

Pia Acconci

---

**INVESTIMENTI STRANIERI  
SOSTENIBILI**

**DIRITTO E GOVERNANCE INTERNAZIONALE  
E DELL'UNIONE EUROPEA**

LA RICERCA DEL DIRITTO NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE  
Collana diretta da Maurizio Arcari, Enrico Milano e Attila Tanzi

Editoriale Scientifica



LA RICERCA DEL DIRITTO NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE  
*Collana diretta da Maurizio Arcari, Enrico Milano e Attila Tanzi*

**Direzione/Board of Directors**

Maurizio ARCARI (Università di Milano - Bicocca)  
Enrico MILANO (Università di Verona)  
Attila TANZI (Università di Bologna)

**Comitato Scientifico/Scientific Board**

Pierre BODEAU-LIVINEC (Université Paris Nanterre)  
Eirik BJORGE (University of Bristol)  
Catherine BRÖLMANN (Universiteit van Amsterdam)  
Lilian DEL CASTILLO-LABORDE (Universidad de Buenos Aires)  
Pasquale DE SENA (Università di Palermo)  
Micaela FRULLI (Università di Firenze)  
Pietro GARGIULO (Università di Teramo)  
Tarcisio GAZZINI (Università di Padova)  
Robert KOLB (Université de Genève)  
Pietro MANZINI (Università di Bologna)  
Fabrizio MARRELLA (Università Ca' Foscari - Venezia)  
Jean-Christophe MARTIN (Université Nice Sophia Antipolis)  
Owen MCINTYRE (University College Cork)  
Luca MEZZETTI (Università di Bologna)  
Paolo PALCHETTI (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)  
August REINISCH (Universität Wien)  
Marco ROSCINI (University of Westminster)  
Stephan SCHILL (Universiteit van Amsterdam)  
Francesco SEATZU (Università di Cagliari)  
Francesco SINDICO (University of Strathclyde, Glasgow)  
Marina SPINEDI (Università di Firenze)  
Christian TAMS (University of Glasgow)  
Antonello TANCREDI (Università di Milano-Bicocca)

**Segretario Editoriale/Editorial Secretary**

Gian Maria FARNELLI

*I volumi della Collana sono sottoposti a referaggio.  
Proposte editoriali possono essere inviate a: [slic.series@gmail.com](mailto:slic.series@gmail.com)  
All volumes in this Series are peer-reviewed.  
Editorial proposals can be submitted to: [slic.series@gmail.com](mailto:slic.series@gmail.com)*

PIA ACCONCI

**INVESTIMENTI STRANIERI SOSTENIBILI  
DIRITTO E *GOVERNANCE* INTERNAZIONALE  
E DELL'UNIONE EUROPEA**

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI

Questa monografia è uno dei risultati del progetto di ricerca del Modulo *Jean Monnet* su “EU Investment Law (EUIL)” cofinanziato dalla Commissione europea nel 2018 (progetto n. 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE). Oltre a sostenerne i relativi costi di pubblicazione, grazie a questo finanziamento l'autrice ha svolto, tra l'altro, periodi di studio e ricerca nelle biblioteche del *Peace Palace* sede della Corte internazionale di giustizia a L'Aja e del *Max Planck Institut for Comparative Public Law and International Law* a Heidelberg. L'autrice esprime qui la propria gratitudine al personale di entrambe le biblioteche per la preziosa disponibilità e collaborazione.

Le opinioni espresse in questa monografia sono esclusivamente dell'autrice. Esse non riflettono né impegnano la Commissione europea e l'Unione europea nel suo insieme.



*Tutti i diritti sono riservati*

© 2023 Editoriale Scientifica srl

Via San Biagio dei Librai 39

Palazzo Marigliano

80138 Napoli

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

[info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

ISBN 979-12-5976-600-7

*A Irene e Saverio*





## INDICE-SOMMARIO

ABBREVIAZIONI XI

### CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Il diritto internazionale in materia di investimenti, quale risultato dell'interazione di una molteplicità di attori, tra conflitti di interesse e orientamenti al tempo dell'attribuzione di competenza in materia di investimenti esteri diretti all'Unione europea 1
2. Il rapporto tra investimenti e sviluppo sostenibile: diritto e *governance* internazionale e dell'Unione europea 5
3. La conclusione di trattati internazionali quale fondamento dell'assetto giuridico e politico internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti 11
4. Inquadramento preliminare dei caratteri distintivi del diritto internazionale in materia di investimenti 14
5. Piano e scopo dell'indagine 22

### CAPITOLO 1

LA VARIETÀ E CONFLITTUALITÀ DI INTERESSI ALL'ORIGINE DEI MUTAMENTI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI INVESTIMENTI

*Sezione I. I mutamenti a seguito di conflitti di interesse tra Stati* 25

1. Il diritto internazionale in materia di investimenti al tempo del colonialismo 25
2. (*segue*): successivamente alla decolonizzazione. La politicizzazione del clima internazionale per gli investimenti stranieri per effetto delle richieste del "Nuovo ordine economico internazionale" 31
3. La depoliticizzazione del clima internazionale per gli investimenti stranieri attraverso la stipulazione di trattati internazionali favorevoli alla tutela degli interessi degli investitori. Considerazioni preliminari sulla portata dell'obbligo di trattamento giusto ed equo 35
4. La ricerca di contemperamenti dei diversi interessi mediante l'inclusione in tali trattati di clausole sull'"arbitrato diretto" 41

<i>Sezione II. I mutamenti derivanti dal rapporto sinallagmatico sui generis tra Stati ospiti e investitori stranieri</i>	46
1. Dai tentativi di un codice di condotta per le imprese transnazionali delle Nazioni Unite alla promozione e valorizzazione della responsabilità sociale d'impresa. Gli strumenti internazionali relativi alla condotta degli investitori operanti come imprese multinazionali	46
2. La tutela di interessi generali locali nell'interpretazione e applicazione dei trattati internazionali applicabili nei procedimenti di "arbitrato diretto". Indebolimento della logica favorevole alla protezione degli interessi degli investitori: a) i casi più significativi	55
3. ( <i>segue</i> ): b) La portata duplice dell'obbligo di trattamento giusto ed equo	70
4. ( <i>segue</i> ): c) Il contributo allo sviluppo locale quale elemento della definizione di investimento nei trattati	81
5. ( <i>segue</i> ): d) L'inclusione degli investimenti esteri diretti nell'ambito oggettivo della politica commerciale comune di competenza dell'Unione europea	89
6. ( <i>segue</i> ): e) L'autonomia del diritto dell'Unione europea quale limite alla validità e applicabilità dei trattati internazionali in materia di investimenti conclusi tra Stati membri e/o tra questi Stati, l'Unione europea e Stati terzi, con riguardo particolare all' <i>Energy Charter Treaty</i>	93

## CAPITOLO 2

### INVESTIMENTI STRANIERI SOSTENIBILI ATTRAVERSO IL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

<i>Sezione I. Investimenti sostenibili attraverso il rinnovamento della struttura dei trattati internazionali e del rapporto sinallagmatico sui generis tra Stati ospiti e investitori stranieri</i>	109
1. L'obiettivo della salvaguardia della potestà normativa dello Stato ospite ("right to regulate") per il perseguimento di interessi generali riconducibili allo sviluppo sostenibile nell'orientamento degli Stati economicamente avanzati occidentali, dell'Unione europea e di taluni Stati emergenti	109
2. Interessi e obiettivi di Cina, India e Stati africani a favore del rinnovamento della struttura dei trattati internazionali in materia di investimenti	119
3. L'inserimento nei suddetti trattati di disposizioni sulla responsabilità sociale d'impresa	130
4. Il controllo dell'osservanza effettiva delle <i>Guidelines</i> per le imprese multinazionali dell'OCSE ad opera dei punti di contatto nazionali, quale strumento di promozione dello sviluppo sostenibile	140

<i>Sezione II. Il contributo delle organizzazioni internazionali e dell'Unione europea alla promozione e realizzazione di investimenti sostenibili</i>	146
1. Premessa. La sostenibilità degli investimenti stranieri alla prova di tre priorità: sviluppo rurale, transizione energetica e sicurezza alimentare	146
2. Azioni internazionali per investimenti orientati allo sviluppo rurale negli Stati ospiti	152
3. Azioni internazionali e dell'Unione europea per investimenti orientati alla transizione energetica mediante la produzione di energia rinnovabile tra cambiamenti climatici, conflitti armati e revisione dell' <i>Energy Charter Treaty</i>	157
4. Azioni internazionali per investimenti orientati alle produzioni agroalimentari di qualità	168

### CAPITOLO 3

L'INCIDENZA DELL'EMERGENZA COVID-19 SUL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI INVESTIMENTI: L'INTENSIFICAZIONE DELL'ESIGENZA DI INVESTIMENTI SOSTENIBILI

1. Considerazioni introduttive sulla correlazione tra emergenza Covid-19 e investimenti all'estero	175
2. I provvedimenti nazionali per il controllo e la prevenzione del contagio da Covid-19 quale motivo di ricorso all'"arbitrato diretto" sulla base di trattati internazionali in materia di investimento. Alcune riflessioni	186
3. Le azioni delle organizzazioni internazionali e dell'Unione europea volte alla promozione di investimenti transnazionali per a) il contenimento e la prevenzione del contagio da Covid-19	192
4. ( <i>segue</i> ): b) l'innovazione scientifica, tecnologica e sociale diretta alla ripresa <i>post-emergenza</i>	201
5. La promozione di investimenti stranieri sostenibili per effetto delle risposte all'emergenza da Covid-19: brevi considerazioni conclusive	205

### CAPITOLO 4

CONCLUSIONI. PROSPETTIVE PER LA PROMOZIONE E REALIZZAZIONE DI INVESTIMENTI STRANIERI SOSTENIBILI ATTRAVERSO IL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA DOPO L'EMERGENZA COVID-19 TRA RINNOVAMENTO ("BUILDING BACK BETTER") E MANTENIMENTO DI OBIETTIVI, ORIENTAMENTI E TECNICHE NORMATIVE PRECEDENTI ("BUSINESS AS USUAL")

1. Alcune osservazioni finali sull'obiettivo di investimenti stranieri sostenibili attraverso il diritto internazionale e dell'Unione europea	207
---	-----

2. La sovrapposizione tra diritto e *governance* nella ricerca di risposte comuni internazionali e dell'Unione europea per investimenti stranieri sostenibili 211
3. L'effettività delle azioni di promozione di investimenti stranieri sostenibili per la ripresa *post*-Covid-19: un problema aperto 213

## ABBREVIAZIONI

ASEAN	Association of South East Asian Nations/Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico
BIT	Bilateral Investment Agreement/Accordo bilaterale in materia di investimenti
CAI	Comprehensive Agreement on Investment/Accordo comprensivo in materia di investimenti tra Unione europea, suoi Stati membri e Cina
CGUE/EUCJ	Corte di giustizia dell'Unione europea/Court of Justice of the European Union
CE	Comunità europea
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement/Accordo economico e commerciale comprensivo tra Unione europea, suoi Stati membri e Canada
CIME OECD	Committe on International Investment and Multinational Enterprises/Comitato dell'OCSE per gli investimenti internazionali e le imprese multinazionali
CMIT OECD	Committe on Capital Movements and Invisible Transactions/Comitato dell'OCSE sui movimenti di capitale e le transazioni invisibili
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa/Mercato comune dell'Africa orientale e meridionale
COVAX	Covid-19 Vaccines Global Access/Pilastro sui vaccini dell'Access to Covid-19 Tools (ACT) Accelerator
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership/Accordo graduale e comprensivo di partenariato transPacifico
ECOWAS	Economic Community of West African States/Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale
ECT	Energy Charter Treaty/Trattato della Carta dell'energia
FAO	Food and Agriculture Organization/Organizzazione per l'alimentazione e agricoltura
FDI	Foreign Direct Investment/Investimenti diretti esteri
FET	Fair and Equitable Treatment/Trattamento giusto ed equo
FTA	Free Trade Agreement/Accordo istitutivo di una zona di libero scambio
GAVI	Global Alliance for Vaccines and Immunization/Alleanza globale per I vaccini e l'immunizzazione
GU	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana

GUUE	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
ICC/CCI	International Chamber of Commerce/Camera di commercio internazionale
ICJ/CIG	International Court of Justice/Corte internazionale di giustizia
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes/Centro internazionale per la soluzione delle controversie in materia di investimento
ILO	International Labour Organization/Organizzazione internazionale del lavoro
ISDS	Investor-State Dispute Settlement/Soluzione delle controversie tra investitore all'estero e Stato ospite
MDGs	Millennium Development Goals/Obbiettivi di sviluppo del millennio
MFN	Most-Favoured Nation Treatment/Trattamento della nazione più favorita
NAFTA	North America Free Trade Agreement/Accordo di libero scambio dell'America del nord tra Stati Uniti, Messico e Canada
NCPs	National Contact Points/Punti di contatto nazionali
OCSE/OECD	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico/Organization for Economic Cooperation and Development
OMC/WTO	Organizzazione mondiale del commercio/World Trade Agreement
OMS/WHO	Organizzazione mondiale della sanità/World Health Organization
ONG	Organizzazione non governativa
PCA	Permanent Court of Arbitration/Corte permanente di arbitrato
RCEP	Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement/Accordo di partenariato economico comprensivo regionale
SADC	Southern Africa Development Community/Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale
SCC	Stockholm Chamber of Commerce/Camera di commercio di Stoccolma
SDGs	Sustainable Development Goals/Obbiettivi di sviluppo sostenibile
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TRIPs	Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights/Accordo sugli aspetti della proprietà intellettuale rilevanti per il commercio
TTIP	Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership Agreement/Accordo di partenariato transatlantico su commercio e investimenti

TUE	Trattato sull'Unione europea
UE	Unione europea
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law/ Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commercial internazionale
UNCTAD	United Nations Conference of Trade and Development/ Conferenza delle Nazioni Unite su commercio e sviluppo
UNDP	United Nations Development Program/Programma delle Nazioni Unite sullo sviluppo
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization/ Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund/ Fondo internazionale di emergenza per l'infanzia delle Nazioni Unite
UNGA	United Nations General Assembly/Assemblea generale delle Nazioni Unite
USMCA	United States, Mexico and Canada Free Trade Agreement/ Accordo di libero scambio tra Stati Uniti, Messico e Canada





## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Il diritto internazionale in materia di investimenti, quale risultato dell'interazione di una molteplicità di attori, tra conflitti di interesse e orientamenti al tempo dell'attribuzione di competenza in materia di investimenti esteri diretti all'Unione europea. – 2. Il rapporto tra investimenti transnazionali e sviluppo sostenibile: diritto e *governance* internazionale e dell'Unione europea. – 3. La conclusione di trattati internazionali quale fondamento dell'assetto giuridico e politico internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti. – 4. Inquadramento preliminare dei caratteri distintivi del diritto internazionale in materia di investimenti. – 5. Piano e scopo dell'indagine.

1. Il quadro politico e normativo internazionale in materia di investimenti incentrato sulla promozione e protezione di interessi economici è divenuto il risultato dell'interazione di una varietà di attori, interessi, aspettative e fonti e l'oggetto di conflitti e dibattito, come era successo al tempo della decolonizzazione, a seguito della rilevanza crescente di interessi e obiettivi non economici.

Conflitti di interesse tra Stato ospite e investitore straniero sono aumentati per la pretesa di vari investitori di essere indennizzati sulla base di quanto previsto nel trattato internazionale applicabile relativamente all'indennizzo per espropriazione, allorché gli Stati ospiti abbiano adottato un provvedimento nazionale non discriminatorio volto alla tutela di un interesse generale non economico, quale la tutela dell'ambiente e della salute pubblica. Questi conflitti hanno generato molteplici casi arbitrali giacché gli investitori si sono avvalsi delle clausole di "arbitrato diretto" previste nei suddetti trattati per sostenere la fondatezza delle proprie pretese di indennizzazione conformemente alle clausole relative al trattamento giusto ed equo ("fair and equitable") e ai requisiti di liceità delle espropriazioni. Come illustrerò nel corso dell'indagine, i trattati internazionali in materia di investimenti di tipo tradizionale, per lo più bilaterali, non contemplano disposizioni e/o clausole specifiche sulla salvaguardia di interessi non economici di carattere pubblico dello Stato ospite, in quanto Stato contraente, quali eccezioni e/o correttivi degli obblighi posti al medesimo Stato per la protezione degli interessi degli investitori dell'altro Stato contraente.

Il dibattito si è incentrato sulla ricerca di soluzioni normative e politiche suscettibili di mitigare la conflittualità, e quindi la politicizzazione, generata dall'interazione tra una varietà di attori, interessi, aspettative e fonti, onde mantenere un clima internazionale favorevole alla realizzazione di investimenti all'estero sotto i profili della stabilità, prevedibilità e certezza del quadro normativo e politico internazionale di riferimento. Tale dibattito è stato alimentato non solo dai casi arbitrali fondati sui trattati internazionali in materia di investimenti di tipo tradizionale, ma anche dalla posizione duplice assunta da alcuni Stati, sia come Stati d'origine sia come Stati ospiti, dall'Unione europea, dall'attività di organizzazioni internazionali specializzate e da una parte significativa della dottrina. Diversi seminari, convegni scientifici e *networks* tra esperti di discipline eterogenee, rappresentanti della società civile e della politica sono stati organizzati. Molti articoli, opere collettanee e monografie sono stati pubblicati per l'individuazione del contemperamento degli interessi in gioco più opportuno. Queste attività di studio e ricerca hanno avuto per obiettivo tanto la ricostruzione e l'esame dei diversi dati della prassi e contributi dottrinari all'origine del dibattito quanto la proposta di soluzioni fondate, nella misura del possibile, sul ricorso a concetti e principi innovativi<sup>1</sup>.

È così che il contributo degli investimenti stranieri al perseguimento dello sviluppo sostenibile, con l'intensificazione del processo di liberalizzazione e interdipendenza, è divenuto di per sé oggetto del dibattito. Alcune attività economiche hanno sollevato problemi specifici relativamente al loro contributo allo sviluppo locale. Si tratta di quelle attività tese alla produzione transnazionale di energia, quand'anche rinnovabile, o sostanze tossiche, quali pesticidi o tabacco, alla gestione di servizi di utilità pubblica, come l'erogazione dell'acqua potabile e dell'elettricità a uso domestico, alla realizzazione di attività economiche presupponenti

<sup>1</sup> Numerosi libri e articoli risultato delle attività di studio e ricerca menzionate nel testo sono citate nel prosieguo. Qui mi limito a richiamare alcune più recenti in via generale: MATA, JOSÉ, LAVRANOS (edited by), *International Arbitration and EU Law*, Cheltenham, Northampton MA, 2021; PEDRESCHI, *Public Services in EU Trade and Investment Agreements*, L'Aia, Berlino, 2021; BRAUN, *Host State Circumstances and Absolute Standards of Protection in International Investment Law*, Baden-Baden, 2022; CAFARO (a cura di), *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, Napoli, 2022; PETERSMANN, *Transforming World Trade and Investment Law for Sustainable Development*, Oxford, 2022; CHIU (edited by), *Investment Management, Stewardship and Sustainability*, Londra, Oxford, 2023.

lo sfruttamento di porzioni estese di territorio e/o aree di interesse sotto il profilo artistico e culturale, quali per esempio aree archeologiche e/o sacre nelle tradizioni delle comunità locali. Specificamente, gli investimenti di ingente dimensione realizzati in certi Stati dell’Africa e dell’Asia attraverso l’impiego di vaste distese di terreni agricoli sono risultati forieri di conflitti tra obiettivi parimenti perseguiti sul piano internazionale, come promozione e tutela degli investimenti all’estero, da un lato, e salvaguardia di interessi riconducibili allo sviluppo sostenibile, quali accesso alla terra, all’acqua e al cibo nutritivo, protezione degli indigeni e tutela dell’ambiente attraverso la riduzione delle emissioni di gas inquinanti, dall’altro. Questi conflitti sono stati tra quelli che hanno portato taluni Stati e l’Unione europea a rivedere il loro orientamento e finanche normative interne per far convivere esigenze di salvaguardia eterogenee. Prova ne è la revisione della normativa dell’Unione europea in materia di produzione di energia rinnovabile, cui accennerò nel capitolo secondo. In quel capitolo proporrò alcune riflessioni altresì sulle tecniche normative con cui Stati, come Canada, Stati Uniti, India, Stati africani, quali quelli membri della Comunità di sviluppo dell’Africa meridionale (SADC) o del Mercato comune dell’Africa orientale e meridionale (COMESA), l’Unione europea e alcuni dei suoi Stati membri hanno scelto di attribuire rilevanza alla tutela di certi interessi non economici, quali ambiente, lavoro e salute, nei trattati internazionali in materia di investimenti e/o nei capitoli applicabili in materia inclusi in trattati di libero scambio da essi conclusi negli ultimi decenni. Questa scelta si è concretizzata nella modifica della struttura tipica dei trattati internazionali in materia di investimenti tradizionali mediante, in particolare, l’inserimento di riferimenti e/o clausole specifiche contemplanti motivi di deroga, *caveat*, clausole di esclusione e talvolta l’affermazione del “right to regulate”, al fine della salvaguardia dell’esercizio della sovranità normativa dello Stato ospite per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico di natura non economica, da un lato, ovvero la promozione della responsabilità sociale d’impresa, dall’altro. Quest’ultima è una responsabilità in senso atecnico. Essa consiste nell’impostazione delle attività d’impresa secondo obiettivi vuoi di profitto vuoi sociali in termini di tutela dell’ambiente, dei diritti dei lavoratori e della persona, lealtà e correttezza.

I trattati con questo nuovo tipo di struttura sono definiti di “nuova generazione”.

La Commissione europea ha contribuito, pubblicando alcune comunicazioni successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, allorché l'Unione è divenuta competente in materia di investimenti esteri diretti in via esclusiva, a seguito dell'espansione dell'ambito di applicazione oggettivo della politica commerciale comune<sup>2</sup>. In queste comunicazioni la Commissione illustra l'orientamento delle azioni politiche e normative che l'Unione europea intende porre in essere in materia di investimenti, con riferimento a momenti storici diversi<sup>3</sup>. Essa delinea in maniera innovativa il bilanciamento di interessi tra Stato ospite e investitore straniero alla base dei trattati internazionali applicabili in materia – solitamente a favore della protezione degli interessi dell'investitore –, al fine di renderlo funzionale al perseguimento altresì della tutela di interessi non economici di natura pubblicistica riconducibili allo sviluppo sostenibile. A tal fine, giova anticipare, la Commissione prevedeva in origine, tra l'altro, l'inserimento di clausole dettagliate sul “right to regulate”, trattamento giusto ed equo e l'istituzione di una corte permanente in materia di investimenti quale alternativa all'“arbitrato diretto”<sup>4</sup>. Nel prosieguo dell'indagine porrò in evidenza se e come

<sup>2</sup> Si vedano gli articoli 206-207 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>3</sup> La Commissione europea ha pubblicato diverse Comunicazioni per illustrare come essa intendesse riformare la struttura dei trattati internazionali in materia di investimenti tipicamente a favore degli interessi degli investitori per promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso gli investimenti stranieri. Si vedano, in particolare, la Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, 7.7.2010 COM(2010) 343 final; Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Trade for All - Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, 14.10.2015, COM(2015) 497 final; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando nel contempo gli interessi fondamentali*, Bruxelles, 13.9.2017 COM(2017) 494 final; Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo e Consiglio, *Protection of Intra-EU Investment*, 19.7.2018, COM(2018) 547 final; Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Trade Policy Review - An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, 18.2.2021, COM(2021) 66 final; Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, Consiglio, Banca centrale europea, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Communication on Orientations for a Reform of the EU Economic Governance Framework*, 9.11.2022, COM(2022) 583 final.

<sup>4</sup> Rilevano in proposito le prime Comunicazioni pubblicate dalla Commissione, in particolare quella al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale

obbiettivi siffatti siano stati attuati successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona attraverso la conclusione o, quanto meno, la negoziazione di trattati internazionali innovativi.

2. Lo sviluppo sostenibile è un macro-obiettivo del sistema delle relazioni internazionali<sup>5</sup>. Alla luce della sua concettualizzazione predominante nel quadro del diritto internazionale, dell'Unione europea e nazionale degli Stati, tale sviluppo può caratterizzarsi sotto tre profili – economico, ambientale e sociale – e il suo perseguimento implica l'interazione tra obiettivi eterogenei economici e non sulla base di alcuni principi, quali integrazione, prevenzione, precauzione, responsabilità comuni ma differenziate, responsabilità per danno relativamente al degrado ambientale secondo il brocardo “chi inquina paga”, preservazione delle risorse naturali, salvaguardia del patrimonio artistico-culturale, equità, responsabilità intergenerazionale, partecipazione, rispetto degli standard in materia di protezione dei lavoratori e dei diritti della persona. Questa concettualizzazione deriva dall'esigenza di individuare e realizzare risposte a problemi causati vuoi dal degrado ambientale e dal depauperamento dell'ecosistema, quali inquinamento, perdita di biodiversità e cambiamenti climatici, vuoi da questioni sociali, come povertà estrema, ineguaglianze sociali, disparità di tutela della salute, malnutrizione e inosservanza dei diritti della persona sanciti sul piano internazionale.

Lo sviluppo sostenibile si è affermato gradualmente non solo quale macro-obiettivo di riferimento del sistema delle relazioni internazionali, ma anche come parametro di influenza e orientamento di scelte normative e politiche di taluni Stati e dell'Unione europea<sup>6</sup>, nonché motivo di

europeo e Comitato delle Regioni, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, 7.7.2010 COM(2010) 343 final; e quella al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Trade for All - Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, 14.10.2015, COM(2015) 497 final.

<sup>5</sup> La concettualizzazione dello sviluppo sostenibile quale obiettivo emerge dall'orientamento della Corte internazionale di giustizia, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, sentenza, 20 aprile 2010, par. 177, in *ICJ Reports*, 2010, p. 14 ss.

<sup>6</sup> La Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato nel parere 2/15 del 16 maggio 2017 relativo all'ambito di competenza dell'Unione per la stipulazione del trattato di libero scambio con Singapore che «l'obiettivo dello sviluppo sostenibile costituisce ormai parte integrante della politica commerciale comune» (punto 147).

dibattito sull'opportunità della revisione di concetti, linguaggi, modelli politici, principi giuridici e parametri di riferimento<sup>7</sup>.

La realizzazione effettiva di siffatto sviluppo presuppone scelte ad opera di enti pubblici e imprese private coerenti, razionali e trasparenti relativamente a scambi commerciali e investimenti, sia nazionali sia all'estero, sfruttamento delle risorse naturali, sviluppo scientifico e tecnologico, mobilità, pianificazione urbanistica e riforma delle istituzioni attraverso il ricorso a modelli di cooperazione “multistakeholders” nella forma di “partnerships” a partecipazione pubblica e privata tra attori aventi interessi diversi e la responsabilità sociale d'impresa. Le “partnerships” sono partenariati tra attori pubblici – rappresentanti di Stati beneficiari, organizzazioni internazionali e Stati terzi – e privati, quali rappresentanti di imprese multinazionali e organizzazioni non governative, per la realizzazione di attività operative. Queste sono uno strumento per l'assistenza tecnica allo sviluppo in uso da decenni al fine di facilitare la realizzazione della sostenibilità come strutturata già nell'“Agenda 2000” adottata al termine della prima conferenza mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile di Rio de Janeiro del 1992. Il ricorso a tale modello si è diffuso dopo la successiva conferenza mondiale sullo sviluppo sostenibile organizzata dalle Nazioni Unite a Johannesburg nel 2002 ed è molto utilizzato dalle Nazioni Unite a favore dell'assistenza a Stati membri economicamente meno avanzati tanto per il potenziamento del loro livello nazionale di benessere sociale (“welfare”) quanto per la lotta alla povertà nella logica prima degli “Obbiettivi di sviluppo del millennio” (“Millennium Development Goals”, MDGs) del 2000 e oggi degli “Obbiettivi di sviluppo sostenibile” (“Sustainable Development Goals”, SDGs) approvati nel quadro dell'“Agenda 2030” delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile *post-2015*. Tuttavia, la natura giuridica dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale e dell'Unione europea è tuttora indeterminata. La dottrina è divisa sul punto: c'è chi afferma che esso sia in quanto tale un principio giuridico e chi nega quest'assunto<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> La letteratura è vasta in proposito. Mi limito a richiamare, tra gli altri, DE FEYTER, *World Development Law*, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2001; FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007; FRENCH, *International Law and Policy in Sustainable Development*, Manchester, 2015; KLUČKA, BAKOŠOVÁ, *Green Ambitions for Sustainable Development: Past, Present and Future*, Praga, 2022.

<sup>8</sup> Si vedano, tra gli altri, BEYERLYN, MARAHUN, *International Environmental Law*,

La diffusione di regole non vincolanti, ossia di *soft law*, per lo sviluppo sostenibile e la crescente complessità dei rapporti sia interstatali sia transnazionali sottostanti la realizzazione del suddetto sviluppo hanno contribuito all'affermazione dell'uso del termine *governance* sul piano internazionale, europeo e nazionale. L'impiego del suddetto termine sottintende regole, intese, sistemi e processi istituzionali prevalentemente informali per individuazione dei problemi comuni transnazionali, facilitazione dei processi decisionali di Stati ed eventualmente organizzazioni internazionali per la ricerca di soluzioni improntate all'armonizzazione orizzontale, nella misura del possibile, e coerenza delle politiche e normative statali suscettibili di ostacolare cooperazione e coordinamento, nonché far sorgere conflitti di interesse sul piano transnazionale. Difficoltà e conflitti possono derivare invero dalla combinazione tra sistemi di diritto, istituzioni e scelte politiche relative a Stati, ambiti sociali, persone, imprese e mercati distinti<sup>9</sup>. Le azioni di *governance* si prestano a facilitare il ricorso ai principi alla base della realizzazione dello sviluppo sostenibile, tra cui integrazione di interessi eterogenei, precauzione, prevenzione, uso razionale delle risorse, secondo una logica orientata alla “rule of law” e inclusione sociale. Il perseguimento di “accountability”<sup>10</sup>,

Londra, 2011; DUPUY, VINUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015; FOCARELLI, *Diritto internazionale*<sup>4</sup>, Padova, 2021. Cfr. altresì FRANCONI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale dell'ambiente*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (a cura di FOIS), Napoli, 2007, p. 43.

<sup>9</sup> Segnalo, tra gli altri, THAKUR, WEISS, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington, 2010; BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, The Hague, 2014; BARNETT, PEVEHOUSE, RAUSTIALA (edited by), *Global Governance in a World of Change*, Cambridge, 2022; PAUWELYN, MAGGETTI, BÜTHE, BERMAN (edited by), *Rethinking Participation in Global Governance*, Oxford, 2022.

<sup>10</sup> L'uso del termine “accountability” è divenuto ricorrente sul piano internazionale per il fatto che non possono ricostruirsi regole precise e specifiche in relazione all'accertamento, alla repressione e prevenzione di condotte eventualmente illecite, secondo il diritto internazionale, di certi attori, quali in particolare imprese e organizzazioni internazionali. Con riguardo a quest'ultime, come è noto, gli Stati non hanno avviato negoziati per un trattato internazionale fondato sul progetto di articoli per la responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2011 (*Draft Articles on the Responsibility of International Organizations 2011*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, part two, p. 1 ss.). Per quanto concerne le imprese, la questione è più controversa, non essendo le imprese destinatarie di norme internazionali. Cfr., per tutti, ČERNIČ, VAN HO (edited by), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, 2015; FERSTMAN, *International Organizations and the Fight for Accountability*, Oxford, 2017;

trasparenza<sup>11</sup> e partecipazione<sup>12</sup> favorirebbe la realizzazione della *good governance*<sup>13</sup>.

L'uso del termine *governance* a proposito del diritto internazionale in materia di investimenti si è diffuso a seguito della pubblicazione di studi tesi al rinnovamento delle categorie di impostazione e concettualizzazione di tale settore del diritto internazionale mediante la valorizzazione di quei caratteri suscettibili di inquadramento secondo principi e categorie tipici del diritto pubblico, in particolare del diritto amministrativo<sup>14</sup>. La *governance* transnazionale degli investimenti presuppone la combinazione tra il diritto derivante dai diversi trattati internazionali applicabili e vari atti non vincolanti eterogenei adottati da organizzazioni internazio-

LEVASHOVA, *The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law*, in *Utrecht Law Review*, 2018, p. 40 ss. L'uso del termine "accountability" direttamente da parte di imprese e organizzazioni internazionali sottolinea la volontà di render conto della loro condotta, senza avvantaggiarsi della mancanza di strumenti giuridici per la loro responsabilizzazione e meccanismi operativi di controllo e prevenzione di eventuali loro illeciti sul piano internazionale.

<sup>11</sup> Cfr. TALLBERG, *Transparency*, in *The Oxford Handbook of International Organizations* (edited by KATZ COGAN, HURD, JOHNSTONE), Oxford, 2016, p. 1170 ss.

<sup>12</sup> Si vedano, fra gli altri, IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 465 ss.; VON BERNSTORFF, *New Responses to the Legitimacy Crisis of International Institutions: The Role of 'Civil Society' and the Rise of the Principle of Participation of 'The Most Affected' in International Institutional Law*, in *The European Journal of International Law*, 2021, p. 125 ss.

<sup>13</sup> Il termine *governance* è stato usato dapprima dalla Banca mondiale in termini di *good governance* in un rapporto specifico del 1989 relativo alla situazione economica nell'Africa sub-sahariana. In questo rapporto tale espressione è stata connotata come «a public service that is efficient, a judicial system that is reliable, and an administration that is accountable to its public» (World Bank, *Sub-Saharan Africa, From Crisis to Sustainable Growth, A Long-Term Perspective Study*, 1989, p. xii). Solo al termine della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile tenutasi a Johannesburg nel 2010 quest'espressione è stata associata allo sviluppo sostenibile (si veda la risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/66/288, 2010, par. 5). L'"Agenda 2030" fa riferimento alla "rule of law" più che alla *good governance*. Rileva in proposito il linguaggio del "Sustainable Development Goal n. 16". Cfr., per tutti, SCHACHERER, *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden, 2021, p. 36.

<sup>14</sup> Cfr., per tutti, VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007; SCHILL (edited by), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010; WAIBEL, KAUSHAL, CHUNG, BALCHIN (edited by), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2010; PEAT, *International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, p. 654 ss.



nali e dall'Unione, da un lato, e le azioni tese alla cooperazione e al coordinamento sul piano internazionale e dell'Unione europea risultanti dalla condotta di molteplici attori portatori di interessi eterogenei, dall'altro. Appare rilevante un'accezione di *governance* di tipo partecipativo. La flessibilità delle azioni pertinenti faciliterebbe la soluzione di problemi comuni relativi a questioni di natura tanto sociale – tra cui, ambiente, salute, lavoro, sicurezza alimentare, uso della terra, dell'acqua e altre risorse naturali – quanto economica, quali sicurezza energetica, stabilità economica e finanziaria. Si tratta di questioni cruciali per la realizzazione effettiva dello sviluppo sostenibile. Siffatto obbiettivo può influenzare le scelte degli investitori. Questi prediligono, in linea di principio, stabilità economica, finanziaria e politica, qualità dei processi decisionali normativi negli Stati ove investono e “rule of law”. Come il termine *governance*, l'uso di quest'ultima espressione pone problemi di concettualizzazione sul piano internazionale e nazionale. Sin dall'inizio di questo Millennio è in corso un dibattito dottrinario e in seno alle principali organizzazioni internazionali, Unione europea inclusa, in proposito. È condivisa l'idea secondo cui la “rule of law” internazionale sottintenda la garanzia dell'osservanza del principio di legalità e dei diritti fondamentali della persona nell'organizzazione e gestione dell'apparato istituzionale e la valorizzazione nella misura del possibile di approcci “bottom-up” nella formazione di atti di “soft law”, quali linee guida, standard, “benchmarks” e “best practices”, volti a orientare, e magari coordinare, la condotta tanto di Stati e organismi internazionali quanto di attori privati, come imprese, organizzazioni non governative o altri rappresentanti della società civile<sup>15</sup>. Si tratta di un assetto diverso sotto questo profilo da quello prevalen-

<sup>15</sup> La questione della “rule of law” internazionale ha suscitato un ampio dibattito in dottrina nel decennio passato, anche con riguardo al settore degli investimenti all'estero. Mi limito a citare, fra gli altri, NGUGI, *Policing Neo-Liberal Reforms: The Rule of Law as an Enabling and Restrictive Discourse*, in *Journal of International Law*, 2005, p. 514 ss.; KREVER, *The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model*, in *Harvard International Law Journal*, 2011, p. 288 ss.; KEITH, *The International Rule of Law*, Cambridge, 2015; MCCORQUODALE, *Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2016, p. 277 ss.; STOLL, *International Investment Law and the Rule of Law*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2018, p. 267 ss.; CALAMITA, BERMAN (edited by), *Investment Treaties and the Rule of Law Promise. An Examination of the Internalisation of International Commitments in Asia*, Cambridge, 2022; HAN, *Legal Protection and Sustainability of Chinese Investments in Africa. Under the Concept of International Investment Rule of Law*, Singapore, 2022; RATNER, *Fair and Equitable Treatment and Human Rights:*

temente statocentrico tipico del diritto internazionale precedentemente all'affermazione dello sviluppo sostenibile quale obiettivo di macro-sistema. Il contesto statocentrico è stato dominante fino agli anni novanta del novecento, ossia fino alla prima conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, allorché il settore privato ha cominciato a essere coinvolto nei lavori di una conferenza internazionale per incoraggiarne il contributo tecnico e finanziario.

I trattati internazionali, prevalentemente bilaterali, in materia di promozione e protezione degli investimenti all'estero conclusi a partire già dagli anni sessanta del secolo scorso avevano iniziato a scalfire l'assetto statocentrico prevedendo, come illustrerò nel prosieguo, clausole arbitrali direttamente azionabili dall'investitore nazionale di uno degli Stati contraenti in caso di controversia con l'altro Stato contraente, in qualità di Stato ospite, per la violazione di un obbligo posto dal trattato applicabile al caso di specie. Nel paragrafo successivo porrò in risalto le ragioni per le quali gli Stati hanno concordato di depoliticizzare il clima internazionale in materia di investimenti attraverso la conclusione di trattati internazionali favorevoli agli interessi degli investitori con questo genere di clausole di "arbitrato diretto" e i relativi limiti del proprio potere di gestione della soluzione di controversie simili a favore dei vari tribunali arbitrali *ad hoc* istituibili e istituiti sulla base di clausole siffatte<sup>16</sup>. Il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato ospite e l'eventuale intervento successivo dello Stato nazionale in protezione diplomatica sarebbero rimasti gli unici mezzi giuridici di soluzione delle controversie con gli Stati ospiti a disposizione degli investitori, in mancanza di tali clausole arbitrali.

*A Moral and Legal Reconciliation*, in *Journal of International Economic Law*, 2022, p. 568 ss., favorevole alla valorizzazione in chiave etica del ruolo dello Stato come istituzione nella redazione e interpretazione delle disposizioni pattizie sull'obbligo di trattamento giusto ed equo; REINISCH, SCHILL (edited by), *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, Oxford, 2023.

<sup>16</sup> Accolgo in quest'indagine l'orientamento maggioritario secondo cui le clausole di arbitrato previste nei trattati internazionali in materia di investimenti per la soluzione delle controversie tra un investitore di uno degli Stati contraenti e un altro Stato contraente riconoscono la legittimazione attiva dell'investitore di chiedere direttamente la costituzione di un tribunale arbitrale ("direct model"). Nel quadro dell'approccio *Achmea* (su cui *infra* par. 6, sezione seconda, capitolo primo) la Commissione e Corte di giustizia dell'Unione europea si fondano invece sul "derivative model" secondo cui tali clausole avrebbero una portata interstatale, anziché interindividuale. Il tribunale ICSID del caso *Loewen Group, Inc., Raymond L. Loewen c. Stati Uniti* ha adottato quest'ultimo approccio (caso ICSID n. ARB(AF)/98/3, sentenza, 26 giugno 2003, par. 233).

3. Il settore degli investimenti ha acquisito una rilevanza speciale nel diritto internazionale, a seguito delle richieste di un “Nuovo ordine economico internazionale” espresse dal gran numero di Stati di nuova indipendenza sorti dal processo di decolonizzazione, negli anni sessanta e settanta del secolo scorso. Tali Stati usarono, a tal fine, l’Assemblea generale delle Nazioni Unite quale foro di dibattito e redazione di risoluzioni volte alla revisione dell’ordine economico internazionale *post*-bellico avviato dalle potenze vincitrici della seconda guerra mondiale. Più specificamente, nel 1974 l’Assemblea generale delle Nazioni Unite adottò due risoluzioni per l’instaurazione del “Nuovo ordine economico internazionale”. Queste risoluzioni portarono alla contrapposizione tra Stati di origine e ospiti, nonché tra questi ultimi e investitori stranieri operanti come imprese multinazionali, e quindi alla politicizzazione acesa del clima internazionale per la realizzazione di investimenti all’estero. Siffatta politicizzazione generò effetti pregiudizievoli per l’andamento dell’economia di tutti gli Stati perché influenzò negativamente le scelte degli investitori, malgrado la contrapposizione tra Stati riflettesse allora un divario economico inferiore rispetto a oggi. Le richieste del gruppo dei paesi in via di sviluppo meno avanzati – sorti dal processo di decolonizzazione – erano sostenute infatti dagli Stati produttori ed esportatori di petrolio<sup>17</sup>.

