



OSSERVATORIO SU COMMERCIO INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI N. 3/2019

1. LA SITUAZIONE DELLA CRIMEA TRA DIRITTI DEGLI INVESTITORI E QUESTIONI DI JURISDICTION

1. La situazione della Crimea, territorio conteso incorporato dalla Federazione russa nel 2014, ha dato vita a molteplici ricorsi innanzi a corti internazionali, regionali e domestiche, nonché innanzi a tribunali arbitrali. La presenza di una pluralità di corti che si occupi, a diverso titolo, della questione della Crimea descrive la complessità della situazione nei territori contesi: molteplici sono i ricorrenti, da identificare in persone fisiche, persone giuridiche, Stati; non è unico lo Stato convenuto, perché nei territori contesi contesa è, appunto, la giurisdizione; molteplici sono le norme giuridiche la cui violazione viene lamentata dai ricorrenti.

Incerto è l'esito di molti di questi ricorsi, incerto è quale sarà il ragionamento delle corti internazionali e regionali e dei tribunali arbitrali in merito alla giurisdizione sui territori contesi, incerto è il futuro della Crimea, benché sia ragionevole immaginare che la situazione non cambierà radicalmente nei mesi e anni a venire.

Il panorama dei casi pendenti o già decisi è particolarmente complesso. Ne forniamo sinteticamente un quadro. L'Ucraina presentava nel gennaio 2017 un ricorso davanti alla Corte internazionale di giustizia contro la Russia lamentando la violazione di due strumenti giuridici internazionali: la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo e la Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (CERD), richiedendo allo stesso tempo delle misure provvisorie ([*Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures*, 17 gennaio 2017, par. 5](#)). L'Ucraina contestava nello specifico alla Russia di «promuovere attivamente e sponsorizzare il terrorismo internazionale» attraverso una serie di azioni nei confronti di gruppi armati agenti soprattutto in Ucraina orientale, in contrasto con la Convenzione contro il finanziamento al terrorismo, e di aver attivato una campagna di annullamento culturale attraverso la discriminazione nei confronti dei Tatars di Crimea, violando così la CERD. Nell'ordinanza del 19 aprile 2017 ([*Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Ukraine v. Russian Federation, misure provvisorie*, I.C.J. Reports 2017, p. 104](#)), la Corte ha dichiarato di non essere chiamata a pronunciarsi – essendo la procedura dedicata all'adozione di misure cautelari - sul se i diritti che l'Ucraina rivendicava esistessero – questione che la Corte evidentemente tratterà in un secondo momento nel merito – ma solo se i diritti invocati dall'Ucraina fossero o meno plausibili. La Corte si è limitata a ordinare alla Federazione russa di astenersi dal mantenere o imporre

limitazioni alla capacità della comunità tatarica di Crimea di conservare le proprie istituzioni rappresentative, incluso i *Mejlis*, e di assicurare la disponibilità dell'istruzione in lingua ucraina.

Sempre sul piano internazionale, nel caso *Ucraina c. Federazione russa*, il Tribunale internazionale per il diritto del mare ha recentemente ordinato il rilascio delle tre navi ucraine detenute dalla Federazione russa, a seguito del ricorso interstatale avviato dall'Ucraina ([Case concerning the detention of three Ukrainian naval vessels, Ukraine v. Russian Federation, misure provvisorie, case No. 26, ordinanza del 25 maggio 2019](#)).

Spostandoci al piano regionale, davanti alla Corte europea dei diritti umani, pendono oltre 4000 ricorsi individuali e alcuni ricorsi interstatali. Per quattro di questi ricorsi – *Ucraina c. Federazione Russa re Crimea*, Appl. No. 20958/14, *re Eastern Ukraine*, Appl. No. 8019/16 e due ricorsi su morti, sparizioni, arresti arbitrari di oppositori politici e Tatars di Crimea (Appl. No. 42410/15 e 70856/16) – le camere hanno rimesso i casi alla Grande Camera. Come riportato in un *press release* della Corte, la questione chiave della giurisdizione verrà decisa molto probabilmente in relazione al ricorso inter-statale [Ucraina c. Russia \(re Eastern Ukraine\)](#).

