

I Centri BRICS di Risoluzione delle Controversie: stato dell'arte e sfide future

di MARTA BONO

Introduzione

Con l'acronimo BRICS si fa riferimento ad una piattaforma di cooperazione caratterizzata da una fitta rete di collaborazioni a più livelli, dalla società civile ai capi di Stato di Brasile, Russia, India Cina e Sudafrica. Gli scopi perseguiti dal gruppo hanno una duplice natura essendo al tempo stesso sia integrativi – che mirano cioè a rinsaldare l'intesa e la cooperazione tra i Paesi BRICS – sia orientati al rafforzamento della cooperazione esterna, e cioè volta alla realizzazione di scopi comuni nell'arena della politica internazionale. Primo tra tutti, quello di migliorare il ruolo che le cinque economie BRICS occupano attualmente nell'ambito della governance globale; un ruolo che dovrebbe finalmente riflettere il loro acquisito peso economico e finanziario. All'interno delle più importanti organizzazioni internazionali quali il Fondo Monetario Internazionale o la Banca Mondiale, i Paesi BRICS continuano, infatti, ad occupare una posizione marginale, che non tiene assolutamente conto degli importanti cambiamenti avvenuti nelle rispettive economie dagli anni del secondo dopoguerra ad oggi, e di cui i BRICS chiedono una riforma già dal loro primo incontro a Ekaterinburg nel 2009¹.

¹ Si veda a tal proposito da Dichiarazione Congiunta di Ekaterinburg rilasciata a termine del primo Summit BRICS tenutosi nel 2009, ai punti 3 e 4.

Il meccanismo di cooperazione BRICS, che ha ormai una storia più che decennale, ha dimostrato una certa resilienza, non solo verso eventi globali avversi, ma anche nei confronti di turbolenze interne che pure si sono verificate negli ultimi anni – soprattutto tra Cina e India -riuscendo a tenere distinte le relazioni economiche multilaterali, instaurate in seno al gruppo, da quelle bilaterali puramente politiche.

Un network² così eterogeneo come i BRICS riesce a cooperare e prosperare grazie all'implementazione di una strategia che mira ad esaltare i punti di contatto e di connessione tra i suoi membri, arricchendosi di un continuo flusso di scambio di conoscenze, competenze, *best practices* e *know-how*, facendo tesoro delle diversità legate ai differenti *background* legali, culturali e politici che caratterizzano i suoi Stati membri, dando così rilievo ai motivi che li spingono ad aggregarsi, piuttosto che a quelli che potrebbero minarne la coesione interna³.

Tra le ormai assai vaste aree di cooperazione tra i Paesi appartenenti al gruppo BRICS, la cooperazione in ambito finanziario, monetario, economico e commerciale occupa sicuramente una posizione privilegiata⁴. Il commercio *intra-BRICS* è infatti quasi triplicato nell'ultimo decennio, sostenuto da un aumento

² Sulla definizione del BRICS come “legal network” si vedano L. Scaffardi, (2014): *BRICS, a Multi-Centre “Legal Network?”*, 5 *Beijing Law Review* 140; L. Scaffardi, (2012): *Pensare l'impossibile: BRICS, tra miraggio e realtà*, in L. Scaffardi (a cura di) in “BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato” (Giappichelli Editore); M. Carducci, (2013): *Il BRICS Come “Legal Network” e le sue implicazioni costituzionali* in “Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante” (Edizioni Scientifiche Italiane); G. Formici, (2019): *The role of the BRICS group in the international arena: a legal network under construction*, 4 *Third World Thematics: A TWQ Journal* <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/23802014.2019.1650391>

³ Vedi A. F. Cooper, A. B. Farooq, (2013): *BRICS and the Privileging of Informality in Global Governance* 4 *Global Policy* 428

⁴ Ciò è dimostrato, ad esempio, dal programma strategico *Economic Partnership 2025*. Tali Partenariati rappresentano un momento tipico nella cooperazione BRICS. Si tratta, infatti, di documenti che definiscono i parametri di riferimento a lungo termine, di natura generale e settoriale, utili per rafforzare la crescita economica e aumentare il livello di competitività delle economie BRICS sulla scena internazionale.

del commercio intra-regionale per tutti i Paesi membri. Grazie ai loro notevoli ed influenti progressi nella promozione delle monete locali (per scopi di de-dollarizzazione)⁵, degli Investimenti Diretti all'Estero (IDE) e del commercio regionale, le economie BRICS sono emerse e hanno conquistato un loro spazio nel XXI secolo.

D'altro canto, è anche vero che i grandi mercati del blocco BRICS non hanno ancora realizzato appieno il loro potenziale. Di conseguenza, l'integrazione commerciale tra i cinque Paesi potrà senza dubbio raggiungere tassi più elevati in futuro. I governi BRICS hanno istituito una serie di iniziative proprio al fine di individuare ulteriori modi per aumentare il volume del commercio *intra-BRICS*. Si tratta, nello specifico, di una serie di incontri su base regolare che intercorrono tra i ministri del commercio dei BRICS e tra le Autorità Garanti della Concorrenza, e dell'istituzione di importanti forum, tra cui il *BRICS Business Forum* e il *BRICS Business Council*.

In una prospettiva in cui i flussi commerciali e finanziari tra i Paesi BRICS sono destinati ad aumentare costantemente nel tempo, sarà inevitabile dover fare i conti con l'insorgere di controversie e predisporre di conseguenza un meccanismo per la loro risoluzione, idoneo a soddisfare le esigenze delle parti litiganti. A tal proposito, il Ministro delle finanze indiano *Arun Jaitley*, intervenendo alla conferenza "L'arbitrato internazionale nei BRICS", organizzata nel 2016 dal Ministero delle finanze, dalla Federazione delle Camere di Commercio e Industria indiane (*Federation of Indian Chambers of Commerce & Industry- FICCI*) e dal Consi-

⁵ Si pensi, in proposito, all'impegno della Banca fondata dai BRICS, la *New Development Bank*, ad utilizzare i finanziamenti in valuta locale piuttosto che affidarsi esclusivamente al dollaro statunitense; o ancora, l'impegno dei BRICS ad utilizzare le monete locali negli scambi commerciali che intercorrono tra di loro. Per uno studio approfondito sui metodi di de-dollarizzazione messi in atto dai BRICS si veda Liu, Z. , & Papa, M. (2022): . *Can BRICS De-dollarize the Global Financial System?* (Elements in the Economics of Emerging Markets), Cambridge University Press. doi:10.1017/9781009029544

glio Indiano dell'Arbitrato, ha affermato che “i Paesi BRICS dovrebbero sviluppare un proprio meccanismo di arbitrato per ridurre la dipendenza dai centri di risoluzione delle controversie nei Paesi sviluppati. Tale meccanismo sarà necessario con la crescita del commercio tra le economie di Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica”, poiché i BRICS “si trovano in una posizione unica nel panorama economico e devono tener conto delle loro caratteristiche peculiari nell'interazione con l'economia internazionale”⁶.

Diventa allora imperativo riflettere su quali tipologie di controversie possono svilupparsi in ambito BRICS, quale la natura dei soggetti coinvolti, e come tali dispute siano state tradizionalmente risolte al fine di migliorare l'offerta degli strumenti preposti alla risoluzione delle controversie *intra* e *infra-BRICS*. La riflessione svolta nel presente saggio riguarda proprio le motivazioni che spiegano l'esigenza di prevedere la costituzione dei Centri BRICS di risoluzione delle controversie, insieme all'individuazione delle specifiche esigenze delle nazioni BRICS che, per le loro singolari caratteristiche, non hanno trovato sufficiente riscontro all'interno del panorama internazionale di risoluzione delle controversie; nonché i risvolti politici che potrebbero associarsi alla creazione di un sistema di composizione delle controversie originale BRICS, principalmente in termini di *spill-over* sui Paesi appartenenti al Sud del Mondo, di cui il BRICS sembra essere il naturale punto di riferimento.

Dal 2015, il *BRICS Legal Forum*⁷ si occupa di promuovere e

⁶ Pinky Anand, *International Arbitration in BRICS*, Book of Abstract 2018 V BRICS Legal Forum, Cape Town, South Africa 23 – 24 August 2018, pp. 28-53.

⁷ Il *BRICS Legal Forum* è una piattaforma di dialogo istituita nel 2014 a Brasilia. Al decimo vertice BRICS di Johannesburg nel 2018, il Legal Forum è stato incluso tra gli incontri formali e settoriali del Gruppo con l'obiettivo di essere uno strumento di cooperazione giuridica a lungo termine per i Paesi BRICS. Il Legal Forum mira a promuovere l'integrazione tra i Paesi BRICS e a realizzare investimenti infrastrutturali che consentano uno sviluppo giuridico ed economico integrato. Esso apre la strada al raggiungimento degli obiettivi dei BRICS attraverso principi giuridici appropriati, l'applicazione di procedure decisionali internazionali e meccanismi di risoluzione

realizzare l'ambizioso progetto di istituire dei Centri di risoluzione delle controversie dedicati ai BRICS, con sedi in ciascun Stato membro. Il primo di tali centri è stato istituito nel 2015 all'interno della *Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission* ed è stato creato con il sostegno della *China Law Society* e di altri membri della comunità giuridica dei BRICS. Il secondo, denominato *New Delhi International Centre of Dispute Resolution of BRICS countries and other developing economies* è stato invece istituito a Nuova Delhi nel 2016⁸. Assumono dunque particolare rilevanza all'interno del presente saggio, l'analisi e la discussione sull'architettura che sosterrà il sistema di creazione di tali Centri, riguardo alla tipologia di servizi che saranno offerti e alle relative strategie di cooperazione, non solo a livello di Stati BRICS ma anche e soprattutto al livello dei Centri stessi, disposti all'interno dei cinque Paesi. Infine, il saggio valuterà le sfide che tali Centri dovranno affrontare e superare per operare correttamente, raggiungere il loro obiettivo e avere successo in un mercato già fortemente dominato da diverse e consolidate istituzioni di risoluzione delle controversie.

