AGO alla 63^{ma} sessione della Conferenza internazionale del lavoro, tenutasi a Ginevra nel 1977 (v. *Record of proceedings*, p. 718), secondo il quale « it is a very clear and unquestioned principle of general international law governing the duties of an occupying Power, irrespective whether such occupation is legal or illegal, that the occupying Power, no matter what its position may be, is obliged to observe all the international conventions in force in the territory occupied ».

⁽⁹²⁾ GREENWOOD, *The Administration of Occupied Territory in International Law*, in *International Law and the Administration of Occupied Territories* (a cura di Playfair), Oxford, 1992, p. 247; CARBALLO LEYDA, *The Laws of Occupation and Commercial Law Reform in Occupied Territories: Clarifying a Widespread Misunderstanding*, *European Journal of Int. Law*, 2012, p. 181; POWER, *The 2003-2004 Occupation of Iraq: Between Social Transformation and Transformative Belligerent Occupation*, *Journal of Conflict and Security Law*, 2014, p. 349 ss., la quale parla di un « conservationist core » dell'art. 43; SILINGARDI, *Occupazione bellica e obblighi delle potenze occupanti nel campo economico*, *Rivista*, 2006, p. 996.

territorio come era (sia dal punto di vista fattuale sia da quello del quadro giuridico esistente) al suo legittimo proprietario e, dall'altro, a tutela dei diritti della popolazione civile locale riconosciuti nel diritto esistente ⁽⁹³⁾. Il dovere di garantire il continuo rispetto delle leggi e degli obblighi internazionali esistenti gravante sull'occupante non vuol dire, tuttavia, che questi *diventi parte* dei trattati stipulati dall'occupato (nel nostro caso dei BIT) posto che ciò andrebbe contro la regola basilare secondo la quale alla base di un vincolo convenzionale vi è il consenso delle parti ⁽⁹⁴⁾. In questo caso, certamente mancherebbero sia il consenso dell'occupante a subentrare nei BIT sia quello delle controparti in tali trattati di vincolarsi con l'occupante stesso. A maggior ragione lo stesso ragionamento si applica con riguardo al consenso all'arbitrato internazionale: come potrebbe un investitore convenire la Russia sulla base di una clausola arbitrale alla quale essa non ha mai acconsentito? Ci sembra che, ragionevolmente, qualsiasi tribunale arbitrale finirebbe per declinare la propria giurisdizione in un caso del genere posta l'impossibilità di verificare l'esistenza di una comune volontà delle parti a ricorrere all'arbitrato ⁽⁹⁵⁾.

In conclusione non pare che la tesi esaminata possa trovare conferma nella prassi arbitrale.

5. Un ulteriore ostacolo che i tribunali arbitrali possono incontrare nell'assumere la propria giurisdizione (questa volta con riguardo ai ricorsi intrapresi da investitori ucraini contro la Russia per fatti commessi da quest'ultima in Crimea) si ritrova nel fatto che gli

⁽⁹³⁾ « The occupation administration must attend to at least three sets of interests: its own security interests, the interests of the ousted government, and those of the local population ». Così BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, cit., p. 69; lo stesso autore, a p. 93, sottolinea che l'occupazione è per sua natura un regime transitorio e dunque la potenza occupante deve amministrare il territorio nell'ottica di facilitare un reinserimento nel potere delle legittime autorità. La necessità di proteggere gli interessi della popolazione del territorio occupato è confermata dall'art. 64 della IV Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra adottata a Ginevra il 12 agosto 1949, su cui v. BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, cit., p. 72 ss.; POWER, op. cit., p. 357 ss. Sottolinea le circostanze poste in evidenza anche SILINGARDI, op. cit., p. 988, ove si rammenta che l'art. 43 fonda la propria applicazione sulla provvisorietà dell'occupazione, e p. 998, ove viene sottolineato che tale norma ha come suo scopo principale quello della tutela della persona umana in tempo di guerra.

⁽⁹⁴⁾ Per un recente scritto sul tema della relatività dei trattati cfr. SALUZZO, *Principio di autodeterminazione e relatività dei trattati: la pronuncia della Corte di giustizia sul caso Fronte Polisario*, *Rivista AIC*, 2017, p. 14. In generale v. CONFORTI, *Diritto internazionale*¹¹ (a cura di Iovane), Napoli, 2018, p. 95 ss.