Ricorsi sono poi stati presentati, e alcuni di questi decisi, davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: persone fisiche e giuridiche hanno impugnato davanti al Tribunale dell'Unione europea gli atti istitutivi di sanzioni individuali contro individui e imprese, decise nel quadro della Politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea (si veda ad esempio *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e altri*, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 28 marzo 2017, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e altri*, C-72/15 (sul punto, S. DE VIDO, *(In)certezze giuridiche sulla situazione della Crimea. Una mappa dei casi pendenti*, in A. FRANCO, A. FERRARI (eds), *Dove va l'Ucraina?*, Venezia, ed. Ca' Foscari, in corso di pubblicazione).

Infine, e di questo ci occuperemo in queste pagine, di rilievo sono i casi sottoposti a tribunali arbitrali costituiti in seno alla Corte permanente di arbitrato dopo l'incorporazione della Crimea.

Il quesito chiave che sta alla base di tutti i procedimenti – inclusi quelli in materia di investimenti – concerne l'esercizio della giurisdizione sulla penisola. In altri termini, le corti e i tribunali hanno dovuto o dovranno in futuro pronunciarsi sul se la Federazione russa eserciti giurisdizione sulla Crimea e quindi possa ritenersi responsabile delle violazioni del diritto internazionale occorse dopo il 2014. Le pagine che seguono sono dedicate all'esame di questa questione in relazione al diritto internazionale degli investimenti.

Non ci occuperemo invece di definire se l'incorporazione della Crimea da parte della Federazione russa sia avvenuta o meno nel rispetto del diritto internazionale. A tale riguardo, si preferisce in questa sede utilizzare il termine più generale 'incorporazione' (sulla legalità o meno dell'intervento russo in Crimea, si veda L. MÄLKSOO, *The Annexation of Crimea and Balance of Power in International Law*, in *Eur. Jour. Law*, 30, 2019, 303 ss. che mette a confronto due contrapposti approcci dottrinali alla questione). Com'è noto, infatti, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e l'Unione europea hanno ripetutamente qualificato l'azione della Federazione russa come 'annessione', contrapponendosi alle asserite pretese di 'riunificazione' da parte della Russia. La tensione diplomatica che ne è scaturita ha provocato la reazione della Federazione russa, che [da un lato ha tagliato i fondi al Consiglio d'Europa, dall'altro lato ha sospeso l'invio della propria delegazione all'Assemblea Parlamentare dell'organizzazione](#), con la conseguente perdita dei diritti di voto. I diritti di voto della Russia sono stati ripristinati solo a [giugno 2019](#).

2. Alcuni tribunali arbitrali hanno concluso nel senso dell'affermazione della giurisdizione russa in Crimea. Ricorsi misti tra investitori e Stato (Russia) sono oggi pendenti o sono stati decisi innanzi a tribunali arbitrali presentati in base alle *UNCITRAL Arbitration Rules* del

1976. La base giuridica di siffatti procedimenti consiste nell'[Agreement Between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of the Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments](#) del novembre 1998, il cui articolo 1(4) recita: «*The term “territory” means the territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine, and also their corresponding exclusive economic zone and the continental shelf determined according to international law.*».

È proprio il termine ‘territory’ a richiedere l’interpretazione da parte dei tribunali arbitrali poiché non è chiaro se l’espressione ‘in base al diritto internazionale’ si riferisca solo alla zona economica esclusiva e alla piattaforma continentale o anche ai territori di Federazione russa e Ucraina. Il ‘territorio’ è una nozione che apre a molteplici riflessioni nella dottrina internazionalpubblicistica. La sovranità di uno Stato è ‘caposaldo’ del diritto internazionale e la ‘jurisdiction’, come si dirà nel terzo paragrafo, ne rappresenta il suo corollario (F. MARRELLA, D. CARREAU, *Diritto internazionale*, Milano, 2018, p. 352). La presunzione è che la ‘jurisdiction’, la competenza statale, in tutte le sue forme, sia territoriale (J. CRAWFORD, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford, 2012, p. 456). ‘Territorio’ e ‘jurisdiction’ coincidono in situazioni ‘inalterate’. Nei territori contesi, tuttavia, la giurisdizione viene esercitata da uno Stato diverso da quello che aveva originariamente sovranità territoriale sull’area. I tribunali arbitrali si sono dovuti dunque interrogare sul se il termine ‘territory’ possa abbracciare anche la situazione di un’area su cui pare che la Federazione russa eserciti un controllo *de facto*.