Un nuovo polo non occidentale si affaccia sull'arena mondiale della composizione delle dispute: riusciranno i BRICS a portare a termine con successo questo ambizioso progetto?

Perché i Centri BRICS di risoluzione delle controversie?

L'insorgere di controversie è inevitabile nelle transazioni internazionali. Aspettative commerciali diverse, difficoltà linguistiche, esperienze culturali e tradizioni giuridiche distanti tra

delle controversie. Si veda in proposito la sezione I. Obiettivi e III. Visione, Missione e Strategia (punti 1 e 2) della Dichiarazione di Brasilia rilasciata al termine della prima Conferenza del Forum, consultabile all'indirizzo <https://www.bricslegalforum.org/wp-content/uploads/2019/05/BRASILIA-DECLARATION-1st-Forum.pdf>

⁸ Vedi Dichiarazione di Nuova Delhi, III BRICS Legal Forum, 2016.

loro, possono tutte in egual modo costituire potenziali cause di disaccordo tra le parti⁹. Ciò è particolarmente vero se si guarda ai BRICS, cinque Paesi con tradizioni e sistemi giuridici estremamente disomogenei. Si tratta, infatti, di sistemi che – volendo azzardare una classificazione – possono dirsi di *civil law* per il Brasile e la Russia (anche se, nel caso russo, il passato socialista del Paese continua ad influenzare il suo moderno sistema giuridico); la Cina è un sistema misto che rivela al suo interno tratti sia di *civil law* sia di diritto di stampo socialista che di diritto tradizionale, legato alla sua storia millenaria; il Sudafrica è anch'esso un sistema misto, in cui si combinano elementi di *civil law* e di *common law*; ed in ultimo l'India, un sistema complesso, frutto di un mix tra *common law*, diritto islamico e diritto tradizionale¹⁰.

Alla luce della assai variegata situazione appena descritta, acuita dal fatto che le lingue in uso nei cinque Paesi sono eterogenee e complesse, è pienamente intuibile che fraintendimenti linguistici, – magari legati ad errori di traduzione – e malintesi giuridici, non tarderanno a verificarsi¹¹. Pertanto, gli investitori e partner com-

⁹ Loukas A. Mistelis (2004): *International arbitration – corporate attitudes and practices. 12 perceptions tested: myths, data and analysis research report*, 15 American Review of International Arbitration 525–591.

¹⁰ La classificazione qui offerta ricalca quella proposta dall'Università di Ottawa Juri Globe, consultabile al sito <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/index-syst.php>. Piuttosto che adottare l'interpretazione secondo cui i sistemi giuridici misti siano tali in quanto rappresentano una miscela esclusivamente di *civil law* e *common law* (adottata da Palmer 2010), il Juri Globe dell'Università di Ottawa abbraccia una nozione chiaramente più ampia di giurisdizioni miste, come quella sostenuta da Örcü (2010). Sulla classificazione dei sistemi misti di veda VV. Palmer (2010) *Two rival theories of mixed legal systems*, in: Örcü E (ed) “Mixed legal systems at new frontiers”, Wildy, Simmonds & Hill, London, pp 19–52; Örcü E (2010): *General introduction. Mixed legal systems at new frontiers*, in: Örcü E (ed) “Mixed legal systems at new frontiers”. Wildy, Simmonds & Hill, London, pp 1–18. Sul dibattito si veda anche J. E. du Plessis (2019) *Comparative law and the study of mixed legal systems*, in: Reimann M, Zimmermann R (eds) “The Oxford handbook of comparative law”, 2nd edn. OUP, Oxford, pp. 474–501.

¹¹ Istituzioni come il *BRICS Legal Forum* o il *BRICS Law Institute* nascono proprio dall'esigenza di migliorare la comprensione reciproca tra i Paesi membri in merito al

mercials che operano sotto l'egida dei BRICS dovranno poter far affidamento su un meccanismo di risoluzione delle controversie autenticamente neutrale, flessibile e affidabile in grado di garantire una risoluzione delle dispute che risulti efficiente e congrua alle esigenze delle parti, anche in termini di tempi e (soprattutto) di costi. La relazione commerciale tra le parti litiganti non potrà che trarre vantaggio dall'utilizzo di un metodo di risoluzione delle dispute che non sia strettamente oppositivo e antagonistico, e che, proprio come l'arbitrato o la mediazione, eviti uno scontro diretto tra le parti, favorendo la ripresa e la continuazione della partnership che potrà così perdurare nel tempo. Ciò assume speciale rilevanza all'interno della più ampia riflessione che riguarda la cooperazione a lungo termine dei BRICS la quale mira a creare una comunità pacifica, prospera e unita¹².

In realtà, a livello generale, è già ben consolidata la tendenza delle parti, specialmente nelle relazioni commerciali internazionali e negli investimenti esteri, a non ricorrere ai tribunali statali e alla legislazione nazionale, ma a demandare la risoluzione di eventuali controversie ad istituzioni arbitrali¹³. Lo stesso vale per i Paesi che compongono il gruppo BRICS. Il dato è stato confermato da un recente studio sul diritto dei contratti nei Paesi BRICS, da cui emerge che “con riferimento alla risoluzione delle controversie contrattuali, l'arbitrato è lo strumento più utilizzato”¹⁴, riflettendo in tal senso la pratica degli operatori com-

sistema giuridico, promuovendo la cooperazione e il coordinamento ma proteggendo, allo stesso tempo, la diversità della cultura giuridica nei rispettivi Paesi.

¹² “To construct a harmonious world with ever-lasting peace and common prosperity”, Dichiarazione congiunta di Brasilia, II BRIC Summit, 2010, punto 5.

¹³ Si veda in proposito S. Macaulay (1963) *Non-contractual relations in business: a preliminary study*. *Am Sociol Rev* 28, 55–67; Milgrom PR, North DC, Weingast BR (1990) *The role of institutions in the revival of trade: the law merchant, private judges, and the champagne fairs*. *Econ Pol* 2, 1–23; M. Bussani (2019) *Strangers in the law: lawyers' law and the other legal dimensions*. *Cardozo Law Rev* 40:3125–3184.

¹⁴ Si veda S. Mancuso, M. Bussani (eds) (2022): *The Principles of BRICS contract law, A Comparative Study of General Principles Governing International Commercial Contracts in the BRICS Countries*, (IUSGENT, volume 102), Springer, p. 360.

merciali e soci in affari appartenenti ai Paesi BRICS di preferire la giustizia alternativa a quella tradizionale delle corti statali.

Ciò che merita un'indagine specifica riguarda, quindi, le ragioni che hanno indotto accademici, esperti e professionisti, che appartengono ed operano nei Paesi BRICS, a prendere in considerazione l'idea di creare un nuovo centro di risoluzione delle controversie, specificamente preposto alla composizione delle dispute e parti litiganti BRICS.

La scena internazionale è infatti già abbondantemente dominata da istituzioni arbitrali che offrono servizi di risoluzione delle controversie sia in materia commerciale che degli investimenti. Tra le istituzioni più autorevoli a cui si fa maggiormente ricorso si menzionano la Camera di Commercio Internazionale (ICC) che ha sedi in diverse parti del mondo, inclusi i Paesi BRICS¹⁵; la Corte di Arbitrato Internazionale di Londra; l'Istituto di Arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma; l'Associazione America dell'Arbitrato; il Centro di Arbitrato Internazionale di Hong Kong; il Centro di Arbitrato Internazionale di Singapore; ed infine, il Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie sugli Investimenti (*International Center for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) uno dei principali centri di riferimento per la risoluzione di dispute in materia di investimenti. Non meno importante è il meccanismo di risoluzione delle controversie in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)¹⁶. Si tratta, tuttavia, di un sistema che potremmo definire di tipo "Stato-centrico", dove gli attori legittimati a prendere parte ai procedimenti davanti il *Dispute Settlement*

¹⁵ L'elenco dei Paesi presso i quali la ICC ha sedi e svolge le proprie attività è consultabile al seguente indirizzo <https://iccwbo.org/national-committees/>.

¹⁶ L'Organizzazione mondiale del commercio è un'organizzazione internazionale istituita con lo scopo di regolare le relazioni commerciali esistenti tra gli Stati in vari settori del commercio, al fine di garantire l'equilibrio e la stabilità del mercato mondiale e promuovere lo sviluppo comune dei suoi membri.