⁽⁹⁵⁾ Sul ruolo del consenso nell'arbitrato cfr. LEW, MISTELIS, KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, London/The Hague, 2003, p. 141 ss.

investimenti quando furono posti in essere non erano da qualificarsi come stranieri. A ben vedere è questa l'unica obiezione che la Russia ha potuto sollevare nel procedimento di annullamento presso il Tribunale federale svizzero (corte competente nello Stato della sede) nei riguardi dei lodi *Stabil* e *Ukrnafta* che l'hanno condannata a risarcire gli attori ⁽⁹⁶⁾. Il dubbio sorge in quanto l'art. 12 del BIT Ucraina-Russia prevede genericamente che il trattato si applichi agli investimenti « carried out by the investors of one Contracting Party on the territory of the other Contracting Party, as of January 1, 1992 », con ciò non chiarendo se tali investimenti debbano *sempre* essere stati localizzati nello Stato convenuto. La non applicabilità del BIT tra Ucraina e Russia ai casi di cui si discute è stata sostenuta da chi ha affermato che « the *ipso facto* treatment of what was at one time domestic as something foreign [...] seems to conflict with the good faith understanding of the terms “foreign investment”, especially if read through the scope and purpose of a BIT (cioè to “increase foreign investment”) » ⁽⁹⁷⁾. Ciononostante, l'assunzione di giurisdizione da parte dei tribunali arbitrali è stata confermata dal *Tribunal Fédéral* nella sua decisione del 16 ottobre 2018 ⁽⁹⁸⁾. Nel comunicato stampa pubblicato in seguito alla pronuncia della sentenza, infatti, si legge che « [l]e Tribunal arbitral, avec siège à Genève, a considéré à juste titre que le traité de protection des investissements ne vise pas uniquement les investissements qui ont été effectués à l'origine sur le territoire de l'autre Etat contractant, mais qu'il régit aussi ceux qui, à la suite d'un déplacement de frontières, se retrouvent sur le territoire de l'autre Etat contractant au moment de la commission de l'acte violant le traité (expropriation). La clause d'arbitrage insérée dans celui-ci est dès lors applicable, si bien que le Tribunal arbitral s'est déclaré à bon droit compétent » ⁽⁹⁹⁾.

Si tratta di un caso che non ha precedenti nell'ambito della giurisprudenza in materia di investimenti e rispetto al quale, dunque,

⁽⁹⁶⁾ Tribunal fédéral, sent. 16 ottobre 2018, cit., nella quale i giudici svizzeri hanno valutato (e rigettato) la richiesta di annullamento dei lodi *PJSC Ukrnafta v. The Russian Federation*, cit., e *Stabil LLC and Others v. The Russian Federation*, UNCTRAL, PCA Case no. 2015-35, <https://www.italaw.com/cases/4034>. La Russia non avrebbe potuto, del resto, lamentare la non applicabilità del BIT sulla base della non applicabilità del trattato al territorio della Crimea poiché, in tal modo, sarebbe andata contro la propria pretesa di sovranità sulla regione.

⁽⁹⁷⁾ VACCARO-INCISA, *Crimea Investment Disputes: are Jurisdictional Hurdles Being Overcome too Easily?*, *EJIL: Talk*, 2018; corsivo nell'originale.

⁽⁹⁸⁾ V. note 10 e 96.

⁽⁹⁹⁾ Il testo del comunicato è reperibile all'indirizzo <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9997.pdf>.

non è facile assumere determinazioni certe. In passato, la giurisprudenza non ha mancato tuttavia di interrogarsi su casi in cui cambi di nazionalità siano occorsi per scelta degli investitori prima del sorgere della controversia. A questo riguardo è dato riscontrare unanime orientamento dei tribunali nel ritenere che, se il cambio di nazionalità è avvenuto nell'ambito di una ristrutturazione dell'assetto societario quando la controversia non era ancora prevedibile e, quindi, senza alcuno scopo abusivo, vada consentito all'attore di sfruttare le disposizioni dei BIT conclusi dallo Stato del quale esso ha assunto la nazionalità ⁽¹⁰⁰⁾.