I ricorsi che si sono conclusi con un lodo arbitrale nel merito sono i seguenti: *Everest Estate LLC et al. c. Federazione russa* (PCA Case No. 2015-36, final award 2 maggio 2018), *Stabil c. Federazione russa* (PCA Case No. 2015-35, final award 12 aprile 2019), *PJSC Ukrnafta c. Federazione russa* (PCA Case Repository No. 2015-34, final award 12 aprile 2019). Risultano pendenti i seguenti ricorsi: *Lugzor c. Federazione russa*, PCA Case No. 2015-29; *PJSC CB PrivatBank c. Federazione russa*, PCA Case No. 2015-21; *Aeroport Belbek c. Federazione russa*, PCA Case No. 2015-07; *NJSC Naftogaz of Ukraine et al. c. Federazione russa*, PCA Case No. 2017-16 (vedi [qui](#); con riguardo all’ultimo, va detto che il sito dell’impresa riporta la notizia del lodo finale del tribunale, a favore dei ricorrenti, datato [1° marzo 2019](#)).

Alcuni di questi ricorsi riguardano società private, altri società pubbliche, i cui beni sono stati nazionalizzati a seguito degli eventi del 2014 in Crimea. Le sedi dell’arbitrato si trovano nei Paesi Bassi e in Svizzera. La Federazione russa non ha partecipato ai procedimenti adducendo che «*[the Ukraine-Russia BIT] cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle [the Claimants’ claims]*» e che «*does not recognize the jurisdiction of an international arbitral tribunal at the Permanent Court of Arbitration in settlement of [the Claimants’ claims]*». La Federazione russa ha inoltre dichiarato che nulla nella sua corrispondenza «*should be considered as consent of the Russian Federation to constitution of an arbitral tribunal, participation in arbitration proceedings or as procedural actions taken in the framework of the proceedings*». La Federazione russa ha invece presentato ricorso davanti al Tribunale Federale svizzero per lamentare l’assenza di competenza giurisdizionale dei tribunali arbitrali a decidere i casi summenzionati. Proprio la mancata comparizione della Federazione russa nei procedimenti ha escluso la pubblicazione dei relativi lodi arbitrali, così che le informazioni a disposizione sul loro contenuto sono, per la verità, piuttosto carenti. La Corte permanente di arbitrato pubblica periodicamente dei *press releases*; tuttavia, in base alle regole UNCITRAL, la pubblicazione dei lodi può avvenire soltanto con l’accordo delle parti. È difficile dunque prevedere quando – e se – i lodi verranno mai pubblicati.

Le notizie disponibili permettono tuttavia una analisi seppur breve dei ricorsi conclusi nel quadro del sistema della Corte permanente di arbitrato in merito alla questione della giurisdizione nei territori contesi. Nel caso *Everest*, il procedimento arbitrale veniva avviato da società operanti nel settore immobiliare titolari di beni in Crimea espropriati in seguito alla incorporazione della penisola da parte della Federazione russa. Il [2 maggio 2018](#) il tribunale ha ritenuto la Federazione russa responsabile dell’espropriazione – avvenuta senza indennizzo – degli