Tale peggioramento del clima internazionale in materia di investimenti portò infine la maggioranza degli Stati alla ricerca di una soluzione sul piano internazionale. L’esigenza della depoliticizzazione sia dei rapporti tra Stati sia di quelli tra Stati ospiti e investitori stranieri ha caratterizzato principi e contenuti del diritto internazionale in materia di investimenti. Gli Stati di origine di investitori stranieri hanno avuto una funzione strumentale in proposito, da un lato, stipulando trattati internazionali specifici con Stati suscettibili di essere ospiti dei propri investitori e, dall’altro, contribuendo all’adozione di atti di organizzazioni internazionali rilevanti in materia. In questo modo gli Stati di origine di investitori stranieri sono riusciti a tutelare interessi propri, in termini di capacità di atteggiarsi come promotori principali della cooperazione internazionale tesa a coordinamento di rapporti economici transnazionali, orientamento della condotta dei privati e allineamento tra i diversi interessi per la prevenzione di conflitti e dunque ostacoli alla libertà di in-

<sup>17</sup> Cfr., per tutti, DIETRICH, *Oil Revolution: Anticolonial Elites, Sovereign Rights, and the Economic Culture of Decolonization*, Cambridge, 2017.

vestimento. Rapporti eterogenei si sono sviluppati inoltre tra attori aventi una posizione internazionale diversa: Stati, organizzazioni internazionali, privati, in particolare investitori operanti come imprese multinazionali e comunità umane stanziati nei territori oggetto di investimenti. L'assetto giuridico e politico sviluppatosi in materia sul piano internazionale è divenuto speciale.

Sotto il profilo giuridico, la stipulazione di trattati internazionali tra Stati di origine e Stati ospiti per la promozione e protezione degli investimenti privati all'estero è stata lo strumento prioritario per la depoliticizzazione. Giova approfondire le implicazioni di questa circostanza. In caso di controversia tra uno Stato contraente e un investitore di un altro Stato contraente, le norme di questi trattati attribuiscono a un investitore di uno Stato contraente il potere di agire direttamente contro un altro Stato contraente ospite di un suo investimento davanti a un tribunale arbitrale costituito secondo quanto previsto dallo stesso trattato applicabile ("investment treaty-based arbitral tribunal"). Tale potere di azione è, in linea di principio, attribuito all'investitore, ma non allo Stato ospite, benché il suddetto Stato sia parte contraente al trattato, mentre l'investitore non lo sia. La depoliticizzazione realizzata attraverso i trattati in materia di investimenti assume dunque la tutela della libertà di iniziativa e azione degli investitori in un contesto di neoliberalismo quale obiettivo basilare, quantunque alcuni trattati prevedano regole volte a influenzare la loro condotta rispetto a comunità e territori degli Stati esteri dove operano. Con la proliferazione di questi trattati, Stati ospiti e investitori stranieri sono divenuti attori protagonisti del diritto internazionale in materia di investimenti. Negli ultimi anni si è consolidata altresì la prassi della stipulazione di accordi regionali, e taluni megaregionali, di libero scambio con un capitolo in materia di investimenti. Questa novità si è sviluppata ad opera degli Stati del Pacifico con la conclusione dell'Accordo comprensivo e progressivo di partenariato transpacifico ("Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership", CPTPP) nel 2018, della Cina con la conclusione del trattato di partenariato economico comprensivo regionale ("Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement", RCEP) con dieci Stati membri dell'ASEAN nel 2020 e dell'Unione Europea, da quando è competente in materia di investimenti diretti nel quadro della politica commerciale comune, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La conclusione dell'Accordo comprensivo economico e commerciale ("Comprehensive Economic and Trade Agree-

ment”, CETA) tra Canada, Unione Europea e suoi Stati membri nel 2016 è significativa, come evidenzierò nel prosieguo quando rilevante.

Beninteso, le norme dei trattati in materia di investimenti hanno efficacia interstatale, al pari di ogni norma del diritto internazionale<sup>18</sup>. Prova ne è che molti trattati includono clausole di arbitrato Stato-Stato, ossia tra Stati contraenti, in caso di una controversia relativa alla loro interpretazione e applicazione. Il ricorso a questo tipo di clausole arbitrali internazionali tipiche implica la politicizzazione del clima internazionale per gli investimenti stranieri.

L'applicazione delle norme internazionali in materia di investimenti tese alla depoliticizzazione è avvenuta in modo pressoché pacifico fino alla fine del novecento del secolo scorso. Il numero di controversie tra Stato ospite e investitore straniero è stato in effetti ridotto. Tali controversie sono state risolte da tribunali arbitrali costituiti sulla base delle clausole contemplanti l'“arbitrato diretto” – principalmente, dell'“International Centre for the Settlement of Investment Disputes” (ICSID) istituito con la Convenzione di Washington del 1966 e/o della “United Nations Commission for International Trade Law” (UNCITRAL) e/o della Camera di Commercio Internazionale (CCI ovvero ICC secondo l'acronimo in lingua inglese “International Chamber of Commerce”) – previste, come anticipato, nei medesimi trattati. La costituzione di tribunali siffatti è avvenuta per lo più su richiesta di uno o più investitori privati riconducibili a uno degli Stati contraenti contro un altro Stato contraente in qualità di Stato ospite. Successivamente, il numero di casi è aumentato tuttavia in maniera esorbitante. Alcuni di questi casi hanno avuto per oggetto controversie tra uno Stato ospite e un investitore stra-

<sup>18</sup> La sentenza del tribunale arbitrale ICSID nel caso *Spyridon Roussalis c. Romania* chiarisce questo punto (caso ICSID n. ARB/06/1, sentenza, 7 dicembre 2011, par. 871), là dove afferma che «the BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction». In un paragrafo precedente, il tribunale sottolinea che lo Stato ospite non può presentare «counterclaims» contro l'investitore, «in relation to obligations of the investor» (par. 869). Cfr. DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, 2003; PAPANIKOLAOU, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, in *The European Journal of International Law*, 2013, p. 617 ss.; BRAUN, *Globalization-driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2014, n. 1-2, p. 73 ss.

niero relative, tra l'altro, alla salvaguardia di interessi non economici di carattere pubblico<sup>19</sup>. Controversie simili sono sorte anche nei rapporti tra Stati economicamente avanzati, essendo numerosi di questi divenuti ospiti di investimenti realizzati da investitori privati provenienti da altri Stati economicamente avanzati e/o emergenti. La diffusione su larga scala del processo di liberalizzazione e interdipendenza tra Stati e mercati, nonché le crisi sistemiche transnazionali di carattere prevalentemente finanziario hanno sovvertito difatti le rotte tradizionali dei flussi di investimento posti in essere da privati in Stati diversi da quelli di origine, da un lato, e ampliato i settori materiali suscettibili di essere l'oggetto di tali investimenti, dall'altro. Prova ne è che un trattato multilaterale a partecipazione tendenzialmente regionale in termini di appartenenza alla stessa area geopolitica, qual è l'*Energy Charter Treaty*, sia stato nell'ultimo decennio fonte di numerosi procedimenti arbitrali istituiti, sulla base del suo art. 26, per la soluzione di controversie tra un investitore di uno Stato contraente membro dell'Unione europea, ossia Stato economicamente avanzato, e un altro Stato contraente membro dell'Unione avente dunque un livello di sviluppo affine.

L'ingresso dell'Unione europea nell'arena internazionale relativa agli investimenti, quale attore protagonista, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha contribuito al dibattito in virtù della sua proposta di istituzione di un meccanismo permanente di soluzione delle controversie tra Stato ospite e investitore straniero, in alternativa ai procedimenti di "arbitrato diretto".

4. Prima delle risoluzioni per un "Nuovo ordine economico internazionale", gli Stati, le organizzazioni internazionali già esistenti e la dottrina stentavano ad attribuire specificità al settore degli investimenti stranieri giacché consideravano la protezione degli investimenti all'estero quale aspetto del regime internazionale sul trattamento degli stranieri, in termini prevalentemente di tutela delle loro proprietà. A partire dalla fine della seconda guerra mondiale, una certa dottrina aveva iniziato a prestare attenzione alla materia per studiare ed elaborare proposte relativamente all'inquadramento del fenomeno dell'investitore all'estero operante come impresa transnazionale ovvero multinazionale avente sovente la struttura di un gruppo di società di capitali riconducibili a

<sup>19</sup> I casi arbitrali qui menzionati sono consultabili nel sito [www.italaw.com](http://www.italaw.com).

Stati diversi e dotate di personalità giuridica distinta<sup>20</sup>. Questa dottrina si concentrava soprattutto sulla determinazione dei tratti caratteristici di tale impresa quale attore dei rapporti economici transnazionali, al fine del controllo della sua attività interrogandosi anche sulla sua eventuale soggettività internazionale. La prassi normativa internazionale rilevante consisteva in pochi trattati internazionali per lo più bilaterali istitutivi di “compensation claims commissions” per la soluzione di controversie sorte tra investitori di uno Stato e un altro Stato a seguito dell’adozione da parte di quest’ultimo di provvedimenti di ablazione di ampia portata definiti apertamente come nazionalizzazioni, se aventi per oggetto intere categorie formalmente indeterminate di investimenti in uno o più settori, o espropriazioni se relativi a investimenti specifici<sup>21</sup>. La prassi dei trattati internazionali istitutivi di “compensation claims commissions” ha costituito il modello delle clausole di “arbitrato diretto” divenute poi ricorrenti nei trattati internazionali in materia di investimenti successivi al processo di decolonizzazione. Entrambe le categorie di trattati istituiscono un rapporto diretto nella soluzione delle controversie tra Stato contraente ospite e investitori riconducibili all’altro Stato contraente, perché attribuiscono a questi ultimi il potere di azione davanti a meccanismi internazionale creati appositamente per la soluzione delle suddette controversie nella forma vuoi di “compensation claims commissions” vuoi di tribunali arbitrali. La differenza basilare è che i trattati internazionali istitutivi di “compensation claims commissions” sono stati conclusi dopo la nascita di controversie siffatte, mentre i trattati internazionali in materia di investimenti successivi alla decolonizzazione sono conclusi in via

<sup>20</sup> Mi limito a richiamare, tra gli altri, UBERTAZZI, *L'espropriazione di compagnie commerciali straniere nel diritto internazionale pubblico*, Milano, 1948; SACERDOTI, *Le imprese multinazionali in un mondo di Stati: aspetti giuridico-economici e problemi di politico legislativo*, in *La Comunità internazionale*, 1974, p. 12 ss.; SEIDL-HOHENVELDERN, *Multinational Enterprises and the International Law of the Future*, in *The Yearbook of World Affairs*, 1975, p. 301 ss.; GOLDMAN, FRANCESCAKIS (sous la direction de), *L'entreprise multinationale face au droit*, Parigi, 1977; SIMMONDS (edited by), *Legal Problems of Multinational Corporations*, Londra, 1977; FRANCONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979; DAY WALLACE, *Legal Control of the Multinational Enterprise*, The Hague/Londra/Boston, 1982; MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, 1993.

<sup>21</sup> Cfr., tra gli altri, BINDSCHEDLER, *La protection de la propriété privée en droit international public*, in *Recueil des cours*, 1956, II, p. 232 ss.; LILLICH, *International Claims: Their Preparation and Presentation*, Syracuse, 1962; DE VELASCO, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, in *Recueil des Cours*, 1974, II, p. 120 ss.

promozionale precedentemente alla nascita di controversie di tal genere. Per questa ragione le clausole di “arbitrato diretto” ivi previste raffigurano una sorta di “offerta in bianco” da parte di ciascun Stato contraente agli investitori dell’altro Stato contraente. Come segnalerò, questo genere di clausole ha suscitato critiche a partire dalla fine del secolo scorso in quanto istitutive di un modello di arbitrato limitativo della libertà di scelta e azione degli Stati contraenti, ma non di quella degli investitori<sup>22</sup>. Per questi ultimi si tratta in definitiva di un modello di arbitrato “without privity”<sup>23</sup>. La differenza tra i trattati istitutivi di “compensation claims commissions” e quelli contemplanti clausole di “arbitrato diretto” deriva principalmente dall’esigenza di depoliticizzazione affermata nel corso degli anni settanta del secolo scorso. Le richieste per un “Nuovo ordine economico internazionale” espresse dagli Stati di nuova indipendenza suscitarono un dibattito interstatale, il peggioramento delle aspettative di profitto degli investitori all’estero e l’orientamento favorevole alla tutela degli interessi degli investitori (“pro-investor”) del diritto internazionale in materia di investimenti sviluppatosi in maniera predominante da allora fino ai primi anni di questo secolo per fugare tale pessimismo. Questi sviluppi sono stati impregnati infatti di una logica sinallagmatica *sui generis* funzionale alla depoliticizzazione – in termini di situazioni giuridiche attive/diritti e situazioni passive/obblighi – nei rapporti vuoi tra Stato di origine dell’investitore e Stato ospite vuoi tra Stato ospite e investitore straniero.

Alcune circostanze di fatto meritano di essere chiarite a questo punto, in via preliminare, per l’inquadramento giuridico delle dinamiche internazionali in materia di investimenti. Primo, l’asimmetria caratterizzante i rapporti tra attori del diritto internazionale in materia di investimenti

<sup>22</sup> Mi limito a richiamare, fra gli altri, BROWER II, *Obstacles and Pathways to Consideration of the Public Interest in Investment Treaty Disputes*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2008-2009, p. 347 ss.; CARON, *Investor State Arbitration: Strategic and Tactical Perspectives on Legitimacy*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2009, p. 513 ss.; *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (edited by WAIBEL, KAUSHAL, CHUNG, BALCHIN), Alphen aan den Rijn, 2010; KRISHAN, *Thinking about BITs and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis*, in *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde* (edited by WEILER, BAETENS), Leiden, Boston, 2011, p. 107 ss.; LI, SHEN, *Legitimacy Crisis and the ISDS Reform in a Political Economy Context*, in *Journal of East Asia and International Law*, 2022, p. 31 ss.

<sup>23</sup> Per approfondimenti ulteriori sull’uso dell’espressione “without privity”, *infra*, nota 30, capitolo primo, sezione prima.



scaturisce dall'eterogeneità tanto delle loro posizioni e interessi quanto dalla loro forza contrattuale. Taluni Stati ospiti possono avere una forza inferiore a certi investitori stranieri operanti come imprese multinazionali, benché tutti gli Stati, in quanto tali, siano, a differenza delle imprese, soggetti del diritto internazionale, essendo *superiorem non recognoscentes*, ossia sia organizzati sia indipendenti, sul piano internazionale. Le imprese non sono destinatarie delle norme internazionali, poiché prive di soggettività sul piano internazionale, alla stregua di tutti i privati, quali persone, associazioni ovvero organizzazioni non governative. Come anticipato e come segnalerò nel prosieguo dell'indagine, certe norme di trattati internazionali e atti di *soft law* riconoscono nondimeno il protagonismo degli investitori oppure hanno per oggetto la loro condotta. Le imprese non sono indipendenti sul piano internazionale giacché operano al di sotto della barriera della sovranità sia degli Stati di origine sia di quelli ospiti, quand'anche esse siano multinazionali potenti.

Secondo, la portata oggettiva del diritto internazionale in materia di investimenti si è estesa per la ricerca di soluzioni alla complessità del quadro politico ed economico internazionale contemporaneo. Si è consolidata la prassi di trattati relativi sia a scambi commerciali sia a investimenti.

Terzo, si sono moltiplicate norme di *hard law*, ossia vincolanti quali i trattati, e di *soft law*, ossia non vincolanti con l'intensificazione del processo di interdipendenza tra Stati e mercati<sup>24</sup>. Sotto il primo profilo, i trattati relativi sia a scambi commerciali sia a investimenti sono divenuti ricorrenti, in virtù dell'interdipendenza tra queste attività derivante dal processo di globalizzazione e della rilevanza di problemi trasversali suscettibili di porsi analogamente in relazione ad attività economiche transnazionali distinte. L'esigenza della distinzione tra i due stadi principali del rapporto tra uno Stato e un investitore di un altro Stato – lo stadio della negoziazione e quello della realizzazione del progetto – è divenuta meno rilevante per l'individuazione dell'ambito di applicazione dei trattati internazionali in materia di investimenti. Si è diffuso l'inserimento di eccezioni, deroghe e clausole specifiche per la salvaguardia di interessi

<sup>24</sup> Sull'interazione tra *hard law* e *soft law* nella realtà contemporanea del diritto internazionale, cfr. per tutti BRADLOW, HUNTER (edited by), *Advocating Social Change through International Law. Exploring the Choice between Hard and Soft International Law* Leiden, 2019.

non economici nei trattati relativi sia a scambi commerciali sia a investimenti attraverso il rinnovamento del bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, da un lato, e la mitigazione della diversificazione normativa tipica del diritto internazionale. A questo fine, i trattati di “nuova generazione” prevedono il riferimento a strumenti giuridici internazionali relativi ad altri settori e a meccanismi idonei a favorire la prevenzione dei conflitti, quali le valutazioni preliminari dell’impatto ambientale, culturale e sociale *tout court* degli investimenti stranieri su comunità e territori locali<sup>25</sup>. Queste novità emergono, come evidenzierò, dall’orientamento di diversi Stati, nonché dalle proposte dell’Unione europea, di organismi specializzati delle Nazioni Unite, tra cui spicca l’United Nations Conference on Trade and Development (d’ora in poi, UNCTAD) a seguito della pubblicazione nel 2015 del suo *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, e altre organizzazioni internazionali, quali l’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (d’ora in poi, OCSE) in virtù della revisione del suo *Policy Framework for Investment* nel medesimo anno. Sotto il secondo profilo, si sono moltiplicate risoluzioni,

<sup>25</sup> Gli Stati che concludano un trattato internazionale in materia di investimenti contemplante la valutazione preliminare dell’impatto ambientale, culturale e sociale *tout court* di un investimento suscettibile di essere realizzato in territori ove siano stanziate comunità indigene darebbero attuazione vincolante a quanto previsto all’art. 32, par. 2, della Dichiarazione sui diritti degli indigeni adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2007 di per sé non vincolante. Secondo siffatta disposizione, l’approvazione da parte dello Stato territoriale di qualunque progetto relativo ai territori ove si trovino indigeni e alle risorse ivi disponibili presupporrebbe il loro consenso libero e informato. L’art. 16, par. 1, del *Model BIT* canadese del 2021 prevede il rispetto da parte degli investitori di qualunque legge nazionale dello Stato ospite, incluse quelle sui diritti delle popolazioni indigene. Per quanto concerne trattati internazionali dell’Unione europea, segnalo, tra gli altri, il “Comprehensive Agreement on Investment” (CAI) tra Unione europea, suoi Stati membri e Cina del 2020, art. 4, secondo cui «[t]he Parties recognise the importance of reviewing, monitoring and assessing the impact of the implementation of this Agreement on sustainable development through their respective processes and institution». La Corte internazionale di giustizia si è espressa sulla rilevanza della valutazione di impatto ambientale nel diritto internazionale nella sentenza nel caso *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c. Spagna)* del 20 aprile 2010, in *ICJ Reports*, 2010, p. 14 ss., specialmente p. 83, par. 204 là dove la Corte si riferisce a tale valutazione come «a requirement under general international law [...] where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource». La Corte ha aggiunto anche che «due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works».

linee guida, rapporti fondati su dati scientifici e statistici. Queste novità sono derivate dapprima dalla rilevanza graduale, ma inesorabile, della questione della sostenibilità e poi dalla competenza attribuita in materia di investimenti diretti esteri all'Unione europea dagli Stati membri col Trattato di Lisbona.

Quarto, il diritto in materia di investimenti, in quanto settore del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, si presta a essere esaminato sotto profili distinti, ma collegati tra loro. Rilevano in particolare il profilo politico e quello storico-evolutivo, perché gli sviluppi di tale settore si sono verificati per effetto di conflitti di interesse eterogenei e mutevoli a seconda del contesto geopolitico, economico, sociale e culturale in periodi storici diversi. Intendo per questa ragione avviare l'indagine con l'esame di siffatti sviluppi ponendone in risalto attori protagonisti e interessi con riferimento a quattro contesti storici: colonialismo, decolonizzazione, fine della guerra fredda e crisi del neoliberalismo. I mutamenti rilevanti del diritto internazionale in materia di investimenti in parte già menzionati sono derivati dall'assunto per il quale le norme presunte di diritto internazionale generale sulla protezione degli stranieri si applicassero pure alle loro proprietà all'estero, dalla politicizzazione del clima internazionale per la realizzazione di investimenti all'estero a seguito delle dichiarazioni di principio dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite volte all'instaurazione del "Nuovo ordine economico internazionale", dalla depoliticizzazione di tale clima mediante la stipulazione di trattati internazionali specifici, soprattutto bilaterali, e dalla revisione della struttura tipica di tali trattati mediante l'inclusione di disposizioni e/o clausole di salvaguardia di alcuni interessi non economici riconducibili all'obiettivo dello sviluppo sostenibile, anche a seguito dell'attribuzione della competenza in materia di investimenti diretti all'Unione europea nel quadro della politica commerciale comune. Alcuni trattati di "nuova generazione" includono un capitolo a sé specifico relativo al suddetto sviluppo suscettibile di applicazione in relazione sia alle disposizioni sul commercio sia a quelle sugli investimenti. Rilevano alcuni trattati di libero scambio e/o partenariato economico conclusi dall'Unione europea insieme ai suoi Stati membri dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>26</sup>, quali il Trattato di libero scambio con la Corea del Sud del

<sup>26</sup> I trattati dell'Unione europea vincolanti sono quelli il cui *iter* per l'entrata in vigore è andato a buon fine. Numerosi sono applicati tuttora in via provvisoria. Tali trattati

2009, il CETA col Canada del 2016 e il “Comprehensive Agreement on Investment” (CAI) con la Cina del 30 dicembre 2020. Diversi studiosi si sono occupati di chiarire la portata di questa novità, soprattutto in concomitanza e successivamente al caso sorto relativamente all’applicazione e interpretazione del capitolo 13 su “commercio e sviluppo sostenibile” del Trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Corea del Sud<sup>27</sup>. Questo capitolo prevede un meccanismo autonomo di soluzione delle controversie implicante l’istituzione di un *panel* di esperti *ad hoc*, come quello istituito per il caso di specie nel 2019, sulla base della richiesta presentata dall’Unione europea nel 2018<sup>28</sup>. Il *panel* ha reso il proprio rapporto il 20 gennaio 2021 relativamente alla presunta violazione delle disposizioni del suddetto Trattato sulla protezione dei lavoratori in conformità con le Convenzioni ILO, specificamente l’art. 13.4.3 del Trattato<sup>29</sup>. Esso ha concluso che quest’articolo contemplasse un obbligo di «best endeavours» e pertanto la Corea del Sud non potesse essere ritenuta responsabile per il mancato rispetto di tale disposizione non avendo ratificato ancora le Convenzioni ILO<sup>30</sup>. La pretesa dell’Unione non era dunque fondata. Questo caso era relativo alla rilevanza del capi-

sono infatti conclusi in forma mista e necessitano delle ratifiche tanto dell’Unione quanto dei suoi Stati membri giacché la competenza – il “treaty-making-power” – dell’Unione non è esclusiva in materia. Come nel caso del CETA, può succedere che il trattato sia ratificato dallo Stato terzo, dall’Unione europea e da alcuni, ma non tutti, i suoi Stati membri. Per questa ragione, un trattato siffatto entra in vigore in via provvisoria.

<sup>27</sup> Sul Trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Corea del Sud, cfr. BROWN, *The European Union and Regional Trade Agreements: A Case Study of the EU-Korea FTA*, in *European Yearbook of International Economic Law* (edited by HERRMANN, TERHECHTE), 2011, p. 305 ss.

<sup>28</sup> Richiesta ex art. dall’art. 13.15 del Trattato di libero scambio.

<sup>29</sup> Secondo l’Unione europea, la Corea del Sud avrebbe omesso di conformarsi alle Convenzioni ILO, come imposto invece dall’art. 13.4.3 del Trattato di libero scambio, in particolare con la normativa ILO sulla libertà di associazione e contrattazione collettiva.

<sup>30</sup> Rileva, in particolare, il par. 277 del rapporto del *panel*. Nel corso del procedimento, la stessa Unione ha riconosciuto che la disposizione controversa, l’art. 13.4.3 del Trattato di libero scambio, sia «a ‘best endeavours’ provision» (par. 265 del rapporto del *panel*). A suo parere, essa imporrebbe di porre in essere qualunque sforzo «without interruption». Ad avviso del *panel*, questo genere di qualificazione dell’obbligo previsto in tale articolo non sarebbe ammissibile alla luce del linguaggio della medesima disposizione. Il *panel* «finds it significant that the last sentence of Article 13.4.3 does not set a specific target date or a particular milestone for the ratification process: the provision merely states that the Parties should make ‘continued and sustained efforts towards ratification’. Nor have the Parties referred to any specific target dates or discernible schedules that they have agreed, which may help guide the Panel’s analysis» (par. 276 del rapporto del *panel*).

tolo 13 del Trattato di libero scambio con riguardo alle sue disposizioni non sugli investimenti, ma sugli scambi commerciali. Una trattazione più approfondita di questo caso esula, pertanto, dallo scopo della presente indagine<sup>31</sup>. L'ho richiamato per illustrare quale può essere la portata effettiva delle novità strutturali previste negli accordi di “nuova generazione” relativamente alle disposizioni sia sostanziali, quali i capitoli specifici sullo sviluppo sostenibile, sia procedurali contemplanti meccanismi di soluzione delle controversie fondati sulla logica interstatale classica, come il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), e dunque alternativi all'“arbitrato diretto”. Rileva altresì, come evidenziato in dottrina, che questo caso, essendo il primo fondato su un capitolo di un trattato di libero scambio relativo allo sviluppo sostenibile, dimostri l'importanza per l'Unione di continuare a ristrutturare, tramite negoziati internazionali, tali capitoli per garantirne l'attuazione effettiva, quale parametro di compatibilità internazionale delle normative statali rilevanti per la realizzazione delle dimensioni ambientale e sociale dello sviluppo sostenibile<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Mi limito a segnalare: BOISSON DE CHAZOURNES, LEE, *The European Union-Korea Free Trade Agreement Sustainable Development Proceeding: Reflections on a Ground-Breaking Dispute*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2022, p. 329 ss. Analogamente esula dall'oggetto della presente indagine il caso Unione europea-Ucraina relativo alla compatibilità del divieto di esportazione permanente del legname introdotto dall'Ucraina, alla luce delle disposizioni su scambi commerciali e sviluppo sostenibile previste nel capitolo 13 dell'Accordo di associazione tra Unione e Ucraina del 2014. Su richiesta dell'Unione, ex art. 306 del suddetto Accordo, questo caso è stato deciso da un *panel* arbitrale l'11 dicembre 2020 (il rapporto di tale *panel* è consultabile nel sito dell'Unione). Per approfondimenti, VILLANI, *Prove di rilevanza sistemica dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'UE: la decisione arbitrale nel caso UE c. Ucraina*, in *Enforcement & Law-Making of the EU Trade Policy* (a cura di BARONCINI, ESPA, MARCEDDU, MULAS, SALUZZO), Bologna, 2022, p. 41 ss. (*open access* al link <http://amsacta.unibo.it/6953/>).

<sup>32</sup> Segnalo, tra gli altri, BRONCKERS, GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 25 ss.; COLLI VIGNARELLI, *The European Commission Trade Policy Review: The Effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU FTAs*, in *European Papers*, 2021, p. 1 ss.; GARCÍA, *Sanctioning Capacity in Trade and Sustainability Chapters in EU Trade Agreements: The EU-Korea Case*, in *Politics and Governance*, 2022, n. 1, p. 58 ss.; HAN, *The EU-Korea Labour Dispute: A Critical Analysis of the EU's Approach*, in *European Foreign Affairs Review*, 2021, p. 531 ss.; VAN 'T WOUT, *The Enforceability of the Trade and Sustainable Development Chapters of the European Union's Free Trade Agreements*, in *Asia Europe Journal*, 2022, p. 81 ss.

5. Il protagonismo dell'Unione europea nel contesto politico e normativo internazionale in materia di investimenti per lo sviluppo sostenibile è stato al centro del progetto di ricerca del Modulo "Jean Monnet" su "EU Investment Law (EUIL)" finanziato dalla Commissione europea nel 2018 (progetto n. 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE). Questo ruolo è oggetto di indagine da parte di un numero apprezzabile di studiosi. Io stessa ho svolto attività di studio e ricerca con riguardo alla sistemazione di alcuni aspetti significativi di queste novità, pubblicando i risultati di tali attività in riviste e opere collettanee tanto nella lingua italiana quanto in quella inglese. Mi pare utile continuare a partecipare al dibattito con la pubblicazione di quest'opera monografica volta alla divulgazione dei risultati delle attività didattiche, seminari e di ricerca svolte negli anni di realizzazione del progetto del Modulo "Jean Monnet" su "EU Investment Law (EUIL)", onde favorire l'arricchimento delle conoscenze dei temi di tale progetto di studenti, colleghi, amministratori di enti pubblici, imprese e chiunque altro possa essere a essi interessato. L'indagine concerne infatti l'esame sia degli sviluppi del diritto internazionale sia degli orientamenti e delle azioni dell'Unione europea nella gestione di relazioni esterne tese allo sviluppo sostenibile attraverso investimenti all'estero.

La presente opera mira altresì a contribuire alla comprensione e sistemazione degli effetti dell'emergenza Covid-19 sul quadro normativo e politico internazionale in materia di investimenti sostenibili. Quest'emergenza ha rafforzato, come si vedrà, l'importanza sia del ruolo delle organizzazioni internazionali e dell'Unione europea sia della sostenibilità nell'inquadramento di questo settore del diritto internazionale.

L'indagine si articola in tre capitoli. Il capitolo primo ha per oggetto l'approfondimento degli sviluppi del diritto internazionale in materia di investimenti, con riferimento anche alla diversità dei contesti storici e politici, per evidenziarne principi e contenuti. Il capitolo secondo dell'indagine verte sulle ragioni e modalità per le quali lo sviluppo sostenibile ha caratterizzato il diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti prima dell'emergenza da Covid-19. Il capitolo terzo è dedicato all'esame degli effetti della suddetta emergenza. Essa ha intensificato l'esigenza della sostenibilità degli investimenti, ponendo il problema particolare dell'interazione tra diritto, politica, scienza e tecnologia, nonché rendendo evidente la questione della "responsabilità intergenerazionale" in materia di investimenti. Azioni correttive degli effetti avversi

delle emergenze sanitarie appaiono desiderabili da parte sia di Stati sia di imprese, a salvaguardia delle generazioni attuali e di quelle future. L'indagine termina con alcune riflessioni e spunti ulteriori di studio e ricerca relativamente agli strumenti e ai contenuti delle azioni internazionali e della stessa Unione europea dirette a investimenti sostenibili. Da ultimo, mi preme segnalare che farò riferimento alle azioni e scelte normative dell'Unione relativamente al buon funzionamento del mercato interno solo allorché ciò risulti utile all'indagine.





## CAPITOLO I

### LA VARIETÀ E CONFLITTUALITÀ DI INTERESSI ALL'ORIGINE DEI MUTAMENTI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI INVESTIMENTI

SOMMARIO: *Sezione I. I mutamenti a seguito di conflitti di interesse tra Stati.* – 1. Il diritto internazionale in materia di investimenti al tempo del colonialismo. – 2. (*segue*): successivamente alla decolonizzazione. La politicizzazione del clima internazionale per gli investimenti stranieri per effetto delle richieste del “Nuovo ordine economico internazionale”. – 3. La depoliticizzazione del clima internazionale per gli investimenti stranieri attraverso la stipulazione di trattati internazionali favorevoli alla tutela degli interessi degli investitori. Considerazioni preliminari sulla portata dell’obbligo di trattamento giusto ed equo. – 4. La ricerca di temperamenti dei diversi interessi mediante l’inclusione in tali trattati di clausole sull’“arbitrato diretto”. – *Sezione II. I mutamenti derivanti dal rapporto sinallagmatico sui generis tra Stati ospiti e investitori stranieri.* – 1. Dai tentativi di un codice di condotta per le imprese transnazionali delle Nazioni Unite alla promozione e valorizzazione della responsabilità sociale d’impresa. Gli strumenti internazionali relativi alla condotta degli investitori operanti come imprese multinazionali. – 2. La tutela di interessi generali locali nell’interpretazione e applicazione dei trattati internazionali applicabili nei procedimenti di “arbitrato diretto”. Indebolimento della logica favorevole alla protezione degli interessi degli investitori: a) i casi più significativi. – 3. (*segue*): b) La portata duplice dell’obbligo di trattamento giusto ed equo. – 4. (*segue*) c) Il contributo allo sviluppo locale quale elemento della definizione di investimento nei trattati. – 5. (*segue*): d) L’inclusione degli investimenti esteri diretti nell’ambito oggettivo della politica commerciale comune di competenza dell’Unione europea. – 6. (*segue*): e) L’autonomia del diritto dell’Unione europea quale limite alla validità e applicabilità dei trattati internazionali in materia di investimenti conclusi tra Stati membri e/o tra questi Stati, l’Unione europea e Stati terzi, con riguardo particolare all’*Energy Charter Treaty*.

#### *Sezione I. I mutamenti a seguito di conflitti di interesse tra Stati*

1. Le norme, i principi e meccanismi aventi per oggetto l’attività di investimento all’estero si sono sviluppati nel diritto internazionale nel corso di secoli a partire da quello diciassettesimo. In quel momento sto-

rico, l'importanza della distinzione tra Stati di origine e ospiti di investimenti divenne evidente. Alcuni Stati dell'Europa occidentale, in quanto potenze coloniali, iniziarono a sottolineare l'esigenza della salvaguardia della libertà di commercio e investimento nei rapporti tra Stati. L'inquadramento giuridico dei rapporti internazionali era abbastanza semplice. Non vi era l'esigenza della connotazione di un settore specifico del diritto internazionale<sup>1</sup>. La ragione principale era che gli Stati operanti quali soggetti del diritto internazionale, in quanto indipendenti e organizzati sul piano internazionale, erano pochi e tendenzialmente omogenei nella realtà di allora. I rapporti tra uno Stato ospite e un investitore straniero erano prevedibili.

Il diritto internazionale in materia di investimenti si fondava sia sulla logica prettamente diplomatica relativa ai rapporti tra Stati di origine di investitori stranieri e quelli ospiti, sia sull'applicabilità di poche regole non scritte del diritto internazionale ritenute di natura consuetudinaria, ossia fondate su prassi – usi, comportamenti e azioni –, convinzioni e *opinio juris* degli Stati esistenti, consolidate e convergenti. Ad avviso degli Stati di origine, la libertà e la protezione delle scelte di investimento era garantita nei rapporti internazionali dalle regole sul trattamento degli stranieri. In breve, l'investitore all'estero persona, fisica o giuridica, doveva essere trattato secondo uno standard minimo di trattamento di carattere internazionale idoneo a garantire la protezione e sicurezza piena dei beni di sua proprietà, attività economiche, investimenti inclusi, e dei relativi interessi. Uno degli assunti alla base del suddetto standard internazionale era che l'indennizzo pronto, adeguato ed effettivo per provvedimenti nazionali di ablazione dello Stato ospite, ossia di spogliazione di beni e proprietà solitamente attraverso espropriazioni o nazionalizzazioni conclamate, spettasse agli investitori privati all'estero<sup>2</sup>. Quest'assunto presupponeva che le

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, PAUWELYN, *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law*, in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (edited by DOUGLAS, PAUWELYN, VIÑUALES), Oxford, 2014, p. 11 ss.

<sup>2</sup> Relativamente all'affermazione della prassi di ablazioni indirette a partire soprattutto dagli anni novanta del secolo scorso, cfr. FREEMAN, *Regulatory Expropriation under NAFTA Chapter 11: Some Lessons from the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 177 ss.; NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Ginevra, 2012; FACCIO, *Indirect Expropriation in International Investment Law. Between State Regulatory Powers and Investor Protection*, Napoli, 2020.

attività all'estero nella forma di investimenti si concretizzassero nell'impiego di una somma considerevole di denaro per un periodo di tempo duraturo, con l'assunzione del rischio economico. Lo Stato di origine poteva agire in loro tutela, a titolo di esercizio eventuale della protezione diplomatica, qualora lo Stato ospite non osservasse queste regole.

In effetti, in caso di lesione degli interessi di un investitore straniero ad opera dello Stato ospite poteva sorgere soltanto una controversia internazionale tra tale Stato e lo Stato di origine dell'investitore qualora questi scegliesse di agire sul piano internazionale in protezione diplomatica. Quest'ultimo è un istituto classico del diritto internazionale generale che sottintende l'azione sul piano internazionale di uno Stato, se gli interessi di un suo nazionale siano stati lesi da parte di un altro Stato. Un'azione siffatta si ispira a una logica prettamente interstatale e rappresenta una facoltà dello Stato di origine dell'investitore. Tale Stato può agire, ma non è obbligato a farlo. La protezione diplomatica non è un diritto dell'investitore nei confronti dello Stato di origine<sup>3</sup>. L'eventuale azione del suddetto Stato è un'interferenza negli affari interni dello Stato ospite, ma non può tradursi nella minaccia o nell'uso della forza armata, essendo questa vietata nei rapporti interstatali sulla base dell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite, nonché di una norma del diritto internazionale generale<sup>4</sup>. Alla luce dei lavori di codificazione in materia della Commissione del diritto internazionale, l'esercizio della protezione diplomatica presuppone, in linea di principio, l'esistenza di un collegamento riconducibile alla nazionalità tra Stato che agisce e privato leso dalla condotta dello Stato ospite<sup>5</sup>, il previo esaurimento

<sup>3</sup> Si vedano, per tutti, BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, 1915; DE HOICHEPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Parigi, 1965; CAFLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, 1969; GIANELLI, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 762 ss.

<sup>4</sup> Contro l'uso della forza armata nell'esercizio della protezione diplomatica a favore di investitori stranieri, rileva quanto affermato già dal ministro venezuelano M. Seijas il 10 settembre 1891 in occasione della sessione organizzata ad Amburgo dall'"Institut de droit international" (si veda *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 417).

<sup>5</sup> L'individuazione del collegamento tra Stato di origine e investitore straniero internazionalmente rilevante, quale presupposto *ratione personae* dell'eventuale esercizio della protezione diplomatica ad opera del primo, può essere oggi un'operazione complessa a causa della ricorrenza di conflitti derivanti dal fenomeno della plurinazionalità. Ai fini

dei ricorsi interni a disposizione di siffatto privato e le “clean hands” di quest’ultimo, ossia l’assenza di una sua condotta illecita a norma di quanto disposto dall’ordinamento sia dello Stato ospite sia dello Stato di origine<sup>6</sup>.

Manifestazioni rilevanti dell’esercizio della protezione diplomatica a vantaggio di privati investitori all’estero si verificarono verso la fine del secolo diciannovesimo e l’inizio del secolo ventesimo con l’avvio del processo di decolonizzazione in America Latina, allorché gli Stati di nuova indipendenza espropriarono o nazionalizzarono proprietà di investitori stranieri riconducibili sovente alle precedenti potenze coloniali. Alcuni Stati dell’Europa occidentale ricorsero pure all’uso della forza armata contro Argentina, Messico e Venezuela, perché avevano acquisito proprietà di loro nazionali senza corrispondere indennizzi pieni. Nel 1938 l’allora Segretario di Stato statunitense Cordell Hull chiarì in una nota diplomatica inviata all’ambasciatore messicano Castillo Nájera, a seguito della nazionalizzazione da parte del Messico degli investimenti petroliferi statunitensi, che la liceità di un’espropriazione o nazionalizzazione presupponeva, a norma del diritto internazionale generale, tra l’altro, la corresponsione dell’indennizzo determinato alla stregua della “full compensation”<sup>7</sup>. La qualificazione di questo tipo di indennizzo suscettibile di

dell’applicazione del diritto internazionale, rileva infatti *prima facie* la determinazione operata da ciascuno Stato, giacché il diritto internazionale rinvia a quello interno dello Stato la cui determinazione è in gioco. Questa determinazione si fonda sul ricorso a criteri eterogenei. Tipicamente, uno Stato ricorre alla nazionalità intesa come cittadinanza per gli investitori persone fisiche oppure alla costituzione secondo le leggi, alla sede – vuoi legale vuoi effettiva –, e/o talvolta al controllo in termini di titolarità della maggioranza del capitale societario e/o del potere decisionale per gli investitori operanti quali società. Il collegamento tra Stato e investitore internazionalmente rilevante è uno solo, ossia quello fondato in maniera continuata sull’effettività (“genuine link”). Sul punto segnalo già le sentenze della Corte internazionale di giustizia nei casi *Nottebohm* del 1955 (*Liechtenstein c. Guatemala*, sentenza in *ICJ Reports*, 1955, p. 4 ss.), e *Barcelona Traction* del 1970 (*Belgio c. Spagna* sentenza in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss.). Si vedano in particolare gli articoli 3-7 e 9-10 del progetto di articoli sulla protezione diplomatica della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite del 2006 in *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*. Mi permetto di richiamare ACCONCI, *Il collegamento fra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, Padova, 2002.

<sup>6</sup> Segnalo, in via generale, il progetto di articoli sulla protezione diplomatica della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite del 2006 menzionato nella nota precedente.

<sup>7</sup> La nota diplomatica inviata dal Segretario di Stato degli Stati Uniti, Cordell Hull, all’ambasciatore messicano, Castillo Nájera, il 21 luglio 1938, in occasione dell’espropria-

rendere un'espropriazione/nazionalizzazione internazionalmente lecita dipendeva, a suo avviso, da tre aggettivi: pronto, ossia corrisposto entro un termine ragionevole dalla data dell'espropriazione/nazionalizzazione e comprensivo di una somma di interessi, adeguato in quanto commisurato al valore di mercato della proprietà espropriata/nazionalizzata immediatamente prima dell'espropriazione/nazionalizzazione<sup>8</sup> ed effettivo in termini del potere di acquisto della valuta utilizzata<sup>9</sup>.

L'eventuale violazione dei diritti di proprietà di un investitore all'estero, attraverso per esempio l'adozione di un provvedimento ablativo, era pertanto equivalente alla violazione sul piano internazionale dei diritti del suo Stato di origine, se siffatto provvedimento risultava illecito in quanto espropriazione/nazionalizzazione discriminatoria e non seguita dal pagamento di un indennizzo pronto, adeguato ed effettivo. In quest'ipotesi, una volta esauriti i ricorsi interni disponibili nel quadro dell'ordinamento dello Stato ospite, lo Stato d'origine poteva esercitare la protezione diplomatica, anche con l'uso della forza militare quando questa non era stata bandita quale mezzo di soluzione delle controversie internazionali<sup>10</sup>. La pretesa della liceità internazionale di siffatto esercizio

zione di investimenti statunitensi in Messico è riprodotta in *The American Journal of International Law*, 1938, Suppl., p. 192; HACKWORT, *Digest of International Law*, Washington, USGPO, 1942, vol. III, pp. 658-659 (consultabile altresì *online*). La dichiarazione di Hull fu la seguente: «no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate, and effective payment therefore».