Body sono esclusivamente gli Stati facenti parte dell'organizzazione¹⁷. Ciò significa che le imprese e gli operatori del commercio di un Paese membro non potranno presentare direttamente un reclamo contro un altro Paese membro, ma possono solo persuadere il proprio governo a farlo per loro. Seguendo questo meccanismo, le imprese dovrebbero fare richiesta ai propri governi di intervenire diplomaticamente in Paesi stranieri, aprendo così la strada a un conflitto tra Stati che, soprattutto nel contesto dei BRICS, dove le relazioni politiche tra alcuni dei suoi membri sono già abbastanza fragili, dovrebbe essere debitamente evitato. Mentre, quindi, il funzionamento complessivo dell'OMC conferisce un ruolo rilevante, se non preminente, alla forza politica e alle capacità diplomatiche di ciascuno Stato, il sistema ICSID, ad esempio, permette il confronto diretto tra uno Stato ed un investitore privato, depoliticizzando totalmente la controversia¹⁸. In linea di principio, dunque, l'ICSID offre un foro più neutrale e favorisce un contatto diretto tra le parti. Eppure, come si vedrà, ICSID e la sua amministrazione hanno generato scontento nei Paesi BRICS e, più in generale, tale scontento è stato lamentato dai Paesi in via di sviluppo, i quali hanno infatti messo in discussione l'autentica neutralità del foro, come anche quella dei fori arbitrali più "occidentali" su richiamati.

L'idea di istituire un sistema specializzato dedicato alle controversie *intra-BRICS*, infatti, deriva principalmente dalle diverse critiche dirette al quadro esistente di risoluzione delle controversie commerciali e di investimento, emerse in

¹⁷ Vedi *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute* (Dispute Settlement Understanding – DSU), art. 3. Vedi anche la pronuncia dell'*Appellate Body* in *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (US-Shrimps), WT/DS58/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 October 1998, para. 101.

¹⁸ Sulla depoliticizzazione della Convenzione ICSID si veda Shihata Ibrahim (1986): *"Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA*, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, vol. 1. .

particolar modo a seguito della conferenza di Nuova Delhi su *International Arbitration in BRICS: Challenges, Opportunities and Road Ahead* (in seguito la “Conferenza”) ospitata nel 2016 dal governo indiano, in collaborazione con il Consiglio Indiano di Arbitrato (ICA) e la Federazione delle Camere di Commercio e Industria indiane (FICCI). La conferenza è stata promossa dal governo indiano nello spirito del tema della presidenza indiana dei BRICS per il 2016 e cioè *Building Responsive, Inclusive & Collective Solutions*, volto a promuovere, tra l’altro, nuovi meccanismi di cooperazione per i Paesi BRICS. Lo scopo della Conferenza era quello di discutere della necessità di sviluppare e stabilire un meccanismo di arbitrato internazionale efficiente ed efficace per gli Stati membri del coordinamento BRICS.

Per la maggior parte, come già accennato, la Conferenza ha segnalato un grande malcontento tra i BRICS rispetto al modo in cui l’arbitrato internazionale era stato fino ad allora amministrato dai più prominenti ed “occidentalizzati” centri arbitrali. A tal proposito sono emersi molti aspetti interessanti e per certi versi inattesi.

Sebbene uno degli aspetti più acclamati ed apprezzati dell’arbitrato internazionale sia la sua neutralità, gli esperti dei BRICS (come anche, e soprattutto, i rappresentanti del governo indiano) hanno sollevato severe osservazioni in merito alla parzialità dei tribunali arbitrali esistenti, e lamentato un presunto “*regime bias*”¹⁹ nei confronti delle economie in via di sviluppo. Tali preoccupanti pregiudizi sono stati rilevati soprattutto nell’ambito

¹⁹ Secondo quanto riportato dal procuratore generale indiano *Pinky Anand* durante la Conferenza, gli studiosi hanno definito *Regime Bias* (che potremmo tradurre come “Pregiudizio di regime”) il modo in cui le regole del commercio, degli scambi e degli investimenti internazionali sono elaborate, interpretate, applicate e giudicate tra i Paesi in via di sviluppo e quelli sviluppati, da un’agenzia amministrativa o da un organo giudiziario nazionale o da un tribunale internazionale. Si veda P. Anand (2018): *International Arbitration in BRICS*, Book of Abstract 2018 V BRICS Legal Forum, Cape Town, South Africa 23 – 24 August 2018, pp. 28-53.

dell'arbitrato degli investimenti e le esperienze indiane nei casi di arbitrato *Dabhol Power Project*²⁰ e *White Industries*²¹ (2005; 2010) hanno dimostrato, a detta del procuratore generale indiano *Pinky Anand*, come tale sistema di arbitrato, spesso, non tenga conto degli specifici interessi pubblici perseguiti dai Paesi in via di sviluppo, manifestando così il doppio standard dell'ordine economico mondiale²².

Durante la Conferenza, *Anand* ha espresso parole dure nei confronti dell'operato degli arbitri insinuando che “esiste ancora un pregiudizio diffuso da parte di molti occidentali nel ritenere che le culture del terzo mondo e i loro cittadini siano inferiori e meno intelligenti dei loro connazionali o della loro razza. Un arbitro occidentale darà maggior credito a un testimone occidentale piuttosto che a uno asiatico, nonostante il testimone locale sia considerato un esperto nel suo campo”²³. *Anand* ha inoltre affermato che “gli arbitri occidentali, nella loro arroganza, non hanno alcun rispetto per le leggi dei Paesi non occidentali e spesso tendono ad ignorare completamente la legge scelta dalle parti o, peggio, a considerarla priva di significato”²⁴. Si tratta senz'altro di accuse forti che dovrebbero essere debitamente provate, ma la sola allegazione la dice lunga sull'opinione che parti non occidentali hanno dell'arbitrato; specialmente, vale la pena ribadirlo, nel caso di arbitrato degli investimenti, in cui spesso l'investitore privato si confronta con lo Stato e, certamente, gli

²⁰ Vedi *American Arbitration Association, International Centre for Dispute Resolution*, AAA Case No. 50 T195 00509 02 consultabile all'indirizzo https://www.dfc.gov/sites/default/files/2019-08/2294171_1.pdf.

²¹ *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award (30 November 2011) consultabile all'indirizzo <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>. Trattandosi di un caso complesso, si rimanda a Nacimiento P, Lange S. (2012): *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 27, Issue 2, 2012, Pages 274–280, per un'analisi più approfondita.

²² Si veda P. Anand nota 6.

²³ Op. cit, p. 48.

²⁴ Op. cit, p. 49.

interessi di cui i soggetti si fanno portatori – privati da un lato e pubblici dall’altro – sono opposti e non conciliabili.

Un ulteriore punto a sfavore dell’attuale sistema di arbitrato internazionale riguarda l’iniqua rappresentanza degli arbitri nei collegi arbitrali, che ancora una volta si traduce in una mancanza di empatia e di considerazione rispetto alle condizioni socioeconomiche prevalenti nei Paesi in via di sviluppo da parte degli arbitri occidentali, e non solo. A confermare quanto appena detto, anche accademici, esperti e professionisti del settore, di provenienza occidentale, hanno ammesso e segnalato la mancanza di una più adeguata articolazione della rappresentanza degli arbitri nelle liste arbitrali e il prevalere di una situazione fortemente disomogenea, non rappresentativa delle diversità²⁵. Di fatto, la comunità degli arbitri internazionali è stata storicamente, e in gran parte rimane, relativamente compatta, univoca e difficile da penetrare.

Si tratta di un aspetto dell’arbitrato particolarmente sensibile che, specialmente negli ultimi anni, ha attratto la dovuta attenzione, poiché la diversità, innanzitutto, migliora la qualità del procedimento, fornendo prospettive ed esperienze alternative che contribuiscono al miglioramento del processo decisionale e non solo. Le parti hanno, di fatti, il *diritto* di nominare degli ar-

²⁵ Si veda un recente il lavoro Colombo Giorgio, Karton Joshua, Balcerzak Filip, and Ali Shahla (eds) *Sustainable Diversity in International Arbitration* (2022), in (Edward Elgar) che considera la diversità all’interno dell’arbitrato internazionale in tutte le sue forme – sia essa demografica, giuridica, culturale o filosofica – e indaga su come sviluppare al meglio un ordinamento arbitrale internazionale che non sia solo tollerante nei confronti della diversità, ma che sostenga e promuova la diversità di concerto con pratiche armonizzate. Vale la pena riportare qui anche la ormai famosa “Promessa Africana” proposta da avvocati, arbitri, professori e altri professionisti proprio in relazione alla sottorappresentazione degli africani nei tribunali arbitrali internazionali, con lo scopo di promuovere la diversità e l’inclusività nell’arbitrato internazionale, migliorando il profilo e la rappresentanza degli arbitri africani e aumentando le nomine di arbitri africani, soprattutto quando le controversie hanno un legame con l’Africa. Per ulteriori informazioni sul tema si rimanda all’indirizzo <https://researcharbitrationafrica.com/the-african-promise/>.