A noi sembra che tali conclusioni possano essere estese anche al caso che ci riguarda. Il testo del BIT, del resto, non sembra voler escludere dal proprio ambito di applicazione gli investimenti che non hanno una determinata nazionalità *ab initio*, ma semplicemente chiarire che il trattato non si applica alle controversie sorte prima del 1° gennaio 1992 ⁽¹⁰¹⁾. Ne deriva che non vi sono problemi di applicabilità del BIT nel caso in cui, per circostanze indipendenti dalla propria volontà e ben prima del sorgere della controversia (la quale, per l'appunto, si connette ad atti commessi dalla Russia nell'esercizio del proprio controllo effettivo sul territorio), l'investitore si trovi a vedere mutato il proprio *status* da nazionale a straniero ⁽¹⁰²⁾. Quanto detto trova anche indiretta conferma nel commentario della Commissione del diritto internazionale al progetto di articoli che ha poi condotto alla Convenzione di

⁽¹⁰⁰⁾ Nel par. 3.33 della decisione sulla giurisdizione del 1° giugno 2012 relativa al caso *Pac Rim Cayman v. El Salvador*, n. ARB/09/12, il Tribunale ICSID ha ritenuto che il *Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement* (CAFTA-DR) — il quale contiene una previsione di applicazione temporale (art. 10.28) assimilabile a quella del BIT Ucraina-Russia — non richieda che l'investitore abbia una data nazionalità nel momento in cui egli intraprende il proprio *business*. Per una dettagliata analisi della copiosa giurisprudenza al riguardo cfr. VALASEK, DUMBERRY, *Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011, p. 55 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Al contrario, stando alla giurisprudenza arbitrale e alla letteratura dominante, investimenti realizzati prima di tale data le cui controversie sorgano invece successivamente sono da considerarsi rientranti nell'ambito di applicazione del trattato. V. ALEXANDROV, op. cit., p. 49 ss.; SAVARESE, *BIT Clauses Bearing on the Ratione Temporis Jurisdiction of ICSID Tribunals; A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs*, *The Journal of World Investment and Trade*, 2009, p. 601 ss.

⁽¹⁰²⁾ A questo riguardo, secondo VACCARO-INCISA, prima di poter utilizzare le disposizioni del BIT Ucraina-Russia, gli investitori ucraini dovrebbero concludere il procedimento burocratico di registrazione previsto dalla legge russa per gli investimenti esteri (posto che lo stesso BIT, all'art. 1, impone che gli investimenti siano realizzati nel rispetto del diritto dello Stato ospite). Questo problema, comunque, come riconosciuto dallo stesso a., è stato superato dai tribunali interessati affermando che le disposizioni russe di diritto transitorio applicabili in Crimea hanno fatto espressamente salvi tutti i diritti degli « Ukrainian-registered businesses ».

Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. Nel commento all'art. 24 (ossia l'odierno art. 28, che sancisce la non retroattività dei trattati), si legge che un atto (o una situazione giuridica) che è venuto in essere prima dell'entrata in vigore di un trattato e che continua ad esistere dopo tale evento verrà assorbito nell'ambito di applicazione del trattato senza che ciò sia considerato una lesione del principio di irretroattività⁽¹⁰³⁾. Se, come crediamo, è possibile equiparare l'entrata in vigore di un trattato al caso in cui esso — pur essendo già in vigore — diviene in un secondo momento applicabile in un certo territorio, non sembra che si possa mettere in dubbio che gli investitori in Crimea possano beneficiare del BIT tra Ucraina e Russia. Questo principio è stato applicato anche nel caso *Nykomb c. Lituania*⁽¹⁰⁴⁾ in cui lo Stato convenuto aveva contestato la competenza del tribunale affermando che il contratto di investimento era stato sottoscritto prima dell'entrata in vigore dell'Energy Charter Treaty (ossia il trattato da cui la giurisdizione del tribunale arbitrale trae origine). Il Tribunale arbitrale rigettò la tesi del convenuto, affermando che ciò che rilevava ai fini di stabilire la propria giurisdizione era il momento in cui era sorta la controversia, nel quale non v'è dubbio che il trattato fosse già in vigore.