<sup>8</sup> Il valore di mercato della proprietà espropriata immediatamente prima dell'espropriazione è ritenuto quello più effettivo, giacché tale valore si deprezza a partire dalla data quando l'espropriazione avviene o è annunciata.

<sup>9</sup> Mi preme precisare che l'obbligo della corresponsione della "full compensation" è uno delle conseguenze dell'illecito internazionale, ossia della violazione da parte di uno Stato di un obbligo internazionale derivante vuoi dal diritto internazionale generale vuoi da un trattato internazionale. Così è previsto all'art. 31 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato approvato dalla Commissione del diritto internazionale alla sua cinquantatreesima sessione nel 2001 (il testo del suddetto progetto col commentario è consultabile *online*). Secondo tale articolo, «1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a States». La nota diplomatica del Segretario di Stato degli Stati Uniti, Cordell Hull, del 1938 intendeva chiarire gli elementi costitutivi della "full compensation" in caso di espropriazione o nazionalizzazione. Come segnalerò, allorché opportuno, la determinazione di siffatti elementi è stata oggetto di dibattito al termine del processo di decolonizzazione e di disposizioni specifiche nei trattati internazionali in materia di investimenti conclusi successivamente.

<sup>10</sup> Tra la fine del secolo diciannovesimo e l'inizio di quello ventesimo taluni Stati

della protezione diplomatica era fondata sull'assunto per il quale esso fosse funzionale alla cessazione dell'illecito sorto dall'espropriazione/nazionalizzazione attraverso il pagamento di un indennizzo commisurato al valore di mercato dell'investimento, erogato in una valuta con potere d'acquisto effettivo e in tempi rapidi. L'eventuale esercizio della protezione diplomatica ad opera dello Stato nazionale dell'investitore portava tuttavia all'internazionalizzazione della controversia. Sorgeva infatti una controversia tra questo Stato e quello ospite. I conflitti di interesse di tipo economico sorti dalle espropriazioni o nazionalizzazioni generavano infine conflitti di stampo politico, come risulterà evidente successivamente quando il processo di decolonizzazione diventerà di larga scala estendendosi ai continenti africano e asiatico.

Gli Stati di nuova indipendenza opponevano la pretesa della giurisdizione

europei, tra cui l'Italia, sono ricorsi all'uso della forza armata contro Stati dell'America Latina, in particolare il Venezuela, per la protezione degli interessi di alcuni investitori nazionali colpiti da provvedimenti di ablazione dello Stato ospite non seguiti dal pagamento dell'indennizzo pieno. Questi Stati intendevano contestare la presunta regola di diritto internazionale generale contemplante l'obbligo del pagamento della "full compensation" quale requisito di liceità internazionale di un'ablazione a danno di stranieri. Le azioni armate minacciate e talvolta poste in essere dagli Stati nazionali degli investitori colpiti sono note come manifestazioni di "gunboat diplomacy" perché realizzate con l'impiego di flotte militari navali. In occasione del blocco del porto di Caracas effettuato in maniera congiunta da Regno Unito, Germania e Italia, il ministro degli affari esteri e della guerra dell'Argentina, dr. Luis Drago, in una nota al Dipartimento di Stato statunitense del 1902 espresse la condanna dell'uso della forza armata finalizzata al recupero di debiti contrattuali vantati da stranieri, sostenendo che il ricorso alla giurisdizione dei tribunali nazionali dello Stato ospite fosse il rimedio più adeguato, in conformità con la dottrina detta Calvo dal nome del giurista argentino. La nota venne inviata agli Stati Uniti in quanto questo Stato pretendeva di fungere da intermediario tra gli Stati in lite, in virtù della sua posizione dominante già allora nel Continente americano. La nota di Drago è riprodotta in *US Foreign Relations*, 1903, pp. 1-5 (consultabile anche *online* al sito <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1903/d2>). Per tutti: CABLE, *Gunboat Diplomacy 1919-1991: Political Applications of Limited Naval Force*, New York, 1994; KIEVER, *The Turbot War: Gunboat Diplomacy or Refinement of Law of the Sea?*, in *Les cahiers de droit*, 1996, p. 543 ss. Questo genere di reazioni ha dato vita alla prassi successiva della stipulazione di trattati internazionali bilaterali tra lo Stato di origine e lo Stato ospite per l'istituzione – tramite accordi internazionali tra gli Stati interessati – di commissioni miste internazionali competenti a conoscere i reclami di investitori riconducibili al primo Stato contro il secondo (le "compensation claims commissions"). Come segnalato già nel testo, queste commissioni possono considerarsi antesignane dei tribunali arbitrali istituiti sulla base di clausole di "arbitrato diretto" incluse in accordi internazionali, quali i trattati bilaterali in materia di investimento, perché l'investitore poteva presentare direttamente una domanda di indennizzo contro lo Stato autore dell'ablazione.

zione esclusiva dei tribunali nazionali dello Stato ospite, conformemente alla “dottrina Calvo”, a quella degli Stati di origine di investitori all'estero relativamente alla loro facoltà, alla luce del diritto internazionale generale, di esercitare la protezione diplomatica. La “dottrina Calvo” era denominata così in virtù di quanto affermato dal giurista e diplomatico argentino Carlos Calvo nella seconda metà del diciannovesimo secolo quando l'Argentina riuscì a rendersi indipendente dal dominio spagnolo. Sulla base di questa “dottrina”, lo Stato ospite sarebbe tenuto a trattare le proprietà straniere come tratta quelle nazionali, lo Stato nazionale non dovrebbe esercitare alcuna interferenza nei rapporti tra Stato ospite e investitore straniero e/o, in caso di controversia tra questi due attori, i giudici nazionali dello Stato ospite avrebbero giurisdizione esclusiva<sup>11</sup>. A garanzia dell'effettività di questa “dottrina”, alcuni Stati pretendevano che investitori stranieri operanti nei propri territori accettassero la conclusione di contratti con una clausola di rinuncia alla protezione diplomatica del loro Stato nazionale, cosiddetta “clausola Calvo”. Una clausola siffatta è per la verità priva di efficacia sostanziale. Lo Stato nazionale, non l'investitore, è infatti titolare della facoltà dell'esercizio della protezione diplomatica e della facoltà pertanto di rinunciarvi.

2. Nel periodo successivo alla fine del processo di decolonizzazione, il diritto internazionale in materia di investimenti è divenuto più composito per l'intensificazione dei rapporti tra Stati ospiti e investitori stranieri, nonché della loro conflittualità a seguito degli atti di espropriazione, talvolta su larga scala nella forma di nazionalizzazioni, decisi da molti governi degli Stati di nuova indipendenza con riguardo alle proprietà di investitori stranieri sovente riconducibili alla rispettiva ex potenza coloniale.

Come anticipato in precedenza, atti simili generarono conflittualità anche tra tali Stati e quelli di origine di investitori stranieri. Tale conflittualità si manifestò nella forma di un dibattito tra Stati sulla definizione delle regole di trattamento degli investimenti stranieri. Questo dibattito – sviluppatosi sul piano internazionale negli anni settanta del ventesimo secolo – traeva origine dalle richieste espresse dagli Stati di nuova indipendenza in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla necessità di un “Nuovo ordine economico internazionale” fondato sull'aggiu-

<sup>11</sup> Si veda JUILLARD, *Calvo Doctrine/Calvo Clause*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007 (disponibile online non in modalità *open access*).

stamento dell'assetto delle relazioni economiche internazionali disegnato dalle potenze vincitrici della seconda Guerra mondiale<sup>12</sup>. Tale disegno si fondava su principi quali reciprocità e non discriminazione, nonché parametri di riferimento come multilateralismo e neoliberalismo. Gli Stati di nuova indipendenza sostenevano il ricorso a principi ulteriori, quali equità, “giustizia sociale” e discriminazioni compensatrici. In antitesi alla garanzia della libertà assoluta di scelta dell'investitore questi Stati chiedevano la subordinazione delle scelte di investimento ai bisogni specifici e alle politiche dello Stato ospite, nonché la garanzia della piena libertà del medesimo Stato nell'esercizio della sovranità tanto sul territorio quanto sulla gestione delle risorse naturali<sup>13</sup>.

L'adozione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite della “Carta dei diritti e doveri degli Stati nei rapporti economici” nel 1974 rappresentò il culmine del suddetto dibattito<sup>14</sup>.

Conformemente all'art. 2 della suddetta Carta, gli Stati potenzialmente di origine di investitori – quelli economicamente avanzati e sovente ex potenze coloniali – avrebbero dovuto assumere obblighi relativamente alla mitigazione dei requisiti di liceità delle espropriazioni, accettando un indennizzo appropriato commisurato ai bisogni e alle risorse a disposizione dello Stato ospite espropriante anziché un indennizzo pronto, adeguato ed effettivo quale requisito principale<sup>15</sup>; obblighi sull'applicazione del diritto nazionale dello Stato ospite, in luogo del diritto internazionale,

<sup>12</sup> Risoluzione dell'Assemblea generale n. A/RES/S-6/3201(S-VI), 1° maggio 1974.

<sup>13</sup> Cfr. SACERDOTI, *Cooperazione economica internazionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1989, p. 167 ss., specialmente pp. 178-180; ID., *New International Economic Order*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015 (consultabile online non in modalità *open access*); PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in *Diritto internazionale dell'economia*<sup>4</sup> (a cura di PICONE, SACERDOTI), Milano, 1994, p. 31 ss.

<sup>14</sup> Risoluzione dell'Assemblea generale n. A/RES/3281(XXIX), 12 dicembre 1974. Cfr. VANZANT, *Charter on Economic Rights and Duties of States: A Solution to the Development Aid Problem?*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1974, p. 441 ss.

<sup>15</sup> Secondo l'art. 2, «[e]ach State has the right: [...] (c) [t]o nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means».



nei rapporti con un investitore straniero<sup>16</sup>; obblighi sul ricorso ai mezzi di soluzione delle controversie disponibili sul piano nazionale dello Stato ospite conformemente alla “dottrina Calvo”, in luogo dell’esercizio della protezione diplomatica; e obblighi sulla condotta dei propri investitori all’estero, in particolare di proprie imprese multinazionali, sulla base della conclusione di un accordo internazionale specifico, ossia di un codice di condotta vincolante nei rapporti tra Stati volto a condizionare l’attività delle suddette imprese alla realizzazione degli obiettivi di governo degli Stati ove operavano. La “Carta dei diritti e doveri degli Stati nei rapporti economici” rappresenta la manifestazione della prassi più evidente della logica diritti e doveri relativamente ai rapporti tra Stati aventi un livello di sviluppo differente.

<sup>16</sup> L’art. 2 prevede che «[e]ach State has the right: (a) [t]o regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment; (b) [t]o regulate and supervise the activities of transnational corporations within its national jurisdiction and take measures to ensure that such activities comply with its laws, rules and regulations and conform with its economic and social policies. Transnational corporations shall not intervene in the internal affairs of a host State. Every State should, with full regard for its sovereign rights, cooperate with other States in the exercise of the right set forth in this subparagraph». Nel caso *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador* lo Stato convenuto ha sostenuto, quale strategia difensiva, che quanto disposto dalla propria legge nazionale in materia di investimenti prevalesse sul trattato applicabile, il trattato di libero scambio tra Repubblica Dominicana, Centro America e Stati Uniti (*Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, CAFTA), alla base della competenza del tribunale arbitrale ICSID (caso ICSID n. ARB/09/12, sentenza, 14 ottobre 2016). Lo Stato convenuto ha sottolineato, tra l’altro, che, a norma di tale legge, la competenza per controversie come quella in oggetto relative a licenze di esplorazione di giacimenti minerari o loro sfruttamento fosse esclusiva dei propri tribunali nazionali. Ad avviso della società ricorrente, il trattato CAFTA era al contrario pienamente applicabile giacché il caso derivava dalla violazione degli obblighi di trattamento in esso previsti da parte dello Stato convenuto, in particolare dell’obbligo del trattamento giusto ed equo. Il CAFTA è il primo trattato di libero scambio concluso nel 2004 dagli Stati Uniti con alcuni Stati economicamente meno avanzati del Continente americano: specificamente, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua e la Repubblica Dominicana. Una parte dell’opinione pubblica ha contestato tale accordo, in quanto avverso agli interessi delle comunità locali stanziate nei territori degli Stati parti, quali i lavoratori tessili negli Stati Uniti e gli agricoltori negli altri Stati parti, e foriero di condizioni di vita meno sostenibili, come per esempio un aumento del prezzo delle medicine a seguito dell’innalzamento della tutela dei brevetti farmaceutici da esso introdotto. Per informazioni ulteriori, segnalo, tra gli altri, <https://www.citizen.org/article/central-america-free-trade-agreement-cafta/>; <https://www.aggiornamentisociali.it/articoli/no-alla-ratifica-del-cafta/>.

Le richieste per un “Nuovo ordine economico internazionale” portarono tanto alla contrapposizione tra Stati nazionali di investitori all'estero e quelli potenzialmente ospiti, quanto a un peggioramento del clima internazionale in materia di investimenti e quindi una riduzione dei flussi di investimento privati dal nord al sud del mondo<sup>17</sup>. Diversi studiosi si sono interrogati se tali richieste abbiano prodotto effetti sull'impostazione del diritto del commercio internazionale disegnato dalle Potenze vincitrici al termine della seconda guerra mondiale. Gli effetti prodotti da tali richieste sul diritto internazionale in materia di investimenti, quale settore del diritto del commercio internazionale, sono stati due: la conclusione e poi moltiplicazione dei trattati internazionali, per lo più bilaterali, volti alla protezione e promozione degli investimenti all'estero nella logica della depoliticizzazione, da un lato, e l'adozione di regole non vincolanti di contenuto eterogeneo sulla condotta delle imprese multinazionali in Stati distinti da quelli di origine, dall'altro<sup>18</sup>.

Entrambi questi effetti si sono sviluppati in un contesto in mutamento per intensità e complessità dei rapporti economici transnazionali, a seguito dell'accettazione e diffusione generalizzata del modello neoliberista, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, dell'affermazione successiva della sua connotazione ordoliberalista soprattutto in certi Stati europei e della crisi poi del capitalismo finanziario<sup>19</sup>. Come esaminerò nei prossimi paragrafi, ciò ha influito sia sulla struttura e sui contenuti dei trattati internazionali e delle regole non vincolanti in materia sia sugli in-

<sup>17</sup> Si veda, per tutti, OCSE, *Strengthening Economic Resilience: Insights from the Post-1970 Record of Severe Recessions and Financial Crises*, OECD Economic Policy Paper n. 20, dicembre 2016. Cfr. CLARK, *Investment in the 1970s: Theory, Performance, and Prediction*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, 1979, p. 73 ss.

<sup>18</sup> I trattati internazionali sulla protezione degli investimenti sono prevalentemente bilaterali, sono stati stipulati a partire dalla fine degli anni cinquanta e sono in larga parte tuttora in vigore. Cfr., tra gli altri, SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, p. 251 ss.; ALVAREZ, SAUVANT, AHMED, VIZCAÍNO (edited by), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford, 2011; PAHUJA, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, 2011, specialmente pp. 44-94; SUBEDI, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*<sup>3</sup>, Londra, 2016; SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*<sup>4</sup>, Cambridge, 2017; MANGAN, RUBINS (edited by), *The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement*, Londra, 2021.

<sup>19</sup> Cfr. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 5 ss.

teressi tutelati. Il dibattito sul modo di essere del diritto internazionale in materia di investimenti si è rivitalizzato ed esteso ad aspetti nuovi, quali la sostenibilità, ovvero ritenuti assodati, come la definizione di investimento; la determinazione del carattere straniero di un investitore, ossia della nazionalità internazionalmente rilevante dell'investitore; la portata degli standard di trattamento sia di quelli fondati sul principio di non discriminazione – trattamento della nazione più favorita e trattamento nazionale – sia del trattamento giusto ed equo; la definizione di espropriazione e delle condizioni di liceità per l'adozione di un atto di ablazione in genere; la soluzione delle controversie tra investitore e Stato ospite. Tratterò di questi aspetti – tipicamente alla base delle attività di studio e ricerca aventi per oggetto il diritto internazionale in materia di investimenti – allorché essi risultino funzionali all'oggetto e allo scopo dell'indagine. Mi preme precisare che tali aspetti sottintendono l'esigenza di risposte a interrogativi quali: cosa è un investimento? Quando un investimento può essere qualificato straniero? Quali obblighi ha uno Stato verso investitori stranieri? Cosa è un'espropriazione? Quando si verifica? Può la condotta dell'investitore essere condizionata mediante trattati internazionali? Quali rimedi sono a disposizione in caso di controversia tra uno Stato ospite e un investitore straniero?

L'indagine all'origine della presente monografia considera questi interrogativi quale contesto per la ricerca di risposte a interrogativi nuovi derivanti dall'esigenza di investimenti transnazionali sostenibili per la gestione e prevenzione di crisi ambientali, climatiche, sanitarie e sociali. Mi occuperò di tali interrogativi con intensità diversa giacché alcuni hanno una rilevanza specifica, mentre altri hanno una rilevanza incidentale quando si tratti di investimenti siffatti.

3. L'assetto delle regole internazionali relative ai rapporti tra Stati ospiti e investitori stranieri è rimasto, come segnalato, pressoché inalterato sotto il profilo tanto normativo quanto politico fino al compimento del processo di decolonizzazione. Successivamente, trattati internazionali e atti di organizzazioni internazionali sono divenuti gli strumenti normativi internazionali tipici, quale risposta alle contestazioni dei contenuti e della portata delle presunte regole del diritto internazionale generale in materia di investimenti da parte degli Stati di nuova indipendenza sorti dalla decolonizzazione. La conclusione di trattati internazionali in materia di investimenti tra uno Stato nazionale, comunemente uno Stato economi-

camente avanzato, e uno Stato ospite, tipicamente uno Stato in via di sviluppo, è stata la soluzione più condivisa e favorita finanche dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza nel caso *Barcelona Traction* del 1970<sup>20</sup>. La prassi di trattati bilaterali di questo genere si è sviluppata per decenni a partire dal 1959 quando la Germania e il Pakistan conclusero il primo trattato. Questi trattati sono noti come BITs, secondo l'acronimo della loro denominazione nella lingua inglese "Bilateral Investment Treaties"<sup>21</sup>.

Sono in vigore tuttora migliaia di trattati bilaterali per la promozione e protezione di investimenti.

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, il consolidamento su scala mondiale del processo di liberalizzazione e interdipendenza tra Stati e mercati ha portato alla proliferazione di trattati internazionali specifici anche tra Stati storicamente antagonisti con riguardo ai contenuti delle regole internazionali in materia di investimenti, quali Argentina, Messico e Stati Uniti. Questi trattati sono uno strumento di protezione, più che di liberalizzazione, degli investimenti transnazionali<sup>22</sup>. La soddisfazione del bisogno di protezione di un investitore privato all'estero è difatti la ragione più rilevante per la quale gli Stati – tanto di origine quanto ospiti – si sono accordati sul piano internazionale relativamente a risposte e garanzie specifiche di carattere giuridico. I trattati internazionali in materia di investimenti tradizionali hanno pertanto una struttura tipica composta di obblighi di trattamento e protezione in capo agli Stati ospiti e rimedi

<sup>20</sup> Rileva il caso *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd* portato davanti alla Corte internazionale di giustizia (sentenza in *ICJ Reports*, 1964, p. 6 ss., e sentenza in *ICJ Reports*, 1970, p. 3 ss., là dove la Corte si riferisce alla conclusione di accordi internazionali quale strumento di tutela specifica degli interessi degli azionisti di una società operante come investitore all'estero, par. 90).

<sup>21</sup> Il testo dei trattati internazionali in materia di investimenti, quello tra Germania e Pakistan incluso, è riprodotto nella banca dati telematica "International Investment Agreements Navigator" istituita e amministrata dall'UNCTAD.

<sup>22</sup> Cfr., tra gli altri, MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989; GUZMAN, *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, 1998, p. 641 ss.; HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite*, World Bank, DECRG, giugno 2003; LOWENFELD, *Investment Agreements and International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, p. 123 ss.; VANDELDE, *The Political Economy of Bilateral Investment Treaty*, in *The American Journal of International Law*, 1998, p. 621 ss.; ID., *A Brief History of International Investment Agreements*, in *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, p. 157 ss.; ID., *The First Bilateral Investment Treaties*, Oxford, 2017.

qualora sorgano conflitti tra tali Stati e gli investitori stranieri operanti nei loro territori. Questa struttura si evince dalla ricorrenza di clausole dal contenuto simile, se non identico, in innumerevoli trattati. Tale struttura include sovente definizioni per la delimitazione dell'ambito di applicazione dei trattati, quali per esempio disposizioni sulle definizioni di investitore e investimento, sugli standard di trattamento applicabili, sulla determinazione dei requisiti di liceità di un'espropriazione e qualunque altra misura di ablazione a danno dell'investitore, e una clausola di "arbitrato diretto", merita ricordarlo, per la soluzione di eventuali controversie tra uno degli Stati contraenti e un investitore riconducibile all'altro Stato contraente.

Queste disposizioni tutelano gli interessi degli investitori, ma il loro linguaggio non è dettagliato e/o tassativo. Pertanto, esse sono suscettibili di interpretazione ad opera dei tribunali arbitrali istituibili sulla base delle clausole di "arbitrato diretto" incluse negli stessi trattati. Come chiarirò, diversi tribunali hanno adottato interpretazioni estensive, allorché si siano dovuti pronunciare su casi complessi in termini di dimensioni dell'investimento oggetto della controversia e/o eterogeneità degli interessi in conflitto.

Nel prosieguo svolgerò alcune considerazioni specifiche su certe clausole più ricorrenti. Specificamente, di seguito, proporrò talune riflessioni sulla determinazione del collegamento tra Stato e investitore internazionalmente rilevante e sulla definizione di espropriazione, per la completezza dell'indagine, mentre, nel par. 4 della sezione seconda di questo capitolo, alcune riflessioni specifiche sulle disposizioni relative alla definizione di investimento per evidenziarne gli sviluppi normativi e arbitrali.

Le disposizioni sulla determinazione della nazionalità internazionalmente rilevante dell'investitore favoriscono gli interessi dell'investitore perché si fondano sul ricorso a criteri di natura formale quali la nazionalità individuata per rinvio a quanto stabilito nell'ordinamento dello Stato preso in considerazione. Ciò significa far riferimento solitamente al luogo di nascita per le persone fisiche e al luogo di costituzione conformemente alle leggi dello Stato di riferimento e/o al luogo della sede, legale ovvero reale, per le persone giuridiche, ossia a criteri inidonei a individuare lo Stato cui un investitore è riconducibile effettivamente. Questi criteri hanno natura formale poiché assumono la personalità giuridica, anziché la titolarità del potere decisionale, della società come parametro di riferimento. Il riferimento alla suddetta titolarità implicherebbe la scelta

di criteri riconducibili al controllo inteso come capacità di determinare effettivamente la condotta della società più che proprietà della maggioranza delle azioni di una società, cui numerosi trattati si riferiscono. Quest'ultimo parametro può essere infatti anch'esso formale e quindi non effettivo se la proprietà non si accompagna alla capacità decisionale, come può accadere in relazione a società con capitale molto polverizzato, quali quelle quotate in una borsa valori. Il collegamento effettivo, o anche detto predominante, tra Stato e investitore è tuttavia decisivo qualora il secondo possa essere ricondotto a più Stati sulla base dei criteri formali menzionati. Come osservato<sup>23</sup>, il collegamento tra Stato e investitore internazionalmente rilevante è uno solo, ossia quello fondato in maniera continuata sull'effettività ("genuine link"). Diversi tribunali arbitrali hanno adottato quest'approccio<sup>24</sup>.

Le norme dei trattati contemplanti i requisiti di liceità delle espropriazioni sono altresì favorevoli, in linea di principio, agli interessi dell'investitore giacché prevedono il perseguimento dell'interesse pubblico in modo non discriminatorio e l'obbligo del pagamento dell'indennizzo adeguato, in quanto calcolato secondo il valore di mercato dell'investimento espropriato in maniera vuoi diretta vuoi indiretta, pronto ovvero inclusivo di una somma a titolo di interessi se corrisposto in ritardo ed effettivo, ossia liquidato in una valuta dotata di potere d'acquisto nei mercati transnazionali. Siffatti trattati incorporano pertanto i requisiti di liceità cui si riferivano gli Stati economicamente avanzati, in quanto Stati nazionali degli investitori stranieri, nel dibattito sul "Nuovo ordine economico internazionale"<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Supra*, nota 5 di questo capitolo.

<sup>24</sup> Per un caso recente relativo alla rilevanza del criterio del controllo per l'accertamento della competenza del tribunale arbitrale *ratione personae*, segnalò *Eksol S.p.A. in liquidazione c. Italia*, caso ICSID n. ARB/15/50, sentenza, 4 settembre 2020, paragrafi 213-238. Per casi recenti relativi a investitori persone fisiche, si vedano *Michael Ballantine, Lisa Ballantine c. Repubblica Dominicana*, arbitrato UNCITRAL, PCA caso n. 2016-17, sentenza, 3 settembre 2019, specialmente par. 529 ss.; *Fernando Fraiz Trapote c. Venezuela*, arbitrato UNCITRAL, PCA caso n. 2019-11, sentenza, 31 gennaio 2022, paragrafi 380-415. Cfr., per tutti, VASTARDIS, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law*, Oxford, New York, 2022; KOSALKO, *(In)Genuinely Foreign Investment: A Survey of Nationality Requirements in Investment Disputes*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018, p. 75 ss.

<sup>25</sup> Anche la Carta africana dei diritti delle persone e dei popoli del 1981, all'art. 21, si riferisce all'indennizzo adeguato. Rilevano i primi due paragrafi di quest'articolo, secondo cui «1. [a]ll people shall freely dispose of their wealth and natural resources. This

Pure i trattati internazionali in materia di investimenti tradizionali prevedono alcune disposizioni tese, in linea di tendenza, alla salvaguardia degli interessi degli Stati contraenti suscettibili di essere Stati ospiti. Mi riferisco in proposito alle clausole sul trattamento giusto ed equo e all'inibizione del ricorso alla protezione diplomatica da parte dello Stato di origine dell'investitore fintantoché lo Stato ospite osservi ed esegua quanto deciso da un tribunale costituito sulla base di una clausola in un trattato contemplante l'"arbitrato diretto" ICSID, in virtù dell'art. 27 della Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID, o tenuto comunque a rispettare tale disposizione poiché previsto nel trattato considerato. Quest'articolo pone infatti allo Stato membro nazionale dell'investitore l'obbligo di non agire in protezione diplomatica contro lo Stato membro parte alla controversia, fintantoché quest'ultimo rispetti la competenza di un tribunale arbitrale ICSID e ne esegua l'eventuale sentenza a proprio sfavore<sup>26</sup>. Su quest'aspetto svolgerò considerazioni più specifiche nel prosieguo dell'indagine quando opportuno.

Quanto all'obbligo del trattamento giusto ed equo, anticipo che questo è divenuto lo standard di trattamento più rilevante con riguardo alla sostenibilità degli investimenti transnazionali. Esso concerne aspetti disparati e inaspettati, essendo questo standard di trattamento stato inserito originariamente nei trattati internazionali in materia di investimenti quale standard complementare a quelli fondati sul principio di non discriminazione, ossia lo standard del trattamento della nazione più favorita e quello del trattamento nazionale. L'obbligo del trattamento giusto ed equo avrebbe dovuto operare infatti quale standard non dipendente

right shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall a people be deprived of it. 2. In case of spoliation the dispossessed people shall have the right to the lawful recovery of its property as well as to an adequate compensation». Il medesimo articolo al par. 5 precisa tuttavia che «States parties to the present Charter shall undertake to eliminate all forms of foreign economic exploitation particularly that practiced by international monopolies so as to enable their peoples to fully benefit from the advantages derived from their national resources».

<sup>26</sup> L'art. 27 della Convenzione di Washington dispone che «(1) [n]o Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute».

da un parametro variabile qual è la nazionalità dell'investitore, al fine di orientare i rapporti reciproci tra Stato ospite e investitore straniero in maniera "giusta ed equa". Dall'inizio di questo secolo tale obbligo ha acquisito sempre più portata autonoma, a seguito soprattutto dei numerosi ricorsi contro l'Argentina relativamente alle leggi di emergenza da essa adottate negli anni 2000-2003 per contenere una crisi finanziaria grave. Il problema tuttora aperto è l'accertamento di quali condotte dello Stato ospite possano costituire una violazione dell'obbligo di accordare tale trattamento allorché esso sia previsto in un trattato. Diversi ricorsi di investitori stranieri sono stati fondati sulla pretesa secondo cui l'inclusione in un trattato internazionale in materia di investimenti del suddetto obbligo di trattamento farebbe sorgere aspettative legittime relativamente all'immutabilità e prevedibilità del quadro normativo nazionale dello Stato ospite per tutta la vita di un investimento posto in essere in uno degli Stati contraenti da un nazionale di un altro Stato contraente. Questo genere di ricorsi sono sorti anche contro Stati economicamente avanzati membri dell'Unione europea, quali Italia, Repubblica Ceca e Spagna a seguito delle variazioni del rispettivo quadro normativo nazionale sulla produzione di energia attraverso fonti rinnovabili, in particolare il fotovoltaico. Questi ultimi casi hanno dimostrato un orientamento in parte diverso di alcuni arbitri i quali hanno optato per una certa deferenza verso le scelte dello Stato ospite convenuto. Ciò potrebbe essersi verificato perché si trattava prevalentemente di controversie *intra*-UE, ossia tra un investitore di uno Stato membro dell'Unione e un altro Stato membro<sup>27</sup>, fondate sull'*Energy Charter Treaty*, mentre i casi contro l'Argentina avevano origine per lo più dal trattato bilaterale in materia di investimenti

<sup>27</sup> Segnalo, in particolare, i casi *AES Solar and Others (PV Investors) c. Spagna*, arbitrato UNCITRAL, caso PCA n. 2012-14, sentenza, 28 febbraio 2020, specialmente paragrafi 638-639; *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde c. Repubblica Ceca*, PCA caso n. 2014-01, sentenza, 2 maggio 2018, par. 360; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein c. Italia*, caso ICSID n. ARB/14/3, sentenza, 27 dicembre 2016, par. 319. Per un esame più approfondito della prassi arbitrale, cfr., tra gli altri, LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 140 ss.; ILIE, *Revisiting the Concept of Legitimate Expectations in Renewable Energy Treaty Cases*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2021, p. 169 ss.; BROBERG, FENGER, *The Law of Arbitration and EU Law – like Oil and Water?*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2022, p. 87 ss. In via generale, si veda HENCKELS, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, Cambridge, 2015. Sulle implicazioni delle controversie *intra*-UE, si veda specificamente capitolo primo, sezione seconda, par. 6.



tra il suddetto Stato e gli Stati Uniti del 1991. Gli Stati membri dell'Unione convenuti sono risultati politicamente meno isolati dell'Argentina se non altro per il fatto che l'Unione ha proposto la riforma delle clausole sia sul trattamento giusto ed equo sia sull'"arbitrato diretto" nei negoziati dei trattati internazionali commerciali applicabili agli investimenti esteri (diretti) successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Svolgerò considerazioni ulteriori sulle clausole relative al trattamento giusto ed equo nel paragrafo 3 della sezione seguente. Qui mi preme anticipare che queste clausole insieme a quelle contemplanti l'"arbitrato diretto", in particolare quello ICSID, – cui presterò attenzione specifica nel paragrafo successivo – avrebbero potuto essere un elemento di riequilibrio tra la forza contrattuale degli attori in gioco, dopo il dibattito sul "Nuovo ordine economico internazionale", temperando i rapporti vuoi tra Stati aventi una posizione diversa, ossia Stato di origine e Stato ospite, vuoi tra Stati ospiti e investitori stranieri. Tali clausole avrebbero potuto svolgere una funzione preventiva di conflitti di interesse tra Stato di origine e Stato ospite, mantenendo i rapporti tra Stato contraente ospite e investitore riconducibile a un altro Stato contraente dentro il quadro giuridico delineato dal trattato internazionale applicabile.

4. Alcune caratteristiche delle clausole contemplanti l'"arbitrato diretto" hanno contribuito alla popolarità dei trattati internazionali in materia di investimenti *tout court* per taluni decenni nella seconda metà del secolo scorso. La volontà politica degli Stati di assicurare la protezione dell'investitore all'estero emerge chiara dal loro consenso all'inclusione delle suddette clausole nei trattati internazionali in materia di investimenti tradizionali a vantaggio dell'investitore straniero intenzionato eventualmente ad agire contro uno Stato ospite qualora tale Stato alteri, in buona fede o meno, le sue decisioni di investimento.

Le clausole dei trattati sull'"arbitrato diretto" sono così denominate perché prevedono l'istituzione di un tribunale direttamente su richiesta di un investitore di uno degli Stati contraenti contro un altro Stato contraente ospite del suo investimento in conformità a regole di procedura predeterminate, quali quelle ICSID, UNCITRAL, CCI e/o della Camera di commercio di Stoccolma. Tali clausole agevolano gli interessi dell'investitore giacché attribuiscono a questi il potere di azione contro lo Stato ospite nell'eventualità di una controversia derivante da una presunta violazione del trattato applicabile al caso di specie. Talvolta la sua

legittimazione ad agire direttamente contro lo Stato ospite (*locus standi*), chiedendo la costituzione di un tribunale arbitrale *ad hoc*, è prevista in via esclusiva<sup>28</sup>. Qualora il trattato preveda che l'investitore possa chiedere la costituzione di un tribunale arbitrale conformemente alla Convenzione di Washington istitutiva dell'ICSID, l'investitore beneficia delle caratteristiche peculiari di quest'arbitrato relativamente, in particolare, al diritto applicabile, alla procedura di annullamento e all'esecuzione della sentenza negli ordinamenti nazionali degli Stati membri senza necessità della delibazione ad opera di un giudice nazionale<sup>29</sup>. Al contrario, questa è solitamente necessaria affinché le sentenze di tribunali arbitrali transnazionali, quali quelli UNCITRAL, CCI e della Camera di commercio di Stoccolma, siano un titolo esecutivo a norma dell'ordinamento nazionale dello Stato dove l'investitore intenda eseguire coercitivamente la sentenza arbitrale qualora abbia vinto. La diffusione dell'arbitrato ICSID attraverso clausole incluse in trattati internazionali, vuoi bilaterali vuoi regionali, in materia di investimento si deve a queste caratteristiche.

Le clausole contemplanti l'"arbitrato diretto" avrebbero garantito la depoliticizzazione dei rapporti tra Stato di origine dell'investimento e Stato ospite, e quindi del clima internazionale in materia di investimenti, in virtù del potere d'azione diretto lasciato dal trattato internazionale al privato investitore per l'istituzione di un tribunale arbitrale competente a giudicare sulle controversie tra il medesimo investitore e lo Stato ospite. Il riferimento a regole di arbitrato precostituite, mira ad agevolare il perseguimento di tale obiettivo in maniera imparziale. Il potere d'azione diretto è favorevole agli interessi dell'investitore ricorrente giacché questi può avvantaggiarsi della creazione di un procedimento arbitrale in virtù del consenso prestato *ex ante* nel trattato internazionale dallo Stato ospite convenuto. Questa è la ragione per la quale una parte della dottrina denomina l'"arbitrato diretto" quale "arbitration without privity" dal punto di vista dell'investitore straniero<sup>30</sup>. Gli interessi privati dell'investitore

<sup>28</sup> Una clausola di "arbitrato diretto" contemplante solo il potere di azione dell'investitore è prevista nell'*Energy Charter Treaty* del 1994 all'art. 26, sulla cui attuazione avrò l'opportunità di svolgere considerazioni più approfondite.

<sup>29</sup> Rilevano, in particolare, gli articoli 42, 52 e 54 della Convenzione ICSID del 1966.

<sup>30</sup> Una certa dottrina francese ha usato per prima l'espressione "arbitration without privity": PAULSSON, *Arbitration without Privity*, in *ICSID Review*, 1993, p. 241 ss. Cfr., tra gli altri, WÄLDE, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty. From Dispute Settlement to Treaty Implementation*, in *Arbitration International*, 1996, p. 429 ss., specialmente pp. 434-437; PUIG, *No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State*

risultano favoriti anche per il fatto che tali clausole non si fondano sulla reciprocità solitamente alla base dei rapporti giuridici internazionali. Le clausole pattizie di “arbitrato diretto” prevedono sovente, come anticipato, il potere d'azione dell'investitore, ma non quello dello Stato ospite. Richiamo tra queste l'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*.

L'arbitrato istituito sulla base di una clausola di “arbitrato diretto” in una legge nazionale dello Stato ospite ha effetti analoghi. Si tratta di una clausola unilaterale – una sorta di offerta del consenso da parte del medesimo Stato – solitamente inserita in una legge nazionale tesa all'attrazione di investimenti stranieri.

La portata delle clausole sull'“arbitrato diretto” si è rafforzata allorché alcuni tribunali arbitrali così costituiti abbiano accolto la pretesa dell'investitore di coordinare, secondo un'interpretazione estensiva, tali clausole con lo standard di trattamento della nazione più favorita fondato sul principio di non discriminazione. L'inclusione di questo standard nei trattati internazionali in materia di investimenti deriva dal diritto internazionale in materia di scambi e presuppone la parità di trattamento da parte di uno Stato ospite degli investimenti provenienti da Stati diversi. Nel diritto internazionale in materia di scambi tale parità è riferita, in linea di tendenza, a profili sostanziali del diritto applicabile. Alcuni tribunali arbitrali istituiti sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti hanno seguito un orientamento analogo<sup>31</sup>. Altri tribunali hanno accolto la pretesa dell'investitore per il quale lo standard di

*Arbitration*, in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (edited by DOUGLAS, PAUWELYN, VIÑUALES), Oxford, 2014, p. 235 ss.; MAURO, *Meccanismi per l'instaurazione del consenso*, in *L'arbitrato negli investimenti internazionali. Trattato di diritto dell'arbitrato* (diretto da MANTUCCI), 2020, vol. XIII, Napoli, p. 199 ss.

<sup>31</sup> Rilevano i casi *AAPL c. Sri Lanka*, caso ICSID n. ARB/87/3, sentenza finale, 27 giugno 1990, par. 43 (segnalo l'opinione dissidente dell'arbitro Asante relativamente alla decisione del tribunale per il quale i benefici della clausola sulla nazione più favorita potrebbero accordarsi a tutti gli stranieri in virtù del diritto internazionale generale) e *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/8, sentenza 12 maggio 2005, per quanto riguarda l'interpretazione dello standard della “nazione più favorita” per la garanzia dell'applicazione di regole più favorevoli in tema di responsabilità per danno (paragrafi 343, 396). Relativamente alla pretesa dell'investitore di combinare tale standard e quello “giusto ed equo”, rilevano, in particolare, i casi *ADF Group Inc. c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/1, sentenza 9 gennaio 2003, paragrafi 113, 193-198; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, caso ICSID n. ARB/03/29, decisione sulla competenza, 14 novembre 2005, paragrafi 201, 230 ss.; e *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Cile*, caso ICSID n. ARB/01/7, sentenza, 25 maggio 2004,

trattamento della nazione più favorita potrebbe avere per oggetto altresì profili procedurali del diritto applicabile e potrebbe legittimare pertanto l'importazione del consenso all'arbitrato prestato dallo Stato ospite da uno strumento giuridico a un altro, per esempio da un trattato internazionale in materia di investimenti a un altro ovvero a un contratto<sup>32</sup>. Quest'approccio ha ampliato l'effetto di liberalizzazione derivante da siffatto standard di trattamento, nonché favorito gli interessi degli investitori e quindi dei loro Stati di origine. Questa è la ragione principale per la quale trattati internazionali più recenti includono taluni limiti alla portata della clausola sul trattamento della nazione più favorita da essi

paragrafi 103-104 (la decisione del Comitato *ad hoc* istituito successivamente per l'annullamento di questa sentenza ha confermato l'orientamento del tribunale).

<sup>32</sup> Si veda il caso *Emilio Augustin Maffezini c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/97/7, decisione sulle obiezioni alla competenza, 25 gennaio 2000, paragrafi 38-64, in particolare 54, dove un tribunale arbitrale ICSID ha accolto per la prima volta la pretesa di un investitore di applicare la clausola sul trattamento della "nazione più favorita" alle disposizioni pattizie procedurali, ossia per l'amministrazione del procedimento di soluzione della controversia. Segnalo nello stesso senso, tra gli altri, i casi: *Siemens A.G. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/02/8, decisione sulla competenza, 3 agosto 2004, paragrafi 87-90, 102-103; *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/10, decisione sulle questioni preliminari per la competenza, 17 giugno 2005, paragrafi 31, 41-49; *Suez and Others. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/19, decisione sulla competenza, 3 agosto 2006, paragrafi 63-68 (la decisione del Comitato *ad hoc* istituito successivamente per l'annullamento ha confermato l'orientamento del tribunale); *Impregilo S.p.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/07/17, sentenza, 21 giugno 2011, par. 108; e *Krederi c. Ucraina*, caso ICSID n. ARB/14/17, sentenza, 2 luglio 2018, paragrafi 296-343, in particolare par. 317. In senso contrario, si vedano i casi *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*, caso ICSID n. ARB/03/24, decisione sulla competenza, 8 febbraio 2005, par. 218; *Tecmed c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, par. 69; *Salini Sp.A., Italstrade S.p.A. c. Giordania*, caso ICSID n. ARB/02/13, decisione sulla competenza, 15 novembre 2004, paragrafi 118-119; *Wintershell Aktiengesellschaft c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/04/14, sentenza, 8 dicembre 2008, par. 34; *Daimler Financial Services AG c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/05/1, sentenza, 22 agosto 2012, paragrafi 205-206, 281 (con l'opinione dissidente dell'arbitro Brower e quella individuale dell'arbitro Bello Janeiro); *H&H Enterprises Investments, Inc. c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/09/15, decisione sulle obiezioni alla competenza dello Stato convenuto, 5 giugno 2012, paragrafi 77-80; sentenza, 6 maggio 2014, paragrafi 356-358; *Heemsen & Heemsen c. Venezuela*, caso PCA n. 2017-18, sentenza sulla competenza, 29 ottobre 2019, paragrafi 400-410; *Itisaluna Iraq LLC and Others c. Iraq*, sentenza, caso ICSID n. ARB/17/10, 3 aprile 2020, par. 140 ss., in particolare paragrafi 220-222. Per la vasta letteratura sul punto, si vedano, tra gli altri, DOUGLAS, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, n. 1, p. 97 ss.; MANGAN, MITRA, *Substantive Protection: MFN*, in *The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement* (edited by MANGAN, RUBINS), Londra, 2021, p. 197 ss.

prevista e/o ne escludono l'applicazione relativamente alle disposizioni di carattere procedurale, quali quelle sull'"arbitrato diretto", nella logica secondo cui la variabilità della prassi arbitrale in proposito deriverebbe dalle differenze di linguaggio delle clausole pattizie<sup>33</sup>. In mancanza di un trattato multilaterale in materia, la revisione dei trattati in vigore e il rinnovamento di tale linguaggio nei trattati in corso di negoziato appare l'opzione più appropriata per contemperare i diversi interessi in gioco nella realizzazione di un investimento all'estero.