investimenti in immobili effettuati in Crimea. Il 20 marzo 2017, il collegio arbitrale aveva reso la sua decisione all'unanimità sulla giurisdizione. Com'è stato riportato, la particolarità del caso consiste nel fatto che gli investimenti oggetto della controversia erano investimenti *ucraini* in territorio *ucraino* e che, solo a seguito dell'incorporazione della Crimea, erano divenuti investimenti *ucraini* in un territorio «di fatto occupato dalla Federazione Russa» (F.A. CABONA, in *Dir. comm. int.*, 32(2), 2018, p. 582). In questo modo, «sorge un precedente di applicabilità di BIT a fattispecie in cui non sia stato l'investitore a recarsi nel territorio di una Parte contraente, ma quest'ultima ad essersi impadronita del territorio in cui operava l'investitore» (*ibidem*). Parte della dottrina ha tuttavia osservato come il tribunale, lungi dallo svolgere un'analisi sul se la Russia eserciti il controllo effettivo sulla Crimea, abbia scelto l'approccio più pragmatico, evitando di fornire una interpretazione dettagliata del termine 'territorio' e dell'espressione 'in accordance with international law' presente all'articolo 1 del BIT Russia Ucraina. Il tribunale avrebbe semplicemente accolto l'argomentazione per cui il BIT è applicabile alla Crimea dalla sua entrata in vigore e che rimane applicabile anche una volta che la Russia ha ottenuto il controllo della Crimea, con la conseguenza che gli investimenti ucraini pre-incorporazione ricadono nel 'territorio' russo post-incorporazione ([M. SOLDATENKO, Ongoing Territorial Challenges in Crimea Cases: Putting Everest v. Russia in Context, in Kluwer Arbitration](#)). Il tribunale ha deciso di confermare la continuità del BIT nonostante il conflitto armato (A. BERKES, *Re-establishing sovereignty in the legal battlefield: Territorial sovereign claims in non-territorial legal disputes*, 27th Annual SLS/BIICL Workshop on Theory & International Law Wednesday 16th May 2018, British Institute of International and Comparative Law, per gentile concessione dell'Autore).

Nei casi *Stabil et al.* e *Ukrnafta*, l'oggetto dell'espropriazione erano gli investimenti dei ricorrenti in distributori di benzina e in altri beni. Contrariamente a quanto avvenuto per il precedente caso, tuttavia, il tribunale si è espresso (lodi del [26 giugno 2017](#) sulla giurisdizione), nel senso che gli investitori ucraini sarebbero rimasti senza alcuna protezione nel caso in cui venisse negata la giurisdizione del collegio arbitrale e che il BIT si doveva ritenere 'applicabile anche agli investimenti che si trovavano nel territorio di uno Stato contraente (Russia), a seguito dello spostamento delle frontiere, al momento della violazione del BIT sotto forma di espropriazione' (C. DE STEFANO, F.A. CABONA, in *Dir. comm. int.*, 32(4), 2018, pp. 1056-1057; M. SOLDATENKO, *op.cit.*). Non era dunque necessario dimostrare che gli investimenti fossero avvenuti inizialmente in territorio russo. Secondo quanto riportato da [uno studioso](#), il tribunale avrebbe affermato che la Federazione russa esercitava un controllo *de facto* sulla Crimea e che risultava irrilevante, ai fini dell'applicazione BIT, determinare se l'annessione della Crimea fosse o meno conforme al diritto internazionale pubblico.

La Federazione russa, assente, come si è detto, durante lo svolgersi del procedimento arbitrale, ha presentato domanda di annullamento dei due lodi favorevoli agli investitori davanti al Tribunale Federale svizzero, in quanto la Svizzera era la sede dei tribunali arbitrali in *Stabil et al.* e *Ukrnafta*. La corte svizzera, che ha svolto l'udienza pubblicamente, ha rigettato la domanda di annullamento, affermando quanto segue: «il tribunale arbitrale, con sede a Ginevra, ha considerato a giusto titolo che il trattato di protezione degli investimenti non riguarda solo gli investimenti che sono stati effettuati sul territorio dell'altro Stato contraente, ma disciplina altresì quelli che, a seguito di spostamento delle frontiere, si ritrovino sul territorio dell'altro Stato contraente al momento della commissione dell'atto in violazione del trattato. La clausola arbitrale in esso inserita è dunque applicabile» ([sentenza del 16 ottobre 2018](#)). In particolare, con riguardo alla nozione di 'territorio', il Tribunale federale svizzero ha notato come la Federazione russa non avesse contestato che la legittimità dell'annessione della Crimea fosse irrilevante per l'applicazione del BIT, e che la nozione di territorio includesse territori soggetti a controllo *de facto*. Nel [caso di specie](#), la Crimea era diventata territorio della Federazione russa nel momento in cui questa aveva iniziato ad esercitare controllo *de facto* sulla Crimea.