6. Resta, infine, da valutare se il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze di condanna a carico della Russia emesse da corti nazionali possa avere un rilievo ai fini della soluzione della controversia territoriale tra Ucraina e Russia e, in ultima istanza, porsi in contrasto con l'obbligo di non riconoscimento. A ben vedere, il tema della relazione tra decisioni nazionali e contenziosi territoriali tra Stati è sempre stato configurato come rapporto di indipendenza. I due piani, quindi, si muovono in parallelo e non sembra possibile immaginare che le determinazioni dei giudici interni con riguardo ad una controversia avente ad oggetto diritti di soggetti privati si riflettano sulla più ampia controversia interstate. Il fatto che il Tribunale federale svizzero abbia dato esecuzione alle sentenze arbitrali *Stabil* e *Ukrnafta* sembra confermare questa idea, a sua volta supportata dalla giurisprudenza⁽¹⁰⁵⁾ e da alcuni autori. Già nel 1971 Bernardini sottolineava

⁽¹⁰³⁾ *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 212.

⁽¹⁰⁴⁾ Camera di commercio di Stoccolma, caso 118/2001, sentenza arbitrale 16 dicembre 2003, par. 4.3.3(a), reperibile all'indirizzo www.italaw.com.

⁽¹⁰⁵⁾ Casi citati nelle note 10 e 96. Cfr. il già menzionato parere sulla *Namibia* della Corte internazionale di giustizia del 1971, par. 118, ove si afferma: « [b]y maintaining the present illegal situation, and occupying the Territory without title, South Africa incurs international responsibilities arising from a continuing violation of

come il riconoscimento di atti stranieri fosse da connettersi al principio di effettività dell'ordinamento da cui essi promanano e non dipendesse in alcun modo dal riconoscimento da parte dello Stato del foro dello Stato da cui tali atti provengono ⁽¹⁰⁶⁾. Questa tesi trova conforto in un recente scritto di Palchetti ove si rileva che, dalla prassi dei giudici interni, è dato riscontrare una particolare attenzione alla necessità di tutelare i diritti degli individui anche quando questi sono soggetti al potere di un'entità non riconosciuta secondo il diritto internazionale. Dall'analisi di Palchetti emerge, infatti, una tendenza delle corti interne ad esercitare la giurisdizione, per quanto concerne i rapporti verticali con gli individui e proprio nella prospettiva della centralità della salvaguardia di questi ultimi, anche sugli atti compiuti da enti non riconosciuti ⁽¹⁰⁷⁾. Si tratta, a ben vedere, di un principio che trae origine in una sentenza del 1869 della Corte suprema statunitense ⁽¹⁰⁸⁾, nella quale è statuito che il non riconoscimento o l'illegittimità di uno Stato non possono essere utilizzati come strumenti per non riconoscere i diritti dei singoli. Lo stesso principio ha poi trovato ripetuta applicazione nella giurisprudenza interna di altri Stati ⁽¹⁰⁹⁾ al punto che qualche autore ha affermato che « un principe "humanitaire" de ce type est devenu un principe reconnu aussi sur le plan du droit international » ⁽¹¹⁰⁾. Ne deriva che il giudice interno *si disinteressa* della natura illegittima dell'ente sul piano del diritto internazionale, allo scopo di garantire tutela ai diritti dei singoli che sono in gioco nel caso concreto. A tal riguardo, non v'è dubbio che il diritto di proprietà trovi oggi ampia tutela sul piano internazionale, in particolare sia nei trattati sui diritti umani ⁽¹¹¹⁾, che, come già detto, nei trattati in materia di investimenti (restando comunque inteso che i BIT non possono essere

an international obligation. It also remains accountable for any violations of its international obligations, *or of the rights of the people of Namibia*»; corsivo aggiunto.

⁽¹⁰⁶⁾ BERNARDINI (A.), « *Sedicenti* » sentenze estere o « *pseudo sentenze* » italiane di divorzio, *Il Foro italiano*, 1972, I, 230; cfr., in particolare, la nota 7 per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁷⁾ PALCHETTI, *Juge interne et entités territoriales contestées: entre prérogatives des organes politiques et application du droit international*, in *La reconnaissance du statut d'Etat à des entités contestées: approches de droit international, régional et interne* (a cura di García), Paris, 2018, p. 285.