Relativamente infine alla rilevanza del potere d'azione dell'investitore privato, allo scopo della ricostruzione della sua eventuale soggettività internazionale, mi limito a osservare che la costituzione, la competenza – *ratione materiae, personae e temporis* –, il funzionamento e l'attività di un tribunale arbitrale istituito sulla base di una clausola di un trattato internazionale in materia di investimenti derivano dal diritto internazionale e sono strumentali alla soluzione di una controversia eventualmente sorta tra uno Stato ospite e un investitore straniero, senza l'intervento dello Stato di origine di quest'ultimo. Questo metodo di soluzione della controversia è funzionale al mantenimento di un clima internazionale favorevole alla realizzazione di investimenti stranieri in quanto fondato sulla depoliticizzazione, ossia sulla minimizzazione del "rischio Paese" tanto a vantaggio dell'investitore straniero nei rapporti con lo Stato ospite quanto a vantaggio di quest'ultimo nei rapporti con lo Stato di origine dell'investitore straniero. L'operato dei tribunali arbitrali istituiti sulla base di una clausola di un trattato internazionale in materia di investimenti non inficia tuttavia l'assunto per il quale, il diritto internazionale disciplina la condotta degli investitori all'estero in maniera indiretta giacché non contempla i privati, individui e/o imprese, quali destinatari in quanto soggetti<sup>34</sup>. La prevenzione dell'eventuale internazionalizzazione della

<sup>33</sup> Si vedano, per esempio, l'art. 5, par. 4, del trattato di libero scambio tra Singapore e Kazakistan del 2018; l'art. 5, par. 3, del trattato bilaterale tra Singapore e Indonesia del medesimo anno; art. 5, par. 4, del trattato bilaterale tra Stati ASEAN e Cina sugli investimenti parte del loro accordo quadro sulla cooperazione economica comprensiva; art. 9.5, par. 3, del CPTPP del 2018; l'art. III, par. 2, di quello tra Regno Unito e Colombia del 2010. Sulla rilevanza del linguaggio delle diverse clausole applicabili, mi permetto di richiamare ACCONCI, *Most-Favoured-Nation Treatment*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (edited by MUCHLINSKI, ORTINO, SCHREUER), Oxford, 2008, p. 363 ss.

<sup>34</sup> Sul punto, per tutti, CRAWFORD, *ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, in *The American Journal of International Law*,

controversia tra uno Stato ospite e un investitore straniero è più effettiva tuttavia se una clausola di “arbitrato diretto” pattizia include le regole di arbitrato ICSID tra le regole di procedura a disposizione dell’investitore, in virtù dell’effetto di depoliticizzazione derivante dall’art. 27 della Convenzione di Washington già menzionato. Permane altrimenti l’opzione di azioni dello Stato di origine dell’investitore contro lo Stato ospite, per la violazione di presunte norme del diritto internazionale applicabile. Lo Stato di origine mantiene, in linea di principio, la facoltà di esercitare infatti la protezione diplomatica contro lo Stato ospite, giacché l’art. 27 della Convenzione di Washington istitutiva dell’ICSID non è applicabile<sup>35</sup>. Per questa ragione, alcuni trattati internazionali in materia di investimenti prevedono una clausola con un testo simile all’art. 27 della Convenzione di Washington in relazione all’arbitrato CCI o UNCITRAL parimenti a disposizione dell’investitore. L’effetto di depoliticizzazione della controversia tra uno Stato ospite e un investitore straniero può realizzarsi così anche con riferimento a questi arbitrati.

## *Sezione II. I mutamenti derivanti dal rapporto sinallagmatico sui generis tra Stati ospiti e investitori stranieri*

1. La logica diritti/obblighi – ossia, situazioni giuridiche attive e passive – ha caratterizzato i rapporti tra Stati aventi un livello di sviluppo diverso e i rapporti tra Stati ospiti e investitori stranieri. L’idea di situazioni giuridiche attive assimilabili a una sorta di “diritti” è stata incentrata sull’esigenza di tutela della libertà di iniziativa e azione degli investitori stranieri in un contesto diffuso di neoliberalismo. Quest’idea risulta formalizzata in maniera chiara con la previsione in numerosi trattati internazionali in materia di investimenti di clausole di “arbitrato diretto” istitutive del potere d’azione dell’investitore riconducibile a uno Stato contraente contro l’altro Stato contraente davanti a un tribunale arbitrale costituito sulla base dei medesimi trattati. D’altra parte, l’idea di situazioni giuridiche passive assimilabili a una sorta di “obblighi” imposti ai medesimi

2002, pp. 887-888; DOUGLAS, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *The British Yearbook of International Law*, 2003, pp. 184, 282.

<sup>35</sup> Cfr. SACERDOTI, *Alternative all’arbitrato degli investimenti: protezione diplomatica e arbitrato interstatale*, in *L’arbitrato negli investimenti internazionali. Trattato di diritto dell’arbitrato* (diretto da MANTUCCI), 2020, vol. XIII, Napoli, p. 1 ss.

investitori è scaturita, al termine del processo di decolonizzazione, dai tentativi di istituire forme di indirizzo e controllo dell'attività delle imprese multinazionali quale risultato del dibattito Nord/Sud sulla definizione delle regole relative a trattamento e protezione degli investimenti all'estero.

Le richieste per un "Nuovo ordine economico internazionale" avanzate dagli Stati di nuova indipendenza includevano l'opportunità di ideare alcune regole per il controllo della condotta delle imprese multinazionali in Stati diversi da quelli di origine. A tal fine, su iniziativa di tali Stati, consultazioni e negoziati per l'elaborazione di un codice di condotta delle imprese transnazionali – ispirato ai principi della giustizia sociale ed eguaglianza sostanziale tra gli Stati – furono avviati nel quadro delle Nazioni Unite<sup>36</sup>. Gli Stati di nuova indipendenza miravano a indirizzare le attività di tali imprese verso i rispettivi obiettivi di politica socioeconomica e potenziare il proprio ruolo nelle relazioni internazionali.

Preme evidenziare che l'Assemblea generale sceglieva di usare l'aggettivo "transnazionale" anziché "multinazionale" per riferirsi al fenomeno delle imprese organizzate nella forma di più società di capitali riconducibili a un'unica impresa, sebbene operanti in Stati distinti<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Consultazioni per la redazione di un codice di condotta delle Nazioni Unite per le imprese transnazionali iniziarono con l'istituzione della commissione per le imprese transnazionali nel 1974 e si conclusero nel 1992 senza successo, allorché un numero preponderante di Stati in via di sviluppo scelse di adottare il modello economico neoliberista quale modello per l'impostazione e organizzazione delle loro economie nazionali e dei rapporti economici transnazionali, accettando il ruolo strategico delle imprese a tal fine, in luogo di quello fondato sulla pianificazione mediante il settore pubblico. Questo codice avrebbe dovuto essere vincolante in quanto testo di riferimento per un successivo trattato internazionale in materia. Per approfondimenti, tra gli altri, COONROD, *The United Nations Code of Conduct for Transnational Corporations*, in *Harvard International Law Journal*, 1977, p. 273 ss.; WEISS, *The UN Code of Conduct for Transnational Corporations*, in *The United Nations in the World Political Economy. Essays in Honour of Leon Gordenker* (edited by FORSYTHE), Londra, 1989, p. 86 ss.; SAUVANT, *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2015, n. 1, p. 11 ss.

<sup>37</sup> L'art. 1 della bozza del codice di condotta approvata nel 1983 includeva due definizioni alternative di impresa secondo cui «[The term "transnational corporations" as used in this Code means an enterprise, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them may be able to exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibil-

Tale aggettivo ha il pregio di evidenziare che un'impresa siffatta ha una nazionalità soltanto perché ha un solo Stato di origine, quello della società capogruppo, pur operando in Stati diversi contemporaneamente e usando a tal fine varie società giuridicamente indipendenti, in virtù della responsabilità limitata dei soci di ciascuna<sup>38</sup>. I negoziati per il suddetto codice sono terminati nel 1992, pur non essendo giunti a buon fine. Da allora, la questione dell'elaborazione di un codice di condotta vincolante di portata estensiva *ratione materiae* e universalmente applicabile alle imprese multinazionali non è stata più considerata prioritaria nel quadro delle Nazioni Unite, giacché, per attrarre investimenti stranieri, numerosi paesi in via di sviluppo hanno accettato i principi neoliberalisti come principi cardine delle relazioni economiche internazionali.

Gli Stati di origine delle imprese multinazionali reagirono ai tentativi di instaurazione di forme di controllo della condotta delle imprese multinazionali, adottando nel 1976 le *Guidelines* per le imprese multinazionali nel quadro dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). Le *Guidelines* dell'OCSE sono state riviste diverse volte negli anni successivi allo scopo di indirizzare la condotta delle imprese multinazionali in modo non vincolante a livello tanto del diritto internazionale quanto del diritto interno degli Stati membri dell'OCSE e degli altri Stati che le hanno accettate. Questi Stati dovrebbero promuoverne l'osservanza e la diffusione<sup>39</sup>. Le *Guidelines* mirano ad armonizzare l'attività delle imprese multinazionali operanti all'estero sulla base di principi e standard di condotta fondati sul diritto internazionale. La finalità delle

ities with the others.] [The term “transnational corporation” as used in this Code means an enterprise whether of public, private or mixed ownership, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them [may be able to] exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others]».

<sup>38</sup> Cfr. ARAMBURÚ MENCHACA, *Multinational Firms and the Process of Regional Economic Integration*, in *Recueil des cours*, 1976, 150, II, p. 373-381. Mi permetto di segnalare altresì sul punto: ACCONCI, *Il collegamento fra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, Padova, 2002.

<sup>39</sup> Secondo l'OCSE, l'impegno degli Stati di promuovere l'effettività delle *Guidelines* sarebbe il tratto caratterizzante di tale strumento internazionale rispetto agli altri volti a fini analoghi. Cfr. OECD, *Multilateral Influences on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parigi, 2005 (consultabile al sito *web* dell'OCSE).



*Guidelines* è quella di indurre gli Stati suscettibili di essere Stati d'origine delle imprese multinazionali a dotarsi di un orientamento normativo in grado di portare le imprese a diffondere siffatti principi e standard allorché operino all'estero. Le imprese dovrebbero osservarli volontariamente nel rispetto delle legislazioni nazionali sia degli Stati di origine sia di quelli ospiti. Relativamente a siffatte legislazioni, le *Guidelines* rappresentano un parametro di riferimento non alternativo, ma complementare.

Le *Guidelines* si ispirano a una filosofia diversa da quella alla base del tentativo compiuto dai paesi in via di sviluppo nel quadro delle Nazioni Unite, pur configurando anch'esse un codice di condotta. Esse sono volte a conciliare l'attività delle imprese multinazionali con gli obiettivi di politica economica perseguiti dagli Stati, anziché subordinarla al loro raggiungimento. Il fine delle *Guidelines* è, infatti, quello di valorizzare il contributo positivo che tali imprese riescono a dare allo sviluppo degli Stati dove operano. Le singole *Guidelines* presentano un contenuto articolato, benché con intensità differente, e sono dedicate ad aspetti eterogenei dell'attività delle imprese multinazionali: promozione della trasparenza, rispetto dei diritti della persona e dei lavoratori, gestione dei rapporti tra imprese e lavoratori, nonché delle relazioni industriali in genere, contrasto della corruzione, salvaguardia dell'ambiente, tutela degli interessi dei consumatori, innovazione, digitalizzazione, uso responsabile della scienza e della tecnologia, rispetto delle regole in materia di concorrenza e tassazione.

Si tratta di aspetti disciplinati in maniera variabile nelle legislazioni di quasi tutti gli Stati che hanno aderito alle *Guidelines* i quali, attraverso le *Guidelines* stesse, possono dimostrare le proprie buone intenzioni in quanto Stati di origine di molte imprese multinazionali e tentare di mantenere una posizione di guida e coordinamento dell'andamento delle relazioni economiche sul piano internazionale<sup>40</sup>.

Nel corso dell'ultima "review" delle *Guidelines* – conclusasi nel 2023<sup>41</sup> –, gli Stati hanno consolidato la ristrutturazione del testo iniziata con la "review" del 2000, onde tener conto delle esigenze nuove generate dall'attività delle imprese multinazionali al tempo della globalizzazione

<sup>40</sup> Mi permetto di richiamare sul punto ACCONCI, *Il nuovo testo delle Guidelines per le imprese multinazionali adottato dagli Stati membri dell'OCSE*, in *Comunicazioni e Studi*, 2002, pp. 377-411.

<sup>41</sup> Il testo delle *Guidelines* e degli altri atti adottati dagli Stati OCSE è consultabile al sito *web* dell'OCSE.

dei mercati ed estendere la portata degli interessi alla base dell'attività d'investimento delle imprese multinazionali all'estero. Gli Stati vorrebbero che tra questi interessi vi fossero il contrasto della corruzione, la promozione del rispetto dei diritti della persona e dello sviluppo sostenibile. Il riferimento a tali interessi si fonda sull'assunto, prevalso nel corso delle ultime "review", secondo cui l'obiettivo dello sviluppo equilibrato potrebbe realizzarsi, sul piano internazionale, solo grazie alla tutela dei diritti della persona e alla conservazione dell'ecosistema, in conformità con quanto previsto in atti adottati nel quadro di organizzazioni internazionali e al termine delle conferenze internazionali sullo sviluppo sostenibile. Gli Stati che hanno aderito alle *Guidelines* hanno accolto quest'idea e cercato, d'altra parte, di confermare le proprie buone intenzioni – circa la condotta desiderata da parte delle proprie imprese operanti all'estero – tanto all'opinione pubblica quanto agli Stati meno avanzati, i quali rappresentano, ancora oggi, i principali Stati ospiti degli investimenti delle imprese.

Le critiche vivaci suscitate dall'attività di talune imprese multinazionali per gli effetti negativi prodotti dalle loro attività sulle condizioni di vita delle popolazioni degli Stati dove operavano e per il loro mancato contributo alla crescita equilibrata di tali Stati sono state uno dei motivi alla base di tale scelta<sup>42</sup>. Dopo le ultime revisioni, le *Guidelines* vorrebbero rappresentare una risposta completa a tali critiche. Esse sarebbero più idonee a contribuire alla tutela dei diritti della persona, in virtù dell'inclusione di una *Guideline* specifica in proposito volta a valorizzare i Principi guida adottati nel quadro delle Nazioni Unite su imprese e diritti della persona ("UN Guiding Principles on Business and Human Rights") del 2011, quale parametro di orientamento della condotta tanto delle imprese quanto degli Stati. Questi Principi sono stati redatti da John Ruggie, in qualità di rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite, per coniugare lo svolgimento delle attività di qualsiasi impresa – di per sé orientate al profitto – e il rispetto di tali diritti, nonché della dignità delle persone in qualunque settore economico di attività<sup>43</sup>. C'è poi un altro motivo alla base della ristrutturazione

<sup>42</sup> Rileva la "Premessa" alle *Guidelines*, dove viene fatto riferimento all'impegno degli Stati che aderiscono alle *Guidelines* di favorire il miglioramento delle politiche nazionali e internazionali onde migliorare il benessere e le condizioni di vita delle persone (si veda l'ultimo capoverso dell'ultimo brano della Premessa alle *Guidelines*).

<sup>43</sup> Al termine di consultazioni con diverse parti interessate – governi, imprese, or-

del testo delle *Guidelines*, ossia l'intento degli Stati che hanno aderito alle *Guidelines* di diffondere il rispetto volontario di certi standard di condotta e scoraggiare le imprese a delocalizzare i processi produttivi in Stati indifferenti alla tutela dei lavoratori ovvero dell'ambiente per acquisire competitività<sup>44</sup>. Questi Stati hanno cercato così di promuovere, sebbene in modo recondito, interessi nazionali, inclusi quelli delle grandi imprese "nazionali" dotatesi di codici di condotta per migliorare la loro reputazione nei mercati.

Tali Stati hanno tentato di rafforzare altresì in questo modo la propria capacità di indirizzare e orientare le relazioni economiche internazionali.

Essi hanno ritenuto opportuno rivedere inoltre i meccanismi di "follow-up" delle *Guidelines*, i quali dovrebbero garantirne l'effettività. Si tratta di meccanismi procedurali a esito non vincolante tesi a promuovere scambi di informazioni, la soluzione, alla luce delle stesse *Guidelines*, di alcuni dei problemi che possono sorgere dall'attività delle imprese multinazionali, nonché la diffusione della conoscenza delle *Guidelines*.

Siffatti meccanismi sono essenzialmente due: uno è il Comitato dell'OCSE sugli investimenti ("Investment Committee") creato nel 2004 a seguito della fusione tra il Comitato sugli investimenti internazionali e sulle imprese multinazionali ("Committee on Investment and Multinational Enterprises", CIME) e il Comitato su movimenti di capitale e transazioni invisibili (CMIT) e l'altro sono i punti di contatto nazionali ("National Contact Points"), che ciascuno Stato accettante le *Guidelines* avrebbe

ganizzazioni non governative specializzate, società civile e vittime di violazioni dei diritti dell'uomo derivanti da attività d'impresa –, John Ruggie proponeva il "Protect, Respect and Remedy Framework" già nel 2008. Questo è stato adottato poi come *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework* delle Nazioni Unite. I Principi guida concernono le violazioni delle norme internazionali sui diritti della persona derivanti dall'attività delle imprese e sono suddivisi in tre parti: una sulla condotta raccomandata agli Stati per l'attuazione dei loro obblighi internazionali di protezione attraverso, anzitutto, l'adattamento dei loro ordinamenti nazionali, una su quella attesa dalle imprese transnazionali, in virtù di standard tesi all'integrazione tra siffatta condotta e l'osservanza dei diritti della persona sanciti sul piano internazionale, e una sui rimedi ipotizzabili e resi disponibili sul piano nazionale per la repressione e prevenzione effettiva delle violazioni delle suddette norme. Il Consiglio delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo ha approvato i Principi guida ricevuti da Ruggie il 16 giugno 2011 con la risoluzione 17/4.

<sup>44</sup> Significativa è in proposito la Premessa alle *Guidelines*, là dove si sottolinea che «respect for high standards of business conduct goes hand in hand with growth and profitability».

dovuto istituire già alla luce della loro seconda “review” conclusasi nel 1984. Nonostante l’opportunità dell’istituzione dei punti di contatto nazionali fosse stata ribadita pure al termine della terza “review”, nel 1991, gli Stati che hanno aderito alle *Guidelines* non si sono mai impegnati al riguardo in maniera evidente. Tali Stati, quand’anche abbiano istituito i rispettivi punti di contatto delle *Guidelines*, non si sono preoccupati di farli funzionare in modo efficace. Pertanto, al termine della “review” del 2000, essi hanno adottato una Decisione su quest’aspetto<sup>45</sup>. Essa prevede che i punti di contatto nazionali debbano consultarsi annualmente e inviare al Comitato sugli investimenti un rapporto annuale sulla natura e sui risultati dell’attività effettuata. Quest’attività dovrebbe ispirarsi a quattro criteri principali: visibilità, accessibilità, trasparenza e “accountability”, affinché tutti i punti di contatto nazionali riescano a operare in modo equivalente.

Svolgerò considerazioni ulteriori sul contributo dell’attività dei punti di contatto nazionali all’effettività delle *Guidelines* nel prosieguo dell’indagine. Qui preme sottolineare che negli anni settanta il gruppo degli Stati in via di sviluppo sorti dalla decolonizzazione propendeva per l’introduzione di forme di controllo restrittivo delle attività di investimenti di imprese multinazionali sul piano internazionale attraverso l’imposizione di “obblighi”. Per questo motivo tali Stati avevano avviato negoziati per il codice di condotta delle Nazioni Unite sulle imprese transnazionali. A seguito dei mutamenti sociopolitici verificatisi nelle relazioni internazionali, dagli inizi degli anni novanta del secolo scorso, molti di tali Stati hanno assunto un’attitudine diversa, ravvisando l’opportunità dell’instaurazione di forme di collaborazione con le imprese multinazionali. Sotto il profilo normativo, questo mutamento di atteggiamento si è manifestato con l’adozione sia di legislazioni nazionali favorevoli agli interessi di investimenti stranieri sia di atti internazionali non vincolanti, quali “guidelines”, “best practices” e standard di condotta di organizzazioni interazionali dirette alla valorizzazione della condotta delle imprese multinazionali per la ricerca di soluzioni all’annoso problema dello sviluppo. La prevalenza di atti di *soft law* e di un approccio cooperativo ha portato alla moltiplicazione di azioni per la promozione della responsabi-

<sup>45</sup> La Decisione, cui è allegata una “Procedural Guidance”, è stata adottata dal Consiglio OCSE per rafforzare i meccanismi di “follow-up” delle *Guidelines* e rendere più evidente il ruolo dei punti di contatto nazionali.

lità sociale d'impresa quale strumento specifico di sviluppo tanto quantitativo quanto qualitativo, *rectius* sostenibile, anche tramite l'istituzione di meccanismi di assistenza tecnica e finanziaria di carattere partecipativo, denominate sovente "partnerships" e/o "facilities"<sup>46</sup>.

I rapporti tra un investitore straniero operante come impresa multinazionale e uno Stato ospite hanno registrato poi un mutamento di orientamento ulteriore. Come segnalerò nel capitolo secondo, i trattati internazionali in materia di investimenti di alcuni Stati e quelli dell'Unione europea successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 includono alcuni riferimenti e/o clausole sulla responsabilità sociale d'impresa, richiamando sovente uno o più degli strumenti internazionali in materia, sottintendendo l'opportunità del contemperamento dei diversi interessi in gioco sulla base di azioni poste in essere rispettivamente dagli Stati per la tutela dei diritti della persona da parte delle loro imprese e da quest'ultime per il rispetto di tali diritti in funzione preventiva.

Giova anticipare che un numero apprezzabile di questi trattati si riferisce ai Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti della persona menzionati in precedenza, oltre che alle *Guidelines* dell'OCSE. Questa circostanza è significativa perché i suddetti Principi raccomandano alle imprese la realizzazione di attività specifiche nella prospettiva della tutela dei diritti della persona, quali valutazioni di impatto sociale, e attenersi alla «due diligence»<sup>47</sup> nella rispettiva «sphere of influence», al

<sup>46</sup> Segnalo, in particolare, le "partnerships" dirette alla catalizzazione di fondi per il trattamento dell'AIDS, della malaria e della tubercolosi – il "Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria" coordinato nel quadro delle Nazioni Unite e l'"Action Plan on Nutrition" per il contrasto dei problemi di insicurezza alimentare e malnutrizione in Stati economicamente meno avanzati, tra cui numerosi Stati africani, alcuni dell'America centrale e dell'Asia coordinato nel quadro dell'Unione europea.

<sup>47</sup> L'espressione "due diligence" in relazione all'attività di un investitore all'estero operante come impresa è funzionale a sottolineare l'esigenza di calibrare l'"accountability" di ciascuna impresa in relazione alla natura dell'attività da essa svolta, alla sua dimensione e al suo rischio di porre in essere violazioni dei diritti della persona. La "due diligence" è pertanto un parametro relativo, in quanto variabile in virtù delle attività realizzate e delle circostanze di fatto in cui un'impresa opera. Un'impresa adotta pratiche di "due diligence" allorché agisca in maniera trasparente rendendo pubbliche anche le situazioni nelle quali le proprie attività possano causare violazioni dei diritti della persona; adotta misure appropriate per la prevenzione, mitigazione ed esclusione del rischio di porre in essere ovvero contribuire a violazioni siffatte; controlla l'effettività di tali misure; e comunica, in maniera comprensibile, agli "stakeholders" i rimedi posti in essere in caso di violazioni o altri effetti negativi della propria attività. La "due diligence" delle imprese operanti come investitori all'estero ha dunque portata prevalentemente procedurale.

fine di prevenire eventuali violazioni delle norme internazionali applicabili. Alla luce del “Guiding Principle 17”, una condotta secondo «due diligence» sarebbe funzionale a «identify, prevent, mitigate and account for how [companies] address their adverse human rights impact». Lo stesso Principio precisa che «[t]he process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed»<sup>48</sup>. I Principi guida sottolineano altresì l’esigenza della garanzia di rimedi effettivi per le vittime di violazioni dei diritti dell’uomo ad opera di imprese, evidenziando che l’adattamento degli ordinamenti interni agli obblighi sia di prevenzione sia di repressione posti agli Stati dai trattati internazionali sulla tutela dei diritti della persona è il mezzo di garanzia più effettivo della loro osservanza ad opera tanto degli organi statali quanto dei privati, in relazione altresì alle violazioni causate dall’attività di imprese all’estero, in particolare di imprese multinazionali<sup>49</sup>. Il “Guiding Principle 9” precisa che «States should maintain adequate domestic policy space to meet their human rights obligations when pursuing busi-

Sulla differenza tra questo genere di “due diligence” e quella ricostruibile nel diritto internazionale con riguardo all’attività degli Stati, cfr. OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge, 2022, specialmente p. 13. Nel quadro delle Nazioni Unite si è affermato anche l’esigenza di una “due diligence” rafforzata quando un’impresa operi in situazioni di conflitto armato, secondo quanto previsto nei Principi guida, in particolare dal “Principio guida 7”. Segnalo poi che nel 2018 l’OCSE ha adottato la “Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct” per illustrare a Stati e imprese una visione comune in tema di “due diligence”.

<sup>48</sup> L’attuazione effettiva della “due diligence” da parte delle imprese a garanzia del rispetto dei diritti della persona è oggetto di dibattito in dottrina. Si veda, per tutti, MARTIN-ORTEGA, *Human Rights Due Diligence for Corporations: from Voluntary Standards to Hard Law at Last?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, p. 44 ss. A seguito della crisi climatica, studi e ricerche sono in atto relativamente all’opportunità di questo parametro di riferimento per rendere funzionale l’attività transnazionale di impresa al contrasto dei cambiamenti climatici. Cfr., per tutti, MOUGEOLLE, *La «diligence raisonnée en matière des droits de l’homme», un catalyseur de la responsabilité climatique des multinationales?*, in *Journal européen des droits de l’homme*, 2022, p. 116 ss.

<sup>49</sup> Cfr. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano, 2012, specialmente pp. 170-247; ČERNIČ, VAN HO (edited by), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, 2015; DE BRABANDERE, HAZELZET, *Corporate Responsibility and Human Rights: Navigating between International, Domestic and Self-Regulation*, in *Research Handbook on Human Rights and Investment* (edited by RADI), Cheltenham, 2017, p. 221 ss. Mi permetto di richiamare altresì ACCONCI, *La rilevanza per le imprese multinazionali degli obblighi convenzionali in materia di diritti della persona umana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 299 ss.

ness-related policy objectives with other States or business enterprises, for instance through investment treaties or contracts».

Sul piano internazionale, il Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite ha promosso l'intensificazione normativa dei Principi istituendo l'"Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights" (OEIWG) nel 2017<sup>50</sup> e avviando negoziati, tuttora in corso, per un progetto di convenzione in materia di responsabilità delle imprese per la violazione dei diritti della persona<sup>51</sup>. La definizione delle possibili vittime di violazioni siffatte, della portata giuridica della responsabilità delle imprese e della «due diligence» è tra le questioni più spinose di questi negoziati<sup>52</sup>.

2. Alla luce della diversificazione normativa – tipica del diritto internazionale – secondo cui norme distinte regolano questioni e settori diversi della vita di relazione internazionale, i trattati internazionali applicabili in materia di investimenti non contengono tradizionalmente clausole di salvaguardia di interessi pubblici di carattere generale e natura non economica dello Stato ospite, quali la tutela dell'ambiente ovvero della salute

<sup>50</sup> Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, risoluzione 26/9, "Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights", A/HRC/RES/26/9, 14 luglio 2014.

<sup>51</sup> Segnalo, in particolare, lo "Zero Draft" della convenzione su "Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises" del 16 luglio 2018 adottato dall'"Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights" (OEIWG) del Consiglio sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite. Rileva anche la proposta precedente del presidente dell'OEIWG del 29 settembre 2017. Si tratterebbe di una convenzione di natura prettamente procedurale volta a «strengthen the respect, promotion, protection and fulfilment of human rights» ed «ensure effective access to justice and remedy to victims of human rights violations in the context of transnational business activities and [...] advance international cooperation in this regard», come precisato al suo art. 2. Si vedano, tra gli altri, DE SCHUTTER, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, in *Business and Human Rights Law Journal* 2016, p. 41 ss.; DEVA, BILCHITZ (edited by), *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*, Cambridge, 2017; CHIUSI CURZI, *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, Leiden/Boston, 2022, in particolare p. 94 ss.; MARES, *The United Nations Draft Treaty on Business and Human Rights: an Analysis of Its Emergence, Development and Potential*, in *Global Governance, Business and Human Rights* (edited by MARX AND OTHERS), Cheltenham, 2022, p. 22 ss.

<sup>52</sup> Si veda per approfondimenti e aggiornamenti, <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/zero-draft-unofficial-summary/>.

pubblica. L'inserimento di clausole siffatte permette a uno Stato contraente di adottare un provvedimento non discriminatorio per la salvaguardia di un interesse del genere, scoraggiando l'investitore di un altro Stato contraente eventualmente leso di avvalersi della clausola di "arbitrato diretto" prevista nel trattato considerato. La mancanza di clausole di salvaguardia implica invece che l'investitore possa chiedere la costituzione di un tribunale arbitrale, sostenendo che la liceità del provvedimento normativo nazionale in questione dipenda da quanto disposto in materia di espropriazioni dal medesimo trattato. La portata pubblica di interesse generale all'origine di un provvedimento siffatto rileverebbe quale requisito di liceità, a norma del trattato considerato, del provvedimento, ma non come esimente suscettibile di escludere l'obbligo del pagamento dell'indennizzo. Questo continuerebbe a costituire un requisito di liceità ulteriore.

Questa è una manifestazione importante della logica favorevole alla tutela massima possibile degli interessi economici degli investitori operanti all'estero derivante dall'obbiettivo del miglioramento del clima internazionale in materia. Siffatta logica è risultata dominante finché la distinzione tra Stati economicamente avanzati e Stati meno avanzati è stata equivalente a quella tra Stati di origine e Stati ospiti di investimenti. Tale distinzione non esprime più la realtà geopolitica mondiale da quando gli Stati tradizionalmente di origine di investitori stranieri hanno cominciato a essere anche Stati ospiti e manifestare un orientamento volto a temperare la logica favorevole alla tutela degli interessi degli investitori. Quest'orientamento si è diffuso per la salvaguardia della sovranità normativa dello Stato contraente ospite ed è risultato funzionale alla promozione della qualità degli investimenti all'estero.

Specificamente, dagli inizi di questo Millennio alcuni Stati economicamente avanzati e l'Unione europea hanno riorientato la portata dei trattati internazionali applicabili in materia di investimenti, in virtù dell'esigenza della salvaguardia della potestà normativa degli Stati ospiti quando esercitata per la tutela di interessi non economici di natura generale. Si tratta di interessi relativi a bisogni e interessi di attori eterogenei distinti dalla categoria degli investitori, ossia popolazioni locali, organizzazioni non governative, consumatori e altri portatori di interessi esterni ("stakeholders") riconducibili all'opinione pubblica e società civile. Tale esigenza è scaturita da casi arbitrari sorti relativamente alla salvaguardia dell'ambiente<sup>53</sup>, del-

<sup>53</sup> Segnalo, in particolare, i casi *Santa Elena c. Costa Rica*, caso ICSID n. ARB/96/1,



la salute pubblica<sup>54</sup>, dell'accesso all'acqua potabile o altri servizi di utilità pubblica<sup>55</sup>, di siti archeologici o religiosi<sup>56</sup>, delle minoranze indigene<sup>57</sup> e delle prerogative sovrane dello Stato ospite di porre in essere riforme economiche e sociali su larga scala di carattere non discriminatorio<sup>58</sup>. Vari

sentenza, 17 febbraio 2000; *Metalclad c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/97/1, sentenza, 25 agosto 2000; *Tecmed c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/2, sentenza 29 maggio 2003; *Bilcon of Delaware Inc. and Others c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, PCA, caso n. 2009-04, sentenza su competenza e responsabilità per danno, 17 marzo 2015.

<sup>54</sup> Rilevano, in particolare, i casi *Chemtura c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 2 agosto 2010; *LG & E c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/02/1, decisione sulla responsabilità civile, 3 ottobre 2006; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/97/3, sentenza, 15 agosto 2007; *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. c. Polonia*, arbitrato UNCITRAL, PCA, sentenza, 14 febbraio 2012; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/12/1, sentenza, 25 agosto 2014; *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Product S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, caso ICSID n. ARB/10/7, sentenza, 8 luglio 2016; e *Eli Lilly and Company c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 16 marzo 2017.

<sup>55</sup> Si vedano, in particolare, i casi *Aguas del Tunari c. Bolivia*, caso ICSID n. ARB/02/3, decisione relativa alle obiezioni dello Stato convenuto alla competenza, 21 ottobre 2005; *Biwater c. Tanzania*, caso ICSID n. ARB/05/22, sentenza, 24 luglio 2008; e alcuni casi contro l'Argentina, come *Azurix c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/12, sentenza, 14 luglio 2006; *Aconquija/Vivendi Universal c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/97/3, sentenza, 15 agosto 2007; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/19, sentenza relativa alla responsabilità civile, 30 luglio 2010; e *SAUR International c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/04/4, decisione su competenza e responsabilità per danno, 6 giugno 2012. Cfr. GRECO, *The Human Right to Water and International Economic Law*, Abingdon, Torino, 2022, specialmente pp. 167-196.

<sup>56</sup> Rilevano i casi *Parkerings c. Lituania*, caso ICSID n. ARB/05/8, sentenza, 11 settembre 2007; *Glamis Gold c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, sentenza, 8 giugno 2009.

<sup>57</sup> Si vedano, in particolare, i casi *Glamis* (citato nella nota precedente); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. Ecuador*, arbitrato UNCITRAL, PCA caso n. 2009-23; *Burlington Resources Incorporation c. Ecuador (formerly Burlington Resources Incorporation and Others c. Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador))*, caso ICSID n. ARB/08/5, decisione sulla competenza, 2 giugno 2010; *Grand River Enterprises Six Nations Limited and Others c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, sentenza, 12 gennaio 2011; *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador*, caso ICSID n. ARB/09/12, sentenza, 14 ottobre 2016; *Bear Creek Mining Corporation c. Perù*, caso ICSID n. ARB/14/21, sentenza, 30 novembre 2017; *South American Silver Mining (SAS) Limited c. Bolivia*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 30 agosto 2018.

<sup>58</sup> Rileva il numero elevato di casi sorti contro l'Argentina a seguito della sua adozione di leggi di emergenza nel 2001 per la grave crisi finanziaria nazionale allora in atto. Mi limito a segnalare tra questi: relativamente all'accesso all'energia, *El Paso Energy International Co. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/15, sentenza, 31 ottobre 2011; per quanto concerne l'accesso all'acqua, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., Vivendi Universal, S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/19, sentenza relativa alla responsabi-

tribunali arbitrali hanno concluso che l'adozione di un provvedimento normativo nazionale non discriminatorio volto alla tutela di un interesse pubblico siffatto da parte dello Stato ospite fosse illecita, in quanto violazione delle norme in materia di espropriazione del trattato applicabile. Lo Stato ospite è stato condannato al pagamento di un indennizzo calcolato secondo i requisiti previsti nel trattato medesimo in quanto responsabile della violazione siffatta. L'obiettivo della salvaguardia di un interesse pubblico generale non è stato ritenuto un esimente di tale responsabilità<sup>59</sup>. L'esercizio della sovranità normativa è stato ritenuto alla stregua di un'espropriazione ("regulatory taking").

D'altra parte, le pretese degli investitori sono state rigettate in taluni casi, quali quelli *Chemtura*<sup>60</sup> e *Methanex*<sup>61</sup>. In essi le modifiche dell'or-

lità civile, 30 luglio 2010, confermata successivamente dal Comitato *ad hoc* ICSID istituito su ricorso di annullamento dell'Argentina, decisione del Comitato, 14 dicembre 2018. Segnalo anche *Piero Foresti and Others c. Sud Africa*, caso ICSID n. ARB(AF)/07/01, sentenza, 4 agosto 2010. Questo caso è sorto a seguito dell'adozione da parte del Sud Africa di una legislazione di riforma di carattere non discriminatorio dello sfruttamento dei giacimenti minerari nazionali.

<sup>59</sup> Segnalo, tra gli altri, i seguenti casi: *Metalclad c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/97/1, sentenza, 30 agosto 2000, specialmente par. 99; *Tecmed c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, specialmente paragrafi 154, 157 ss.; *Waste Management c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/3, sentenza, 30 aprile 2004, par. 98; *Saluka Investments BV c. Repubblica Ceca*, arbitrato UNCITRAL, sentenza parziale, 17 marzo 2006, par. 302; *Duke Energy Electroquil S.A. and Others c. Ecuador*, caso ICSID n. ARB/04/19, sentenza, 18 agosto 2008, specialmente par. 347; ed *El Paso Energy International Co. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/15, sentenza, 31 ottobre 2011, par. 348.

<sup>60</sup> Rileva, in particolare, che «[i]rrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation» (*Chemtura c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 2 agosto 2010, par. 266). Segnalo altresì il caso *Ethyl Corporation c. Canada* risolto per transazione tra le parti in lite, quando un tribunale arbitrale era stato già costituito conformemente alle regole di arbitrato UNCITRAL e si era pronunciato su aspetti procedurali della controversia, tra cui quello della propria competenza. Le sentenze sulla sede dell'arbitrato e sulla competenza del tribunale UNCITRAL, nonché alcune dichiarazioni rese nel corso del procedimento, sono consultabili nel sito "naftaclaims.com", oltre che in quello di "italaw". La sentenza sulla competenza è altresì riprodotta in *International Legal Materials*, 1999, p. 708 ss.

<sup>61</sup> Si veda, in particolare, il par. 21 della sentenza (*Methanex c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, sentenza, 3 agosto 2005).

dinamento interno erano state indotte dall'esigenza di vietare rispettivamente la commercializzazione di pesticidi a base di lindano nel caso *Chemtura* e di benzine composte con metanolo nel caso *Methanex*. In entrambi questi casi i tribunali arbitrali – costituiti conformemente alle regole di arbitrato UNCITRAL sulla base del Trattato NAFTA – hanno accolto la pretesa dello Stato convenuto volta a escludere che il provvedimento normativo controverso costituisse un “regulatory taking”, in virtù degli interessi pubblici – l'ambiente e la salute pubblica – da esso tutelati. La pretesa dell'investitore è stata negata altresì nel caso *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Oman*<sup>62</sup>. Rilevano pure i casi *Vattenfall c. Germania* sorti entrambi sulla base della clausola arbitrale prevista all'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* per la presunta violazione degli articoli 10 e 13 di questo Trattato relativi rispettivamente all'obbligo del trattamento giusto ed equo e ai requisiti di liceità delle espropriazioni. Il primo caso *Vattenfall* è sorto a causa delle condizioni restrittive sull'impiego delle acque del fiume Elba imposte dal governo tedesco al fine della concessione del permesso di costruzione di un impianto a carbone per la produzione di energia elettrica ad Amburgo. Questo primo caso si è concluso per transazione, ossia sulla base di una soluzione amichevole raggiunta dalle parti in conflitto<sup>63</sup>. La società ricorrente svedese ha chiesto la costituzione

<sup>62</sup> Caso ICSID n. ARB/11/33, sentenza, 3 novembre 2015. Il caso è fondato sull'accordo di libero scambio tra Stati Uniti e Oman del 2011. Ad avviso del ricorrente, un investitore statunitense, la revoca del proprio permesso di partecipare a un investimento locale minerario per una presunta violazione della legislazione nazionale in materia di ambiente avrebbe costituito un'espropriazione aggravata dal fatto che egli era stato arrestato. Ciò si era verificato, in particolare, per aver sottratto sabbia e altro materiale dal sito naturale sede dell'investimento. Ad avviso del ricorrente, lo Stato convenuto aveva violato le disposizioni dell'accordo di libero scambio in materia non solo di espropriazione, ma anche di *minimum standard* di trattamento, giacché non si era comportato secondo proporzionalità (per la reazione sul punto dell'Oman, si veda il par. 193 della sentenza), e di trattamento nazionale sulla base del principio di non discriminazione. Merita osservare che l'Oman si è riferito più volte alla «“police powers” doctrine» per giustificare la propria condotta, sottolineando, tra l'altro, che «the application of existing environmental laws lies at the core of a State's police power, and that any application of those laws that leads to the loss of property constitutes a non-compensable regulatory action as opposed to a compensable taking» (par. 177 della sentenza). Il tribunale ha negato la richiesta di indennizzo per espropriazione dell'investitore (par. 376 della sentenza) e per la presunta violazione del *minimum standard* di trattamento.