bitri che possano essere empatici e comprensivi rispetto al loro punto di vista e decidere esse stesse quali caratteristiche debba possedere l'“arbitro ideale” per essere scelto e abbinato alla risoluzione del proprio caso. Considerato che le parti di un arbitrato internazionale sono per definizione *diverse* – nella nazionalità, cultura, origini, lingua, valori, interessi economici etc...– allo stesso modo deve esistere un più ampio e diversificato *pool* di arbitri, tra cui le parti possano scegliere in base alle proprie preferenze. Presumibilmente, la scelta protenderà verso chi rispecchia tratti a loro più vicini. Tuttavia, se guardando alla rosa delle liste arbitrali, le parti non si riuscissero a riscontrare in nessuno degli arbitri proposti quella empatia e affinità che ricercano, allora verrebbero private della loro autonomia, nonché del loro diritto di nominare un arbitro di loro scelta, che poi è una delle caratteristiche fondamentali dell'arbitrato. Ancor peggio, se solo *una* delle parti si trovasse in una simile situazione, non si tratterebbe soltanto di un problema etico di ingiustizia, ma ancora una volta di una violazione della neutralità che l'arbitrato dovrebbe assicurare. Per questo motivo, la mancanza di diversità nell'articolazione delle rappresentanze minaccia il giusto processo nell'arbitrato, sia in termini di parità di accesso ad arbitri empatici, sia per quanto riguarda il modo in cui gli arbitri comprendono e giudicano la condotta delle parti²⁶. Tutto ciò non può che minare alla legittimità complessiva dell'arbitrato internazionale, contribuendo pesantemente a far nascere la necessità di creare un centro BRICS che garantisca maggiore imparzialità e regole più eque, un centro che sia più vicino alle esigenze di quei Paesi che, danneggiati e poco rappresentati nel panorama internazionale, creerebbero, gestirebbero e utilizzerebbero il centro stesso.

²⁶ Vedi Karton J. , *Diversity in Four Dimensions: Conceptualizing Diversity in International Arbitration*, (2022) in Giorgio Colombo, Joshua Karton, Filip Balcerzak, and Shahla Ali, eds, *Sustainable Diversity in International Arbitration* (Edward Elgar); vedi anche Karton J. (2013): *The culture of Commercial Arbitration and the evolution of contract law* (Oxford UP).

Un altro aspetto preoccupante, che riguarda ancora una volta maggiormente l'arbitrato degli investimenti, concerne i suoi costi. Infatti, le spese che le parti devono sostenere (compresi gli onorari e le spese degli avvocati, le spese relative alle prove dei testimoni, degli esperti e altri costi) costituiscono la maggior parte (secondo alcuni studi, in media l'83%) dei costi complessivi del procedimento²⁷. Gli arbitrati in materia di investimento riguardano generalmente dei trattati (bilaterali o multilaterali) stipulati tra un investitore privato e uno Stato; si tratta infatti di accordi "ibridi" a metà tra la sfera pubblica e quella privata. Ma se gli investitori sono, in genere, conglomerati con ampia disponibilità di denaro, perfettamente in grado di affrontare una spesa importante come quella richiesta da un arbitrato degli investimenti, uno Stato non si trova sempre nelle condizioni di poter sostenere tali ingenti spese. In vero, l'alto costo dell'arbitrato internazionale mette a dura prova la spesa pubblica, specialmente nei Paesi emergenti e in via di sviluppo, dove il reddito pro-capite è basso e in cui i fondi pubblici potrebbero sicuramente trovare migliore collocazione. Peraltro, alla parte soccombente, che spesso è appunto lo Stato (come accaduto nei casi di arbitrato indiano prima richiamati)²⁸, potrebbero essere necessari degli anni per recuperare i costi di un arbitrato di investimento, sempre ammesso che ciò sia possibile. Un centro di arbitrato degli investimenti che tenga diligentemente conto di tali condizioni, potrebbe essere più incline ad adottare tariffe più favorevoli nei confronti dei Paesi emergenti, quantificare i danni avendo riguardo delle prevalenti situazioni socioeconomiche del Paese coinvolto, e a respingere in modo sommario le richieste di risarcimento futili da parte degli investitori, rendendosi così più accessibile e meno costoso.

Le ragioni fin qui esposte spiegano, a grandi linee, perché le comunità giuridiche dei BRICS abbiano iniziato a riflettere

²⁷ Si veda P. Anand nota 6.

²⁸ Vedi *infra* note 20 e 21.

sull'idea di istituire un nuovo centro dedicato alla risoluzione delle controversie tra i Paesi membri. In sintesi, il panorama arbitrale si è presentato ai BRICS come parziale, dispendioso e fortemente sottorappresentato dai Paesi emergenti e in via di sviluppo. È dunque emersa una chiara necessità di riforma, in particolare per quanto riguarda l'attuale meccanismo di arbitrato investitore-Stato, sia nell'ambito del "Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie sugli Investimenti", che dei trattati bilaterali sugli investimenti, per tenere conto delle circostanze e delle sfide uniche a cui devono sottostare le economie emergenti.

In fin dei conti, dunque, la proposta di creare un proprio centro arbitrale altro non è che un ulteriore segnale di insoddisfazione dei Paesi BRICS nei confronti dell'attuale assetto istituzionale internazionale. Per di più, l'istituzione di un centro BRICS ha anche delle importanti conseguenze di tipo politico, poiché la risoluzione delle controversie commerciali che sorgono tra i BRICS – e poi potenzialmente tra BRICS e i Paesi a basso reddito – in modo economicamente vantaggioso, rafforzerà e potenzierà la posizione dei BRICS come leader del nuovo ordine economico.

La nascita dei Centri BRICS di risoluzione delle controversie

Il *Legal Forum* ha svolto un ruolo proattivo nel proporre la creazione di un meccanismo comune di risoluzione delle controversie, prima, e nell'istituire gli stessi Centri BRICS, poi. D'altronde, uno dei principali scopi del *Legal Forum* è quello di contribuire allo sviluppo di un quadro giuridico e politico favorevole alla crescita delle imprese e del commercio nei Paesi BRICS, garantendo così maggiori opportunità di investimento, scambio e occupazione²⁹. Una migliore risoluzione delle controversie contribuisce a migliorare il clima imprenditoriale e dun-

²⁹ Vedi la Dichiarazione di Brasilia del *Legal Forum*, 2014.

que anche a realizzare quegli obiettivi di cooperazione economica, finanziaria e commerciale di cui i BRICS, e di riflesso il *Legal Forum*, si fanno portatori.

Fu proprio in occasione del secondo *Legal Forum*, tenutosi nell'ottobre 2015 a Shanghai, che fu deciso di istituire il "Centro di Shanghai per la risoluzione delle controversie BRICS" (*Shanghai Centre for BRICS Dispute Settlement*), in ragione dello sviluppo delle relazioni economiche tra i cinque Paesi che, come precisato nella Dichiarazione di Shanghai rilasciata a termine dell'incontro, ha reso necessario predisporre un meccanismo equo, efficiente e che rispecchi le caratteristiche BRICS per risolvere le crescenti controversie transfrontaliere³⁰. Il Centro, collocato all'interno della *Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (SHIAC)*, la quale opera ormai da molti anni come istituzione arbitrale, offre servizi arbitrali ed è stato creato con il sostegno della *China Law Society* e di altri membri della comunità giuridica dei BRICS. Seguendo il suggerimento indiano, il Centro avrebbe dovuto avere un'ampia giurisdizione, ed essere competente a risolvere sia le controversie in materia commerciale che quelle riguardanti gli investimenti, le quali, come si accennava, coinvolgono sia gli investitori privati che gli Stati³¹. Il dato non sorprende affatto, se si considerano le critiche già menzionate circa la mancanza di neutralità, la sottorappresentanza degli arbitri appartenenti ai Paesi in via di sviluppo nelle liste arbitrali e l'eccessiva onerosità che, secondo i BRICS, caratterizzerebbero l'arbitrato internazionale in generale e l'arbitrato degli investimenti in particolare. Tuttavia, pare che al momento il Centro BRICS di Shanghai sia competente esclusi-

³⁰ Vedi punto 8 della Dichiarazione di Shanghai rilasciata a termine del secondo *Legal Forum* del 2015, consultabile all'indirizzo <https://www.brics.unipr.it/wedit/uploads/contenuti/95/2015-legal-forum-declaration.pdf>.

³¹ Vedi F. Dias Simões (2017): *A Dispute Resolution Centre for the BRICS?*, in Rostam J. Neuwirth, Alexandr Svetlicinii and Denis de Castro Halis (eds.), "The BRICS-Lawyers' Guide to Global Cooperation" (Cambridge University Press, pp. 287-308).

vamente a risolvere controversie di tipo commerciale tra le parti litiganti BRICS, e non già anche in materia di investimenti.

Quando l'iniziativa di Shanghai era ancora alle primissime fasi di sperimentazione, il terzo *BRICS Legal Forum* tenutosi a Nuova Delhi nel settembre del 2016, ha registrato la creazione di un nuovo Centro denominato *International Centre of Dispute Resolution of BRICS and other developing economies*³² stabilito proprio a Nuova Delhi. Già durante tale terzo incontro del *Legal Forum* si è prospettata l'istituzione di nuovi centri arbitrati anche in Brasile, Russia e Sud Africa da "strutturare in modo da garantire opportunità e promuovere l'eccellenza all'interno dei BRICS"³³.