⁽¹⁰⁸⁾ United States Supreme Court, sent. 12 aprile 1869, *Texas v. White et al.*, 74 U.S. 700, p. 733, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/74/700>.

⁽¹⁰⁹⁾ Sia consentito rimandare all'ampia disamina della prassi giurisprudenziale compiuta da TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, pp. 774-790.

⁽¹¹⁰⁾ PALCHETTI, op. cit., p. 286.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 20 marzo 1952, *CETS* No. 009, su cui v. PADELLETTI, *Art. 1 Prot. 1*,

equiparati ai trattati sui diritti umani, in specie per i diversi meccanismi previsti dalle clausole di risoluzione delle controversie). È quindi ampiamente riconosciuta la natura di diritto « umano » del diritto di proprietà, da cui discende la necessità di una tutela che prescinda da valutazioni riguardanti il piano inter-statale. Alla luce di queste considerazioni, non sembra che il riconoscimento delle sentenze arbitrali in cui la Russia è stata condannata per lesioni ad investitori ucraini in Crimea possa in qualche modo costituire un inadempimento dell'obbligo internazionale di non riconoscimento.

Conferma di quanto sopra può comunque ritrovarsi anche sul piano procedurale. Almeno per quanto concerne gli ordinamenti di *civil law*, non vi è dubbio che sia soltanto il reale contenuto delle decisioni arbitrali (con l'esclusione del c.d. giudicato implicito sulle questioni preliminari) quello su cui si forma il vincolo per le parti ⁽¹¹²⁾; di conseguenza, per quanto qui d'interesse, non potrà essere conferita efficacia di giudicato statale all'analisi preliminare che gli arbitri compiono sulla legittimità dell'esercizio del potere di governo su un territorio ⁽¹¹³⁾. Per quanto concerne, invece, gli ordinamenti di *common law* è ben noto che nell'ambito di questi sistemi esista il c.d. giudicato sulle questioni (o *collateral estoppel*), il quale consente che tutte le statuizioni preliminari sui quali un giudice si pronuncia *risolvendole in via definitiva* possano costituire giudicato in successivi procedimenti tra le stesse parti o tra soggetti che con queste si trovino in un rapporto di stretta correlazione (c.d. *privity*) tale che possa considerarsi esistente una coincidenza di interessi ⁽¹¹⁴⁾. Sebbene questa distinzione, al giorno d'oggi, vada certamente sfumata in quanto la cosa giudicata, anche in

in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (a cura di Bartole, De Sena e Zagrebelsky), Padova, 2012, p. 791 ss.

⁽¹¹²⁾ AULETTA, *Art. 824 bis - Efficacia del lodo*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* (a cura di Menchini), Padova, 2010, p. 427 s.

⁽¹¹³⁾ Espresa conferma di quanto da noi affermato si rinviene, ad es., nell'art. 819 cod. proc. civ. italiano, in cui si afferma: « [g]li arbitri risolvono *senza autorità di giudicato* tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione d'arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge »; corsivo aggiunto. Sul tema cfr. VOLPINO, *Osservazioni in tema di pregiudizialità arbitrale*, *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 475 ss.

⁽¹¹⁴⁾ United States Supreme Court, sent.18 ottobre 1897, *Southern Pacific Rail Road v. United States*, 168 U.S. 1, p. 48 s., ove si afferma: « a right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction [...] cannot be disputed in a subsequent suit between the same parties or their privies », <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/1>. Per un'ampia disamina del tema sia consentito rinviare a ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Torino /L'Aja, 2017, p. 158 ss.