<sup>63</sup> *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG* (precedentemente *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG*) c. *Germania*, ICSID ARB/09/6, sentenza, 11 marzo 2011.

di un altro tribunale arbitrale ICSID contro la Germania a seguito della decisione presa dal governo tedesco nel 2000 di ridurre l'impiego dell'energia nucleare, smantellando alcune centrali<sup>64</sup>. Questo secondo caso si è concluso altresì a seguito di una transazione separata tra le parti in lite<sup>65</sup>.

L'“arbitrato diretto”, quale mezzo di soluzione privilegiato per le controversie tra Stati ospiti e investitori stranieri, può non essere dunque funzionale alla soluzione di casi del genere ed è divenuto oggetto di dibattito sotto numerosi profili, tra cui imparzialità, trasparenza e autonomia<sup>66</sup>, anche a seguito della posizione assunta da certi Stati, quali l'Argentina convenuta davanti a un numero significativo di tribunali arbitrali, come segnalato già, per aver adottato leggi di emergenza nel 2001 a fronte di una grave crisi finanziaria nazionale. Queste leggi sono state all'origine di ricorsi di investitori davanti a tribunali arbitrali distinti costituiti conformemente a trattati internazionali in materia di investimenti, sovente del Trattato bilaterale tra Argentina e Stati Uniti del 1991. L'Argentina si è trovata così a dover giustificare la propria condotta sulla base di regole favorevoli alla tutela degli interessi degli investitori. Essa si è difesa motivando la propria condotta lesiva degli interessi di un investitore straniero – tutelati dal trattato internazionale in materia di investimenti applicabile – sulla base di propri obblighi internazionali derivanti da altre fonti del diritto internazionale. Specificamente, l'Argentina ha scelto non di contestare il quadro normativo e politico internazionale in materia

<sup>64</sup> A seguito dell'incidente nella centrale giapponese di Fukushima nel 2011, il governo tedesco ha deciso di chiudere tutte le centrali nucleari in Germania entro il 2022. Questa scelta è stata sospesa per effetto della crisi energetica generata dalla guerra tra Russia e Ucraina.

<sup>65</sup> *Vattenfall AB, Vattenfall GMBH, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG and Kernkraftwerk Kriemmel GmbH c. Germania*, ICSID ARB/12/12, “Order of the Tribunal Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding”, 9 novembre 2021.

<sup>66</sup> Si vedano, tra gli altri, TIENHAARA, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, p. 229 ss.; COSTAGGIU, *The Evolution of BITs: Toward Reconciling Foreign Investment Protection and Socio-Economic Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2019, p. 111 ss. Mi permetto di segnalare altresì ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in *General Interests of Host States in International Investment Law* (edited by SACERDOTI, ACCONCI, VALENTI, DE LUCA), Cambridge, 2014, p. 165 ss.; IDEM, *L'inclusione del “right to regulate” negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni al margine della posizione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 89 ss.

di investimenti *tout court*, ma di adottare strategie difensive tese all'integrazione tra i propri diversi obblighi internazionali, fondando le proprie obiezioni sugli obblighi internazionali derivanti dal diritto internazionale generale e/o dai Patti delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo del 1966, in particolare da quello relativo ai diritti economici, sociali e culturali. Pare utile sottolineare che questa strategia difensiva dell'Argentina implica il superamento, in via procedurale, della diversificazione normativa tipica del diritto internazionale, stimolando gli arbitri ad adottare interpretazioni evolutive del trattato internazionale in materia di investimenti, quale diritto applicabile.

Altri Stati ospiti hanno adottato un approccio analogo allorché sono stati convenuti davanti a tribunali arbitrali. Tra questi merita segnalare la posizione dell'Uruguay nel caso sorto su ricorso di tre consociate del gruppo Philip Morris davanti a un tribunale arbitrale ICSID<sup>67</sup>. Ad avviso delle società ricorrenti, l'Uruguay aveva leso il loro marchio configurabile come investimento, a norma del trattato bilaterale in materia di investimenti concluso con la Svizzera nel 1988 – lo Stato nazionale delle tre consociate –, allorché aveva adottato una legge nazionale relativa al “plain packaging” dei pacchetti di sigarette proibitiva di immagini e iscrizioni tese a rendere attrattivo il consumo di tale merce<sup>68</sup>. Nella pretesa delle tre ricorrenti, tale legge violava il trattato giacché poteva essere qualificata alla stregua di un'espropriazione indiretta posta in essere senza il pagamento dell'indennizzo come previsto nel suddetto trattato. Il tribunale ICSID ha deciso che la legge dell'Uruguay fosse tesa alla tutela della salute pubblica nazionale e fosse il risultato dell'esercizio di «police powers» da parte dello Stato, in quanto attuativa della Convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della salute (OMS) sul controllo del consumo di tabacco<sup>69</sup>. Il tribunale ha chiarito che «[p]rotecting public health has since long been recognized as an essential manifestation of the State's po-

<sup>67</sup> *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Product S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, caso ICSID n. ARB/10/7, sentenza, 8 luglio 2016.

<sup>68</sup> La legge adottata dall'Uruguay sui pacchetti di sigarette – la legge n. 18.256 del 6 marzo 2008 entrata in vigore il 1° marzo 2010 – prevede che almeno l'ottanta per cento di ciascun lato di un pacchetto abbia immagini grafiche rappresentative dei possibili danni alla salute causati dal fumo di sigarette. Questa legge vieta anche l'iscrizione sui pacchetti di sigarette di termini ingannevoli, come “mild” e/o “light”, con forme o colori diversi, quali segni distintivi di un marchio e/o produttore.

<sup>69</sup> Par. 287 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo).

lice power»<sup>70</sup>. In effetti, nel corso del procedimento arbitrale, l'Uruguay aveva sottolineato che «regulations were applied in a non-discriminatory manner to all tobacco companies, and they amounted to a reasonable, good faith exercise of Uruguay's sovereign prerogatives»<sup>71</sup>. Il tribunale ha accolto questa posizione, evidenziando che «[t]he Challenged Measures were taken by Uruguay with a view to protect public health in fulfilment of its national and international obligations»<sup>72</sup>. A questo riguardo, il tribunale ha richiamato la posizione dell'OCSE<sup>73</sup>, in quanto organizzazione di riferimento di numerosi Stati di origine di investitori, altri casi arbitrali istituiti sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti<sup>74</sup>, e il diritto internazionale generale<sup>75</sup>, alcuni trattati internazionali, tra cui quello relativo alla protezione degli investimenti del 2014 tra l'Unione

<sup>70</sup> Par. 291 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo). Il tribunale ha chiarito, tra l'altro, che «[...] the Challenged Measures were a valid exercise by Uruguay of its police powers for the protection of public health. As such, they cannot constitute an expropriation of the Claimants' investment. For this reason also, the Claimants' claim regarding the expropriation of their investment must be rejected» (par. 307 della sentenza citata nella nota 67).

<sup>71</sup> Si vedano, in particolare, i paragrafi 13, 216-221 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo). Il par. 216 chiarisce che «[i]t is Uruguay's submission that preserving and protecting public health is a quintessential manifestation of police power, which is in turn an essential element of a State's permanent sovereignty. Uruguay has the right to exercise its inherent sovereign power to protect public health without incurring international responsibility generally (either for alleged expropriation or breach of other standards of treatment)».

<sup>72</sup> Specificamente par. 306 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo). Ad avviso del tribunale, il provvedimento nazionale dell'Uruguay era non «'arbitrary and unnecessary'», ma «potentially 'effective means to protecting public health'». Il tribunale ha evidenziato altresì che «[...] the incidence of smoking in Uruguay has declined, notably among young smokers [...] and that these were public health measures which were directed to this end and were capable of contributing to its achievement». Segnalo anche i paragrafi 307 e 391 della sentenza.

<sup>73</sup> Il tribunale si riferisce al *Working Paper* dell'OCSE del 2004 su "International Investment Law" (2004/4, settembre 2004). Questo chiarisce che «[i]t is an accepted principle of customary international law that where economic injury results from a bona fide non-discriminatory regulation within the police power of the State, compensation is not required» (p. 5). Si veda il par. 294 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo).

<sup>74</sup> Il tribunale ha richiamato, in particolare, i casi: *Tecmed c. Messico*, caso ICSID n. AF/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, par. 119, *Saluka Investments B.V. c. Repubblica Ceca*, arbitrato UNCITRAL, "Partial Award", 17 marzo 2006, paragrafi 255, 260 e 262; e *Chemtura c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 2 agosto 2010, par. 266. Si vedano i paragrafi 296-299 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo).

<sup>75</sup> Par. 301 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo).

europea e Singapore successivamente incorporato nel Trattato di libero scambio e tutela degli investimenti tra l'Unione, i suoi Stati membri e Singapore del 2018<sup>76</sup> e i rapporti presentati al tribunale dall'OMS e dalla Pan-American Health Organization in qualità di *amici curiae*<sup>77</sup>.

Nel parere concorrente e dissidente allegata alla sentenza, l'arbitro Gary Born riconosce la sovranità normativa dell'Uruguay «to regulate in the interests of public health and safety in the future». A suo avviso, la sentenza «makes clear that Uruguay possesses broad and unquestioned sovereign powers to protect the health of its population, both in the context of tobacco regulation and otherwise» e «[n]othing in the BIT prevents Uruguay from exercising these powers»<sup>78</sup>.

Mette conto osservare che un'altra società del gruppo Philip Morris – la Philip Morris Asia Ltd. con sede in Hong Kong – ha citato l'Australia davanti alla Corte permanente di arbitrato sulla base del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Australia e Hong Kong del 1993, a seguito dell'adozione della normativa nazionale sul “plain packaging” dei pacchetti di sigarette nel 2011. Questa legge da attuazione nell'ordinamento australiano alla medesima Convenzione quadro dell'OMS, regolando il modo di essere dei pacchetti di sigarette al fine di ridurne l'attrattività e le immagini accattivanti. Questa legge mira a rendere i pacchetti di sigarette tutti uguali indipendentemente dalla marca, onde scoraggiarne la produzione e il consumo, soprattutto tra i giovani. Ad avviso delle società ricorrenti, l'imposizione del “plain packaging” costituiva tuttavia una «restriction tantamount to expropriation» non giustificata da prove scientifiche con riguardo all'uso del loro marchio<sup>79</sup>. Il tribunale istituito dalla Corte sulla base delle regole di arbitrato UNCITRAL ha rigettato il ricorso per motivi procedurali relativi alla legittimazione delle ricorrenti *ratione personae*, senza pronunciarsi dunque nel merito delle loro pretese<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Si veda la nota 397, p. 86 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo).

<sup>77</sup> In particolare, par. 391 della sentenza (citata nella nota 67 di questo capitolo).

<sup>78</sup> Segnalo i paragrafi 90 e 197 dell'opinione concorrente e dissidente, 28 giugno 2016.

<sup>79</sup> Per informazioni ulteriori sulla posizione delle società ricorrenti, segnalo la sentenza del tribunale arbitrale su competenza e ricevibilità (*Philip Morris Asia Ltd. c. Australia*, PCA, caso n. 2012-12, sentenza su competenza e ammissibilità, 17 dicembre 2015, in particolare paragrafi 111, 390, 395-399).

<sup>80</sup> Nella sentenza già citata del 17 dicembre 2015 il tribunale UNCITRAL ha concluso che «the commencement of treaty-based investor-State arbitration constitutes an abuse of right (or abuse of process) when an investor has changed its corporate structure to gain

Questi casi Philip Morris hanno dimostrato che, a fronte di due normative internazionali pattizie parimenti applicabili al caso di specie, ma relative a settori distinti – tutela degli investimenti, da un lato, e protezione della salute mediante il controllo del consumo di tabacco e prodotti derivati, dall’altro –, gli Stati ospiti convenuti hanno scelto di far prevalere la protezione della salute sulla tutela degli interessi degli investitori stranieri. Tali Stati hanno deciso di risultare pertanto eventualmente responsabili sul piano internazionale per la violazione dei trattati internazionali in materia di investimenti applicabili, attuando la Convenzione quadro OMS sul controllo del consumo di tabacco. I tribunali non hanno accolto le richieste degli investitori, garantendo la sovranità normativa dei due Stati in causa, senza istituire tuttavia per questo un ordine gerarchico tra norme internazionali distinte tese alla tutela dei diversi interessi in gioco.

Alcune riflessioni possono proporsi alla luce della prassi arbitrale presa in considerazione. Anzitutto, Australia e Uruguay sono riusciti a difendersi senza escludere l’applicabilità delle norme internazionali in materia di investimenti, quelle sull’“arbitrato diretto” incluse<sup>81</sup>. Questi casi hanno reso palese inoltre il livello diverso di effettività della tutela a disposizione rispettivamente di investitori all’estero, sulla base dei trattati internazionali in materia di investimenti e altre persone, in virtù dei vari trattati internazionali in materia di diritti della persona e/o protezione dell’ambiente. I primi possono avvalersi di clausole di “arbitrato diretto” per la richiesta di risarcimenti ingenti, secondo quanto previsto relativamente all’indennizzo per espropriazione, e possono disporre di un titolo

the protection of an investment treaty at a point in time where a dispute was foreseeable» (paragrafi 265-266, 281 ss.). Ad avviso del tribunale, la società capogruppo Philip Morris era sprovvista della capacità decisionale relativamente alla condotta della consociata locale, la Philip Morris Asia Ltd. La capogruppo aveva acquisito tale capacità solo dopo la ristrutturazione della consociata.

<sup>81</sup> Cfr. VOON, MITCHELL, *Time to Quit? Assessing International Investment Claims against Plain Tobacco Packaging in Australia*, in *Journal of International Economic Law*, 2011, p. 515 ss.; NG, *Tobacco Wars: How Big Tobacco Is Using Investor-State Arbitration to Combat State Regulation and a Lesson for Europe*, in *European International Arbitration Review*, 2013, p. 41 ss.; KLOPSCHINSK, *Public Policy Considerations in Intellectual Property-related International Investment Arbitration*, in *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law* (edited by GEIGER), Cheltenham, Northampton, 2020, p. 218 ss. Mi permetto di richiamare altresì ACCONCI, *Tackling International Normative Conflicts Arising from the Clash between Tobacco Control and Freedom of Trade and Investment: Litigate and/or Negotiate?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 117 ss.



immediatamente esecutivo nel quadro dei diversi ordinamenti statali degli Stati contraenti, se attivano l'arbitrato ICSID e ottengono una sentenza a proprio favore, mentre i secondi possono ricorrere direttamente al più a corti internazionali le cui sentenze hanno portata interstatale e non possono in nessuna ipotesi valere come titolo immediatamente esecutivo nel quadro di ordinamenti nazionali.

A seguito di questo genere di casi, alcuni Stati hanno scelto di escludere dall'ambito di applicazione delle clausole sull'"arbitrato diretto" di trattati internazionali di "nuova generazione" le controversie tra uno Stato contraente e un investitore di un altro Stato contraente relative a eventuali provvedimenti nazionali sul controllo del consumo di tabacco (clausole "carve-out")<sup>82</sup>.

Altri Stati dell'America Latina, come Bolivia nel 2007 e Venezuela nel 2012, hanno scelto di ritirarsi dall'ICSID per dimostrare la propria avversione alla competenza dei tribunali arbitrali – istituiti sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti – di pronunciarsi sulla

<sup>82</sup> Rileva l'art. 29.5 del "Chapter" 29 del trattato di libero scambio del 2004 tra Stati Uniti e Australia, e l'art. 29.5 dell'Accordo di partenariato economica transPacifico ("Trans-Pacific Partnership", TPP) del 2015 tra Australia, Brunei, Canada, Cile, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Peru, Singapore e Vietnam. A norma di quest'articolo relativo a «Tobacco Control Measures», «[a] Party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims under Section B of Chapter 9 (Investment) if a Party has made such an election. If a Party has not elected to deny benefits with respect to such claims by the time of the submission of such a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), a Party may elect to deny benefits during the proceedings. For greater certainty, if a Party elects to deny benefits with respect to such claims, any such claim shall be dismissed». L'articolo specifica nella nota 12 che «[a] tobacco control measure means a measure of a Party related to the production or consumption of manufactured tobacco products (including products made or derived from tobacco), their distribution, labelling, packaging, advertising, marketing, promotion, sale, purchase, or use, as well as enforcement measures, such as inspection, recordkeeping, and reporting requirements. For greater certainty, a measure with respect to tobacco leaf that is not in the possession of a manufacturer of tobacco products or that is not part of a manufactured tobacco product is not a tobacco control measure». Queste disposizioni sono incluse nel testo definitivo di tale accordo concluso nel 2018. Per approfondimenti, segnalo, tra gli altri, IRELAND, *The Trans-Pacific Partnership Tobacco Carve-Out Precedent*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2016, n. 4, p. 165 ss.; PUIG, SHAFFER, *A Breakthrough with the TPP: the Tobacco Carve-out*, in *Yale Journal Health Policy, Law, and Ethics*, 2016, p. 327 ss. Le controversie relative al tabacco e derivati sono escluse dall'ambito di applicazione delle clausole di "arbitrato diretto" anche in due accordi di Singapore, specificamente nell'accordo di libero scambio con l'Australia del 2003 e nel trattato bilaterale in materia di investimenti con il Kazakistan del 2018.

legittimità di provvedimenti normativi nazionali non discriminatori volti alla tutela di un interesse pubblico di natura non economica. Anche rappresentanti di comunità locali e della dottrina hanno evidenziato come i procedimenti arbitrali istituiti conformemente a clausole previste in trattati internazionali in materia di investimenti possano alterare l'esercizio della potestà normativa degli Stati ospiti per la salvaguardia di interessi non economici e l'opportunità di una revisione di tali trattati. L'alterazione dell'esercizio della sovranità normativa degli Stati ospiti può verificarsi fintantoché gli arbitri applicano trattati internazionali favorevoli alla tutela degli interessi degli investitori sulla base dei quali i medesimi tribunali sono peraltro istituiti e godono di un margine di discrezionalità apprezzabile, come segnalerò ancora nel prosieguo dell'indagine.

Critiche e tentativi di innovazione improntati alla trasparenza e apertura dei procedimenti arbitrali hanno reso l'intervento in essi di parti terze, in particolare *amicus curiae*, ossia di attori esterni alle parti in lite portatori di interessi specifici relativi alla controversia, ammissibile<sup>83</sup>. Le regole di arbitrato ICSID sono state appositamente modificate a tal fine nel 2006 e poi nel 2022<sup>84</sup>. I criteri di valutazione delineati dalla raccomandazione sulla partecipazione di parti terze del 7 ottobre 2003 della Com-

<sup>83</sup> L'intervento di *amici curiae* è stato accettato, tra l'altro, nei seguenti casi: *Methanex c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, decisione sulla richiesta di parti terze di intervenire come *amici curiae*, 15 gennaio 2001; *UPS c. Canada*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, decisione sulla richiesta di parti terze di intervenire come *amici curiae*, 17 ottobre 2001; *Vivendi c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/03/19, "order" in risposta alla richiesta di trasparenza e partecipazione come *amicus curiae*, 19 maggio 2005. Tale intervento è stato rifiutato invece, tra l'altro, nel caso *Aguas del Tunari c. Bolivia*, lettera, 29 gennaio 2003; nei casi uniti *von Pezold c. Zimbabwe* (caso ICSID n. ARB/10/15) e *Border Timbers c. Zimbabwe* (caso ICSID n. ARB/10/25), "Procedural Order" n. 2, 26 giugno 2012, paragrafi 56-63; nei casi *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/12/1, "Procedural Order on the Participation of the Applicant, BNM, As a Non-Disputing Party" e "Procedural Order on the Participation of the Applicant, Mr Barry Appleton, As a Non-Disputing Part", 4 marzo 2013, dove il tribunale ha valutato le richieste di partecipazione di parti terze secondo i criteri della commissione sul libero scambio del Trattato NAFTA del 2003. Altri tribunali ICSID hanno fatto riferimento poi ai medesimi criteri, malgrado il principio del precedente non operi sul piano internazionale. Segnalo, per esempio, *Odyssey Marine Exploration, Inc. c. Messico* (caso ICSID n. UNCT/20/1), "Procedural Order" n. 6, 20 dicembre 2021, inclusa opinione dissidente di Philippe Sands, par. 6. Per la dottrina, cfr. BALTAG, *The Role of Amici Curiae in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?*, in *ICSID Review*, 2020, p. 279 ss.

<sup>84</sup> Segnalo gli articoli 32 e 37 del testo del 2006 e articoli 67 e 68 del testo del 2022.

missione sul libero scambio istituita per l'attuazione e interpretazione del Trattato NAFTA sono altresì meritevoli di attenzione<sup>85</sup>.

Una certa dottrina si è espressa a favore di un ruolo attivo degli arbitri nell'interpretazione e applicazione dei trattati internazionali in materia di investimenti onde favorire, nella misura del possibile, il superamento della diversificazione normativa attraverso tecniche interpretative estensive di tipo sistemico idonee all'attribuzione di rilevanza a norme internazionali applicabili ad altri settori, quali la tutela dell'ambiente, dei diritti della persona e del patrimonio artistico-culturale. Questo genere di interpretazione sarebbe ammissibile a norma sia della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati<sup>86</sup> sia della Convenzione ICSID e altri trattati internazionali rilevanti, quali quello NAFTA, *Energy Charter Treaty* e numerosi trattati bilaterali in materia di investimenti tradizionali, giacché trattati siffatti prevedono che il diritto applicabile al merito della controversia includa il diritto internazionale nel suo insieme<sup>87</sup>.

Alcuni tribunali arbitrali hanno "importato" norme di trattati internazionali sulla tutela di interessi non economici a favore talvolta di istan-

<sup>85</sup> I criteri menzionati nel testo sono: «(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding». Per una loro applicazione, si vedano i "Procedural Order" del tribunale ICSID nel caso *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c. Stati Uniti* menzionati nella nota 83.

<sup>86</sup> Rileva l'art. 31, par. 3, let. c), della Convenzione di Vienna secondo cui l'interpretazione di una norma internazionale può fondarsi su «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties». Questa disposizione favorisce il coordinamento tra norme internazionali suscettibili di confliggere, mediante la valorizzazione del diritto internazionale generale, al fine dell'unità del diritto internazionale. Cfr., per tutti, GAZZINI, *Interpretation of International Investment Treaties*, Londra, 2016.

<sup>87</sup> Si vedano, tra gli altri, STIMMA, KILL, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, in *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer* (edited by BINDER, KRIEBAUM, REINISCH, WITTICH), Oxford, 2008, p. 678 ss.; SALACUSE, *Investment Treaties Through a Different Lens: A New Global Regime?*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2009-2010, p. 575 ss., specialmente pp. 577, 588; MONTT, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Portland, 2012, p. 125 ss. Mi permetto di richiamare altresì ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in *General Interests of Host States in Current International Investment Law* (edited by SACERDOTI, ACCONCI, VALENTI, DE LUCA), Cambridge, 2014, p. 165 ss.

ze dello Stato convenuto, talaltra dell'investitore ricorrente. Vale la pena proporre alcune riflessioni specifiche sulla prassi arbitrale sotto questa prospettiva. In alcuni casi comitati *ad hoc* ICSID istituiti, su richiesta degli Stati ospiti, per l'annullamento di sentenze arbitrali a favore dell'investitore ricorrente hanno attribuito rilevanza a taluni principi generali, quali il diritto alla difesa<sup>88</sup> e l'uguaglianza delle parti in lite<sup>89</sup>. In certi casi i tribunali arbitrali competenti hanno riconosciuto l'esistenza di conflitti di norme derivanti da obblighi internazionali relativi a settori diversi. Nel caso *Saluka c. Repubblica Ceca* il tribunale si è riferito al diritto internazionale consuetudinario per negare che l'azione normativa posta in essere dallo Stato ospite potesse equivalere a un'espropriazione<sup>90</sup>. In altri casi i tribunali arbitrali hanno richiamato la giurisprudenza della Corte europea

<sup>88</sup> Segnalo, tra le altre, le decisioni di annullamento nei casi *Wena Hotels c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/98/4, decisione, 28 gennaio 2002, par. 57; *MTD c. Cile*, caso ICSID n. ARB/01/7, decisione, 21 marzo 2007, par. 49; *CDC c. Seychelles*, caso ICSID n. ARB/02/14, decisione, 29 giugno 2005, par. 49; *Azurix c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/12, decisione, 1° settembre 2009, par. 212; *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/3, decisione, 30 luglio 2010, paragrafi 193, 195 e 197. Il tribunale del caso *Lauder c. Repubblica Ceca* si è riferito al «right to a court» (arbitrato UNCITRAL, sentenza, 3 settembre 2001, par. 200).

<sup>89</sup> Relativamente all'uguaglianza delle parti, rilevano, in particolare, le decisioni di annullamento nei casi *MINE c. Guinea*, caso ICSID n. ARB/84/4, decisione, 6 gennaio 1988, par. 5.06; *Azurix c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/12, sentenza, 14 luglio 2006, par. 213; ed *Enron Ponderosa Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/3, decisione, 30 luglio 2010, paragrafi 193, 195 e 197. Anche il tribunale del caso *Metalpar c. Argentina* ha richiamato l'uguaglianza delle parti (caso ICSID n. ARB/03/5, sentenza, 6 giugno 2008, paragrafi 153-155). Merita segnalare che l'Istituto di diritto internazionale ha adottato una risoluzione specifica sull'uguaglianza delle parti quale principio di diritto internazionale derivante, tra l'altro dalle norme internazionali sui diritti della persona, come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966. In questa risoluzione l'Istituto valorizza la rilevanza di tale principio quale elemento del processo di revisione delle caratteristiche dell'arbitrato diretto in corso nel quadro dell'UNCITRAL dal 2017, come segnalato nel testo al par. 6 della sezione seconda del capitolo primo. Si veda Institut de droit international, Eighteenth Commission, *Equality of Parties before International Investment Tribunals*, Resolution, session of The Hague, 31 agosto 2019 (consultabile online). Cfr. TANZI, *On Judicial Autonomy and the Autonomy of the Parties in International Adjudication, with Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, p. 57 ss.; McLACHLAN, *Resolution on the Equality of Parties before International Investment Tribunals*, Cambridge, 2021.

<sup>90</sup> Arbitrato UNCITRAL, "Partial Award", 17 marzo 2006, par. 261. Il tribunale del caso *Saluka* ha richiamato la sentenza nel caso *Methanex* sottolineando che «the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are 'commonly

dei diritti dell'uomo per decidere se lo Stato ospite avesse o meno espropriato la proprietà, ossia l'investimento, dell'investitore ricorrente<sup>91</sup>. Nei casi *SPP c. Egitto* e *Parkerings c. Lituania* i tribunali hanno richiamato la Convenzione UNESCO del 1972 relativa alla protezione del patrimonio culturale e mondiale<sup>92</sup>. Nel caso *Myers c. Canada* il tribunale ha attribuito rilevanza, quale parametro di riferimento, alla Convenzione di Basilea del 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e sulla loro gestione<sup>93</sup>. Nel caso *Pope & Talbot c. Canada* il tribunale ha menzionato la prassi di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio relativamente alla definizione dell'ambito di applicazione della normativa del Trattato NAFTA sulla libera circolazione degli scambi commerciali<sup>94</sup>. Diversi tribunali arbitrali competenti a decidere i casi contro l'Argentina sulle concessioni aventi per oggetto la gestione dei bacini idrici locali e dell'erogazione dell'acqua potabile hanno rigettato invece le obiezioni dell'Argentina, come Stato convenuto, di integrare nel diritto applicabile derivante dai trattati internazionali in materia di investimenti le norme internazionali relative alla protezione dei diritti della persona previste nel Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti economici, sociali e culturali o quelle della Convenzione interamericana sui diritti della persona. In effetti, i trattati internazionali in materia di investimenti, contratti e altre fonti applicabili non prevedevano un'integrazione siffatta e i tribunali arbitrali hanno potuto nella propria discrezionalità limitarsi alla lettera di quanto da essi disposto<sup>95</sup>. Talvolta i

accepted as within the police power of States' forms part of customary international law today» (par. 262).

<sup>91</sup> Si vedano, in particolare, i casi *Mondev c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/99/2, sentenza, 11 ottobre 2002, paragrafi 143-144; *Tecmed c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, par. 122; *Azurix c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/12, sentenza, 14 luglio 2006, paragrafi 311-312; e *Saipem c. Bangladesh*, caso ICSID n. ARB/05/07, decisione sulla competenza e raccomandazione di misure provvisorie, 21 marzo 2007, paragrafi 130-132.

<sup>92</sup> *SPP c. Egitto*, caso ICSID n. AF/84/3, sentenza sul merito, 20 maggio 1992, paragrafi 150-154; *Parkerings c. Lituania*, caso ICSID n. ARB/05/8, sentenza, 11 settembre 2007, paragrafi 381-394.

<sup>93</sup> Arbitrato NAFTA/UNCITRAL, "Partial Award", 13 novembre 2000, paragrafi 209-217.

<sup>94</sup> Arbitrato UNCITRAL, sentenza sul merito, fase 2, 10 aprile 2001, paragrafi 45-82.

<sup>95</sup> Segnalo, tra gli altri, i casi *SAUR c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/04/4, decisione su competenza e responsabilità per danno, 6 giugno 2012, paragrafi 328-332; ed *EDF c. Argentina* nel quale il tribunale ha negato che la condotta dell'Argentina potesse giustificarsi sulla base di presunte norme internazionali di *jus cogens* relative a «basic human ri-

tribunali arbitrali hanno rifiutato di applicare norme internazionali relative ad altri settori neanche su istanza degli investitori, non accogliendo tali pretese<sup>96</sup>.

Nei paragrafi successivi svolgerò alcune considerazioni su come altri principi generali siano divenuti rilevanti in taluni procedimenti arbitrali, in particolare, nell'interpretazione e applicazione delle norme pattizie relative al trattamento giusto ed equo ai fini di mitigarne la portata favorevole alla protezione degli interessi degli investitori. Svolgerò considerazioni specifiche altresì sulla valorizzazione del contributo allo sviluppo dello Stato ospite, nonché alla sostenibilità di siffatto sviluppo, nell'interpretazione e applicazione delle norme pattizie sulla definizione di investimento nel quadro di casi arbitrali più recenti.

3. Come segnalato<sup>97</sup>, il trattamento giusto ed equo avrebbe potuto assicurare lealtà, ragionevolezza e correttezza nei rapporti tra Stato ospite e investitore straniero, in quanto standard oggettivo, ossia non variabile in virtù della nazionalità dell'investitore quali sono gli standard di trattamento nazionale e quello della nazione più favorita<sup>98</sup>.

Le clausole sul trattamento giusto ed equo e sull'“arbitrato diretto”

ghts such as life, health, personal integrity and education, which were directly threatened by the socio-economic crisis suffered by Argentina», caso ICSID n. ARB/03/23, sentenza, 11 giugno 2012, paragrafi 909-914. Si vedano anche i casi uniti *von Pezold c. Zimbabwe* (caso ICSID n. ARB/10/15) e *Border Timbers c. Zimbabwe* (caso ICSID n. ARB/10/25) relativamente alla rilevanza della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni per la soluzione della controversia all'origine del procedimento arbitrale, “Procedural Order” n. 2, 26 giugno 2012, specialmente paragrafi 58-59.

<sup>96</sup> Rileva il caso *Spyridon Roussalis c. Romania* nel quale l'investitore ricorrente aveva chiesto l'applicazione a proprio favore degli obblighi internazionali dello Stato convenuto previsti nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo relativi alla protezione della proprietà privata. Il tribunale ha ammesso che «the possibility that the international obligations of the Contracting States mentioned at Article 10 of the BIT could include obligations deriving from multilateral instruments to which those states are parties, including, possibly, the European Convention of Human Rights and its Additional Protocol No. 1. But the issue is moot in the present case and does not require decision by the Tribunal, given the higher and more specific level of protection offered by the BIT to the investors compared to the more general protections offered to them by the human rights instruments referred above. Consequently Article 10 of the BIT cannot, in its own terms and in the instant case, serve as a useful instrument for enlarging the protections available to the Claimant from the Romanian State under the BIT», caso ICSID n. ARB/06/1, sentenza, 7 dicembre 2011, par. 312.

<sup>97</sup> *Supra*, par. 3 della sezione prima di questo capitolo.

<sup>98</sup> Sul punto, per tutti. WEILER, *The Interpretation of International Investment Law*.

hanno favorito la stabilizzazione dei flussi di investimento nella traiettoria nord-sud negli ultimi decenni del secolo scorso tra la fine del processo di decolonizzazione e gli anni novanta, nella logica secondo cui il contemperamento dei diversi interessi tra Stati e investitori stranieri e la soluzione delle relative controversie fossero strumentali allo sviluppo e alla pace internazionale<sup>99</sup>. Successivamente, tuttavia tali clausole non sono riuscite a garantire il riequilibrio dei rapporti tra Stati aventi una posizione diversa, ossia Stato di origine e Stato ospite, prevenire la complessità delle dinamiche di tali rapporti e soprattutto i conflitti di interesse tra Stati ospiti e investitori stranieri. Nei decenni più recenti l'applicazione e interpretazione delle disposizioni dei trattati sul trattamento giusto ed equo sono divenute esse stesse foriere di conflitti e basi giuridiche di molteplici ricorsi di investitori contro Stati ospiti davanti a tribunali arbitrali costituiti in conformità a clausole di "arbitrato diretto" previste nei medesimi trattati. Sono sorte controversie specifiche sull'interpretazione e applicazione di tali disposizioni per la mancata univocità dei loro testi. Si è affermato un approccio caso per caso e pertanto una prassi arbitrale non univoca in un contesto caratterizzato da numerosi atti di espropriazione o nazionalizzazione non conclamati in maniera chiara<sup>100</sup>. La moltiplicazione dei casi arbitrali relativi all'interpretazione e appli-

*Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leiden, 2013, in particolare p. 200.

<sup>99</sup> Per una ricostruzione dell'arbitrato "internazionale", come quelli ICSID e UNCITRAL, quale strumento di pace e prosperità, si veda MOUAWAD, *Arbitration in a Changing World*, in *The American Review of International Arbitration*, 2021, p. 1 ss.

<sup>100</sup> Si vedano, in particolare, le sentenze dei tribunali ICSID nei casi *Mondev c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/99/2, sentenza, 11 ottobre 2002, par. 118; e *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. EuropeanFood S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, caso ICSID n. ARB/05/20, sentenza 11 dicembre 2013, paragrafi 505-506. Quanto affermato dal tribunale ICSID nella sentenza nel caso *El Paso Energy International Co. c. Argentina* evidenzia l'ampia discrezionalità lasciata dalle disposizioni dei trattati, là dove esso ammette violazioni dissimulate dell'obbligo del trattamento giusto ed equo di tipo cumulativo, sostenendo che «in the same way as one can speak of *creeping expropriation*, there can also be creeping violations of the FET standard. According to the case-law, a creeping expropriation is a process extending over time and composed of a succession or accumulation of measures which, taken separately, would not have the effect of dispossessing the investor but, when viewed as a whole, do lead to that result. A *creeping violation of the FET standard* could thus be described as a process extending over time and comprising a succession or an accumulation of measures which, taken separately, would not breach that standard but, when taken together, do lead to such a result», caso ICSID ARB/03/15, sentenza, 31 ottobre 2011, par. 518.

cazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, quale base giuridica autonoma, a seguito di variazioni di normative nazionali dello Stato ospite volte a obiettivi non economici, ha dato vita altresì a una letteratura estesa. Negli ultimi decenni sono stati pubblicate numerose monografie specifiche, oltre a vari articoli in riviste scientifiche e contributi in opere collettanee, in particolare sulle presunte aspettative legittime derivanti da tale standard, nonché sulla sua portata complessiva<sup>101</sup>. La dottrina si è occupata di chiarire, alla luce della ricca prassi arbitrale sviluppatasi, quali profili innovativi possano essere individuati per la definizione dei margini di tale standard, come trasparenza e buona fede, rispetto a quelli, in linea di principio, tradizionali quali ragionevolezza, proporzionalità e lealtà. In effetti, la ragionevolezza nei rapporti tra Stati ospiti e investitori stranieri era il motivo principale per il quale gli Stati hanno iniziato a includere tale standard nei propri trattati internazionali in materia di investimenti. L'inclusione di siffatto standard nei trattati tradizionali si fondava sul presupposto per il quale eventuali conflitti di interessi tra un investitore straniero e uno Stato ospite, relativamente a ragionevolezza, proporzionalità e lealtà dei loro rapporti reciproci, avrebbero potuto sorgere con riguardo a interessi omogenei in quanto di natura economica. I casi arbitrali sorti sulla base delle clausole pattizie sul trattamento giusto ed equo a partire dall'inizio di questo secolo concernono invece interessi eterogenei, economici e non ovvero pubblici e privati. La portata effettiva di questo standard di trattamento è tuttora controversa, malgrado i chiarimenti, tra l'altro di tipo linguistico, introdotti in alcuni trattati internazionali di "nuova generazione", in particolare, dell'Unione europea. Ho scelto di proporre alcune riflessioni in proposito, soprattutto in questo capitolo, perché si tratta, tra l'altro, di un tema caratterizzante gli sviluppi del quadro normativo e politico internazionale e dell'Unione europea in materia di sostenibilità degli investimenti stranieri all'origine di questa monografia.

I trattati internazionali in materia di investimento tradizionali con-

<sup>101</sup> Mi limito a menzionare alcune monografie recenti, ossia WONGKAEW, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration*, Ginevra, 2019; KALDUŃSKI, *The Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law*, Toruń, 2020; KOPAR, *Stability and Legitimate Expectations in International Energy Investments*, Londra, 2021; LANDMANN, *Legitimate Expectations and Fair-and-Equitable-Treatment under the Energy Charter Treaty*, Baden-Baden, 2022. Pubblicazioni in materia sono richiamate in altre note della presente monografia.



templano disposizioni specifiche sull'obbligo del trattamento giusto ed equo senza indicare quale significato debba essere attribuito a questo standard di trattamento<sup>102</sup>. Sovente essi si limitano a prevedere che «fair and equitable treatment» sia riconosciuto all'investitore<sup>103</sup>. Alcuni trattati riconducono tale obbligo di trattamento a un presunto standard minimo di diritto internazionale generale favorevole alla tutela degli interessi dell'investitore straniero, come sostenuto in passato dal gruppo degli Stati economicamente avanzati per lo più ex potenze coloniali. Rilevano in proposito vari trattati degli Stati Uniti<sup>104</sup> e il *Model BIT* del Canada del

<sup>102</sup> La letteratura sulla prassi relativa allo standard di trattamento giusto ed equo è estesa. Mi limito a menzionare: KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, 2011; DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen aan den Rijn, 2013; VALENTI, *The Protection of General Interests of Host States in the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard*, in *General Interests of Host States in International Investment Law* (edited by SACERDOTI, ACCONCI, VALENTI, DE LUCA), Cambridge, 2014, p. 26 ss.; PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, Berlino, 2018; LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law*, Alphen aan den Rijn, 2019, specialmente pp. 45-72; DULAC, LIN HOE, *Substantive Protections: Fairness*, in *The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement* (edited by MANGAN, RUBINS), Londra, 2021, p. 240 ss.

<sup>103</sup> La maggioranza dei trattati conclusi nel secolo scorso include disposizioni formulate come indicato nel testo. Quali esempi mi limito a richiamare i trattati bilaterali tra Regno Unito e India del 1984, Italia e Cuba del 1993 e Italia e Repubblica Ceca del 1996. L'art. 10 dell'*Energy Charter Treaty* è anch'esso formulato in questo modo e ha dato vita a numerosi casi arbitrali, come illustrerò nel prosieguo. Questa formulazione della clausola si ritrova nel progetto di convenzione per la protezione della proprietà straniera adottato dall'OCSE nel 1967. Secondo l'UNCTAD, tale scelta dell'OCSE ha influenzato l'orientamento di molti Stati e per questa ragione la maggioranza dei trattati conclusi nel secolo scorso non includerebbe disposizioni dettagliate in proposito. Si veda UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on IIAs II: A Sequel*, Ginevra, 2012 (consultabile online).

<sup>104</sup> Si vedano, tra gli altri, l'art. II, par. 2, lett. (a) del trattato bilaterale in materia di investimenti del 1991 tra Stati Uniti e Argentina e l'art. II, par. 3, lett. (a) del trattato bilaterale in materia di investimenti del 1994 tra Stati Uniti e Ucraina secondo cui il trattamento giusto ed equo può essere «in no case [...] less than that required by international law». Si vedano anche l'art. 5 del Trattato istitutivo della *North America Free Trade Area* (NAFTA) del 1993 e l'art. 5, par. 2 (a), del *Model BIT* degli Stati Uniti del 2012. Queste disposizioni includono una clausola sul trattamento giusto ed equo sulla base della quale «1. [e]ach Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment». Esse specificano inoltre che «2. [t]he obligation in paragraph 1 to provide: (a) 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world». Per una critica alla presunta coincidenza tra il trattamento

2021<sup>105</sup>. Buona fede<sup>106</sup>, arbitrarietà<sup>107</sup>, negligenza intenzionale, proporzionalità<sup>108</sup>, mancanza di ragionevolezza e “due diligence”<sup>109</sup> sarebbero

giusto ed equo e quello minimo posto dal diritto internazionale generale, segnalò MANN, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, in *The British Yearbook of International Law*, 1981, specialmente p. 244; SCHREUER, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2005, n. 3, pp. 359-364. Cfr. PAPANISKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2014.

<sup>105</sup> Art. 8 il quale è dedicato al «minimum standard of treatment» definendolo in maniera dettagliata e assoluta.

<sup>106</sup> Nel caso *Tecmed c. Messico* il tribunale ha richiamato la buona fede per la definizione del trattamento giusto ed equo (caso ICSID n. ARB(AF)/00/2, sentenza 29 maggio 2003, par. 153). Il tribunale del caso *ADF c. Stati Uniti* ha considerato invece tale parametro marginale a tal fine (caso ICSID n. ARB(AF)/00/1, sentenza, 9 gennaio 2003, paragrafi 180-184).