È interessante il rilievo del Tribunale federale svizzero sullo spostamento delle frontiere, che ricorda la disciplina in materia di successione degli Stati nei trattati

internazionali. Se consideriamo la Crimea un territorio ‘trasferito’ dall’Ucraina alla Federazione russa (si veda oltre, al terzo paragrafo, tuttavia, con riferimento alle modalità con cui ciò è avvenuto), ebbene si potrebbe argomentare che «unless they have or forthwith acquire a domicile in the transferred territory, they do not acquire the nationality of the successor State» (J. CRAWFORD, *Brownlie’s principles*, cit., p. 435), quindi gli investimenti restano ucraini ma in un territorio ‘trasferito’ alla Russia, quindi ‘esteri’ per lo Stato cui è stato trasferito il territorio. Siffatta affermazione pone delle perplessità in quanto sembra confortare le pretese di sovranità della Russia. Non si tratta semplicemente di affermare che la giurisdizione è russa, ma di affermare un mutamento territoriale, che, come è noto, comporta un mutamento di sovranità (F. MARRELLA, D. CARREAU, *Diritto internazionale*, cit., p. 450).

A seguito del lodo finale del tribunale arbitrale, avvenuto il 12 aprile 2019 per entrambi i casi, sfavorevole alla Russia, quest’ultima ha presentato ricorso in base all’articolo 389 del codice di procedura civile svizzero, secondo cui i lodi arbitrali sono «impugnabili mediante ricorso al Tribunale federale». Nella dichiarazione russa che ha accompagnato il ricorso davanti al Tribunale federale svizzero, la Federazione russa ha affermato l’illegittimità delle decisioni prese dai tribunali arbitrali nei termini seguenti: «In primo luogo, gli arbitri hanno preso una decisione a favore dei ricorrenti, pur non avendo stabilito che la penisola della Crimea è un territorio sovrano della Russia [*суверенной территории* (*suverennoj territorije*)]. Ciononostante, il tribunale ha stabilito che la Russia è responsabile in conformità con le regole dell’accordo bilaterale tra Russia e Ucraina» (il testo è reperibile [qui](#); la traduzione dal russo che riportiamo è a cura della dott.ssa Alexandra Anca David). Ha poi aggiunto, benché ciò non rilevi ai fini della determinazione della *jurisdiction* sulla Crimea: «In secondo luogo, gli investimenti dei ricorrenti sono stati acquisiti in modo illegale, anche attraverso *corporate raiding* e privatizzazioni illegali. Una decisione arbitrale a tutela di un tale investitore non può essere riconosciuta e applicata nei paesi con un sistema giuridico sviluppato» (*ibidem*, si veda altresì il paragrafo conclusivo).

3. Qualche considerazione va svolta con riferimento al concetto di sovranità / giurisdizione. In merito alla giurisdizione sulla penisola, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite non ha preso chiaramente posizione a riguardo. Nel 2014, l’organo delle Nazioni Unite, con 100 voti a favore, 11 contro, 58 astenuti, ha sostenuto il rispetto dell’integrità territoriale dell’Ucraina e ha negato la legittimità del referendum in base alla costituzione ucraina ([Risoluzione AG ONU n. 68/262 del 27 marzo 2014](#)); la Federazione russa in quell’occasione richiamava il principio di autodeterminazione dei popoli, difficilmente invocabile, tuttavia, nel caso della Crimea. La medesima Assemblea, in una risoluzione che ha ricevuto minori consensi (70 voti a favore, 26 contrari e 27 astenuti), il 1° febbraio 2017, ha negato il riconoscimento internazionale dell’annessione della Crimea da parte della Russia. Più chiaro è stato il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, il quale, nelle osservazioni conclusive al sesto rapporto periodico della Federazione russa, presentato il 28 agosto 2018, ha affermato, «senza pregiudizio per lo status giuridico della Crimea», che la Crimea si trovi «*under effective control*» della Federazione russa e che, per questa ragione, la Russia sia tenuta al rispetto delle convenzioni internazionali in tale territorio ([Concluding observations, 6. Periodic report of the Russian Federation, CAT/C/RUS/CO/6 28 agosto 2018](#), par. 48).