Purtroppo, del Centro di Nuova Delhi si sa ben poco. A differenza del Centro di Shanghai, che ha un sito web dedicato alla risoluzione delle controversie BRICS, dove è possibile consultare il modello di clausola compromissoria da inserire nel contratto, le regole istituzionali, le modalità di registrazione della causa, le tariffe e la lista degli arbitri, il Centro indiano non fornisce alcuna informazione relativa ai BRICS, né ha un sito web dedicato.

Complessivamente, il *modus operandi* del *Legal Forum* in merito alla costituzione dei Centri BRICS non sembra seguire né un disegno, né una strategia ben precisi. Non è immediatamente intuibile se il progetto iniziale prevedesse la creazione di un vero e proprio sistema BRICS di risoluzione delle dispute con succursali del primo Centro progressivamente istituite negli altri Paesi BRICS a somiglianza del suddetto Centro, ossia quello di Shanghai; oppure se i Centri siano stati pensati per essere autonomi, scollegati ed indipendenti gli uni dagli altri.

Banalmente, il dubbio deriva innanzitutto dal fatto che le denominazioni dei due Centri non corrispondono. Il Centro di Shanghai chiarisce, già dal nome, che le controversie accolte ri-

³² Vedi Dichiarazione di Nuova Delhi, *Legal Forum*, 2016.

³³ *Ibidem*.

guardano esclusivamente la realtà BRICS, mentre il Centro di Nuova Delhi si apre anche alle altre economie in via di sviluppo. Fra l'altro, all'indomani dell'istituzione del Centro di Nuova Delhi, alcuni commentatori hanno sottolineato proprio la necessità di “non duplicare gli sforzi” poiché “il Centro di Shanghai si occupa già delle controversie BRICS in materia commerciale”³⁴, prevedendo in tal senso la possibilità di dedicare il nuovo Centro di Nuova Delhi alla risoluzione delle dispute in materia di investimenti che, in un primo momento, erano state escluse *rationae materiae* dal campo di competenze del Centro di Shanghai.

Soltanto nella Dichiarazione di Cape Town del 2018 il *Legal Forum* ha messo finalmente in chiaro quale sia l'approccio che sta alla base della creazione delle istituzioni per la risoluzione delle controversie nei Paesi BRICS, e cioè quello di creare un *network* di Centri che operino all'interno dei cinque Paesi con regole e procedure arbitrali comuni, elaborate da un gruppo di esperti individuato dal *Legal Forum* stesso. Peccato, dunque, che tali basilari orientamenti siano stati approvati soltanto a tre anni dalla creazione del primo Centro di Shanghai, a conferma dell'iniziale sospetto che il progetto, in una prima fase, non fosse ben definito; resta comunque poco chiaro se i Centri debbano tutti avere le stesse competenze oppure se dovranno specializzarsi ognuno in un settore diverso. Anche per quanto riguarda l'istituzione di un Consiglio direttivo, incaricato della direzione politica dei Centri, e di un Collegio arbitrale, si è dovuta attende-

³⁴ Vedi Feris and Ripley-Evans (2016): *Challenges, opportunities and road ahead*, International Arbitration Alert, consultabile all'indirizzo <https://www.cliffedekkerhofmeyr.com/export/sites/cdh/en/news/publications/2016/dispute/downloads/International-Arbitration-Alert-1-September-2016.pdf>; Katarzyna Kaszubska (2016): *A BRICS-only arbitration forum will not be the panacea imagined*, in *The Wire*, 9 September 2016 disponibile all'indirizzo <http://thewire.in/64641/a-brics-only-arbitration-forum-will-not-be-the-panacea-they-are-hoping-for>; Fernando Dias Simões (2017): *A Dispute Resolution Centre for the BRICS?*, in Rostam J. Neuwirth, Alexandr Svetlicinii and Denis de Castro Halis (eds.), *The BRICS-Lawyers' Guide to Global Cooperation* (Cambridge University Press, p. 301.

re la Dichiarazione di Mosca del 2017 nella quale, per la prima volta, è stata messa in rilievo la proposta di creare delle regole istituzionali comuni per coordinare e fondere il funzionamento dei Centri BRICS per la risoluzione delle controversie già istituiti a Shanghai e a Nuova Delhi, e dei nuovi Centri proposti, da costituire in Brasile, Russia e Sudafrica, allo scopo di creare un quadro più ampio e organico orientato dal principio di neutralità, nell'ambito dei BRICS³⁵. Si tratta, tuttavia, di aspetti fondamentali per la creazione di un Centro di risoluzione delle controversie, che avrebbero meritato maggiore attenzione ben prima che fosse istituito il primo centro BRICS. Tra l'altro, alcuni profili attinenti alla materia sono ancora da definire. Per esempio, non è chiaro, né mai è stato precisato, cosa debba intendersi per "controversie BRICS". Cosa rende una disputa qualificabile come BRICS? La nazionalità delle parti? L'oggetto della contesa? Il luogo di performance del contratto? La natura della relazione tra le parti? E, cioè, se questa si inserisce o meno all'intero della vasta gamma di aree di cooperazione del Gruppo? Come possono le parti scegliere il Centro BRICS di risoluzione delle dispute se non sono in grado di qualificare in tal senso la loro controversia? E come devono comportarsi i Centri se fossero scelti da parti non BRICS?

Si sarebbe anche potuto chiarire anticipatamente lo scopo dei Centri BRICS di offerta dei servizi arbitrali, così da potersi proporre meglio alle parti che già si trovano davanti una estesa platea di istituzioni tra cui scegliere. Non è chiaro, ad esempio, perché si sia deciso di denominare il Centro genericamente come "Centro BRICS di risoluzione delle controversie" e non

³⁵ Si veda la Dichiarazione di Mosca del *Legal Forum*, 2017, punto 2. Si veda anche la Dichiarazione di Cape Town del 2018, ai punti 5 e 6 in cui si mette in chiaro che i nuovi Centri in Brasile, Russia e Sud Africa dovranno aderire alle Regole e Procedure stabilite dal comitato di esperti competente individuato dal *Legal Forum* (punto 5) e che il *Legal Forum* dovrà approvare le modalità per la creazione di una rete di istituzioni per la risoluzione delle controversie nei Paesi BRICS (punto 6).

già come “Centro Arbitrale BRICS” che avrebbe in partenza chiarito la portata e la tipologia di servizi che il Centro, appunto, intendeva offrire e cosa le parti potevano da questo attendersi. La risposta a quest’ultimo quesito ci perviene da una delle più recenti Dichiarazioni del *Legal Forum*, quella di Rio de Janeiro del 2019, nella quale si prospetta la possibilità di offrire anche servizi di mediazione all’interno dei Centri BRICS, e persino di stabilire un “Istituto di Risoluzione delle Dispute BRICS+” per i mercati emergenti ed economie in via di sviluppo. Per altro, la stessa Dichiarazione segnala l’urgenza di completare il progetto, ormai chiaro, di stabilire un sistema di Centri BRICS nei cinque Paesi membri³⁶.

Il Centro di Shanghai, infatti, di BRICS ha attualmente soltanto il nome. Dando un’occhiata all’elenco degli arbitri fornito dal Centro (l’unico accessibile), si può notare come questo sia ancora caratterizzato da una grande maggioranza di arbitri cinesi; gli arbitri appartenenti alle altre nazioni BRICS rappresentano un numero esiguo, ed è ancora forte la percentuale di arbitri occidentali. Non che questi ultimi debbano essere completamente esclusi, ma dovrebbero almeno rappresentare una minoranza. Il rischio, altrimenti, è che gli stessi problemi di neutralità menzionati sopra possano ripetersi. Inoltre, il Centro propone ancora alle parti le stesse regole arbitrali (piuttosto standard e molto simili a quelle tradizionalmente adottate da altre istituzioni arbitrali cinesi) della *Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission* all’interno della quale opera, fra l’altro, rigorosamente in lingua cinese. Come minimo, trattandosi del Centro *BRICS* di risoluzione delle controversie, le regole arbitrali avrebbero dovuto essere proposte nelle principali lingue ufficiali dei Paesi membri. Ancor più, in realtà, sarebbe stato auspicabile che le regole arbitrali fossero redatte al momento stesso della creazione del Centro, di con-

³⁶ Vedi Dichiarazione di Cape Town, *Legal Forum* 2019 punti 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12.

certo tra i professionisti, accademici ed esperti di tutti i Paesi del coordinamento, così da essere modellate ed elaborate sinergicamente dai loro rappresentanti tenendo conto delle esigenze ed interessi dei BRICS di cui si è discusso in precedenza. L'elaborazione delle regole arbitrali è un momento fondamentale, poiché è anche in base alle regole dell'istituzione arbitrale che le parti decidono di selezionarla³⁷.

Siamo giunti ad un punto tanto delicato quanto cruciale: i nuovi centri BRICS dovranno competere sul più ampio mercato dell'arbitrato internazionale e dovranno pertanto essere scelti dalle parti. Orbene, qual è il valore aggiunto creato dai centri BRICS per le parti in causa? Perché dovrebbero essere scelti rispetto ad altri centri, magari anche più affermati e con una salda reputazione alle spalle?