<sup>107</sup> Rilevano i casi *CMS c. Argentina* relativamente alla rilevanza dell'arbitrarietà e discriminazione quali parametri di riferimento per la definizione del trattamento giusto ed equo (caso ICSID n. ARB/01/8, sentenza, 20 aprile 2005, paragrafi 285-292); e *Lauder c. Repubblica Ceca* con riguardo al collegamento, al medesimo fine, tra arbitrarietà e/o discriminazione e mancanza di buona fede (arbitrato UNCITRAL, sentenza, 3 settembre 2001, paragrafi 214-221, nonché 222 là dove il tribunale ha concluso che lo Stato ospite avesse adottato «discriminatory and arbitrary measure» contro l'investitore ricorrente).

<sup>108</sup> Il tribunale del caso *Charanne and Construction Investments c. Spagna* ha chiarito che «[a]s for proportionality, the Arbitral Tribunal considers that this criterion is satisfied as long as the changes are not capricious or unnecessary and do not amount to suddenly and unpredictably eliminate the essential characteristics of the existing regulatory framework» (arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma, caso 062/2012, sentenza, 21 gennaio 2016, par. 517).

<sup>109</sup> La decisione del 15 ottobre 1926 della commissione mista per i reclami di investitori statunitensi contro il Messico relativa al caso *L.F.H. Neer (USA) c. Messico* chiarisce che «the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect to duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily acknowledge its insufficiency» (*UN Reports of International Arbitral Awards*, 2006, p. 60 ss., specialmente pp. 61-62, consultabile *online*). Il tribunale del caso *Glamis* ha affermato che quanto stabilito da questa decisione sia ancora un parametro di riferimento, tenuto conto delle circostanze di ciascun caso concreto (*Glamis Gold c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, sentenza, 8 giugno 2009, par. 22). Altri tribunali si sono espressi per una concettualizzazione più evoluta del presunto standard minimo di trattamento posto dal diritto internazionale generale, alla luce dell'importanza della liberalizzazione degli investimenti stranieri quale obiettivo di numerosi trattati internazionali in materia conclusi a partire dall'inizio di questo secolo. Segnalò *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 31 marzo 2010, paragrafi 207, 208, 210 e 213; *Cargill Incorporated c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/05/2, sentenza, 18 settembre 2009, par. 281; *ADF Group Inc. c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/1, sentenza 9 gennaio 2003, paragrafi 113, 179; *Mondev c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/99/2, sentenza, 11 ottobre 2002, par. 116. Secondo quanto stabilito

parametri di riferimento di questo standard con riguardo al contesto normativo degli Stati contraenti presi in considerazione<sup>110</sup>. Come sottolineato precedentemente, pure da alcuni tribunali arbitrali, non c'è univocità circa la concettualizzazione dello standard minimo di trattamento, quale parametro di riferimento dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, nel diritto internazionale contemporaneo, data la varietà di trattati distinti applicabili<sup>111</sup>. In alcuni casi i tribunali arbitrali hanno richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per giustificare la propria scelta di definire il suddetto obbligo con riferimento alla proporzionalità<sup>112</sup> o al diniego di giustizia<sup>113</sup>.

dal tribunale del caso *S.D. Myers*, il requisito della «indisputably outrageous misconduct» non sarebbe determinante. Ad avviso di tale tribunale, rileverebbe il fatto che l'investitore sia stato trattato in «such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective». Ad avviso del tribunale, l'accertamento della violazione di questo standard «must be made in light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders». Il tribunale ha aggiunto che «[t]he determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case» (*S.D. Myers c. Canada*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, “Partial Award”, 13 novembre 2000, par. 263).

<sup>110</sup> Il tribunale arbitrale UNCITRAL del caso *Pope & Talbot Inc. c. Canada* – costituito conformemente al Trattato NAFTA – ha chiarito che avrebbe interpretato «Article 1105 to require that covered investors and investments receive the benefits of the fairness elements under ordinary standards applied in the NAFTA countries, without any threshold limitation that the conduct complained of be “egregious/,” “outrageous” or “shocking,” or otherwise extraordinary» (sentenza sul merito della fase 2, 10 aprile 2001, par. 118).

<sup>111</sup> Si veda, tra gli altri, *Bilcon of Delaware Inc. and Others c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, PCA, caso n. 2009-04, sentenza su competenza e responsabilità per danno, 17 marzo 2015, par. 258 ss.

<sup>112</sup> In taluni casi i tribunali arbitrali hanno attribuito rilevanza alla prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo sul principio di proporzionalità in relazione alle espropriazioni di fatto. Si vedano i casi *Tecmed c. Messico*, caso ICSID n. ARB(AF)/00/2, sentenza 29 maggio 2003, par. 122; e *Azurix c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/12, sentenza, 14 luglio 2006, par. 311.

<sup>113</sup> Il richiamo della prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo è avvenuto altresì in casi arbitrali originati dalla presunta violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo previsto nel trattato internazionale in materia di investimenti applicabile per presunto diniego di giustizia da parte dello Stato ospite, si veda *Mondev c. Stati Uniti*, caso ICSID n. ARB(AF)/99/2, sentenza, 11 ottobre 2002, specialmente paragrafi 139-144 (deciso contro l'investitore in virtù anche dell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo). L'orientamento del tribunale nel caso *Mondev* ha influenzato quello di altri tribunali relativamente all'accertamento di un «claim for a denial of justice in international law». Segnalo al riguardo i casi *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius c. Slo-*

L'assunto di numerosi ricorsi è che l'investitore di uno Stato contraente di un trattato internazionale inclusivo di obblighi sul trattamento giusto ed equo svilupperebbe aspettative relativamente alla condotta dello Stato contraente ospite e al suo diritto nazionale. Diversi investitori hanno chiesto infatti la costituzione di un tribunale arbitrale contro lo Stato ospite, a seguito di mutamenti del quadro normativo di quest'ultimo pregiudizievole per il proprio investimento, sostenendo che gli obblighi sul trattamento giusto ed equo tutelerebbero aspettative di trattamento relativamente all'immutabilità, in termini di stabilità e prevedibilità, del diritto nazionale applicabile dello Stato ospite convenuto per tutta la vita dell'investimento e costituirebbero il fondamento giuridico, in combinazione con le clausole in materia di espropriazione, per richieste di indennizzo ragguardevoli in quanto commisurate ai requisiti pronto, adeguato ed effettivo della "formula Hull" previsti in molti trattati. Alcuni tribunali hanno riconosciuto la fondatezza delle pretese degli investitori ricorrenti di chiedere indennizzi per la mancata tutela delle loro aspettative sulla stabilità del diritto nazionale dello Stato ospite, ritenendo aspettative siffatte legittime. Questi tribunali hanno deciso per l'illiceità dei mutamenti legislativi oggetto della controversia, quand'anche tali mutamenti perseguissero obbiettivi volti alla salvaguardia di un interesse pubblico e fossero ritenuti quindi un esercizio legittimo della sovranità normativa dello Stato ospite. Tali tribunali hanno accolto le pretese degli investitori secondo cui i mutamenti legislativi in questione equivalevano a violazioni del trattamento giusto ed equo e/o espropriazioni indirette, dette "regulatory takings", compatibili col trattato internazionale in materia di investimenti applicabile solo se seguite dal pagamento di un indennizzo per espropriazione calcolato sulla base di quanto previsto nel medesimo trattato<sup>114</sup>. La discrezionalità degli arbitri relativamente alla scelta dei metodi

*vacchia*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 23 aprile 2012, par. 291, e *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala*, caso ICSID n. ARB/09/5, sentenza, 17 agosto 2012, soprattutto par. 429. Nel caso *The Rompetrol Group N.V. c. Romania* il tribunale arbitrale ha escluso invece la rilevanza della prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso ICSID n. ARB/06/3, sentenza, 6 maggio 2013, specialmente paragrafi 168-172). Per approfondimenti, RUOPPO, *Common Features of the Right to Property and International Investments: Evidence from the use of ECtHR Case law in Investment Tribunals' Decisions*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, p. 347 ss.

<sup>114</sup> Il tribunale del caso *Azurix c. Argentina* ha chiarito in via preliminare come l'avvenuto pagamento dell'indennizzo o meno fosse decisivo per l'accertamento della liceità o meno di un provvedimento normativo dello Stato ospite, là dove afferma «the issue is

interpretativi per un singolo caso di specie è risultata dilatata, alla luce della mancanza di indicazioni e precisazioni sulla portata del trattamento giusto ed equo nelle norme applicabili. Alcuni tribunali hanno rigettato invece la pretesa di indennizzo dell'investitore ricorrente e quindi la legittimità delle sue aspettative sulla base delle suddette norme<sup>115</sup>.

not so much whether the measure concerned is legitimate and serves a public purpose, but whether it is a measure that, being legitimate and serving a public purpose, should give rise to a compensation claim. In the exercise of their public policy function, governments take all sorts of measures that may affect the economic value of investments without such measures giving rise to a need to compensate» (ICSID ARB/01/12, sentenza 14 luglio 2006, par. 310). Si veda anche *Total S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/04/01, decisione sulla responsabilità civile, 27 dicembre 2010, par. 333, là dove il tribunale ha concluso per la violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, ex art. 10 dell'*Energy Charter Treaty*, in virtù dell'esigenza dell'investitore di una normativa nazionale dello Stato ospite stabile e derivante da una condotta razionale e proporzionale del suddetto Stato. Altri tribunali hanno accolto la pretesa degli investitori ricorrenti secondo cui l'obbligo del trattamento giusto ed equo posto dal trattato internazionale alla base della propria competenza tutelasse altresì loro aspettative sulla stabilità del diritto nazionale dello Stato ospite, in quanto aspettative legittime. Segnalo, tra gli altri, i seguenti casi *Venezuela Holding BV and Others c. Venezuela*, caso ICSID n. ARB/07/27, sentenza, 9 ottobre 2014, par. 256; *Eiser Infrastructure Ltd., Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/13/36, sentenza, 4 maggio 2017, in particolare paragrafi 362-365, 382; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/14/1, sentenza, 16 maggio 2018, specialmente paragrafi 516-517, 520-521; *Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L., Energia Termosolar B.V.* (precedentemente *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. and Antin Energia Termosolar B.V.*) *c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/13/31, sentenza, 15 giugno 2018, specialmente paragrafi 532, 556-560. I tribunali dei casi *Eiser* e *Antin* hanno ritenuto opportuno sottolineare il fatto che i reclami all'origine dei rispettivi procedimenti concernevano mutamenti della legge spagnola distinti da quelli all'origine del caso *Charanne* richiamato in entrambe le sentenze (rispettivamente paragrafi 367-368 del caso *Eiser* e 556-560 del caso *Antin*). Cfr. FACCIO, *Indirect Expropriation in International Investment Law. Between State Regulatory Powers and Investor Protection*, Cambridge, 2020.

<sup>115</sup> Si vedano, tra gli altri, i casi *Glamis Gold c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, sentenza, 8 giugno 2009, par. 767; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum c. Albania*, caso ICSID n. ARB/11/24, sentenza, 30 marzo 2015, paragrafi 648, 660-662; *Charanne and Construction Investments c. Spagna*, arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma, caso 062/2012, sentenza, 21 gennaio 2016, specialmente paragrafi 493-494, 499, 539, dove il tribunale chiarisce che, alla luce, tra l'altro, della gradualità dei mutamenti normativi occorsi sul piano nazionale, le norme nuove della Spagna erano proporzionate, ragionevoli, non arbitrarie e/o contrarie a interessi pubblici. Nel caso *Spyridon Roussalis c. Romania* il tribunale ha deciso, relativamente alla legislazione nazionale dello Stato ospite sulla "food safety", che «[c]laimant's argument that the State authorities' behavior in conducting too many inspections and imposing too severe penalties, namely suspensions or revocations of operating permits, would amount to a failure to protect its legitimate expectations is not justified». Secondo il tribunale, «[s]uch regulations by a state reflect

A seguito di queste controversie, vari Stati e poi l'Unione europea – una volta acquisita la competenza in materia col Trattato di Lisbona – hanno ritenuto di rinnovare il testo tipico delle clausole dei trattati sul trattamento giusto ed equo e sulle espropriazioni introducendo parametri di riferimento in grado di contenerne la portata. Il rinnovamento delle clausole sul trattamento giusto ed equo è avvenuto con l'inserimento di indicazioni precise e dettagliate relativamente al significato da attribuire a tale espressione. Rileva l'art. 3 del *Model BIT* dell'Italia del 2020<sup>116</sup>. L'art. 5 del medesimo *Model BIT* al par. 2 dedicato al “right to regulate” prevede che «[f]or greater certainty, the mere fact that a Contracting Party regulates through general measures, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects a covered investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits,

a clear and legitimate public purpose. In the Tribunal's view, Claimant may not have expected that the State would refrain from adopting regulations in the public interest, nor may Claimant have expected that the Romanian authorities would refrain from implementing those regulations» (caso ICSID n. ARB/06/1, sentenza, 7 dicembre 2011, par. 691).

<sup>116</sup> Il par. 1 dell'art. 3 del *Model BIT* dell'Italia del 2020 dispone che «[e]ach Contracting Party in its territory shall at all time ensure fair and equitable treatment to investors of the other Party and to their covered investments. Neither Contracting Parties shall take unjustified, unreasonable or discriminatory measures against the management, maintenance, exploitation, transformation, injunction, use, ownership or investors' right of disposition of investments effected by investors of the other Contracting Party in its territory, as well as by undertakings in which these investments have been effected». Il par. 2 precisa poi che «[a] Contracting Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in this paragraph, if a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; (c) manifest arbitrariness; (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race, nationality, sexual orientation or religious belief; (e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment». Si veda nello stesso senso l'art. 9, par. 2, del *Model BIT* dei Paesi Bassi del 2019; l'art. 9.3, par. 2, del capitolo sugli investimenti del trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Singapore del 2015; l'art. 8.10, par. 2, del capitolo sugli investimenti del CETA tra Unione europea, suoi Stati membri e Canada del 2016. Anche il *Model BIT* dell'India del 2015 ha una norma analoga, ma più restrittiva nei contenuti. Il suo art. 3, par. 1, prevede infatti che «[e]ach Party shall not subject Investments of Investors of the other Party to Measures which constitute: (i) Denial of justice under customary international law; (ii) Un-remedied and egregious violations of due process; or (iii) Manifestly abusive treatment involving continuous, unjustified and outrageous coercion or harassment». Una particolarità è che questo articolo si intitola «Standard of Treatment» ma non menziona l'espressione giusto ed equo.

does not amount to a breach of an obligation under this Agreement, as long as this is non-discriminatory, reasonable and proportionate»<sup>117</sup> e al par. 2 dell'art. 3 sul trattamento giusto ed equo – articolo alquanto lungo e dettagliato – che «[a] Contracting Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in this paragraph, if a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; (c) manifest arbitrariness; (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race, nationality, sexual orientation or religious belief; (e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment». Questa disposizione circoscrive dunque in maniera tassativa i tipi di condotta dello Stato ospite suscettibili di costituire una violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo. Come disposizioni analoghe in altri *Model BIT*, quest'articolo chiarisce che le parti contraenti potranno concordare di modificare il suo contenuto<sup>118</sup>. Il medesimo articolo lascia però un margine di discrezionalità al tribunale eventualmente istituito per una controversia relativa alla sua applicazione e interpretazione, là dove specifica, al par. 4, che «[w]hen applying the above fair and equitable treatment obligation, the Tribunal

<sup>117</sup> L'art. 2.2, par. 2, del capitolo su «investment protection» del trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Vietnam del 2019 prevede che «[f]or greater certainty, this Chapter shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change its legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of investments or the investor's expectations of profits». I paragrafi 3 e 4 aggiungono rispettivamente «3. [f]or greater certainty and subject to paragraph 4, a Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy or a grant shall not constitute a breach of this Chapter in the following circumstances: (a) in the absence of any specific commitment to an investor of the other Party or to a covered investment under law or contract to issue, renew, or maintain that subsidy or grant; or (b) in accordance with any terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy or grant. 4. For greater certainty, nothing in this Chapter shall be construed as preventing a Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement, or as requiring that Party to compensate the investor therefor, where such action has been ordered by one of its competent authorities listed in Annex 1 (Competent Authorities)».

<sup>118</sup> Rilevano il par. 3 dell'art. 3 sul trattamento giusto ed equo del *Model BIT* dell'Italia del 2020; il par. 3 dell'art. 4 del *Model BIT* della Belgium-Luxembourg Economic Union (BLEU) del 2019 e il par. 3 dell'art. 9 del *Model BIT* dei Paesi Bassi del medesimo anno. Segnalo altresì l'art. 8.10, par. 3, del capitolo sugli investimenti del CETA tra Unione europea, suoi Stati membri e Canada del 2016.

may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated»<sup>119</sup>.

Vari Stati e poi l'Unione europea hanno rinnovato inoltre il testo delle disposizioni dei trattati relative alle espropriazioni al fine di chiarire la distinzione tra quelle dirette e presunte espropriazioni indirette derivanti da atti normativi non discriminatori dello Stato ospite. Solo nella prima ipotesi si verifica il trasferimento formale della titolarità della proprietà per effetto dell'atto di ablazione statale. L'accertamento di questo genere di espropriazioni – solitamente pubblicizzate dallo Stato ospite per sottolinearne la valenza politica – è evidente, mentre l'accertamento di quelle indirette è più arduo perché l'esercizio della potestà normativa ad opera dello Stato ospite non produce il trasferimento formale della proprietà e non si presta a essere qualificato quale atto specifico contro l'investitore straniero, allorché sia non discriminatorio e teso a un obiettivo pubblico di carattere generale. L'approfondimento di questa questione esula dallo scopo della presente indagine. Mi limito a segnalare che i tribunali arbitrali considerano diversi elementi, quali impatto economico, durata, portata e carattere dell'atto controverso, per un accertamento siffatto.

Prima di concludere questo paragrafo su un tema ormai spinoso del diritto internazionale in materia di investimenti, mi preme segnalare che alcuni trattati o modelli di trattato di nuova generazione non prevedono l'obbligo del trattamento giusto ed equo. Rileva il "Draft Pan-African Investment Code" adottato dall'Unione africana nel 2016 il quale, al fine di un contemperamento tra interessi degli investitori stranieri e quelli degli Stati ospiti diverso rispetto a quello tradizionale, prevede, relativamente alla questione annosa del calcolo dell'indennizzo per espropriazione, «[w]here appropriate, the assessment of adequate compensation shall be based on an equitable balance between the public interest and interest of the investor affected, having regard to all relevant circumstances and taking into account the current and past use of the property, the history of

<sup>119</sup> La stessa specificazione si trova in altri trattati recenti, per esempio al par. 4 sia dell'art. 8.10 del capitolo sugli investimenti del CETA tra Unione europea, suoi Stati membri e Canada del 2016; sia dell'art. 9 del *Model BIT* dei Paesi Bassi del 2019. Segnalo altresì l'art. 2.4, par. 2, del trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Singapore del 2018.



its acquisition, the extent of previous profit made by the foreign investor through the investment, and the duration of the investment»<sup>120</sup>.

4. Il diritto di proprietà è tuttora il fulcro delle definizioni giuridiche di investimento, in termini di “acquired/vested rights” di persone aventi per oggetto beni concreti e transazioni relative a diritti siffatti, come lo era nella seconda metà dell’ottocento quando le attività economiche transnazionali di lunga durata ed entità ingente iniziarono ad assumere una rilevanza specifica sul piano internazionale, ossia nei rapporti tra Stati.

In via generale, le definizioni di investimento nei trattati internazionali si fondano sul temperamento tra due esigenze: da un lato, quella della certezza e prevedibilità e, dall’altro, quella della flessibilità. Definizioni accurate, circoscritte e precise soddisfano la prima esigenza, mentre definizioni indeterminate la seconda. Quest’ultimo genere di definizioni è prevalente perché include, in linea di tendenza, parametri di riferimento ampi e non tassativi (“open-ended”) e favorisce perciò gli interessi dell’investitore. Si tratta di disposizioni suscettibili di applicazione ad attività economiche transnazionali ulteriori rispetto a quelle solitamente elencate nei trattati in modo esemplificativo<sup>121</sup> e in grado di garantire l’applicabilità delle norme di tutela previste nel trattato considerato anche a investimenti eterogenei ovvero di nuovo genere. Questo tipo di definizioni ha agevolato la continuità di migliaia di trattati e quindi il loro ruolo quali strumenti tanto di protezione quanto di promozione de-

<sup>120</sup> Si veda art. 12, par. 2.

<sup>121</sup> Numerosi trattati tradizionali prevedono una lista non tassativa di attività economiche rilevanti quali investimenti ai fini della propria applicazione. Questa lista include sovente «movable and immovable property as well as any other rights *in rem*, such as mortgages, liens, and pledges» e «claims to money which have been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value». Una definizione ricorrente è quella prevista, per esempio, nel trattato bilaterale tra Italia e Libano del 1997, secondo cui «[t]he term “investment” means every kind of asset established or acquired by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and shall include particularly, but not exclusively: a) movable and immovable property as well as any other rights *in rem*, such as mortgages, liens, and pledges; [...]; c) claims to money which have been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value; d) intellectual property rights, such as copyrights, patents, industrial designs or models, trade or service marks, trade names, technical processes, know-how and goodwill, as well as other similar rights recognized by the laws of the Contracting Parties».

gli investimenti all'estero. Al medesimo fine, la Convenzione ICSID non prevede alcuna definizione di investimento specifica<sup>122</sup>. Alcuni trattati si riferiscono a una definizione "two-tier" perché contemplano una definizione sia "asset-based"<sup>123</sup> sia "enterprise-based"<sup>124</sup>.

L'eterogeneità della prassi dei trattati genera incertezza con riguardo alla ricostruzione di un orientamento tendenzialmente comune degli Stati. Non possono ravvisarsi soluzioni univoche. Una valutazione caso per caso è l'opzione più ricorrente. Questa varietà dei trattati si riflette sull'approccio dei tribunali arbitrali. L'esame della prassi arbitrale ICSID permette nondimeno di proporre riflessioni più puntuali. Si tratta di una prassi significativa, essendo l'arbitrato ICSID usato più di quelli UNCTRAL e CCI.

Numerosi tribunali hanno attribuito rilevanza decisiva a quanto previsto in un trattato, prediligendo una definizione soggettiva di investimento alla luce della volontà degli Stati contraenti. Questa scelta ha facilitato il ricorso all'"arbitrato diretto" e la funzione di depoliticizzazione del clima internazionale per investimenti di tale arbitrato, giacché ha sottinteso un livello elevato di deferenza verso il consenso, quale fondamento ("cornerstone") della competenza di un tribunale arbitrale ICSID<sup>125</sup>. Si

<sup>122</sup> Durante i negoziati della Convenzione ICSID, discussioni e studi mostrarono che la mancanza di una definizione avrebbe assicurato la possibilità di ricorrere all'arbitrato ICSID relativamente a controversie derivanti da qualunque attività economica transnazionale. Cfr. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction*, in *Columbia Journal of Trade Law*, 1966, p. 261 ss.

<sup>123</sup> Una definizione "asset-based" ricorrente si fonda sull'assunto per il quale un investimento si concretizza in una «expenditure to acquire property or assets to produce revenues».

<sup>124</sup> Si vedano, per esempio, l'*Energy Charter Treaty*, il Trattato NAFTA, alcuni accordi istitutivi di zone di libero scambio, quali quelli conclusi dal Messico con Nicaragua nel 1992, Cile nel 1998, con El Salvador e Guatemala nel 2000 e il *Model BIT* statunitense del 2012. Quest'ultimo è pure un esempio di trattato contemplante il criterio del controllo per la definizione di investimento, giacché si applica a ogni investimento effettuato nel territorio di uno Stato contraente «owned or controlled directly or indirectly» da cittadini o società di un altro Stato contraente (art. 1).

<sup>125</sup> A norma dell'art. 25 della Convenzione ICSID, la competenza di un tribunale arbitrale si fonda sul consenso per iscritto di entrambe le parti in lite e sull'esistenza di una controversia di natura giuridica derivante da un investimento all'estero, ossia un investimento di un investitore di uno Stato membro ICSID in un altro Stato membro ICSID. A norma dell'art 25, par. 1 della Convenzione ICSID, «[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to

tratterrebbe del consenso all'arbitrato ICSID, ossia la clausola arbitrale ICSID, prestato nel trattato o nel contratto o nella legge nazionale alla base della competenza dei tribunali presi in considerazione. In secondo luogo, alcuni tribunali hanno deciso che taluni "outer limits" potrebbero essere ricavati dall'art. 25 della Convenzione ICSID per la determinazione della competenza *ratione materiae*. Pertanto, tali tribunali non hanno considerato essenziale la definizione concordata dagli Stati alla data di prestazione del loro consenso all'arbitrato ICSID, in virtù dell'idea per la quale una nozione oggettiva sarebbe preferibile, malgrado il linguaggio indefinito dell'art. 25. È sorto il problema ulteriore della determinazione della nozione oggettiva più appropriata. Alcuni tribunali ICSID hanno interpretato il termine «investment» nell'art. 25, preferendo un accertamento duplice alla nozione di investimento: uno sulla base dello strumento giuridico contemplante tale consenso da parte dello Stato ospite, solitamente un trattato internazionale, e un altro sulla base della Convenzione ICSID<sup>126</sup>. Alcuni in dottrina si riferiscono a questa soluzione come il "double-barelled approach" ovvero il "double-keyhole approach"<sup>127</sup>.

Le conclusioni raggiunte dal tribunale arbitrale ICSID nel caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Marocco*<sup>128</sup> hanno evidenziato l'opportunità di un approccio duplice ("double test"). Un tribunale arbitrale ICSID accerterebbe se la transazione economica oggetto della controversia sia un investimento valutandone la conformità dapprima col trattato in materia di investimenti applicabile e in secondo luogo con la Convenzione ICSID. A norma di quest'ultima, quattro elementi sarebbero essenziali per una definizione oggettiva di investimento, ossia «(a) a contribution [by the investor], (b) a certain duration over which the

the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally».

<sup>126</sup> Si vedano, tra gli altri, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. Slovacchia*, caso ICSID n. ARB/97/4, decisione sulle obiezioni alla competenza, 24 maggio 1999, par. 68 dove il tribunale è ricorso all'approccio duplice per la prima volta; *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/03/11, sentenza sulla competenza, 6 agosto 2004, par. 49; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Libano*, caso ICSID n. ARB/07/12, sentenza sulla competenza, 11 settembre 2009, par. 66.

<sup>127</sup> Cfr. REED, SCANLON, ATANASOVA, *Protected Investment*, in *EiPro Max Planck Encyclopaedia of International Procedural Law* (edited by RUIZ-FABRI), 2019 (non disponibile in modalità *open access*).

<sup>128</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Marocco*, caso ICSID n. ARB/00/4, decisione sulla competenza del tribunale, 23 luglio 2001.

project is implemented, (c) sharing the operational risks, and (d) a contribution to host State's development»<sup>129</sup>.

La sentenza *Salini* ha dato vita a un dibattito sulla qualificazione del contributo dell'investimento straniero allo sviluppo dello Stato ospite, quale elemento costitutivo della nozione di riferimento nei trattati ai fini della competenza di un tribunale arbitrale ICSID. La prassi mostra alcune tendenze comuni. Il "Salini test" non è un parametro di riferimento generalizzato. La prassi arbitrale ICSID non è univoca in proposito e un accertamento caso per caso è tuttora l'unica soluzione. Diversi tribunali hanno applicato un approccio flessibile a tale "test", considerando i suoi elementi costitutivi caratteristiche tipiche degli investimenti, ma non presupposti obbligatori, ai fini della Convenzione ICSID<sup>130</sup>. Alcuni trattati seguono altresì quest'orientamento<sup>131</sup>.

Taluni tribunali non hanno ritenuto rilevanti tutti i suoi elementi costitutivi<sup>132</sup>. Alcuni si sono riferiti al contributo allo sviluppo dello

<sup>129</sup> Si veda il par. 52 della decisione.

<sup>130</sup> Si veda *Malaysian Historical Salvors c. Malesia*, caso ICSID n. ARB/05/10, sentenza sulla competenza, 17 maggio 2007, paragrafi 69-146. Cfr. SCHREUER, MALINTOPPI, REINISCH, SINCLAIR (edited by), *The ICSID Convention. A Commentary*<sup>2</sup>, Cambridge, 2009, p. 128, par. 153.

<sup>131</sup> Rilevano, tra gli altri, l'art. 10.28 del capitolo sugli investimenti del trattato di libero scambio del 2004 tra Stati Uniti, Repubblica dominicana e America centrale; l'art. 11.17, par. 4, del capitolo sugli investimenti del trattato di libero scambio del medesimo anno tra Stati Uniti e Australia; nonché il *Model BIT* statunitense del 2012. Quanto agli accordi dell'Unione europea, si veda, in particolare, il capitolo sugli investimenti del CETA del 2016. Segnalo anche quello del progetto di trattato di libero scambio con la Thailandia i cui negoziati sono stati avviati nel 2013, sospesi nel 2014 per il colpo di stato militare in Thailandia e riaperti nel 2019.

<sup>132</sup> Segnalo, tra gli altri, *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/04/13, decisione sulla competenza, 16 giugno 2006, par. 91; *Malaysian Historical Salvors c. Malesia*, caso ICSID n. ARB/05/10, sentenza sulla competenza, 17 maggio 2007, par. 106, lett. e; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Ecuador*, caso ICSID n. ARB/03/6, sentenza, 31 luglio 2007, là dove il tribunale afferma che «the requirements that were taken into account in some arbitral proceedings for purposes of denoting the existence of an investment protected by a treaty (such as the duration and risk of the alleged investment) must be considered as mere examples and not necessarily as elements that are required for its existence» (par. 165); *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Cile*, caso ICSID n. ARB/98/2, sentenza, 8 maggio 2008, par. 232; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzania*, caso ICSID n. ARB/05/22, sentenza, 24 luglio 2008, par. 312; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. Albania*, caso ICSID n. ARB/07/21, sentenza, 30 luglio 2009, paragrafi 36, 43; *Electrabel S.A. c. Ungheria*, caso ICSID n. ARB/07/19, decisione sulla competenza, diritto applicabile e responsabilità per danno, 30 novembre 2012, par. 5.43; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris*

Stato ospite come il più importante<sup>133</sup>. Altri tribunali hanno aggiunto alcuni elementi, come quelli della regolarità dei profitti<sup>134</sup>, del rispetto della legge nazionale dello Stato ospite<sup>135</sup> e/o della buona

*Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, caso ICSID n. ARB/10/7, decisione sulla competenza, 2 luglio 2013, par. 209. Il tribunale ICSID competente per il caso *Saba Fakes c. Turchia* sottolinea che «[a]ccording to the [objective] approach, while the ICSID Contracting Parties' freedom to extend ICSID protection to various types of economic operations is limited by an objective notion of what was meant to be protected within the framework of the ICSID Convention, that notion is apprehended through a number of characteristics which should be viewed as 'benchmarks or yardsticks to help a tribunal in assessing the existence of an investment, and their proponents or users rightly insist on the flexibility with which they should be used by a tribunal'. Accordingly, the suggested characteristics need not be satisfied cumulatively and any number of elements may suffice to characterize an economic operation as an investment in a given case» (caso ICSID n. ARB/07/20, sentenza, 14 luglio 2010, par. 99). Per suffragare il proprio ragionamento, il tribunale si riferisce ad altre sentenze ICSID, in particolare *RSM Production Corporation c. Grenada*, caso ICSID n. ARB/05/14, sentenza, 13 marzo 2009, par. 241; e *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. Slovacchia*, caso ICSID n. ARB/97/4, decisione su obiezioni alla competenza, 24 maggio 1999, par. 64.

<sup>133</sup> Si vedano, tra gli altri, *Fedax c. Venezuela*, caso ICSID n. ARB/96/3, decisione su obiezioni alla competenza, 11 luglio 1997, par. 43; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. Slovacchia*, caso ICSID n. ARB/97/4, decisione su obiezioni alla competenza, 24 maggio 1999, par. 88; *Consortium R.F.C.C. c. Marocco*, caso ICSID n. ARB/00/6, decisione sulla competenza, 16 luglio 2001, par. 65; *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Product S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, caso ICSID n. ARB/10/7, sentenza, 8 luglio 2016, paragrafi 177-182. Il Comitato *ad hoc* istituito per la richiesta di annullamento nel caso *Mitchell c. Congo* ha affermato che «[t]he ad hoc Committee wishes [...] to specify that, in its view, the existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential – although not sufficient – characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizable or successful; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad and also variable depending on the case» (caso ICSID n. ARB/99/7, decisione sulla richiesta di annullamento della sentenza arbitrale, 1 novembre 2006, par. 33). Si veda anche *Malaysian Historical Salvors c. Malesia*, caso ICSID n. ARB/05/10, sentenza sulla competenza, 17 maggio 2007, par. 111.

<sup>134</sup> Segnalo, tra gli altri, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/03/11, sentenza sulla competenza, 6 agosto 2004, par. 53; *Helnan International Hotels A/S c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/05/19, decisione su obiezioni alla competenza, 17 ottobre 2006, par. 77.

<sup>135</sup> Si vedano, in particolare, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filippine*, caso ICSID n. ARB/03/25, sentenza, 16 agosto 2007, paragrafi 401-404; *Helnan International Hotels c. Egitto*, caso ICSID n. ARB/05/19, sentenza, 3 luglio 2008, par. 117; *SAUR International c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/04/4, decisione su competenza e responsabilità per danno, 6 giugno 2012, par. 308; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías*

fede<sup>136</sup>. Questi elementi addizionali riconoscono allo Stato ospite il potere di controllare la condotta dell'investitore sotto profili diversi, incluso la legalità del suo investimento. D'altra parte, taluni tribunali hanno escluso la rilevanza del contributo allo sviluppo dello Stato ospite come elemento chiave<sup>137</sup>. La dottrina è altresì discordante in proposito<sup>138</sup>.

La mancanza di elementi univoci nella prassi dei trattati internazionali applicabili ha reso talvolta l'accertamento della competenza da parte di un tribunale arbitrale ICSID più complicato e allungato i tempi dei procedimenti arbitrali a scapito degli interessi degli stessi investitori ricorrenti.

Certi Stati hanno rinnovato i propri trattati anche sotto questo profilo. Definizioni diverse sono state incluse pure per favorire bilanciamenti

*S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/09/1, decisione sulla competenza, 21 dicembre 2012, paragrafi 313-331.

<sup>136</sup> Segnalo, tra gli altri, *Phoenix Action, Ltd. c. Repubblica Ceca*, caso ICSID n. ARB/06/5, sentenza, 15 aprile 2009, paragrafi 106-113; *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, caso ICSID n. ARB/10/3, sentenza, 4 ottobre 2013, in particolare par. 411.

<sup>137</sup> Si vedano, in particolare, *L.E.S.I. - DIPENTA c. Algeria*, caso ICSID n. ARB/03/08, sentenza, 10 gennaio 2005, par. 13(iv); *Bayindir c. Pakistan*, caso ICSID n. ARB/03/29, decisione sulla competenza, 14 novembre 2005, paragrafi 131-137; *L.E.S.I. & ASTALDI c. Algeria*, caso ICSID n. ARB/05/3, decisione, 12 luglio 2006, par. 72(iv); *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Cile*, caso ICSID n. ARB/98/2, sentenza, 8 maggio 2008, par. 233; *Phoenix Action, Ltd. c. Repubblica Ceca*, caso ICSID n. ARB/06/5, sentenza, 15 aprile 2009, paragrafi 85-86. Si vedano anche *Saba Fakes c. Turchia*, caso ICSID n. ARB/07/20, sentenza, 14 luglio 2010, par. 111; *KT Asia Investment Group B.V. c. Kazakistan*, caso ICSID n. ARB/09/8, sentenza, 17 ottobre 2013, paragrafi 171-173. L'approccio dei tribunali arbitrali in questi casi emerge chiaro da quanto precisato dal tribunale ICSID del caso *Electrabel*, là dove questo concorda col tribunale del caso *Saba Fakes* secondo cui «the economic development of the host State is one of the objectives of the ICSID Convention and a desirable consequence of the investment, but it is not necessarily an element of an investment» (*Electrabel S.A. c. Ungheria*, caso ICSID n. ARB/07/19, decisione sulla competenza, diritto applicabile e responsabilità per danno, 30 novembre 2012, par. 5.43).

<sup>138</sup> Per un orientamento in dottrina contrario alla considerazione del contributo dell'investimento allo sviluppo dello Stato ospite quale elemento obbligatorio per l'accertamento della competenza di un tribunale ICSID, si vedano KRISHAM, *A Notion of ICSID Investment*, in *Investment Treaty Arbitration and International Law* (edited by WEILER), Huntington, 2008, vol. I, p. 61 ss., specialmente p. 74; DUPONT, *The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2011, p. 245 ss., specialmente p. 260. A favore del "Salini test", cfr. GRABOWSKI, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, in *Chicago Journal of International Law*, 2014, p. 287 ss., specialmente p. 302; STEPANOV, *Economic Development Dimension of Intellectual Property as Investment in International Investment Law*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 2020, p. 736 ss.

di interesse nuovi tra Stati ospiti, comunità locali e investitori stranieri. La circostanza che alcuni Stati emergenti si siano affermati come Stati di origine di investitori ha contribuito a questo genere di rinnovamento. Alcuni trattati precisano che il proprio ambito di applicazione *ratione materiae* include investimenti effettuati solamente «in accordance with the laws and regulations» dello Stato ospite (“legality requirement”)<sup>139</sup> o escludono una lista di investimenti, disponendo per esempio che «[f] or greater certainty, “claims to money” does not include: k. claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a person in the territory of a Contracting Party to another in the territory of the other Contracting Party; l. the domestic financing of such contracts; or m. any order, judgment, or arbitral award related to sub-paragraph (k) or (l), as it lacks of the characteristics of an investment»<sup>140</sup>. Il punto (k) può considerarsi una conseguenza dell’approccio di certi tribunali arbitrali favorevole alla tutela degli interessi degli investitori, quale il tribunale del caso *Petrobart Limited c. Kirghizistan*<sup>141</sup>. Questo ha concluso che «a right conferred by contract to undertake an economic activity concerning the sale of gas condensate is an investment according to the Treaty. This must also include the right to be paid for such a sale». L’“IIA Reform Accelerator” pubblicato dall’UNCTAD nel 2020 prevede la medesima esclusione. Quest’“Accelerator” raccomanda pure l’esclusione di “debt issued by a Party” per effetto delle conclusioni del tribunale arbitrale del caso *Abaclat c. Argentina*<sup>142</sup>. Questo ha deciso,

<sup>139</sup> Si vedano, in particolare, il *Model BIT* dell’India del 2015; e il RCEP del 2020 concluso su iniziativa della Cina.

<sup>140</sup> Segnalo il *Model BIT* dell’Italia del 2020. Una disposizione analoga si trova nel CETA tra Unione europea, suoi Stati membri e Canada del 2016; nel “Draft Pan African Investment Code” dell’Unione africana del 2016; nel trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco del 2016; nel trattato di libero scambio di revisione del trattato NAFTA tra Stati Uniti, Canada e Messico (USMCA) del 2018; nel capitolo sugli investimenti del trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Vietnam del 2019; e nel *Model BIT* del Canada del 2021. Il CPTPP del 2018 e il RCEP del 2020 specificano che «[t]he term “investment” does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action or an arbitral proceeding».

<sup>141</sup> Arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma, n. 126/2003, sentenza, 29 marzo 2005, specialmente par. 6.

<sup>142</sup> «Debt securities», attività economiche transnazionali similari e «portfolio investments» sono esclusi, per esempio, dalla definizione rilevante di investimento del “Draft Pan African Investment Code” dell’Unione africana del 2016; del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco del 2016 e di quello tra Cina, Hong Kong e Messico del 2020.

tra l'altro, che «(ii) [i]n any event, the relevant bonds and Claimants' security entitlements therein are both to be considered "investments" pursuant to Article 1(1) lit. (c) BIT; (iii) If needed to be applied, Claimants' purchase of security entitlements in Argentinean bonds constitute a contribution which qualifies as "investment" under Article 25 ICSID Convention»<sup>143</sup>. Secondo l'UNCTAD, i due casi menzionati dimostrano che «a broad definition of investment and lack of clarity as to which assets are covered or excluded from the definition of "investment" may extend coverage of the IIA to assets not originally intended to be covered and which do not make a direct and/or substantial contribution to the host State's sustainable development. Ultimately, the exclusions help to prevent claims where uncertainty over the IIA's coverage exists»<sup>144</sup>.

L'"Accelerator" dell'UNCTAD sottolinea inoltre che una definizione di investimento favorevole allo sviluppo sostenibile si riferirebbe, per esempio, a «long-term capital commitment and employment generation»<sup>145</sup>. L'UNCTAD evidenzia altresì che alcuni trattati internazionali conclusi nell'ultimo decennio includono "the contribution to the sustainable development of the host State" come un requisito obbligatorio della definizione di investimento rilevante per l'accertamento della competenza di un tribunale arbitrale<sup>146</sup>. Questa novità è positiva, ma non sufficiente in virtù del numero limitato di trattati in gioco e della mancanza di indicazioni specifiche sulla nozione rilevante di sviluppo sostenibile presa in considerazione in tali trattati<sup>147</sup>. Prova ne è la flessibilità carat-

<sup>143</sup> *Abaclat and Others c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/07/5, decisione su competenza e ammissibilità, 4 agosto 2011, par. 387. Per il ragionamento seguito dal tribunale arbitrale sulla definizione di investimento rilevante per l'accertamento della sua competenza *ratione materiae*, si vedano i paragrafi 355-387. Il tribunale arbitrale ICSID istituito per il caso *Portigon AG c. Spagna* ha ammesso altresì che strumenti finanziari, quali "project finance loans" e "hedging instruments", possano considerarsi attività economiche rientranti nell'ambito di applicazione di un trattato internazionale applicabile in materia di investimenti come l'*Energy Charter Treaty* (caso ICSID n. ARB/17/15, decisione sulla competenza, 20 agosto 2020 accompagnata dall'opinione dissidente dell'arbitro Giorgio Sacerdoti).

<sup>144</sup> "UNCTAD IIA Reform Accelerator", p. 11. Per informazioni ulteriori, si vedano anche pp. 11-13.

<sup>145</sup> "UNCTAD IIA Reform Accelerator", p. 12.