La posizione del Comitato contro la tortura ci pare condivisibile. Nel diritto internazionale la situazione *de facto* è determinante. Tuttavia, come è stato osservato, «*justifications for an armed intervention, even if accepted, are not justifications for the forcible acquisition of territory*» e quindi, nel caso della Crimea, «*even if Russia’s resort to force against Ukraine were lawful, force could not lawfully have changed Ukraine’s boundaries*» (T.D. GRANT, *Annexation of Crimea*, in *Am. Jour. Int. Law*, 109 (1), 2015, p. 68 ss., p. 77 e p. 87). Nel senso dell’illegalità

dell'incorporazione da parte della Russia, si vedano altresì molti dei contributi in W. CZAPLIŃSKI ET AL. (eds), *The Case of Crimea's Annexation under International Law*, Warsaw, 2017). La statalità (*statehood*), lo afferma chiaramente Crawford (J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*. Oxford, 2007, p. 61), è un «*legally circumscribed claim of right, specifically to the competence to govern a territory*», basato sulla situazione di fatto e sul se la pretesa di statalità sia contestata o meno. Tuttavia, ciò che rileva nel caso dei territori contesi, in attesa che il tempo (e la politica internazionale) definiscano la questione della statalità, è la giurisdizione, tradizionalmente intesa come una questione di diritti e poteri degli Stati. È del tutto evidente che la sovranità, in condizioni di assenza di alterazioni, consente l'esercizio pieno della giurisdizione. Una volta che un'entità ha acquisito la soggettività internazionale, il diritto tutela l'esercizio del suo potere di governo sul territorio. Espressione della sovranità è la giurisdizione: *ius dicere* secondo una tripla accezione (F. MARRELLA, D. CARREAU, *Diritto internazionale*, cit., p. 342): *jurisdiction to prescribe, to enforce, to adjudicate*.

Sottolinea bene Mills che: «*the sovereignty of States has (despite Lotus) become understood to be reflected in and constrained by rules of jurisdiction which define the limits of the powers of coexisting 'sovereigns', in particular, the scope of regulatory authority of states in international law*» (A. MILLS, *Rethinking Jurisdiction in International Law*, in *Br. YB Int. Law*, 84(1), 2014, pp. 187 ss., p. 194).

La giurisdizione, in altri termini, comprende il diritto dello Stato di esercitare alcuni dei suoi poteri (F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, Boston, 1954, p. 111). L'esistenza di fatto del potere dello Stato di esercitare la propria giurisdizione «*does not by any means imply its international right to do so*» (*ibidem*, p. 9). Per quanto concerne il nostro lavoro, ciò che rileva, invero, non è il titolo giuridico di riferimento, ovvero il se la Federazione russa o l'Ucraina abbiano il diritto di esercitare la giurisdizione, ma chi *di fatto* la esercita, in quanto ciò determina, alla luce del diritto internazionale, una responsabilità dello Stato per violazione del diritto internazionale. Ne consegue che la giurisdizione può essere apprezzata come distinta dalla sovranità nei territori contesi.

Con riferimento al diritto internazionale degli investimenti, alla domanda «*is the jurisdiction congruent with the scope of the host State's territorial jurisdiction?*», Waibel ha argomentato che la risposta non è chiara nelle aree dove la sovranità è contestata, o nei territori sui quali lo Stato esercita controllo senza esercitare sovranità. Presumibilmente, afferma l'autore, «*tribunals would give great weight to the host State's own definition of its national territory, though without being bound to such definition*» (M. WAIBEL, *Investment arbitration: jurisdiction and admissibility*, paper 9/2014, p. 40).

Gli arbitri, nei procedimenti misti investitori-Stato, possono dunque essere indirettamente chiamati ad applicare nozioni 'sensibili' quali quelle di sovranità e di giurisdizione. I tribunali arbitrali istituiti in base alle regole PCA, secondo le informazioni disponibili, anche alla luce della sentenza del Tribunale Federale svizzero, pare siano orientati a considerare il territorio nel senso 'funzionale' del termine, quale ambito di esercizio dell'attività statale, quindi in quanto tale soggetto ad espandersi o a ritirarsi in ragione di mutamenti della situazione di fatto. Ciò non significa che i tribunali debbano addentrarsi in questioni di sovranità o di legittimità di rivendicazioni territoriali di uno Stato o di un altro – del resto neppure questa è la volontà di altre corti internazionali e regionali. Essi guarderanno alla situazione di fatto, così com'è nota, per accertare se aree soggette alla giurisdizione di uno Stato rientrino, per fatti la cui legittimità non spetta al tribunale verificare, nell'ambito di applicazione di un trattato. In questo modo, un investimento inizialmente ucraino in territorio ucraino *diventa* un investimento ucraino in territorio russo per effetto del mutamento del territorio *de facto*. Con riferimento all'elemento temporale, ovvero se gli investimenti dovessero essere realizzati *ab initio* in territorio russo per ricadere nell'ambito di applicazione