molti ordinamenti continentali, copre anche le motivazioni, nella parte in cui queste siano il fondamento logico-giuridico del dispositivo ⁽¹¹⁵⁾ (nonché il « deducibile », oltre al « dedotto ») ⁽¹¹⁶⁾, resta il fatto che l'*estoppel* ha, almeno in linea di principio, un ambito di applicazione più esteso sia dal punto di vista oggettivo (in quanto potrebbe applicarsi a questioni preliminari che non rientrano nell'oggetto di giudizio così come delineato dal *petitum*) sia, come abbiamo visto, soggettivo, rispetto alla *regiudicata* di matrice continentale. Ciò ne giustifica, ancora, una trattazione separata. Di là da questa precisazione, resta evidente che, secondo l'approccio qui proposto, non vi è alcuna pronuncia degli arbitri in via definitiva sulle questioni attinenti alla sovranità sui territori contesi, ma solo la presa d'atto di un presupposto di fatto, ossia il controllo effettivo di uno Stato sul territorio di un altro Stato ⁽¹¹⁷⁾. Non sembra dunque configurabile nemmeno un giudicato

⁽¹¹⁵⁾ Ciò è espresso chiaramente dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, sent. 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG et al. c. Samskip GmbH*, C-456/11, par. 40, riprodotta in *Rivista*, 2013, p. 270, in cui si afferma: « the concept of *res judicata* under European Union law does not attach only to the operative part of the judgment in question, but also attaches to the *ratio decidendi* of that judgment, which provides the necessary underpinning for the operative part and is inseparable from it ». Tuttavia, come questa sentenza chiarisce nell'ambito del diritto dell'Unione Europea (che, almeno per quanto concerne la regolamentazione delle questioni di diritto processuale transnazionale, è di chiara ispirazione continentale), il giudicato (nella visione continentale) copre le motivazioni nella parte in cui esse sono alla base del dispositivo ma non si estende alle questioni preliminari che il giudice esamina (e decide) in via incidentale allo scopo di potersi poi pronunciare sul *petitum*.

⁽¹¹⁶⁾ Come spiega PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, p. 25, affermare che il giudicato copre « il dedotto e il deducibile » non vuol dire altro che esso « impedisce la proposizione delle questioni sia già sottoposte all'attenzione del primo giudice sia prospettabili all'interno del procedimento anteriore in relazione al medesimo oggetto e mai fatte valere, *ma solo ove così facendo si rimetta in discussione il diritto soggettivo (o il rapporto giuridico) precedentemente accertato*. In assenza di una simile circostanza, tali questioni potranno sempre rinnovarsi »; corsivo nell'originale. Ciò vuol dire che, per quanto qui di interesse, negli ordinamenti come quello italiano, il giudicato *non* copre le questioni preliminari che non rientrano strettamente nell'oggetto di giudizio così come delineato dal *petitum*.

⁽¹¹⁷⁾ Per quanto concerne i limiti oggettivi del giudicato *arbitrale*, si può argomentare nel senso che essi sostanzialmente ricalchino quanto detto in tema di estensione oggettiva della cosa giudicata nei giudizi interni. Sul punto sia consentito rinviare a ZARRA, *Parallel Proceedings*, cit., p. 137, ove si afferma che « it is often impossible to completely divide the dispositif from its underlying reasons and, even if one were to accept that only the operative part of the judgment generates claim preclusion, it is implied that such operative part needs to be understood and explained by its underlying reasons ». Tendenzialmente, quindi, anche nell'ambito arbitrale si ritiene che il giudicato copra almeno i c.d. « motivi essenziali ». Ciò è confermato, nell'ambito del rapporto tra procedimenti arbitrali in materia di investimenti e giudizi interni da High Court of Kenya at Nairobi Commercial and Admiralty Division, sent. 5 ottobre 2018, *Kenya Airports Authority c. World Duty Free Company Limited T/A*

sulle questioni riguardanti la sovranità territoriale, sia secondo l'approccio continentale sia in virtù di quello anglosassone.

In conclusione, non pare che il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza arbitrale che condanni la Russia a risarcire gli investitori esteri agenti in Crimea possa costituire una lesione dell'obbligo di non riconoscimento.

7. Come abbiamo avuto modo di constatare, la questione della Crimea presenta notevoli aspetti problematici anche dal punto di vista del diritto internazionale degli investimenti. L'applicabilità dei BIT conclusi dalla Russia (nella propria qualità di Stato che esercita il potere di governo sul territorio) agli investimenti realizzati in Crimea (tra cui spiccano quelli degli investitori ucraini), la possibilità per gli arbitri di prendere in considerazione questioni attinenti la sovranità territoriale (che per natura esulano dalla loro giurisdizione) e la circolazione del lodo sono temi rispetto ai quali la dottrina e la giurisprudenza si interrogheranno ancora a lungo.