<sup>146</sup> Segnalo, tra gli altri, il trattato bilaterale in materia di investimento tra Egitto e Mauritius del 2014; e quello tra Nigeria e Marocco del 2016, nonché il *Model BIT* adottato dal Marocco nel 2019.

<sup>147</sup> Cfr. JOHNSON, SACHS, LOBEL, *Aligning International Investment Agreements with*



terizzante la definizione di investimento nei trattati conclusi dall'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>148</sup>.

5. Attività di studio e ricerca molteplici sono state realizzate sugli aspetti principali della competenza in materia di investimenti esteri diretti attribuita all'Unione europea dai suoi Stati membri nel quadro della politica commerciale comune col Trattato di Lisbona<sup>149</sup>.

Queste attività hanno avuto per oggetto i seguenti aspetti: la ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri, in virtù della distinzione tra investimenti esteri diretti e indiretti, in particolare nell'esercizio del "treaty-making-power" dell'Unione; le proposte della Commissione europea relativamente, da un lato, alla revisione di alcune clausole tipiche dei trattati internazionali applicabili agli investimenti stranieri, quali quelle sul trattamento giusto ed equo, sull'indennizzo per espropriazione e sull'"arbitrato diretto", e, dall'altro, al rinnovamento della struttura di tali trattati attraverso l'inclusione di clausole su sviluppo sostenibile, responsabilità sociale d'impresa e salvaguardia della potestà normativa dello Stato ospite per obiettivi di interesse generale ("right to regulate")<sup>150</sup>;

*the Sustainable Development Goals*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2020, p. 58 ss.

<sup>148</sup> Cfr., per tutti, SCHACHERER, *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden, 2021, pp. 343-344.

<sup>149</sup> Per la definizione di investimenti esteri diretti rileva il par. 1 della Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Consiglio economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni intitolata "[t]owards a comprehensive European international investment policy" (COM(2010)343final, 7 luglio 2010), secondo cui non sono tali quelli di portafoglio giacché non presuppongono alcuna intenzione di influenzare la gestione e il controllo dell'attività economica sottintesa. Riferimenti alla letteratura formatasi in materia di diritto dell'Unione europea in materia di investimenti si trovano in diverse note della presente monografia allorché opportuni. Qui mi limito a richiamare; BARONCINI, *Il treaty-making-power della Commissione europea*, Napoli, 2008; LAVRANOS, *Mixed Exclusivity: The CJEU's Opinion on the EU-Singapore FTA*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, p. 1 ss.; DIAS SIMÕES, *The European Parliament's Oversight Powers over Trade and Investment Negotiations*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, p. 335 ss.; SIM, *Attributing Responsibility to International Organisations: Lessons from the EU-Singapore Investment Protection Agreement*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018, p. 20 ss.; CROISANT, TSIABUS, *Investment Arbitration and EU (Competition) Law – Lessons Learned from the Micula Saga*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2020, p. 330 ss.; MORITZ AND OTHERS, *EU Investment Protection Law*, Baden-Baden, 2023; BUNGENBERG, REINISCH (edited by), *New Frontiers for EU Investment Policy External and Internal Dimension*, Berlino, 2023.

<sup>150</sup> Segnalo, in particolare, la Comunicazione dalla Commissione al Parlamento

e i possibili conflitti suscettibili di sorgere per la coesistenza di norme vuoi internazionali vuoi dell'Unione vuoi nazionali.

Mi preme proporre alcune precisazioni in relazione a questi aspetti, alla luce dei fini della presente indagine incentrata sull'inquadramento, sul piano del diritto internazionale e dell'Unione europea, delle questioni relative alla sostenibilità degli investimenti stranieri.

La prima precisazione è che tratterò dei problemi sorti relativamente alla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri nell'esercizio della competenza dell'Unione europea in materia di investimenti esteri diretti e delle soluzioni stabilite al riguardo dalle istituzioni europee, in particolare dalla Corte di giustizia, solo allorché ciò risulti funzionale<sup>151</sup>. La seconda precisazione concerne le proposte della Commissione eu-

uropeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Trade for All - Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, 14.10.2015, COM(2015) 497 final.

<sup>151</sup> Mi limito a segnalare i pareri della Corte di giustizia 2/15 del 16 maggio 2017 relativo all'ambito di competenza dell'Unione per la stipulazione del trattato di libero scambio con Singapore e 1/17 del 30 aprile 2019 relativo alla compatibilità col diritto dell'Unione di una corte multilaterale per la soluzione delle controversie tra Stato e investitore prevista nel CETA. Il parere 2/15 è stato oggetto di dibattito perché delimita i margini dell'ambito di applicazione oggettivo della politica commerciale comune *post*-Trattato di Lisbona di competenza esclusiva dell'Unione. Questo parere stabilisce che anche la scelta di inserire nel trattato con Singapore un capitolo, il 13, sulla tutela ambientale e sociale, secondo quanto previsto dagli strumenti internazionali cui l'Unione e Singapore siano parti, rientra in siffatta competenza. Al par. 166 di tale parere la Corte ha chiarito infatti che «[i]t follows from all of those factors that the provisions of Chapter 13 of the envisaged agreement are intended not to regulate the levels of social and environmental protection in the Parties' respective territory but to govern trade between the European Union and the Republic of Singapore by making liberalisation of that trade subject to the condition that the Parties comply with their international obligations concerning social protection of workers and environmental protection». Al paragrafo successivo, il 167, la Corte ha concluso così che «[i]n the light of all the foregoing, Chapter 13 of the envisaged agreement falls, in accordance with the criteria recalled in paragraph 36 of this opinion, within the common commercial policy and, therefore, within the exclusive competence of the European Union referred to in Article 3(1)(e) TFEU». C'è chi in dottrina ha evidenziato come quest'approccio accentui la diversificazione, anziché l'unità, poiché i limiti dell'ambito di applicazione oggettivo della politica commerciale comune *post*-Trattato di Lisbona e quindi della competenza dell'Unione sono determinabili solo caso per caso, in virtù del linguaggio del trattato internazionale in gioco. Cfr., tra gli altri, DONY, *L'avis 2/15 de la Cour de justice: un "jugement de Solomon"*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 525 ss.; NEFRAMI, *The Competence to Conclude the EU's New Generation of Free Trade Agreements: Lessons from Opinion 2/15*, in *China-European Union Investment Relationships* (edited by CHAISSE), Cheltenham, Northampton, 2018, p. 32 ss.

ropea relative al rinnovamento della struttura tipica dei trattati internazionali in materia di investimenti desumibili, anzitutto, dalle sue diverse Comunicazioni<sup>152</sup>. Esaminerò quelle più meritevoli di attenzione ai fini dell'indagine. Nel prossimo paragrafo, accennerò alle proposte relative alla revisione, e finanche sostituzione, dell'"arbitrato diretto", quale mezzo di soluzione delle controversie tra Stato e investitore straniero, e nel capitolo successivo svolgerò alcune considerazioni su quelle aventi per oggetto le clausole sul trattamento giusto ed equo. Sotto entrambi i profili, si tratta infatti di proposte tese, direttamente o meno, alla salvaguardia dell'esercizio della sovranità normativa dello Stato ospite per interessi sociali di carattere pubblicistico riconducibili prevalentemente alla sostenibilità. Nel capitolo successivo mi concentrerò anche sull'attuazione delle proposte fondate sull'inclusione di clausole innovative relative a sviluppo sostenibile, responsabilità sociale d'impresa e "right to regulate" nei trattati internazionali dell'Unione in materia di libero scambio applicabili agli investimenti. Merita precisare da subito che manca un modello giuridico predefinito dell'Unione per la mancanza di un quadro giuridico e politico unitario a causa delle frizioni e talvolta divisioni tra Stati membri e tra alcuni di questi e la Commissione<sup>153</sup>. Prova ne è che alcuni trattati, come il CETA e il progetto TTIP, includono un capitolo sugli investimenti caratterizzato da talune disposizioni innovative, quali quella sul "right to regulate", inserite nella struttura tipica degli accordi bilaterali tradizionali ispirata alla logica favorevole alla tutela degli interessi degli investitori. Altri trattati prevedono obblighi sulla promozione della responsabilità sociale d'impresa. Numerosi trattati includono disposizioni sulla liberalizzazione dei flussi di investimento all'estero, evidenziando la logica neoliberista e mercantilistica di questi trattati quale strumento della politica commerciale comune. La terza precisazione è che mi occuperò nel paragrafo successivo dei conflitti derivanti dalla coesistenza di norme internazionali e dell'Unione parimenti suscettibili di applicazione agli investimenti c.d. *intra*-UE. Questi conflitti sono all'origine della stessa attribuzione all'Unione della competenza in materia di investimenti all'estero, seppure solo se diretti, nel quadro della politica commerciale

<sup>152</sup> Per i riferimenti delle principali Comunicazioni della Commissione, si veda nota 3 del capitolo introduttivo.

<sup>153</sup> Sul punto, tra gli altri, MOLA, *Liberalizzazione e protezione degli investimenti esteri*, in *Gli accordi preferenziali di "nuova generazione" dell'Unione europea* (a cura di ADINOLFI), Torino, 2021, p. 211 ss.

comune. Mi riferisco alle controversie sorte davanti alla Corte di giustizia relativamente all'applicazione e interpretazione di trattati in materia di investimenti in vigore tra Stati membri, ma conclusi quando uno degli Stati contraenti non era ancora membro dell'Unione o quando l'Unione non era competente in materia di investimenti, come l'*Energy Charter Treaty*<sup>154</sup>. Queste controversie hanno avuto per oggetto l'applicabilità di disposizioni di tali trattati, in luogo del diritto dell'Unione. Sono trattati internazionali ispirati alla logica tradizionale in materia di investimenti e dunque funzionali alla protezione degli investimenti posti in essere da privati di una delle parti contraenti, solitamente economicamente avanzata, nel territorio di un'altra parte contraente tipicamente meno avanzata. Le norme di natura sostanziale sul trattamento e quelle procedurali sull'"arbitrato diretto" di questi trattati si presentano in conflitto con talune norme del diritto dell'Unione per la logica favorevole alla tutela degli interessi degli investitori cui si ispirano<sup>155</sup>. La logica siffatta è su-

<sup>154</sup> L'*Energy Charter Treaty* è stato concluso nel 1994 tra l'Unione europea, i suoi Stati membri e alcuni Stati dell'Eurasia per la facilitazione e protezione di scambi e investimenti nel settore dell'energia da ovest a est nella logica originaria, onde migliorare i rapporti tra Stati tipicamente importatori e Stati comunemente esportatori in questo settore, mitigandone i conflitti di interesse. Per la letteratura più recente, cfr., tra gli altri, LEAL-ARCAS (edited by), *Commentary on the Energy Charter Treaty*, Cheltenham, Northampton, MA, 2018; HOBÉR, *The Energy Charter Treaty. A Commentary*, Oxford, 2020.

<sup>155</sup> Rileva il caso *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) c. Repubblica Ceca*, "Partial Award", Camera di commercio di Stoccolma, arbitrato UNCITRAL, 27 marzo 2007 fondato sulla clausola arbitrale nel trattato bilaterale in materia di investimenti tra Paesi Bassi e Cecoslovacchia del 1991 cui è succeduta la Repubblica Ceca nel 1993. Già in questo caso la Repubblica Ceca obiettava alla competenza del tribunale arbitrale così istituito sostenendo che la propria adesione all'Unione europea avesse reso inapplicabile tale trattato bilaterale in virtù del primato del diritto dell'Unione, nonché della coincidenza tra l'ambito di applicazione materiale del trattato bilaterale in materia di investimenti e quello dei Trattati dell'Unione e delle Comunità. Analogamente, questi trattati prevedevano invero un regime di libertà di investimento per il conseguimento di un guadagno economico (par. 101). A parere della Repubblica Ceca, il trattato bilaterale in materia di investimenti non poteva applicarsi per il principio di parità di trattamento (par. 105), l'esigenza di uniformità del diritto dell'Unione (par. 106) e la reciproca fiducia tra Stati membri (par. 107). Il tribunale arbitrale ha rigettato le pretese dello Stato convenuto, inclusa quella di poter sospendere il procedimento per fare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a norma del diritto dell'Unione, ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (paragrafi 130-139). Il tribunale ha escluso invece che vi fosse analogia tra l'ambito di applicazione materiale del trattato bilaterale in materia di investimenti e quello dei Trattati dell'Unione e delle Comunità, giacché il primo prevedeva un regime di protezione fondato, tra l'altro, su l'obbligo del trattamento giusto ed equo, quello della garanzia della piena sicurezza, le disposizioni in materia di espropriazione e "arbitrato di-

scettibile di compromettere il buon funzionamento del mercato interno a seguito dell'alterazione degli standard di tutela dell'iniziativa privata in esso applicati. Gli investitori in grado di beneficiare della normativa di un trattato internazionale in materia di investimenti di tipo tradizionale possono contare su disposizioni protettive dei propri interessi speciali non previste nel diritto dell'Unione europea, quali trattamento giusto ed equo, indennizzo per espropriazione pronto, adeguato ed effettivo e "arbitrato diretto". L'applicabilità dei suddetti trattati è suscettibile così di alterare la parità di trattamento su base non discriminatoria per qualsiasi operatore economico in tutto il mercato interno alla base del diritto dell'Unione europea.

6. Conflitti tra norme dei trattati internazionali in materia di investimenti e diritto dell'Unione europea sono sorti ancora prima dell'attribuzione di competenza all'Unione in materia di investimenti esteri diretti prevista dal Trattato di Lisbona<sup>156</sup>. La Commissione europea, chiedendo di intervenire come "non-disputing party" in alcuni procedimenti arbitrari fondati su trattati siffatti in vigore tra Stati membri, ha seguito un orientamento volto a preservare l'autonomia del diritto dell'Unione. La Corte di giustizia ha ampliato la portata di quest'orientamento con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, affermando il proprio sindacato esclusivo, in collaborazione con le giurisdizioni nazionali degli Stati membri, su interpretazione, applicazione ed esecuzione del suddetto diritto nel territorio dell'Unione relativamente a controversie suscettibili di rientrare nella propria competenza, a scapito della competenza, quale mezzo di soluzione alternativo, di tribunali arbitrari istituiti sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti. Nella sentenza del 6 marzo 2018 nel caso *Achmea*<sup>157</sup> la Corte ha espresso chiaramente quest'o-

retto", là dove il diritto dell'Unione contemplava la libertà dei movimenti dei capitali (paragrafi 159-166). Avendo rigettato le altre pretese essenzialmente per la mancanza di una chiara intenzione degli Stati contraenti del trattato bilaterale in materia di investimenti di ritenerlo estinto con l'adesione della Repubblica Ceca all'Unione, il tribunale arbitrale ha concluso per la propria competenza a risolvere la controversia nel merito (par. 181).

<sup>156</sup> *Electrabel S.A. c. Ungheria*, caso ICSID n. ARB/07/19, decisione sulla competenza, diritto applicabile e responsabilità per danno, 30 novembre 2012. Per la conclusione del tribunale arbitrale circa il rapporto tra diritto dell'Unione europea e trattati internazionali in materia di investimenti, si veda il par. 4.191.

<sup>157</sup> Causa C 284/16, *Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany)*, made by decision of 3 March

rientamento, là dove essa, richiamando in particolare gli articoli 267 e 344 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha escluso che tribunali arbitrali – istituiti sulla base di un trattato bilaterale in materia di investimenti tra Stati membri – possano applicare e interpretare norme del diritto dell'Unione europea<sup>158</sup>. La Corte ha evidenziato l'esigenza della garanzia dell'autonomia dell'Unione e del suo sistema di diritto, in virtù della sua natura, ricordandone alcune caratteristiche distintive, quali l'operatività di taluni principi generali, come quelli su tutela dei diritti fondamentali della persona e salvaguardia della legalità, fiducia reciproca tra Stati membri, diretta applicabilità dei regolamenti adottati dalle istituzioni dell'Unione ex art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed efficacia diretta di altre norme dell'Unione in presenza di determinate condizioni<sup>159</sup>. La Corte ha negato inoltre che tribunali arbitrali – istituiti sulla base di un trattato bilaterale in materia di investimenti tra Stati membri – possano operare sulla base dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non essendo essi qualificabili come giurisdizioni nazionali e quindi riconducibili al sistema contenzioso dell'Unione formato dalle sue istituzioni giudiziarie e dalle giurisdizioni nazionali degli Stati membri<sup>160</sup>. Nel giungere a questa conclusione, la Corte ha sottolineato come tale sistema sia funzionale alla garanzia di coerenza e uniformità nell'interpretazione, applicazione ed esecuzione del diritto dell'Unione europea nel suo complesso nel territorio della stessa Unione, anche a favore della tutela delle situazioni giuridiche delle per-

2016, received at the Court on 23 May 2016, in the proceedings *Slovak Republic v. Achmea BV*.

<sup>158</sup> Rilevano, in particolare, punti 31-32 della sentenza.

<sup>159</sup> Ai punti 33-35 della sentenza la Corte richiama le caratteristiche principali specifiche del diritto dell'Unione europea quali fondamento del proprio ragionamento. Specificamente, la Corte evidenzia che si tratta di un diritto "costituzionale" idoneo a prevalere sui diritti nazionali degli Stati membri, come riconosciuto dagli Stati membri nella Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa di Brussels che ha adottato il Trattato di Lisbona, giacché siffatto diritto ha valori e un sistema giurisdizionale propri, oltre a caratterizzarsi per la diretta applicabilità dei regolamenti adottati dalle istituzioni dell'Unione ex art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e l'idoneità alla produzione di effetti diretti delle sue norme chiare, precise e incondizionate. Ai fini dell'autonomia del diritto dell'Unione europea, rilevano altresì le norme dei trattati istitutivi della stessa Unione contemplanti alcuni principi generali, quali solidarietà anche nelle relazioni esterne, come emerge in particolare dall'art. 21 del Trattato sull'Unione europea, e cooperazione leale tra gli Stati membri ex art. 4 del Trattato sull'Unione europea.

<sup>160</sup> Punti 45-49 della sentenza nel caso *Achmea*.

sone<sup>161</sup>. La competenza di un tribunale arbitrale istituito *ad hoc* – sulla base di un trattato internazionale tra Stati membri – sarebbe contraria alla garanzia dell'autonomia ed effettività piena del diritto dell'Unione europea<sup>162</sup>. La Corte ha esaltato la rilevanza del principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri come fondamento della propria decisione. Nel caso di specie la Corte è giunta a tale conclusione su rinvio pregiudiziale della Corte federale tedesca a seguito di un procedimento giudiziario nazionale attivato dalla Repubblica slovacca. Questo procedimento concerneva la revisione della sentenza emanata in precedenza da un tribunale arbitrale *ad hoc* istituito dalla Corte permanente di arbitrato conformemente alle Regole di arbitrato UNCITRAL su domanda dell'investitore straniero, la società Achmea riconducibile ai Paesi Bassi, conformemente alla clausola di "arbitrato diretto" inclusa nel trattato bilaterale in materia di investimenti tra Paesi Bassi e Slovacchia del 1991<sup>163</sup>. La Corte suprema federale tedesca era ricorso, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia, successivamente al ricorso da parte dell'investitore ricorrente alla corte regionale di Francoforte per l'esecuzione della sentenza arbitrale emanata a proprio favore<sup>164</sup>.

Giova evidenziare che l'orientamento della Corte sul caso *Achmea* non pone necessariamente in discussione validità ed efficacia delle clausole di "arbitrato diretto" previste nei trattati internazionali in materia di investimenti in quanto tali. Nel successivo Parere 1/17 del 2019 relativo alla compatibilità della corte multilaterale in materia di investimenti prevista nel CETA col diritto dell'Unione europea la Corte di giustizia ha chiarito infatti che, nel rispetto dell'autonomia del diritto dell'Unione europea, siffatta compatibilità sussista di per sé<sup>165</sup>. Nella sentenza nel

<sup>161</sup> Si vedano, in particolare, i punti 36-37 della sentenza nel caso *Achmea*.

<sup>162</sup> Punto 56 della sentenza nel caso *Achmea*. Rilevano anche i punti 57-58.

<sup>163</sup> Segnalo i punti 15-17 della sentenza della Corte di giustizia. Il caso arbitrale era il seguente *Achmea B.V. c. Slovacchia*, UNCITRAL, Caso PCA n. 2008-13 (precedentemente *Eureka B.V. c. Slovacchia*), sentenza sulla competenza, arbitrabilità e sospensione, 26 ottobre 2016. Per la posizione della Commissione europea, si vedano i paragrafi 175-196. Per la posizione del tribunale arbitrale contraria all'applicabilità dell'art. 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati principalmente perché il diritto dell'Unione europea e il trattato bilaterale in materia di investimenti non sarebbero relativi allo stesso «subject-matter» segnalo i paragrafi 217-257 della medesima sentenza.

<sup>164</sup> Il tribunale arbitrale ha deciso a favore di Achmea il 7 dicembre 2012, Caso PCA n. 2008-13.

<sup>165</sup> Parere 1/17, 30 aprile 2019.

caso *Achmea* la Corte esclude che clausole siffatte possano operare ed essere eseguite in riferimento a investimenti riconducibili a Stati membri o al territorio dell'Unione, giacché in tali ipotesi l'applicabilità del diritto dell'Unione prevale. Questa conclusione vale allorché la giurisdizione della Corte di giustizia configga con la competenza di un tribunale arbitrale *ad hoc* istituito vuoi sulla base di una clausola di "arbitrato diretto" prevista in un trattato bilaterale tra Stati membri dell'Unione, come confermato dalla Corte di giustizia nella sua sentenza nel caso *Micula*<sup>166</sup>, vuoi di un contratto di arbitrato concluso tra l'investitore ricorrente e lo Stato membro convenuto a norma della legge nazionale dello Stato della sede del procedimento arbitrale, per inciso un altro Stato membro dell'Unione<sup>167</sup>.

Quest'orientamento della Corte ha dato vita a un dibattito vivace. La

<sup>166</sup> Si veda Causa C-333/19, *Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the cour d'appel de Bruxelles (Court of Appeal, Brussels, Belgium), made by decision of 12 March 2019, received at the Court on 24 April 2019, in the proceedings DA against Romanian Air Traffic Services Administration (Romatsa), Romania, European Commission and Others (Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20)*, sentenza della Corte di giustizia ("Tenth Chamber"), 21 settembre 2022, punti 34 ss., specialmente punto 35. Sul caso *Micula* nel suo complesso, segnalo D'AMARIO, *L'esecuzione dei lodi ICSID e l'autonomia dell'ordinamento europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2023, p. 191 ss.

<sup>167</sup> Si veda Causa C 109/20, *Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Högsta domstolen (Supreme Court, Sweden), made by decision of 4 February 2020, received at the Court on 27 February 2020, in the proceedings Republiken Polen v PL Holdings Sàrl*, sentenza della Corte di giustizia ("Grand Chamber"), 26 ottobre 2021. Il ricorrente aveva chiesto l'istituzione di un tribunale arbitrale conformemente alle Regole di arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma sulla base della clausola di "arbitrato diretto" prevista nel trattato bilaterale in materia di investimenti tra Belgio, Lussemburgo e Polonia del 1987. Nel corso del procedimento arbitrale il ricorrente ha sostenuto che, quand'anche tale clausola di arbitrato fosse invalida per effetto dell'orientamento *Achmea*, sussistesse comunque un accordo di arbitrato con la Polonia giacché la sua richiesta di un tribunale valeva come un'offerta di consenso accettata tacitamente dalla Polonia. Ciò emerge chiaro dal punto 28 della sentenza della Corte di giustizia, secondo cui «PL Holdings contends, in any event, that even if the Republic of Poland's 'offer of arbitration' stemming from Article 9 of the BIT were invalid, the fact remains that an ad hoc arbitration agreement was concluded between the parties to the dispute in the main proceedings, in accordance with Swedish law and the principles of commercial arbitration, having regard to the conduct of those parties. By making a request for arbitration, PL Holdings submitted an 'offer of arbitration' in accordance with the same conditions as those laid down in Article 9 of the BIT, and the Republic of Poland tacitly accepted that offer by refraining from validly challenging the jurisdiction of the arbitral tribunal on the basis of that agreement».



letteratura sul punto è estesa<sup>168</sup>. La Commissione e la maggioranza degli Stati membri hanno reso dichiarazioni distinte successivamente alla sentenza *Achmea*, manifestando la propria accettazione di quanto stabilito dalla Corte relativamente all'inapplicabilità delle clausole di "arbitrato diretto" previste in trattati bilaterali in vigore tra Stati membri, ossia l'inedoneità di clausole siffatte ad alterare l'autonomia del diritto dell'Unione europea e del suo sistema giurisdizionale, nonché la fiducia reciproca tra loro<sup>169</sup>.

L'orientamento della Corte relativamente ai trattati bilaterali in materia di investimenti tra Stati membri ha portato numerosi Stati a scegliere una soluzione definitiva al problema per rendere più prevedibile e certo il quadro normativo e procedurale applicabile ai rapporti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro. Ventitre Stati membri hanno accolto l'orientamento della Corte e concluso il Trattato di estinzione dei trattati bilaterali in materia di investimenti vigenti tra loro il 5 maggio 2020 (denominato nei documenti in lingua inglese come "Termination Agreement")<sup>170</sup>. Questo Trattato mira a far cessare la coesistenza tra norme di sistemi distinti, ma parimenti suscettibili di applicazione alla

<sup>168</sup> Cfr., tra gli altri, CALAMITA, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in DPCE online, 2018, n. 2, p. 467 ss.; MUNARI, CELLERINO, *EU Law Is Alive and Healthy: the Achmea Case and a Happy Good-Bye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, in SIDIBlog, 17 aprile 2018; SARDU, *La strategia di opposizione dell'Unione europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali*, in DPCE online, 2019, n. 4, p. 2581 ss. Per un commento critico, GOURGOURINIS, *After Achmea: Maintaining the EU Law Compatibility of Intra-EU BITS Through Treaty Interpretation*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018, p. 282 ss.; KOCHENOV, LAVRANOS, *Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*, in *Journal on the Rule of Law*, 2022, p. 195 ss.

<sup>169</sup> Rilevano, in particolare, la dichiarazione dei rappresentanti degli Stati membri del 15 gennaio 2019 sulle "conseguenze giuridiche della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea* e sulla protezione degli investimenti" (adottata da tutti gli Stati membri eccetto Finlandia, Lussemburgo, Malta, Slovenia, Svezia e Ungheria); la dichiarazione dei rappresentanti di Finlandia, Lussemburgo, Malta, Slovenia e Svezia sull'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea* e sulla protezione degli investimenti nell'Unione europea" e la dichiarazione dei rappresentanti dell'Ungheria sulle "conseguenze giuridiche della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea* e sulla protezione degli investimenti nell'Unione europea". Entrambe queste ultime dichiarazioni risalgono al 16 gennaio 2019.

<sup>170</sup> Il Trattato è riprodotto in *GUUE*, L 169 del 29 maggio 2020, p. 1 ss. Non vi partecipano Austria, Finlandia, Irlanda e Svezia. La lista dei trattati bilaterali in materia di investimenti estinti è allegata al Trattato.

materia di investimenti stranieri. Il diritto dell'Unione europea è idoneo alla loro tutela per il fatto che gli investitori godono delle libertà di circolazione nel mercato interno previste nei Trattati istitutivi, in particolare di quella di stabilimento e della libertà dei movimenti dei capitali, e sono tutelati nei rapporti con gli Stati membri dai principi generali sanciti da tale diritto nel suo insieme, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione inclusa, quali quelli di non discriminazione, proporzionalità, certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento. Con l'entrata in vigore del Trattato di estinzione<sup>171</sup>, la soluzione di eventuali controversie concernenti interpretazione e applicazione di un trattato bilaterale in materia di investimenti, e sorte tra uno Stato membro contraente di tale Trattato e un investitore proveniente da un altro Stato membro contraente, non potrà essere realizzata più mediante tribunali arbitrali istituiti sulla base del trattato bilaterale in questione, se lo Stato in lite e quello di origine dell'investitore sono parti contraenti del suddetto Trattato. Quest'ultimo include altresì disposizioni transitorie relativamente ai procedimenti arbitrali pendenti<sup>172</sup>. Il preambolo del medesimo Trattato fa salva tuttavia l'applicabilità delle clausole di "arbitrato diretto" all'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*, là dove esclude espressamente tale articolo dal proprio ambito di applicazione. Il Trattato di estinzione, la dichiarazione *post-Achmea* di un gruppo rilevante di Stati membri e alcuni ricorsi di Stati membri davanti a corti nazionali di altri Stati membri per l'annullamento di sentenze arbitrali dimostrano che la maggioranza degli Stati membri, come la Commissione europea, accetta l'orientamento *Achmea*.

Nella sentenza successiva nel caso *Komstroy* del 2021 la Corte ha esteso la portata di quella nel caso *Achmea* stabilendo la propria competenza anche per controversie – tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro – sorte relativamente all'applicazione e interpretazione di trattati internazionali cui partecipano l'Unione, i suoi Stati membri e Stati terzi, quali l'*Energy Charter Treaty*, e contemplanti clausole di "arbitrato diretto", come l'art. 26 del suddetto *Treaty*<sup>173</sup>. La

<sup>171</sup> Il Trattato di estinzione è entrato in vigore il 26 agosto 2020 trascorsi trenta giorni dal deposito della seconda ratifica di uno degli Stati parti come disposto dal suo art. 16. A quella data Danimarca e Ungheria avevano presentato le rispettive ratifiche.

<sup>172</sup> Articoli 7-9 del Trattato di estinzione.

<sup>173</sup> Causa C-741/19, *République de Moldavie c. Komstroy LLC*, *Request for a preliminary ruling from the Cour d'appel de Paris*, sentenza della Corte di giustizia ("Grand Chamber"), 2 settembre 2021. Nella Comunicazione "Protection of Intra-EU Invest-

competenza della Corte prevarrebbe qualora un investitore di uno Stato membro scegliesse di avvalersi di una clausola siffatta chiedendo la costituzione di un tribunale arbitrale contro un altro Stato membro<sup>174</sup>. Per controversie *intra*-UE il sindacato degli arbitri si ritrarrebbe, e dunque non opererebbe, di fronte a quello della Corte, malgrado Stati terzi siano parti a tale Trattato<sup>175</sup>.

La Corte di giustizia ha svuotato pertanto di efficacia le clausole di “arbitrato diretto” incluse in trattati internazionali in materia di investimenti tra Stati membri, sia bilaterali sia multilaterali, rendendo il proprio orientamento nel caso *Achmea* un parametro di riferimento per accertare quando il diritto dell'Unione si applichi in quanto prevalente. Ciò si verifica quando esiste una controversia tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro e quando la sede del procedimento

ment” del 19 luglio 2018 la Commissione europea si era espressa nello stesso senso della Corte di giustizia. Si veda COM(2018) 547 *final*, pp. 3-4.

<sup>174</sup> Sentenza della Corte nel caso *Komstroy*, specificamente punto 66.

<sup>175</sup> Sentenza della Corte nel caso *Komstroy*, specificamente punti 62-66. Nella medesima sentenza la Corte riconosce che l'istituzione di un tribunale arbitrale è la scelta imposta dall'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* per la soluzione di una controversia tra un investitore di una parte contraente e un'altra parte contraente. La Corte esclude che questa scelta possa valere allorché le parti contraenti interessate dalla controversia siano Stati membri dell'Unione europea o il territorio dell'Unione rilevi ai fini dell'esecuzione di una sentenza arbitrale resa da un tribunale arbitrale istituito a norma del suddetto art. 26, in virtù dell'autonomia del diritto dell'Unione derivante dalle sue caratteristiche “costituzionali” e del sistema giurisdizionale contemplato dai Trattati istitutivi, in particolare dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (in particolare, punti 42-46, 50-62). L'*Energy Charter Treaty* non si applicherebbe nei rapporti tra Stati membri dell'Unione. Segnalo che già la Commissione europea aveva assunto questa posizione intervenendo in alcuni procedimenti arbitrali istituiti sulla base di tale *Treaty*, come i casi ICSID *Electrabel S.A. c. Ungheria* (n. ARB/07/19, decisione sulla competenza, diritto applicabile e responsabilità per danno, 30 novembre 2012) e *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier, Michael Stein c. Italia* (n. ARB/14/3, sentenza, 27 dicembre 2016). Per alcuni si tratterebbe di una questione non tanto di inapplicabilità quanto di invalidità *intra*-UE giacché l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrebbe inficiato la validità dell'offerta di arbitrato degli Stati membri dell'Unione inclusa nell'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*. Questi Stati non avrebbero infatti più la capacità di assumere obblighi internazionali in proposito relativamente agli investimenti esteri diretti. Si veda SACERDOTI, *After Komstroy: Resolving under International Law the Clash between the Court of Justice and Investment Tribunals on ECT Intra-EU Arbitration*, in corso di pubblicazione. Solo l'Unione avrebbe quindi la competenza a manifestare il consenso e la Corte di giustizia potrebbe accertare su rinvio pregiudiziale l'invalidità del consenso prestato dagli Stati membri successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in attesa di un nuovo eventuale trattato quale potrebbe essere quello di revisione dell'*Energy Charter Treaty*.

arbitrale alternativo alla giurisdizione della Corte è in uno Stato membro, come nel caso *Komstroy* a Parigi in Francia. Quest'orientamento ha dato vita a un dibattito soprattutto con riguardo all'estensione da parte della Corte delle sue conclusioni nel caso *Achmea* a casi sorti relativamente all'applicazione e interpretazione di standard di trattamento previsti nell'*Energy Charter Treaty*, in particolare di quello giusto ed equo, per la tutela di presunte aspettative legittime dell'investitore con riguardo a stabilità, prevedibilità e non modificabilità del diritto nazionale dello Stato ospite in vigore alla data di avvio del progetto di investimento<sup>176</sup>. Tribunali arbitrali istituiti sulla base di tale *Treaty* si sono pronunciati chiaramente contro quest'orientamento, in virtù di principi consolidati, quali quelli della “successione delle leggi nel tempo” e di specialità<sup>177</sup>.

<sup>176</sup> L'estensione della portata del caso *Achmea* relativamente alle clausole di “arbitrato diretto” in trattati con Stati non membri dell'Unione europea è stata criticata da una parte della dottrina. Cfr., tra gli altri, LACSON, *What Happens Now? The Future of Intra-E.U. Investor-State Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2019, p. 1327 ss.; BARTLETT CASTELLÀ, *Intra EU Investor-State Arbitration: the Achmea Judgment: Another Interpretation Is Possible*, in *International Trade Law & Regulation*, 2020, p. 139 ss.; DASHWOOD, *Article 26 ECT and Intra-EU Disputes: the Case against an Expansive Reading of Achmea*, in *European Law Review*, 2021, p. 415 ss.; SCHEU, NIKOLOV, *Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes*, in *ICSID Review*, 2021, p. 171 ss.

<sup>177</sup> Tribunali arbitrali istituiti conformemente alla clausola di “arbitrato diretto” nell'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* si sono pronunciati per l'applicabilità di tale clausola e quindi contro l'estensione della portata della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea*. A tal fine, tali tribunali hanno richiamato l'art. 16 dell'*Energy Charter Treaty* e/o al diritto internazionale consuetudinario, alla luce anche dell'art. 41 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. L'*Energy Charter Treaty* è stato concluso invero nel 1994 successivamente ai Trattati istitutivi sia delle Comunità europee sia dell'Unione europea – già contemplanti i titoli di competenza della Corte di giustizia e la legittimazione di privati ad attivare alcuni di tali titoli se soddisfatte le condizioni previste dai medesimi Trattati –, ma precedentemente all'attribuzione all'Unione europea di competenza specifica in materia di investimenti diretti esteri col Trattato di Lisbona del 2007, e ha un ambito di applicazione più circoscritto di quello dei Trattati delle Comunità europee e dell'Unione. A partire dal Trattato di Lisbona, questi disciplinano ormai anche il settore dell'energia al fine dell'istituzione di una politica comune in questo settore con una base giuridica specifica all'art. 194 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Segnalo, in particolare, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier, Michael Stein c. Italia*, caso ICSID n. ARB/14/3, sentenza, 27 dicembre 2016, specificamente par. 309; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/14/1, sentenza 16 maggio 2018, specialmente paragrafi 517, 520-521; *Vattenfall c. Germania*, caso ICSID n. ARB/12/12, decisione sulla questione *Achmea*, 31 agosto 2018, paragrafi 221, 229; *UP and C.D Holding Internationale c. Ungheria*, caso ICSID n. ARB/13/35, sentenza 9 ottobre 2018, in particolare par. 208 ss.; *Landesbank c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/15/45, decisione sulla

Il ragionamento seguito dal tribunale arbitrale istituito dalla Camera di commercio di Stoccolma, conformemente alle Regole di arbitrato UNCTRAL, ex art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*, per il caso *Green Power c. Spagna*<sup>178</sup> è un'eccezione in proposito giacché è in linea con quello della Corte di giustizia nel caso *Komstroy*, ossia con l'assunto secondo cui il diritto dell'Unione prevarrebbe anche sull'*Energy Charter Treaty*. Il caso *Green Power* è sorto su ricorso di due società danesi a seguito della revoca da parte della Spagna degli incentivi al fotovoltaico per la produzione di energia<sup>179</sup>. La Commissione ha partecipato al procedimento come *amicus curiae* sostenendo le obiezioni alla competenza del tribunale sollevate dalla Spagna. Il tribunale arbitrale ha accolto queste obiezioni, concludendo che l'offerta incondizionata all'arbitrato prevista all'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* dovesse essere interpretata conformemente al diritto dell'Unione, a norma degli articoli 31-32 della Convenzione di Vienna, pure per il fatto che tale diritto era parte del diritto nazionale dello Stato

obiezione "intra-UE" alla competenza, 25 febbraio 2019, par. 186; *Eskosol c. Italia*, caso ICSID n. ARB/15/50, decisione sulla richiesta dell'Italia per la conclusione immediata del procedimento e sull'obiezione dell'Italia alla competenza fondata sull'inapplicabilità dell'*Energy Charter Treaty* alle controversie "intra-UE", 7 maggio 2019, par. 151; *BayWa c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/15/16, decisione sulla competenza, responsabilità per danno e orientamenti sul "quantum" dell'indennizzo, 2 dicembre 2019, par. 276; *Silver Ridge Power BV c. Italia*, caso ICSID n. ARB/15/37, sentenza, 26 febbraio 2021, paragrafi 228-229; *Sevilla Bebeer c. Spagna*, caso ICSID n. ARB/16/27, decisione sulla competenza, responsabilità per danno e orientamenti sul "quantum" dell'indennizzo, 11 febbraio 2022, paragrafi 648-650, 670.

<sup>178</sup> *Green Power Partners K/S, SCE Solar Don Benito APS c. Spagna*, arbitrato Camera di commercio di Stoccolma (2016/135), sentenza, 16 giugno 2022.

<sup>179</sup> Il caso *Green Power* è sorto, come altri casi contro la Spagna fondati sull'art. 10 dell'*Energy Charter Treaty*, a seguito delle modifiche della legislazione nazionale in materia di produzione di energia rinnovabile di tipo solare apportate da tale Stato. Specificamente, la Spagna aveva modificato il regime degli incentivi a favore di investimenti in impianti fotovoltaici tecnologicamente avanzati per la produzione di tale genere di elettricità sostituendo il regime originale articolato in tariffe "feed-in", bonus e altri benefici con un regime fondato su un "remuneration-system". Giova precisare che la legislazione nazionale in materia di produzione di energia rinnovabile di tipo solare era stata adottata sin dall'inizio, nel 1994, per dare attuazione alle direttive dell'Unione europea volte a favorire la produzione e l'impiego di energia rinnovabile in attuazione del Protocollo di Kyoto sulla riduzione delle emissioni di gas serra del 1998. Si tratta delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2001/77/CE del 27 settembre 2001 e 2009/28/CE del 23 aprile 2009, secondo cui la Spagna era tenuta a contribuire al raggiungimento di questi obiettivi producendo energia rinnovabile rispettivamente per il 29,4 per cento entro il 2010 e per il 20 per cento entro il 2020. Per approfondimenti si vedano, in particolare, i paragrafi 60, 63-94, 107-116 della sentenza nel caso *Green Power*.

della sede dell'arbitrato, essendo questo uno Stato membro dell'Unione<sup>180</sup>. L'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* dovrebbe essere disapplicato pertanto nei rapporti tra Stati membri per l'autonomia del diritto dell'Unione e il suo primato («lex superior»)<sup>181</sup>. Le circostanze di fatto del caso *Green Power* erano simili a quelle del caso *Komstroy*<sup>182</sup>. Il tribunale arbitrale ha concordato che il diritto dell'Unione europea si applicasse tanto all'accertamento della propria competenza quanto al merito.

A questo punto mi preme sottolineare che siffatta diversità di orientamenti può incidere negativamente sui rapporti tra Stati ospiti membri dell'Unione europea e investitori stranieri di Stati non membri, provocando un peggioramento delle aspettative di questi ultimi e dunque una propensione minore a realizzare investimenti in tali Stati. La giurisprudenza scaturita dal caso *Achmea* implica infatti che le sentenze arbitrali a favore eventualmente degli investitori stranieri siano di per sé contrarie al diritto dell'Unione, in quanto rese da tribunali non legittimati ad avviso della Corte di giustizia, e quindi non possano essere eseguite né volontariamente dallo Stato membro soccombente, qual è stata sovente la Spagna, né giudiziariamente ad opera di giudici nazionali. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale, giurisdizioni nazionali di Stati membri hanno infatti la facoltà di adeguarsi all'orientamento della Corte stessa nel caso *Achmea*, come ampliato dalla sua sentenza nel caso *Komstroy*, quand'anche manchi una sua pronuncia *ad hoc* in tal senso, qualora uno Stato membro ricorra a una corte nazionale di un altro Stato membro per l'annullamento di una precedente sentenza a suo sfavore resa da un tribunale arbitrale istituito sulla base di un trattato bilaterale *intra*-Unione o dell'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*. Diversa è l'ipotesi in cui l'investitore si rivolga a un giudice di uno Stato non membro, dove vi siano beni dello Stato membro soccombente, per chiedere l'esecuzione forzata di una sentenza arbitrale siffatta, come alcuni investitori hanno cercato di fare rivolgendosi a giudici statunitensi o svizzeri per avvalersi di fondi sovrani spagnoli<sup>183</sup>. La diversità di orientamenti e giudici eventualmente a disposizione

<sup>180</sup> Rilevano i paragrafi 153-172, 412 della sentenza nel caso *Green Power*.