Se i centri BRICS non progrediscono nel fornire il tipo di giustizia che i loro utenti richiedono, sempre di più questi utenti si rivolgeranno altrove per risolvere le loro controversie, e tutti gli sforzi saranno risultati vani. Ciò porta alle considerazioni finali sui futuri passi che i BRICS dovrebbero compiere, sia a livello di *Legal Forum* che di cooperazione tra Capi di Stato e di governo, per garantire che i centri BRICS operino in modo efficiente, evitando qualsiasi spreco di tempo ed energie.

Le prossime tappe

Una volta avviato l'ambizioso progetto di istituire i cinque Centri BRICS di risoluzione delle controversie, ognuno con sede nei rispettivi Stati membri, diviene imperativo pianificare le tappe successive per la sua realizzazione, guardando finalmente al risolto pratico più che a quello teorico. Le Dichiarazioni del *Le-*

³⁷ Sul tema delle Regole Istituzionali e le principali caratteristiche che le rendano più appetibili si veda S. Petit (2022): *Choosing the right arbitral rules*, Norton Rose Fulbright, disponibile all'indirizzo <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/b09ea434/choosing-the-right-arbitral-rules>

gal Forum sono, infatti, colme di buoni propositi. È però giunto il momento di tradurre le idee in fatti e mettere in atto una strategia vincente che potrà portare i Centri al successo a cui possono aspirare.

Il presupposto necessario su cui tutte le scelte future dovranno basarsi, deve essere quello di concepire i Centri BRICS come componenti di un'unica e coesa agenzia internazionale di risoluzione delle controversie, per cui lo standard e la qualità dei servizi da questi offerti dovranno essere di pari livello, a prescindere dalla loro ubicazione. Ciò per perseguire una duplice finalità: innanzitutto, garantire che tutti cittadini dei BRICS abbiano in egual modo accesso agli stessi standard arbitrari, evitando in tal senso qualsiasi tipo di discriminazione; in secondo luogo, favorire la diminuzione del tasso di competizione tra i Centri BRICS all'interno del più ampio mercato dell'arbitrato internazionale, nonostante sia inevitabile che i Centri rivaleggino per aggiudicarsi il maggior numero di utenti. A tal fine, anche l'adozione delle medesime tariffe tra i Centri BRICS contribuirebbe a livellare la competizione tra i Centri. D'altronde l'arbitrato, come tutto ciò che gravita attorno ad esso, è un vero e proprio business. Proprio in relazione a questo ultimo punto, sarà anche necessario sviluppare delle strategie per rendere i Centri attrattivi e promuoverli per arrivare ai potenziali clienti. Per raggiungere tali obiettivi, armonizzazione, unità e coordinamento saranno le tre parole chiave che dovranno guidare l'implementazione del progetto.

Un ulteriore obiettivo, che si somma ai precedenti, sarà fare in modo che i nuovi Centri non presentino le stesse criticità e i difetti già riscontrati all'interno del panorama istituzionale internazionale, adoperandosi per venire incontro alle chiare esigenze delle parti litiganti BRICS, di cui in parte si è già discusso. I passi da compiere per realizzare tali aspirazioni sono molteplici, alcuni di essi verranno esposti di seguito.

Unificare le norme istituzionali dei Centri di risoluzione delle controversie dei BRICS

Per unificare gli standard dei Centri di risoluzione delle controversie dei BRICS, così da consentire alle parti di ottenere lo stesso livello di servizio indipendentemente dall'ubicazione fisica del centro, sarà necessario innanzitutto armonizzare le norme di *institution building* dei cinque Paesi³⁸. Tuttavia, i regolamenti dei BRICS sulla istituzione e l'approvazione al loro interno di organismi internazionali di risoluzione delle controversie commerciali sono notevolmente diversi. Ad esempio, a seguito della riforma russa dell'arbitrato del 2015, un'istituzione arbitrale può agire soltanto sulla base di un'autorizzazione speciale rilasciata dal governo russo. Tale autorizzazione viene concessa su raccomandazione del "Consiglio per il Miglioramento dell'Arbitrato", istituito dal Ministero della giustizia della Federazione Russa, in base al criterio della "reputazione internazionale ampiamente riconosciuta" dell'istituzione che fa richiesta di autorizzazione. Finora, soltanto quattro istituzioni arbitrali straniere hanno ottenuto l'autorizzazione a operare in Russia: il Centro arbitrale internazionale di Hong Kong, il Centro arbitrale internazionale di Vienna, la Camera di commercio internazionale e il Centro arbitrale internazionale di Singapore. Tutti i lodi emessi in procedimenti arbitrali gestiti da istituzioni prive di licenza sono considerati emessi in violazione della procedura arbitrale stabilita dalla legge federale russa sull'arbitrato³⁹, il che costituisce motivo di annullamento del lodo arbitrale⁴⁰. All'opposto, in Brasile le istituzioni arbitrali straniere sono pienamente autorizzate ad amministrare arbitrati e non è necessaria alcuna licenza speciale

³⁸ Vedi Yundong Chen (2018): *Suggestions on the Establishing Dispute Resolution Mechanism in BRICS Countries*, Book of Abstract 2018 V BRICS Legal Forum, Cape Town, South Africa 23 – 24 August 2018, pp. 54-71.

³⁹ Art. 52, par. 15 della legge federale sull'arbitrato in Russia.

⁴⁰ Art. 233, par. 4 del Codice di Procedura Civile Russo.

ai sensi della legge locale; neppure esiste un sistema di registrazione o accreditamento ufficiale per le istituzioni arbitrali, siano esse nazionali o internazionali.

La varietà degli approcci in materia richiederà senz'altro che gli esperti dei BRICS approfondiscano lo studio e lo scambio di conoscenze sulle rispettive norme di *institution building*, per giungere infine all'unificazione degli standard.

Tuttavia, non va tralasciato che nell'era della globalizzazione, dell'informatizzazione, della digitalizzazione e dell'uso comune dell'intelligenza artificiale, la costruzione delle istituzioni di risoluzione delle controversie non può non prevedere l'adozione di conoscenze, tecnologie e strumentazioni avanzate che permettano di rispondere alle necessità dettate dai tempi. D'altronde, le parti coinvolte nelle controversie commerciali internazionali sono le prime a ricercare e promuovere questo tipo di servizi. Di conseguenza, anche l'istituzione dei nuovi Centri BRICS dovrà tenere conto delle esigenze presenti e future, in modo da presentarsi attrattivi e innovativi agli utenti sulla scena internazionale.

Creare ed unificare le regole arbitrali dei Centri di risoluzione delle controversie dei BRICS

I Centri BRICS dovranno sicuramente prevedere un sistema di regole arbitrali unificato cosicché, a prescindere dal Centro prescelto, tutti i procedimenti arbitrali BRICS saranno soggetti al medesimo regime regolatorio e giuridico.

Le regole arbitrali, contenenti le disposizioni in materia di organizzazione dei procedimenti, dovrebbero essere elaborate da un gruppo di esperti provenienti dai cinque Paesi, in base alle esigenze delle parti BRICS. Una ricerca volta a determinare le preferenze delle parti, in cui siano coinvolti imprenditori commerciali e associazioni di professionisti, sarebbe opportuna per definire delle regole arbitrali in grado di riflettere e adattarsi appieno alle loro necessità ed aspettative.

I fattori da tenere in considerazione nella fase di creazione delle regole sono, infatti, molteplici: dal grado di riservatezza da applicare a procedimenti, materiali, documenti e lodi arbitrali; ai tempi massimi di risoluzione della controversia; all'importanza attribuita al risparmio sui costi; e ancora alla possibilità di predisporre un controllo preventivo sul lodo arbitrale ad opera dell'istituzione prima della sua ufficiale emissione (che solitamente consiste nel controllare che il lodo sia privo di errori formali nella scrittura dei testi). Ogni istituzione arbitrale ha le proprie distinte caratteristiche e predilezioni⁴¹. Nonostante, ad esempio, la riservatezza sia generalmente considerata uno dei più importanti vantaggi dell'arbitrato rispetto al procedimento giudiziario – che invece è per definizione pubblico – non tutte le regole delle istituzioni arbitrali, anche le più importanti, prevedono un rigoroso obbligo di riservatezza, come nel caso delle regole della Camera di Commercio Internazionale. Per questo motivo, conoscere le abitudini e le preferenze delle parti ricopre un ruolo centrale. Lo stesso vale per l'utilizzo di procedure d'urgenza volte ad offrire procedimenti accelerati in casi particolari. Tale procedimento non è previsto dalla totalità delle regole arbitrali. Ad esempio, il Regolamento del Centro Arbitrale Internazionale di Singapore del 2016, al punto 5, predispone l'utilizzo di procedure d'urgenza in cui il valore dei crediti non superi i 6 milioni di dollari; lo stesso non può dirsi delle regole della Corte Arbitrale Internazionale di Londra, la quale, tuttavia, riconosce altre modalità per accelerare i procedimenti, quando le circostanze lo consentono⁴².

Le regole dei Centri dovranno sicuramente essere flessibili e garantire l'autonomia dei litiganti, in modo da poter essere manipolate dalle parti in base alle necessità del caso. Le regole arbitrali dovranno inoltre tenere in considerazione le diverse culture

⁴¹ Born Gary B (2013): *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4th edn (Alphen an den Rijn: Kluwer Law International,), p. 57.