Nel presente scritto abbiamo provato a dare delle soluzioni a tali questioni, partendo dal presupposto secondo il quale la reazione che il diritto internazionale prevede per l'illegittima annessione del territorio crimeano da parte della Russia non possa costituire, paradossalmente, una sorta di immunità per la Russia stessa per gli atti commessi in Crimea ed, in ultima istanza, un vero e proprio isolamento della regione dal punto di vista dell'applicazione delle norme internazionali dirette ad individui. L'obbligo di non riconoscimento, che resta fermamente in vigore nel diritto internazionale contemporaneo, deve essere applicato in chiave dinamica, ossia in modo tale da sanzionare la potenza che illegittimamente esercita il potere sul territorio senza pregiudicare ulteriormente coloro i quali di tale esercizio illegittimo subiscono gli

Kenya Duty Free Complex, Misc. Application No. 67 of 2013, reperibile all'indirizzo <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/159886/> (ed in corso di pubblicazione in *Diritto del commercio int.*, 2019, con nota di RUOPPO, *Il giudicato esterno del lodo ICSID nei giudizi interni e l'efficienza del sistema arbitrale*). Cfr. anche, per quanto concerne la giurisprudenza arbitrale, la sent. 25 agosto 2014, sul caso *ICSID Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, n. ARB(AF)/12/1, paragrafi 7.23 ss. Sul punto, in favore della tesi qui sostenuta, v. HOBER, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, *Recueil des cours*, vol. 366, 2013, p. 321 ss.; SCHREUER, REINISCH, *Legal opinion in the CME v. Czech Republic case*, 2002, reperibile all'indirizzo <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0961.pdf>. *Contra* (ed in favore di una riduzione del giudicato arbitrale al solo dispositivo) v. WEHLAND, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2013, p. 191.

effetti (ossia, fondamentalmente, gli individui che operano nel territorio annesso).

In quest'ottica, la necessità di proteggere gli interessi individuali coinvolti e il principio secondo il quale non è consentito che un soggetto (nel nostro caso lo Stato che esercita il potere di governo) tragga giovamento dagli atti illegittimi che esso compie ci conducono ad adottare un'interpretazione funzionale dei trattati in materia di investimenti tale da consentirne l'applicazione anche ad atti compiuti da uno Stato su un territorio illegittimamente annesso.

Del resto, se da un lato agli arbitri non compete pronunciarsi su questioni di sovranità, dall'altro lato nulla preclude che essi prendano in considerazione tali problemi come questioni preliminari, soprattutto nei casi in cui sia lo stesso trattato da cui essi traggono la propria competenza a richiedere in via preliminare la determinazione del proprio ambito di applicazione (ossia la localizzazione dell'investimento nel territorio dello Stato ospite) da parte del tribunale arbitrale.

Come abbiamo visto, ai fini del rispetto dell'obbligo di non riconoscimento non solleva alcun problema un'eventuale pronuncia di un giudice nazionale che riconosca o esegua un lodo che condanni uno Stato per gli atti compiuti su territori sui quali esso esercita illegittimamente il potere di governo. Il piano dei rapporti interstatali si muove in parallelo a quello dei diritti dei singoli e, quindi, non è in alcun modo influenzato dal riconoscimento che un giudice interno possa fare di alcune situazioni giuridiche soggettive venutesi a creare nei territori illegittimamente annessi.

GIOVANNI ZARRA

Abstract. — Issues concerning the Russian annexation of Crimea are thorny also from the point of view of international investment law. The applicability of BITs entered into by Russia (i.e. the State exercising, as a matter of fact, sovereignty) to investments in Crimea (in particular to those realized by Ukrainian investors), the possibility for arbitral tribunals to evaluate territorial disputes (which, in principle, should not be covered by arbitral jurisdiction) and the circulation of the award are still unresolved problems. On the basis of the necessity of protecting individual interests involved in the disputes, the paper tries to solve these issues, arguing for the applicability of Russian BITs to investments in Crimea and the possibility to recognize and enforce resulting awards.