del BIT, un autore ha risposto che la questione è «*consubstantial to the corresponding BIT requirement that the investment be made in accordance with the domestic law of the host States*»; pertanto gli investimenti ucraini in Crimea sono coperti dal BIT Russia Ucraina dal momento in cui si conformano a «*the transitional law requiring re-registration (provided, of course, that the process is fair)*» (cfr. [G.M. VACCARO-INCISA, *Crimea Investment Disputes: are jurisdictional hurdles being overcome too easily?*, *EJIL:Talk!*, 2018](#)).

La distinzione giurisdizione/sovranità è quindi essenziale e disorienta il riferimento al ‘territorio sovrano’ nella recente dichiarazione del governo russo. Invero, le corti internazionali difficilmente affrontano il tema della ‘sovranità’ in aree contese. Così, ad esempio, nel caso di Chagos, deciso dalla Corte internazionale di giustizia il 25 febbraio 2019, i giudici dell’Aja hanno ritenuto che il Regno Unito illegittimamente continuasse ad amministrare l’Isola in contrasto con il principio di autodeterminazione dei popoli e che la decolonizzazione delle Mauritius non fosse dunque stata completata in conformità al diritto internazionale. La Corte ha spostato il quesito al tema della decolonizzazione, accuratamente evitando ogni riferimento alla questione della sovranità. È inevitabile poi, commenta Milanovic ([M. MILANOVIC, *ICJ Delivers Chagos Advisory Opinion, UK Loses Badly*, *EJIL: Talk!*, 2019](#)), che la conseguenza che deriva dal ragionamento della Corte sia la seguente: o il Regno Unito non ha (quindi non ha mai avuto) sovranità sull’Isola, o ce l’aveva e ora se ne deve spogliare a favore delle Mauritius.

4. Si attende dunque la decisione del Tribunale federale svizzero nei casi *Stabil et al.* e *Ukrnafta*, che probabilmente consentirà di conoscere alcuni passaggi argomentativi dei lodi dei tribunali arbitrali, superando la ‘segretezza’ imposta dalla mancata comparizione russa nei procedimenti arbitrali. Ci pare che la corte svizzera potrebbe confermare l’applicazione del BIT al caso di specie proprio in ragione dell’esercizio del controllo effettivo, smentendo l’argomentazione della Russia secondo la quale il tribunale arbitrale, non avendo affermato che la Crimea fosse territorio sovrano russo, non poteva applicare il BIT al caso di specie. Sembra anzi che la Russia in questi procedimenti quasi contraddica le sue pretese di sovranità, o, meglio, forse, ricerchi una conferma delle sue pretese di sovranità per poi invocare comportamenti illeciti dei ricorrenti, come emerge dalla stessa dichiarazione del governo russo (si veda *supra*, al secondo paragrafo). Com’è stato sostenuto, «one needs to consider whether ‘in the territory’ presupposes the exercise of sovereignty or whether effective control over territory suffices. The rule in *dubio pro investore* derived from the BIT’s object and purpose of maximising investor protection [...] would counsel in favour of an extensive reading that includes disputed territories» ([M. WAIBEL, *International Investment Law and Treaty Interpretation*, in R. HOFMANN, C. TAMS \(eds.\), *From Clinical Isolation To Systemic Integration*, Baden-Baden, 2011, p. 29 ss., p. 51](#)).

Vedremo se i tribunali arbitrali saranno concordi nell’affermare – più o meno direttamente – il controllo *de facto* della Crimea da parte della Federazione russa, con la conseguenza, tuttavia, di contribuire gradualmente per questa via al consolidamento delle pretese di sovranità di quest’ultima sulla Penisola.

SARA DE VIDO