⁴² Vedi artt. 9Ae 9C delle Arbitral Rules 2020, London Court of International Arbitration (LCIA).

e background giuridici delle parti BRICS in causa, per garantire loro un'amministrazione del procedimento efficiente e che sia in linea con le loro aspettative (specialmente per quanto riguarda le caratteristiche della fase istruttoria)⁴³.

La fase creativa delle regole rappresenta, dunque, un momento significativo, in cui si crea l'identità dei centri BRICS. Identità in cui le parti dovranno riconoscersi affinché i Centri vincano il confronto con altre istituzionali arbitrali.

In ultimo, vale la pena ricordare che anche le legislazioni nazionali dei Paesi BRICS (in quanto *lex arbitri*) possono trovare applicazione all'interno dei procedimenti arbitrali, poiché gli arbitri, essendo privi di poteri coercitivi, potranno avere bisogno del supporto delle Corti statali, ad esempio, per l'attuazione di misure provvisorie, per l'assunzione di prove, o per la convocazione di un teste. Delle relazioni esterne tra il tribunale arbitrale e le corti statali si occupa proprio la *lex arbitri*, motivo per cui le legislazioni nazionali dei Paesi BRICS dovrebbero raggiungere un buon livello di armonizzazione. Una base solida già esiste, poiché quasi tutti i Paesi BRICS hanno elaborato o aggiornato la propria legge nazionale in materia di arbitrato ispirandosi o addirittura trasponendo il Modello di legge proposto dalla *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*. Pertanto, si suppone che gli standard procedurali siano simili, anche se sarà necessario un ulteriore lavoro di armonizzazione per le aree non pienamente definite dal Modello delle Nazioni Unite, come ad esempio per le questioni di arbitrabilità e di

⁴³ Vale la pena ricordare come il ruolo dei tribunali nella definizione del diritto, l'importanza della discussione orale, la rilevanza della prova testimoniale e il ruolo delle parti nella produzione delle prove contraddistinguono i sistemi di *common law*. Mentre i sistemi continentali o di *civil law* si fondano maggiormente sul modello del codice giuridico, sistematizzato da una specifica volontà legislativa, sulla conduzione del processo da parte del giudice, sulla natura estremamente burocratica e formale del diritto probatorio e sulla predominanza della scrittura nel processo. Sul tema si veda Elsing, J. Townsend M. (202) *Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration*, *Arbitration International*, Vol. 18, No. 1

ordine pubblico. Altrimenti, i lodi emessi dai Centri potrebbero trovare degli ostacoli al momento del loro riconoscimento ed esecuzione.

In generale, si auspica che le Corti nazionali dimostrino un atteggiamento favorevole nei confronti dell'arbitrato, e che l'entità dell'intervento giudiziario sia limitato e poco intrusivo. Alla luce di quest'ultimo punto, si chiarisce come per lo sviluppo dei Centri sarà importante garantire il coinvolgimento attivo di tutte le parti interessate, e quindi anche dei governi competenti e le loro magistrature.

Diversificare le liste arbitrali

Le liste arbitrali dei Centri BRICS dovranno innanzitutto essere costruite in modo da garantire il rispetto della neutralità, la quale, spesso, proprio come segnalato dai BRICS stessi, è venuta a mancare all'interno di istituzioni arbitrali più "occidentalizzate". A tale scopo, gli arbitri appartenenti alle cinque nazioni BRICS dovranno essere rappresentati nella stessa percentuale, a prescindere dalla collocazione geografica del Centro. La diversità potrà inoltre essere assicurata facendo in modo che gli arbitri abbiano tutti formazione, esperienze professionali, cultura giuridica e personalità diverse, ponendo in attenzione anche aspetti quali il genere e l'età⁴⁴. Bisognerà inoltre assicurarsi che i nuovi arbitri siano idonei al ruolo che andranno a ricoprire, mostrando di avere non solo le giuste competenze, ma anche di possedere le abilità necessarie ad instillare fiducia nelle parti. L'obiettivo è quello di garantire che ogni parte si senta coinvolta, in modo giusto ed equo, in un procedimento arbitrale privo di qualsiasi preconcetto e pregiudizio. In ultimo, le liste arbitrali dovrebbero

⁴⁴ International Arbitration, Colombo G. , Karton J. , Balcerzak F. , and Ali S. , eds (2022): *Sustainable Diversity in International Arbitration* (Edward Elgar 2022); vedi anche J. Karton (2013): *The culture of Commercial Arbitration and the evolution of contract law* (Oxford UP).

essere le medesime in tutti i Centri, così da ridurre ancora una volta i motivi di competizione.

Valutare l'inserimento della materia degli investimenti

Gli Stati membri dei BRICS dovrebbero valutare se la creazione delle nuove istituzioni arbitrali debba includere un meccanismo di risoluzione delle controversie in materia di investimenti e non già essere destinati esclusivamente alla risoluzione delle controversie commerciali. La questione si fa rilevante in quanto a seguito della Conferenza di Nuova Delhi del 2016 è emersa la forte esigenza di riforma del “Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie sugli Investimenti (ICSID)”. Tuttavia, è da prendere in considerazione, a questo punto, la possibilità che il Centro possa effettivamente non servire gli interessi dei BRICS in quanto economie emergenti, per cui si rende necessario predisporre un meccanismo che possa tenere conto di quei fattori specifici e condizioni socioeconomiche peculiari che più caratterizzano i Paesi in via di sviluppo⁴⁵. Fra l'altro, attualmente, dei cinque Stati membri, solo la Cina è anche membro della Convenzione sulla risoluzione delle controversie in materia di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati del 1965 (Convenzione ICSID), che ha istituito l'ICSID sotto gli auspici della Banca Mondiale. Quindi, anche la stipula di un accordo tra i Paesi BRICS potrebbe intervenire nel colmare il vuoto lasciato dalla Convenzione ICSID e di gran lunga migliorare l'efficienza del nuovo Centro in materia di investimenti creato dal Gruppo.

Armonizzare le procedure di riconoscimento ed esecuzione dei lodi

Nelle transazioni commerciali internazionali, il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo arbitrale straniero è fondamentale per la promozione del commercio e degli investimenti tra gli Stati.

⁴⁵ Alcune considerazioni in merito alle caratteristiche che un Centro BRICS degli investimenti dovrebbe avere sono state avanzate precedentemente, vedi *infra* paragrafo 2.

Tale importanza risiede nel fatto che le parti di una transazione commerciale internazionale hanno la certezza che un lodo arbitrale pronunciato in uno Stato contro una delle parti della transazione sarà riconosciuto ed eseguito dai tribunali dello Stato in cui viene richiesta l'esecuzione. Ciò è particolarmente rilevante per un gruppo come il BRICS, che ha l'obiettivo di incoraggiare ulteriori scambi e investimenti tra gli Stati membri del blocco.

Tutti i Paesi BRICS hanno sottoscritto la Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri (nota anche come "Convenzione di New York" del 1958); pertanto, in una certa misura, il riconoscimento e l'esecuzione dei reciproci lodi dovrebbe avere una base solida. Tuttavia, persistono ancora dei problemi di coesione interna che ostacolano la piena circolazione delle decisioni arbitrali tra tutti e i cinque Paesi BRICS. Innanzitutto, l'India (come anche la Cina e la Russia) ha aderito alla Convenzione di New York con "riserva di reciprocità", la quale consente agli Stati di applicare la Convenzione di New York solo ai lodi emessi nel territorio di un altro Stato contraente. Il problema consiste nel fatto che la Gazzetta ufficiale del governo indiano non riconosce che il Sudafrica abbia ratificato o aderito alla Convenzione di New York (nonostante il Sudafrica l'abbia sottoscritta il 3 maggio 1976)⁴⁶. In conseguenza di questa riserva di reciprocità da parte dell'India, qualsiasi lodo arbitrale reso in Sudafrica o clausola arbitrale che sottoponga una controversia ad arbitrato in Sudafrica non sarà eseguibile dalle corti indiane⁴⁷. Ciò, ovviamente, non può che causare un aumento dei costi transattivi per le imprese sudafricane in confronto a quelle

⁴⁶ Vedi Ferris J. (2017): *The enforcement of foreign arbitral awards amongst BRICS nations: double standards or oversight?*, *Lexology*, 29 marzo 2017, disponibile al sito <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3987c051-65b6-40d0-b232-29cdf18d78e3>.

⁴⁷ Vedi *Swiss Singapore Overseas Enterprise (Pty) Ltd contro M/V Africa Trader*, quando l'Alta Corte del Gujarat, India, (23/2005) ha rifiutato di rinviare le parti all'arbitrato in Sudafrica in quanto la Gazzetta ufficiale indiana non menzionava l'adesione del Sudafrica alla Convenzione di New York.

indiane, danneggiare le relazioni bilaterali tra i due Paesi, nonché più in generale, minare gli sforzi cooperativi del gruppo.

Anche nell'interpretazione e applicazione dei motivi di diniego di riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri, elencati all'art. V della Convenzione di New York persistono delle notevoli differenze, specialmente nella costruzione e utilizzo della difesa dell'ordine pubblico⁴⁸.

Inoltre, alcuni Paesi del gruppo, purtroppo, impiegano molto tempo nei procedimenti esecutivi con conseguenti ritardi giudiziari. Un esempio è rappresentato dalla Cina, in cui il processo di riconoscimento ed esecuzione di un lodo può durare fino a quattro anni⁴⁹.

Tali criticità incidono direttamente sulla realizzazione e sulla tutela immediata dei diritti e degli interessi delle parti, e danneggiano indirettamente l'efficacia dei lodi arbitrali, nonché il complessivo sviluppo dell'arbitrato nei BRICS.

Pertanto, i BRICS dovrebbero coordinare e chiarire meglio quali siano le loro posizioni riguardo il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali, garantendo che tutto il processo si svolga in maniera agevole, immediata, ed efficiente. Caratteristiche queste non solo indispensabili, ma che acquistano ancora più rilevanza quando i lodi in questione siano stati emessi dai centri di risoluzione delle controversie BRICS, garantendo così la fiducia e lealtà delle parti nella scelta e nell'utilizzo di tali centri come agenzie di risoluzione delle controversie. Quest'ultimo punto è determinante: la mancanza di accordi causerebbe dei problemi nel riconoscimento e nell'esecuzione dei lodi, im-

⁴⁸ Sul tema si rimanda a Lal Bansal C. , Aggarwal S. (2017): *Public policy paradox in enforcement of Foreign Arbitral Awards in BRICS countries: A comparative analysis of legislative and judicial approach*, International Journal of Law and Management Vol. 59 No. 6, 2017 pp. 1279-1291, dove per ciascuno Paese BRICS viene analizzato l'utilizzo dell'ordine pubblico per rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri.

⁴⁹ Vedi Kaszubska K. (2016): *A BRICS-only arbitration forum will not be the panacea imagined*, The Wire, 9 September 2016; disponibile all'indirizzo <http://thewire.in/64641/a-bricsonly-arbitration-forum-will-not-be-the-panacea-they-are-hoping-for>.

pedendo alla parte vincitrice di beneficiare degli effetti del lodo in una qualsiasi delle giurisdizioni BRICS e fallendo così l'obiettivo di risolvere le controversie in modo efficace, rapido e conveniente. In questo scenario, l'arbitrato stesso perderebbe la sua credibilità e il suo vantaggio comparativo.

Promuovere i Centri

La creazione di un'istituzione arbitrale richiede non solo una pianificazione strategica a lungo termine, ma anche pazienza e monitoraggio costante⁵⁰. Una volta superata la prima fase, che consiste nella creazione del centro, con una struttura (consiglio di amministrazione, personale amministrativo, elenco degli arbitri e infrastrutture fisiche) e un quadro giuridico (ossia le regole istituzionali) adeguati, sarà necessario “metterlo sul mercato”, e far sapere ai potenziali “clienti” che è stata creata una nuova istituzione che potrebbe essere capace di soddisfare le loro esigenze di servizi di risoluzione delle controversie⁵¹. Ciò comporta la commercializzazione e promozione attiva dei Centri, per comunicare e convincere gli attori interessati di tutti i loro vantaggi. Qualsiasi istituzione BRICS, sia essa stata creata da zero o instaurata all'interno di istituzioni preesistenti (come nel caso del Centro di Shanghai), dovrebbe pubblicizzare adeguatamente il proprio lavoro. In caso contrario, le parti potrebbero semplicemente rimanere all'oscuro delle opportunità di arbitrato offerte, e non selezionare i Centri per questo motivo. Finora si è notata una scarsa capacità comunicativa dei Centri BRICS. L'unico a dedicare una pagina web alla sezione BRICS è il Centro di Shanghai, come si è accennato; del Centro di Nuova Delhi invece continuano a scarseggiare le informazioni. In generale, del pro-

⁵⁰ Simões F. D. (2017): *A Dispute Resolution Centre for the BRICS?*, in Rostam J. Neuwirth, Alexandr Svetlicinii and Denis de Castro Halis (eds.), *The BRICS-Lawyers' Guide to Global Cooperation* (Cambridge University Press, p. 302.

⁵¹ *Ibidem*.

getto di creazione del sistema BRICS di risoluzione delle controversie si sa ben poco. La letteratura è estremamente carente e i riconoscimenti ufficiali insufficienti. Molti progressi dovranno dunque essere fatti nell'ambito della comunicazione e promozione dei Centri, altrimenti questi non riusciranno a costruirsi una mole di casi che consenta loro di vantare una buona reputazione internazionale. Non sorprende, infatti, che da quando è stato creato, il Centro di Shanghai non abbia ricevuto un singolo caso.

Riflessioni conclusive

Le comunità giuridiche dei BRICS, con particolare riferimento al *Legal Forum*, hanno manifestato l'intenzione di voler continuare la cooperazione per migliorare l'arbitrato e altre forme di risoluzione pacifica delle controversie transfrontaliere, come la mediazione⁵². Ma un uguale impegno dovrebbe provenire anche dai livelli governativi più alti che, finora, hanno mostrato pochi riconoscimenti nei confronti del progetto e, in generale, nei confronti della materia inerente alla risoluzione delle controversie, nonostante essa svolga un ruolo fondamentale, come si è detto, nel migliorare l'ambiente imprenditoriale e incrementare di conseguenza, flussi commerciali e finanziari tra i Paesi del Gruppo.

I capi di Stato e di governo dei BRICS potrebbero svolgere un ruolo decisivo, ad esempio, attraverso la stipula di un trattato sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi emessi dai Centri arbitrali BRICS, che costituirebbe un'enorme spinta verso una maggiore attrattività e un funzionamento efficiente dei Centri, rappresentando in tal senso quel valore aggiunto che questi possono vantare nei confronti dei loro potenziali utenti. D'altronde, se le tappe precedentemente menzionate fossero implementate correttamente, i Centri sarebbero costituiti sinergicamente su

⁵² Vedi le ultime Dichiarazioni del Legal Forum, come la Dichiarazione di San Pietroburgo del 2020.

norme istituzionali e regole arbitrali condivise; la neutralità degli arbitri assicurata da una rappresentanza equa e variegata dei decisori, idonea a rispondere alle esigenze di diversità che un gruppo eterogeneo come i BRICS richiede; e quegli interessi e condizioni socioeconomiche, proprie dei Paesi emergenti, protetti. Di conseguenza, non sussisterebbero apparenti motivi per cui un lodo emesso da un Centro arbitrale BRICS non possa essere automaticamente riconosciuto anche nelle giurisdizioni dei restanti Paesi.

L'istituzione di un sistema BRICS di risoluzione delle controversie funzionante e autentico avrebbe inoltre importanti implicazioni interne ed esterne al gruppo, che dovrebbero essere tenute in debita considerazione. Per quanto riguarda la dimensione interna, l'effettiva creazione dei Centri BRICS rappresenterebbe un ulteriore passo nella costruzione ed integrazione istituzionale tra i cinque Paesi, come lo è stata l'istituzione della *New Development Bank*, ma questa volta nell'ambito della giustizia alternativa, rafforzando altresì la coesione interna del gruppo. Per quanto riguarda la dimensione esterna, un sistema riconosciuto di risoluzione delle controversie dei BRICS è una grande dimostrazione di *soft power* la quale trasmette messaggi più ampi circa loro stabilità politica e giuridica. L'infrastruttura arbitrale dei BRICS rafforzerebbe quindi la posizione del Gruppo come leader del Sud globale e ne farebbe un punto di riferimento per tutti quei Paesi che, come i BRICS, hanno riscontrato difetti e mancanze nell'attuale panorama dell'arbitrato internazionale.

È, quindi, deludente notare che le iniziative dei Centri di risoluzione delle controversie dei BRICS siano state escluse dai riconoscimenti ufficiali durante i Summit, e sono quasi del tutto scomparse dal programma degli eventi sotto la Presidenza cinese per il 2022. Le dichiarazioni dei vertici dovrebbero dare più credito al progetto e i capi di Stato e i loro ministeri dovrebbero parteciparvi attivamente. I Centri di risoluzione delle controver-

sie dei BRICS potrebbero davvero rivelarsi un grande successo, soprattutto perché non esiste nulla di simile nell'attuale scenario internazionale della risoluzione delle controversie. Il progetto è assolutamente pionieristico ma, perché abbia successo, i BRICS dovranno lavorare in maniera sinergica su tutti i livelli.

A quasi dieci anni dall'istituzione del primo Centro BRICS a Shanghai, ci saremmo dovuti trovare davanti a Centri quasi totalmente funzionanti con una visione, missione e regole chiare, ben affermate. Allo stato attuale, invece, sembra che il progetto sia in una fase di stallo. Le ragioni sono sicuramente molteplici, a partire dalla pandemia COVID-19 che ha certamente costretto ad affrontare questioni più urgenti, fino alla recente guerra in Ucraina, che ancora una volta ha imposto nuove preoccupazioni. Eppure, è precisamente in questi momenti di criticità e difficoltà in cui la coesione tra i BRICS viene messa alla prova, che il sostegno reciproco, l'impegno a migliorare la cooperazione e a rafforzare i legami tessuti nel tempo, dovrebbe avere la priorità. In un tale contesto, l'implementazione di un sistema condiviso e affidabile di risoluzione delle controversie può svolgere un ruolo decisivo nel salvaguardare l'unità del gruppo, portandolo verso un futuro sempre più solido e prospero.