<sup>181</sup> Paragrafi 469-470 della sentenza nel caso *Green Power*.

<sup>182</sup> Un elemento di analogia tra i casi *Achmea* e *Komstroy* è la localizzazione in uno Stato membro dell'Unione europea della sede del procedimento arbitrale alternativo alla competenza della Corte di giustizia.

<sup>183</sup> Segnalo, per esempio, il caso *PV Investors c. Spagna*, PCA caso n. 2012-14, deciso

può minare la certezza e parità di trattamento tra investitori in relazione alla stessa normativa statale, qualora questa sia esaminata da un tribunale arbitrale istituito sulla base di un trattato internazionale applicabile agli investimenti, su istanza di un investitore il cui Stato di origine abbia stipulato un trattato del genere con lo Stato ospite, oppure esclusivamente da una corte o un tribunale nazionale dello Stato ospite se un investitore – avente la pretesa di un risarcimento – sia un suo nazionale e possa avvantaggiarsi pertanto solo dei rimedi previsti nel diritto nazionale<sup>184</sup>. Quale rimedio a questa situazione di incertezza, il 2 dicembre 2021 la Commissione ha deciso l'apertura di procedimento di infrazione contro sette Stati membri dell'Unione: Austria, Svezia, Belgio, Lussemburgo, Portogallo, Romania e Italia. Questi si sono impegnati all'osservanza del Trattato di estinzione già menzionato, quali parti contraenti, ma non l'avevano ratificato e attuato ancora allora nel quadro dei propri ordinamenti<sup>185</sup>. Belgio, Lussemburgo, Italia, Portogallo e Romania vi hanno provveduto nel corso del 2022. Per rassicurare la fiducia degli investitori

nel quadro della Corte permanente di arbitrato sulla base delle Regole di arbitrato UNCITRAL a favore del ricorrente (sentenza del 28 febbraio 2020) e da questi portato senza successo davanti al tribunale federale svizzero per l'esecuzione (sentenza del 23 febbraio 2021). Rilevano anche le azioni poste in essere per l'esecuzione davanti a giudici nazionali della sentenza arbitrale nel caso *Micula*. Sul punto D'AMARIO, *L'esecuzione dei lodi ICSID e l'autonomia dell'ordinamento europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2023, p. 191 ss.

<sup>184</sup> Un problema di parità di trattamento tra investitori stranieri e quelli nazionali è sorto in relazione all'applicazione della normativa italiana di riforma degli incentivi all'uso del fotovoltaico (legge 11 agosto 2014 n. 116, entrata in vigore il 21 agosto 2014, che converte in legge con modifiche il d.l. n. 91 del 24 giugno 2014, detto "spalma incentivi", o anche "incentive-spreading", relativamente alla disciplina per la produzione di energia da impianti fotovoltaici). Questo decreto ha revocato retroattivamente le tariffe agevolate previste nel "Conto energia per il fotovoltaico". La Corte costituzionale italiana ha stabilito il 7 dicembre 2016 che tale normativa, in particolare il decreto del 2014, fosse compatibile col regime costituzionale italiano, rigettando la pretesa del ricorrente secondo cui tale decreto avrebbe violato sue aspettative di natura contrattuale. Si tratta di un orientamento opposto a quello dei tribunali arbitrali istituiti conformemente all'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* che hanno accordato la tutela di presunte aspettative legittime maturate da un investitore ricorrente sulla base della clausola sul trattamento giusto ed equo prevista all'art. 10 di tale *Treaty*. Per quanto concerne casi arbitrali sorti da questo mutamento di normativa italiana, secondo l'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*, segnalò, in particolare, i casi *Greentech Energy Systems A/S and Others c. Italia*, arbitrato secondo le Regole della Camera di commercio di Stoccolma, caso V 2015/095, sentenza, 23 dicembre 2018, preceduta dall'opinione dissidente dell'arbitro Giorgio Sacerdoti del 5 dicembre 2018 (deciso a favore dell'investitore ricorrente); e *Silver Ridge Power BV c. Italia*, caso ICSID n. ARB/15/37, sentenza, 26 febbraio 2021 (deciso a favore dell'Italia).

<sup>185</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf\\_21\\_6201](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_6201).

stranieri nel mercato interno la Commissione sta lavorando per evidenziare le garanzie di protezione insite nel diritto dell'Unione. Il ricorso ai giudici nazionali degli Stati membri sarebbe una di queste insieme alla facoltà di avvalersi degli strumenti già disponibili, come "Rule of Law Report", "EU Justice Scoreboard", "European Semester" e SOLVIT, volti alla garanzia di "rule of law", *accountability* e trasparenza nel funzionamento del mercato interno<sup>186</sup>.

Il ricorso da parte della Corte di giustizia a un approccio più flessibile sarebbe opportuno relativamente al rapporto tra autonomia del diritto dell'Unione europea e applicazione del diritto internazionale in materia di investimenti. Quest'ultimo presuppone il rispetto di principi generali, quali buona fede e proporzionalità, che potrebbero operare a favore della garanzia dei capisaldi sia del diritto dell'Unione europea, in quanto sistema giuridico autonomo, sia del diritto internazionale in materia di investimenti quale sistema volto alla promozione e protezione degli investimenti stranieri. Nelle proprie sentenze la Corte di giustizia non ha fatto riferimento a principi e concetti del diritto internazionale, neppure di stampo consuetudinario, quand'anche abbia espresso valutazioni relative a un trattato internazionale come l'*Energy Charter Treaty*. Nella sentenza nel caso *Komstroy* la Corte pare (pre)occuparsi di definire i confini di validità e applicabilità dei trattati internazionali in materia di investimenti pure in una prospettiva futura, onde prevenire il rischio di conflittualità tra norme e giurisdizioni. Si tratta di un rischio potenziale di cui la Corte di giustizia sembra voler tener conto altresì per coerenza con l'approccio *Achmea*<sup>187</sup>. Tale approccio è fondato, in effetti, sulla prospettiva di una conflittualità. Altre prospettive potrebbero essere rilevanti, quali quella del coordinamento tramite interpretazioni sistematiche, ex art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, sulla base del ricorso ad alcuni principi generali, quali proporzionalità, buona fede e abuso di diritto, valorizzati da tribunali arbitrali, come segnalato già nelle

<sup>186</sup> Segnalo il "keynote speech" del Commissario McGuinness al *forum* su "Protecting and Facilitating Investment in the Single Market" del 28 giugno 2022. Il Commissario si è riferito all'esigenza di massimizzare i benefici degli strumenti e meccanismi dell'Unione esistenti menzionati nel testo e ideare garanzie aggiuntive fondate sulla loro revisione al fine di istituire un "toolbox for investment protection and facilitation".

<sup>187</sup> Cfr., per tutti, ODERMATT, *Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *European Papers, European Forum, Insight*, 23 dicembre 2021, n. 3, p. 1255 ss.



pagine precedenti, e quella dell'armonizzazione in via normativa. Il processo di modernizzazione dell'*Energy Charter Treaty*, di cui l'Unione è stata ed è protagonista<sup>188</sup>, rappresenta un primo passo importante sotto quest'ultimo profilo. Il progetto del suo testo nuovo approvato il 24 giugno 2022 vorrebbe risolvere il problema con la nuova versione del testo dell'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*, ossia con l'esclusione dell'applicazione di tale articolo a controversie derivanti da accordi di integrazione regionale. Tuttavia, si tratta di una soluzione parziale, al momento in cui si scrive peraltro sospesa, giacché non pare essere destinata a una realizzazione positiva a causa della posizione di alcuni Stati membri dell'Unione europea desiderosi di ritirarsi dall'*Energy Charter Treaty*, come l'Italia ha fatto già nel 2016 e il ministro per l'ambiente del Portogallo ha dichiarato di voler fare il 20 luglio 2023<sup>189</sup>. Rimane il problema dell'applicazione della clausola detta "sunset" all'art. 47 del medesimo Trattato, in virtù della quale la denuncia del Trattato non è una soluzione definitiva per evitare di essere convenuti davanti a tribunali arbitrali istituiti a norma dell'art. 26 dello stesso Trattato per i successivi venti anni. La negoziazione di nuove norme appare una soluzione preferibile. Il progetto di revisione del 24 giugno 2022 potrebbe, ovvero avrebbe potuto, rappresentare un punto di partenza. La promozione di negoziati per un trattato multilaterale a partecipazione tendenzialmente universale in materia sarebbe una soluzione migliore. Questo è infatti l'unico strumento in grado di risolvere sovrapposizioni di norme e giurisdizioni derivanti dalla diversificazione normativa. In mancanza di una soluzione del genere, permangono incertezza e instabilità del quadro normativo di riferimento soprattutto relativamente alla questione dell'esecuzione di sentenze arbitrali suscettibili di essere emanate qualora investitori continuassero a chiederle. Alcuni ricorsi davanti a giudici nazionali di Stati non membri dell'Unione europea per l'esecuzione di sentenze arbitrali ICSID contro la Spagna dimostrano l'inevitabilità dell'approccio caso per caso<sup>190</sup>. L'incertezza e

<sup>188</sup> Rileva la proposta di revisione dell'*Energy Charter Treaty* presentata dall'Unione nel maggio 2020, come integrata dalla sua proposta aggiuntiva del febbraio 2021 (entrambe le proposte sono consultabili *online* nel sito dell'Unione).

<sup>189</sup> *Infra*, par. 3, sezione seconda, capitolo secondo.

<sup>190</sup> L'esito delle richieste di esecuzione davanti a giudici nazionali è imprevedibile perché la Spagna può presentare obiezioni conformemente alle legislazioni nazionali in materia di esenzione dalla giurisdizione degli Stati. Per esempio, l'Alta Corte dell'Australia ha deciso che la Spagna non potesse avvalersi della legislazione nazionale in materia, accogliendo quanto deciso in precedenza dalla Corte federale e da quella di appello. Si

instabilità dei risultati effettivi dell'applicabilità del quadro normativo di riferimento generano un peggioramento delle aspettative e prospettive di investimento, nonché allungamento dei tempi e complicazioni con riguardo all'espletamento dei procedimenti arbitrali.

Mette conto evidenziare che nel quadro dell'Unione europea si sono registrate altre sollecitazioni per circoscrivere, se non sostituire, il ricorso all'"arbitrato diretto", quale mezzo di soluzione delle controversie tra investitore e Stato ospite. Mi riferisco alle proposte di rinnovamento della struttura tipica dei trattati internazionali applicabili alla materia degli investimenti stranieri pubblicate dalla Commissione europea e sostenute dal Parlamento europeo<sup>191</sup>. Come anticipato, queste concernono anche la revisione dell'"arbitrato diretto" mediante l'istituzione di un meccanismo multilaterale permanente, ossia una corte permanente in materia di investimenti, suscettibile di assicurare coerenza, trasparenza e uniformità<sup>192</sup>. Specificamente, le clausole sull'"arbitrato diretto" dei trattati in-

veda *Spagna c. Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Anor* [2023] HCA 11, 12 aprile 2023. Negli Stati Uniti la stessa Corte distrettuale della Colombia ha deciso in maniera diversa relativamente a siffatte obiezioni presentate dalla Spagna sulla base dell'"US Foreign Sovereign Immunities Act" (FSIA). Il giudice Tanya S. Chutkan ha deciso contro la Spagna due volte lo stesso giorno, il 15 febbraio 2023, affermando la propria giurisdizione. Rilevano i casi: *9REN c. Spagna* (Civil Action No. 19-1871 (TSC)) e *Nextera Energy Global Holdings B.V. and Nextera Energy Spain Holdings B.V. c. Spagna*, Civil Action No. 19-cv-01618 (TSC). Al contrario, il giudice Richard J. Leon ha accolto la pretesa della Spagna, negando la propria giurisdizione e rigettando il ricorso dell'investitore. Segnalo *Blasket Renewable Invs., LLC c. Spagna*, 29 marzo 2023, CIVIL 21-3249 (RJL). Cfr. SANDBERG, SVENSSON, *Achmea and the Implications for Challenge Proceedings before National Courts*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2020, p. 146 ss.; BALCERZAK, *Renewable Energy Arbitrations-Quo vadis?*, Leiden, Boston, 2023.

<sup>191</sup> Per approfondimenti sull'orientamento concorde sia della Commissione europea sia del Parlamento europeo favorevole all'istituzione di una corte permanente in materia di investimenti, si vedano i rispettivi siti *web* ufficiali.

<sup>192</sup> La descrizione del dibattito suscitato dalla proposta dell'istituzione di una corte permanente sugli investimenti esula dallo scopo della presente indagine. Per approfondimenti, mi limito a segnalare, HENKE, *Il meccanismo arbitrale nei nuovi Trattati conclusi dall'Unione Europea*, in *L'arbitrato negli investimenti internazionali. Trattato di diritto dell'arbitrato* (diretto da MANTUCCI), 2020, vol. XIII, Napoli, p. 1061 ss.; STANIĆ, BALTAG (edited by), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITS, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, 2020; BROWN, *The Contribution of the European Union to the Rule of Law in the Field of International Investment Law through the Creation of a Multilateral Investment Court*, in *European Law Review*, 2021, p. 96 ss.; KELLER, *Introduction: an Overview of Institutional Efforts*, in *Evolution, Evaluation and Future Developments in International Investment Law* (edited by HOBE, SCHEU), Baden-Baden, 2021, p. 149 ss. OJINAGA RUIZ, LEIVA, *EU as*

ternazionali in materia di investimenti sarebbero sostituite con clausole di manifestazione del consenso dell'Unione e degli Stati contraenti alla competenza di tale corte. La proposta presuppone altresì l'istituzione di un meccanismo di appello. Questo genere di prospettiva è condiviso pure dall'UNCTAD, come emerge dal suo *Investment Policy Framework for Sustainable Development* pubblicato nel 2015<sup>193</sup>.

La proposta ha dato vita di per sé a consultazioni e dibattiti ulteriori, nonché a clausole innovative introdotte in alcuni trattati di cooperazione economica e libero scambio conclusi da Unione europea, suoi Stati membri e Stati terzi successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Rilevano specificamente l'Accordo col Canada (il CETA) del 2016<sup>194</sup>, l'*Agreement in principle* col Messico del 2018<sup>195</sup>, il trattato di libero scambio e tutela degli investimenti con Singapore del 2018<sup>196</sup> e l'*Investment Protection Agreement* col Vietnam del 2019<sup>197</sup>. Per la completezza dell'indagine, meritano di essere segnalate inoltre le consultazioni avviate sul piano multilaterale nel 2017, a seguito del dibattito suscitato da siffatta proposta della Commissione europea, sostenuta dal Parlamento europeo<sup>198</sup>, nel quadro dell'UNCITRAL per l'elaborazione di una proposta

*a Driver in the Judicialization Process of International Investment Disputes: ISDS Reform and EU Judicial System*, in *Transnational Actors in International Investment Law* (edited by GOURGOURINIS), Heidelberg, Berlino, 2021, p. 19 ss.

<sup>193</sup> Cfr. VAN HARTEN, *The European Commission and UNCTAD Reform Agendas. Do They Ensure Independence, Openness, and Fairness in Investor-State Arbitration?*, in *Shifting Paradigms in International Investment Law* (edited by HINDELANG, KRAJEWSKI), Oxford, 2016, p. 128 ss.

<sup>194</sup> Art. 8.29.

<sup>195</sup> Capitolo C della sezione sugli investimenti.

<sup>196</sup> Art. 3.12.

<sup>197</sup> Art. 3.41.

<sup>198</sup> Per la posizione della Commissione europea, segnalo, principalmente, Staff Working Document, "Impact Assessment on Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution", SWD, 2017, p. 303 ss.; Comunicazione al Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, *Trade for All - Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, 14.10.2015, COM(2015) 497 final. Per la posizione del Parlamento europeo, si vedano in particolare Parlamento europeo, risoluzione, 8 luglio 2015 "containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)", 2014/2228(INI); Parlamento europeo, "Multilateral International Court: Overview of the reform proposals", Briefing, gennaio 2020; Parlamento europeo, "Multilateral court for the settlement of investment disputes", Briefing, novembre 2017; nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 23 giugno 2022 sul "Futuro della politica dell'Unione europea in materia di investimenti stranieri" ("the future of EU inter-

di riforma comune della soluzione delle controversie tra Stato e investitore straniero a norma di trattati internazionali ad opera di un “working group” specifico (“working group III”). L’Unione è stata, ed è, protagonista pure in questo contesto. Tali consultazioni hanno portato finora a identificare complessità, imparzialità degli arbitri, scarsità di uniformità, coerenza e prevedibilità quali debolezze principali dell’“arbitrato diretto”, oltre ai suoi costi e alla sua durata. Il “working group” si è espresso a favore di una riforma multilaterale, malgrado Cile, Russia, Stati Uniti e Giappone non lo siano<sup>199</sup>. Intanto, nel 2022 le Regole di arbitrato ICSID sono state riviste per renderle più funzionali alla razionalizzazione e trasparenza dei procedimenti arbitrali<sup>200</sup>. Il medesimo anno il Parlamento europeo ha evidenziato alcune questioni ancora marginali attinenti al procedimento tipico di “arbitrato diretto” cui consultazioni specifiche nel “working group” potrebbero essere dedicate, come «regulatory chill, exhaustion of remedies, the rights of third parties and damages»<sup>201</sup>.

national investment policy”), 2021/2176(INI), specialmente punti 47-48. Rileva favorevolmente altresì il Parere già menzionato della Corte di giustizia 1/17 del 30 aprile 2019.

<sup>199</sup> Si veda il sito ufficiale del “working group III” dell’UNCITRAL per approfondimenti ([https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)).

<sup>200</sup> Cfr. per tutti, SHAW, *The 2022 ICSID Rules: a Leap toward Greater Transparency in ICSID Arbitration*, in *ICSID Review*, 2023, p. 54 ss.

<sup>201</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 23 giugno 2022 sul “Futuro della politica dell’Unione europea in materia di investimenti stranieri” (“the future of EU international investment policy”), 2021/2176(INI), specialmente punto 46.

## CAPITOLO II

### INVESTIMENTI STRANIERI SOSTENIBILI ATTRAVERSO IL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: *Sezione I. Investimenti sostenibili attraverso il rinnovamento della struttura dei trattati internazionali e del rapporto sinallagmatico sui generis tra Stati ospiti e investitori stranieri.* – 1. L'obiettivo della salvaguardia della potestà normativa dello Stato ospite (“right to regulate”) per il perseguimento di interessi generali riconducibili allo sviluppo sostenibile nell'orientamento degli Stati economicamente avanzati occidentali, dell'Unione europea e taluni Stati emergenti. – 2. Interessi e obiettivi di Cina, India e Stati africani a favore del rinnovamento della struttura dei trattati internazionali in materia di investimenti. – 3. L'inserimento nei suddetti trattati di disposizioni sulla responsabilità sociale d'impresa. – 4. Il controllo dell'osservanza effettiva delle *Guidelines* per le imprese multinazionali dell'OCSE ad opera dei punti di contatto nazionali, quale strumento di promozione dello sviluppo sostenibile. – *Sezione II. Il contributo delle organizzazioni internazionali e dell'Unione europea alla realizzazione e promozione di investimenti stranieri sostenibili.* – 1. Premessa. La sostenibilità degli investimenti stranieri alla prova di tre priorità: sviluppo rurale, transizione energetica e sicurezza alimentare. – 2. Azioni internazionali per investimenti orientati allo sviluppo rurale negli Stati ospiti. – 3. Azioni internazionali e dell'Unione europea per investimenti orientati alla produzione di energia rinnovabile tra cambiamenti climatici, conflitti armati e revisione dell'*Energy Charter Treaty*. – 4. Azioni internazionali per investimenti orientati alle produzioni agroalimentari di qualità.

*Sezione I. Investimenti sostenibili attraverso il rinnovamento della struttura dei trattati internazionali e del rapporto sinallagmatico sui generis tra Stati ospiti e investitori stranieri*

1. Come segnalato, i trattati internazionali in materia di investimenti conclusi tra la fine del processo di decolonizzazione e gli anni novanta del secolo scorso si caratterizzano per la struttura favorevole alla tutela degli interessi degli investitori di uno Stato contraente nel territorio di un altro Stato contraente, nella logica della diversificazione normativa

tipica del diritto internazionale. Secondo questa logica gli Stati e le organizzazioni internazionali elaborano e adottano risposte a problemi di disciplina relativi a settori diversi con strumenti giuridici – vincolanti o meno – distinti. Successivamente ai mutamenti di carattere economico, geopolitico e sociale avvenuti a partire dagli anni novanta del secolo scorso gli Stati hanno iniziato a rivedere la struttura favorevole alla tutela degli interessi degli investitori di tali trattati con l’inserzione nei medesimi trattati di clausole contemplanti eccezioni, motivi di deroga specifici e/o *caveat* a salvaguardia dell’esercizio della sovranità normativa dello Stato ospite per il perseguimento di certi interessi non-economici, quali la tutela dell’ambiente, del lavoro, della salute pubblica e del patrimonio artistico-culturale<sup>1</sup>. Diversi Stati economicamente avanzati e poi l’Unione europea hanno cercato in questo modo soluzioni ai conflitti di interessi e norme più ricorrenti, onde prevenire, o almeno mitigare, il rischio di un peggioramento significativo del clima internazionale in materia di investimenti dovuto a controversie tra investitori stranieri e Stati ospiti generate da istanze sociali. Le innovazioni della struttura dei trattati sono volte all’instaurazione di un bilanciamento, attraverso la promozione di investimenti transnazionali qualitativi, tra la tutela degli interessi privati degli investitori e quella degli interessi pubblici di carattere sociale degli Stati ospiti.

Gli Stati hanno iniziato a includere nei trattati internazionali riferimenti allo sviluppo sostenibile nei preamboli<sup>2</sup>, clausole contemplanti eccezioni e/o motivi di deroga specifici nella forma di «non-precluding»<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Preambolo, art. 12 sul «right to regulate» e Allegato A in materia di espropriazione del trattato per la protezione e promozione degli investimenti tra Svizzera e Indonesia del 2022; preambolo, art. 2, par. 7, inclusivo di una clausola «non-relaxation», art. 3 sul «right to regulate» e art. 4, c), in materia di espropriazione del trattato per la protezione e promozione degli investimenti tra Ungheria e Oman del 2022 sono esempi recenti di questo genere di disposizioni.

<sup>2</sup> Rilevano i preamboli del *Model BIT* canadese del 2004 e di quello del medesimo Stato del 2021; del *Model BIT* della Belgium-Luxembourg Economic Union (BLEU) e di quello del Marocco del 2019.

<sup>3</sup> Si vedano i *Model BIT* del Canada del 2004 e del 2021. Segnalo, tra gli altri, l’art. 33 del trattato tra Canada e Cina del 2012 a norma del quale «2. [p]rovided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; (b) necessary

e/o «non-relaxation measures»<sup>4</sup> con riguardo all'ambito di applicazione degli obblighi di trattamento. Certi trattati prevedono la tutela di interessi non economici quale eccezione agli obblighi sul divieto di «performance requirements»<sup>5</sup>. Merita evidenziare altresì che le clausole contemplanti «non-precluding measures» ricalcano l'art. XX del Trattato GATT 1994 e avallano pertanto l'idea secondo cui gli orientamenti dell'Organo di appello dell'OMC relativamente al ricorso alla proporzionalità nell'interpretazione e applicazione di tale articolo potrebbero essere rilevanti per il bilanciamento degli interessi tra Stati ospiti e investitori stranieri ad opera di tribunali arbitrali<sup>6</sup>.

to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption». Segnalo anche il trattato tra Svizzera e Mauritius del 1998; quello tra Nuova Zelanda e Argentina del 1999; il trattato bilaterale tra Australia e Uruguay del 2019.

<sup>4</sup> Rilevano il preambolo del *Model BIT* canadese del 2004 e l'art. 4 del *Model BIT* del medesimo Stato del 2021. Diversi trattati conclusi dagli Stati Uniti a partire dagli anni novanta del secolo scorso prevedono nei loro preamboli che «the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognized worker rights» e sottolineano che i loro obiettivi economici «can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application». Si vedano i trattati con Argentina del 1991; Russia del 1992 (il quale si riferisce a «the well-being of workers» e alla promozione del «respect for internationally recognized worker rights»); Nicaragua del 1995; Azerbaijan e Giordania del 1997; e Bolivia del 1998. I *Model BIT* degli Stati Uniti del 2004 e 2012 contemplano una «non-relaxation clause» fondata sull'esigenza di una integrazione maggiore tra obiettivi economici tipici di un trattato in materia di investimenti e la salvaguardia di alcuni interessi non economici. Questa clausola specifica «[d]esiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights». Segnalo anche, tra gli altri, i trattati tra Paesi Bassi e Namibia e tra Corea e Trinidad e Tobago del 2002; e tra Finlandia e Kirgizistan del 2003. Clausole più dettagliate possono trovarsi relativamente all'esigenza della salvaguardia dell'ambiente. Per esempio, clausole di questo genere «[e]ach Contracting Party recognizes that it is inappropriate to encourage investment by investors of another Contracting Party by relaxing its environmental measures. To this effect each Contracting Party should not waive or otherwise derogate from such environmental measures as an encouragement for the establishment, acquisition or expansion of investments in its territory». Si vedano, tra gli altri, il trattato Svizzera e Messico del 1995; il *Model BIT* canadese del 2004; l'accordo di libero scambio tra Canada e Colombia del 2008; e l'accordo sugli investimenti tra Giappone, Cina e Corea del sud del 2012.

<sup>5</sup> Segnalo, in particolare, i *Model BIT* del Canada del 2021 e degli Stati Uniti del 2012; l'accordo di libero scambio tra Australia e Singapore del 2003.

<sup>6</sup> Cfr. TANIGUCHI, ISHIKAWA, *Balancing Investment Protection and Other Public Policy Goals Lessons from WTO Jurisprudence*, in *International Economic Law and Governance*:

I *Model BIT* statunitensi del 2004 e del 2012 includono disposizioni specifiche sul rapporto tra investimenti e ambiente, da un lato, e tra investimenti e lavoro, dall'altro. Peraltro, nel testo del *Model BIT* del 2012 la disposizione rilevante sul rapporto tra investimenti e ambiente, l'art. 12, è divenuta più lunga e articolata. L'art. 12 si riferisce a un concetto ampio di ambiente e dei provvedimenti che possono essere adottati per la sua protezione. Questi provvedimenti possono essere diretti alla prevenzione e controllo dell'inquinamento atmosferico, dell'impiego di sostanze tossiche e nocive, alla preservazione della «wild flora and fauna» e/o «specially protected natural areas». L'art. 12 istituisce altresì una correlazione diretta tra protezione dell'ambiente e della salute, specificando che «'environmental law' means each Party's statutes or regulations, or provisions thereof, the primary purpose of which is the protection of the environment, or the prevention of a danger to human, animal, or plant life or health»<sup>7</sup>. Il par. 7 dell'art. 12 pone in evidenza come il rapporto tra investimenti e ambiente dipenda pure dalle comunità locali e dall'opinione pubblica<sup>8</sup>. L'art. 13 del *Model BIT* statunitense del 2012 concerne il rapporto tra investimenti e lavoro. Esso si riferisce agli standard inter-

*Essays in Honour of Mitsuo Matsushita* (edited by CHAISE, LIN), 2016, p. 68 ss. Questi autori pongono in risalto come il ricorso al principio di proporzionalità nell'interpretazione e applicazione del diritto internazionale in materia di investimenti, analogamente all'orientamento seguito dall'Organo di appello dell'OMC in taluni casi, permetterebbe ai tribunali arbitrali – istituiti da trattati internazionali in materia di investimenti – di adottare un approccio flessibile, e deferente, verso la pretesa dello Stato ospite convenuto di giustificare le sue scelte normative durante la vita dell'investimento straniero sulla base della necessità. Sono ritenuti rilevanti in proposito i seguenti casi: *Tecmed c. Messico*, ICSID AF/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, par. 122; *Azurix c. Argentina*, ICSID ARB/01/12, sentenza, 14 luglio 2006, par. 311; *LG&E and Others c. Argentina*, ARB/02/1, decisione sulla responsabilità civile, 3 ottobre 2006, par. 195; e *Continental Casualty c. Argentina*, ICSID ARB/03/9, sentenza, 5 settembre 2008, par. 227.

<sup>7</sup> Il nuovo art. 12 lascia ampia discrezionalità agli Stati contraenti per la protezione dell'ambiente. A norma del suo par. 3, «[t]he Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters, and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities».

<sup>8</sup> Secondo l'art. 12, par. 7, «[t]he Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public participation regarding any matter arising under this Article». Merita osservare che l'art. 12 (7) non richiama la Convenzione UNECE di Aarhus del 1998 su «Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters», benché questa disposizione sia chiaramente ispirata dalla suddetta Convenzione.



nazionali di protezione dei lavoratori posti dalle Convenzioni concluse ad opera dell'Organizzazione internazionale del lavoro ("International Labour Organization", ILO) per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori<sup>9</sup>.

Alcuni Stati e l'Unione Europea hanno introdotto anche clausole espressamente dedicate al "right to regulate", alla responsabilità sociale d'impresa ovvero allo sviluppo sostenibile in quanto tale, quali *caveat*, ossia correttivi della portata favorevole alla tutela degli interessi degli investitori degli obblighi di trattamento e protezione degli investimenti stranieri tradizionalmente contemplati nei trattati.

Quanto al "right to regulate", i mutamenti degli equilibri tra potenze, l'instabilità dei cicli economici e quindi sociali prodotti dal processo di interdipendenza e liberalizzazione su scala mondiale hanno alterato i rapporti tra Stati di origine e Stati ospiti di investimenti, nonché tra Stati ospiti e investitori stranieri, e generato un riposizionamento di numerosi Stati nella vita di relazione internazionale concernente gli investimenti. Come evidenziato, Stati tradizionalmente di origine di investitori stranieri sono divenuti, all'occasione, Stati ospiti e viceversa. È così che taluni Stati economicamente avanzati, come il Canada e gli Stati Uniti, soprattutto durante l'Amministrazione Obama, l'Unione europea e alcuni dei suoi Stati membri, quali Paesi Bassi, Italia e Slovacchia, e taluni Stati

<sup>9</sup> L'art. 13 del *Model BIT* statunitense del 2012 prevede che «1. [t]he Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor Organization ("ILO") and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up. 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its labor laws where the waiver or derogation would be inconsistent with the labor rights referred to in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 3, or fail to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. 3. For purposes of this Article, "labor laws" means each Party's statutes or regulations, or provisions thereof, that are directly related to the following: (a) freedom of association; (b) the effective recognition of the right to collective bargaining; (c) the elimination of all forms of forced or compulsory labor; (d) the effective abolition of child labor and a prohibition on the worst forms of child labor; (e) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and (f) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health. [...] 5. The Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public participation regarding any matter arising under this Article».

emergenti hanno modificato la struttura tipica dei rispettivi trattati internazionali in materia di investimenti mediante l'inserimento di eccezioni e clausole di deroga specifiche tese alla salvaguardia dell'esercizio della sovranità normativa per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico in termini di "right to regulate". In questo modo, tali Stati hanno iniziato sia a promuovere investimenti di qualità nella logica dello sviluppo sostenibile sia a prevenire controversie con investitori stranieri giacché hanno posto limiti alle loro pretese di indennizzo ponendo limiti alle norme dei trattati internazionali in materia. La tutela dell'ambiente e della salute è tra gli obiettivi di interesse pubblico più ricorrenti per la connotazione del "right to regulate".

Diversi trattati contemplano questa novità nei propri preamboli e/o in disposizioni volte a escludere l'esigenza di pagamento di un indennizzo calcolato secondo i criteri previsti nei trattati internazionali in materia di investimenti per la liceità di provvedimenti statali non discriminatori diretti alla tutela di un interesse pubblico di natura non economica adottati da uno degli Stati contraenti<sup>10</sup>. Il Canada è stato il primo a inserire nel proprio *Model BIT* del 2004 una disposizione in materia di espropriazione volta a escludere l'obbligo dell'indennizzo qualora la condotta controversa dello Stato ospite consista nell'adozione di un provvedimento normativo nazionale non discriminatorio per la tutela di un interesse pubblico legittimo, tra cui la tutela dell'ambiente e della salute<sup>11</sup>. Una disposizione analoga si trova oggi in numerosi trattati internazionali applicabili in materia di investimenti<sup>12</sup>. Il tribunale ICSID del caso *Eco*

<sup>10</sup> L'art. 13, par. 4, del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco del 2016 dispone che «[n]othing in this Agreement shall be constructed to prevent a Party from adopting maintaining, or enforcing, in a non-discriminatory manner, any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental and social concern».

<sup>11</sup> I trattati bilaterali conclusi dal Canada rispettivamente con Barbados ed Egitto nel 1996 e Armenia nel 1997 includono questa disposizione. Il *Model BIT* canadese del 2004 prevede nell'allegato in materia di espropriazioni che «[e]xcept in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations». Questa disposizione non si trova nel *Model BIT* canadese del 2021, essendo stata inserita una clausola apposita per la salvaguardia del «right to regulate» all'art. 3. Si vedano altresì i *Model BIT* dell'India del 2015, dei Paesi Bassi del 2019 e dell'Italia del 2020.

<sup>12</sup> Rilevano, tra gli altri, il preambolo e l'art. 1 del *Model BIT* della Belgium-Luxem-

*Oro c. Colombia* si è pronunciato accuratamente sulla portata di questo genere di disposizione inclusa nel trattato bilaterale di libero scambio tra Canada e Colombia del 2008, concludendo, a maggioranza, che la legislazione in materia di tutela ambientale adottata dalla Colombia fosse in buona fede, non discriminatoria e l'esercizio legittimo di «police powers», anziché un'espropriazione indiretta, valorizzando in proposito, tra l'altro, il principio di precauzione<sup>13</sup>. Tuttavia, la medesima maggioranza ha escluso, in virtù di ragionamenti particolareggiati ma non del tutto convincenti, che la suddetta disposizione, in combinazione con quella sullo standard minimo di trattamento, giustificasse la pretesa della Colombia di non pagare l'indennizzo per il danno subito dall'investitore. Né la maggioranza dei membri del tribunale né l'arbitro in parte dissidente Philippe Sands hanno ritenuto che la Colombia avesse usato in maniera

bourg Economic Union (BLEU) del 2019, secondo cui la stabilità finanziaria rientrerebbe tra gli interessi preservati dal “right to regulate”; l'art. 5.5 del *Model BIT* dell'India del 2015 e il capitolo sugli investimenti del trattato di libero scambio del 2004 tra Stati Uniti e Australia e quello dell'Accordo di partenariato economico transPacifico (“Trans-Pacific Partnership Agreement”, TPP) del 2015 tra Australia, Brunei, Canada, Cile, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Peru, Singapore e Vietnam. Questo trattato esclude inoltre le controversie tra uno Stato contraente e un investitore di un altro Stato contraente relative a eventuali provvedimenti nazionali sul controllo del consumo di tabacco dall'ambito di applicazione delle clausole sull'“arbitrato diretto”. A norma dell'art. 29.5 del “Chapter 29” del TPP relativo a «Tobacco Control Measures», «[a] Party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims under Section B of Chapter 9 (Investment) if a Party has made such an election. If a Party has not elected to deny benefits with respect to such claims by the time of the submission of such a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), a Party may elect to deny benefits during the proceedings. For greater certainty, if a Party elects to deny benefits with respect to such claims, any such claim shall be dismissed». Quest'articolo specifica nella nota 12 che «[a] tobacco control measure means a measure of a Party related to the production or consumption of manufactured tobacco products (including products made or derived from tobacco), their distribution, labelling, packaging, advertising, marketing, promotion, sale, purchase, or use, as well as enforcement measures, such as inspection, recordkeeping, and reporting requirements. For greater certainty, a measure with respect to tobacco leaf that is not in the possession of a manufacturer of tobacco products or that is not part of a manufactured tobacco product is not a tobacco control measure». Per approfondimenti, segnalo, tra gli altri, IRELAND, *The Trans-Pacific Partnership Tobacco Carve-Out Precedent*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2016, n. 4, p. 165 ss.; PUIG, SHAFER, *A Breakthrough with the TPP: the Tobacco Carve-out*, in *Yale Journal Health Policy, Law, and Ethics*, 2016, p. 327 ss.

<sup>13</sup> *Eco Oro Minerals Corp c. Colombia*, caso ICSID n. ARB/16/41, decisione relativa alla competenza, responsabilità civile per danni e indicazioni per la determinazione del *quantum* dell'indennizzo, 9 settembre 2021, par. 699.

coerente la clausola di eccezione prevista nel trattato di libero scambio col Canada. L'arbitro Philippe Sands ha convenuto con la maggioranza relativamente alla rilevanza del principio di precauzione quale esimente della condotta della Colombia, al tempo di incertezze causate da perdite di biodiversità e necessità di transizione ecologica a causa dei cambiamenti climatici<sup>14</sup>, pur non concordando sul mancato accertamento di un'avvenuta espropriazione indiretta.

Alcuni trattati di libero scambio o partenariato economico conclusi dall'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, trattati bilaterali in materia di investimenti e *Model BIT* più recenti prevedono inoltre clausole specifiche sul "right to regulate"<sup>15</sup>. La ragione principale di questo rinnovamento di prospettiva deriva dal fatto che Stati siffatti e l'Unione europea hanno considerato l'inclusione di queste clausole nei trattati internazionali applicabili agli investimenti di "nuova generazione" quale soluzione tecnica al problema della gestione, soluzione e prevenzione del rischio derivante dall'interazione tra interessi e norme eterogenee caratterizzanti ormai la realtà dei rapporti economici transnazionali. In virtù della diversificazione normativa tipica del diritto internazionale, come segnalato, quest'interazione ha generato conflitti tra norme internazionali relative a settori distinti, nel corso di alcuni procedimenti arbitrali istituiti sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti. Nella fase attuale di turbolenza del processo di liberalizzazione e interdipendenza, tali conflitti sono risultati un rischio ulteriore tanto per gli operatori del commercio e gli investitori quanto per gli Stati. Alcuni casi arbitrali – sorti sulla base di accordi internazionali in materia di investimenti – hanno evidenziato che, come osservato, gli interessi generali di natura non economica di carattere pubblicistico ricorrenti nelle controversie tra investitori stranieri e Stati ospiti sono la tutela dell'ambiente, della salute pubblica e del patrimonio artistico-cul-

<sup>14</sup> *Idem*, par. 33 dell'opinione parzialmente dissidente di Philippe Sands.

<sup>15</sup> Il *Model BIT* dell'Italia del 2020 prevede un articolo specifico sul "right to regulate", l'art. 5, il cui par. 1 stabilisce che «[f]or the purpose of this Agreement, the Contracting Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of human rights, public health, safety, the environment, public morals, financial stability, social or consumer protection, or the promotion and protection of cultural diversity». Segnalo altresì l'art. 2, par. 2, del *Model BIT* dei Paesi Bassi del 2019 e l'art. 3 del *Model BIT* del Canada del 2021 il quale menziona altresì cambiamenti climatici, diritti dei popoli indigeni, uguaglianza di genere e diversità culturale tra gli obiettivi pubblici legittimi per l'esercizio del "right to regulate".

tuale. Numerosi accordi di “nuova generazione” si riferiscono al “right to regulate” in relazione a tali interessi, denominandoli “legitimate public objectives”, come previsto già nel *Model BIT* del Canada del 2004, in quello più recente del medesimo Stato del 2021 e in quello adottato dall’Italia nel 2020<sup>16</sup>. Rileva anche il testo consolidato dell’Accordo di libero scambio e cooperazione economica tra alcuni Stati del Pacifico, il già menzionato Accordo comprensivo e progressivo di partenariato transpacifico (CPTPP) approvato nel 2018<sup>17</sup>. Il preambolo di quest’Accordo richiama il «right to regulate in the public interest» insieme alla responsabilità sociale d’impresa, come si ritrova in altri trattati analoghi conclusi nell’ultimo decennio.

La novità del “right to regulate” mira a salvaguardare, in definitiva, l’esercizio della sovranità normativa ad opera di uno Stato ospite per la realizzazione di un interesse pubblico di natura non economica considerato legittimo, senza il pagamento di un indennizzo, quand’anche tale esercizio risulti nell’adozione di un atto lesivo degli interessi dell’investitore straniero. L’attribuzione di rilevanza specifica al “right to regulate” per il perseguimento di un obiettivo del genere potrebbe evitare che un tribunale arbitrale accolga l’eventuale pretesa di un investitore straniero circa la qualificazione, come espropriazione indiretta (“regulatory taking”), di un provvedimento normativo dello Stato ospite non discriminatorio volto alla tutela di un interesse siffatto. Questa novità configura pertanto una risposta al problema di distinguere, durante la realizzazione di un investimento straniero, gli atti normativi dello Stato ospite non discriminatori tesi a un interesse generale di carattere pubblicistico – legittimi senza il pagamento di un indennizzo calcolato sulla base dei trattati

<sup>16</sup> Si vedano gli articoli 3 e 9, par. 3, del *Model BIT* del Canada del 2021. Segnalo altresì il preambolo del *Model BIT* adottato dall’Italia nel 2020 secondo cui «[r]ecognising that the provisions of this Agreement preserve the right of the Parties to regulate within their territories in order to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals, financial stability, social or consumer protection, and the promotion and protection of cultural diversity». Cfr. MALAGUTI, *The New Italian Model Bit Between Current and Future Trends*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, p. 113 ss.

<sup>17</sup> A norma del par. 5 dell’art. 20.3 del CPTPP del 2018, «[t]he Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities».

internazionali in materia di investimenti – dagli altri atti normativi dello Stato ospite suscettibili di costituire, a norma del trattato internazionale applicabile, un'espropriazione indiretta illecita, se posti in essere senza il pagamento di un indennizzo determinato secondo quanto disposto dal medesimo trattato.

Il trattato bilaterale tra Slovacchia e Iran del 2016 include una disposizione ulteriore là dove si riferisce al “right to regulate” quale eccezione al trattamento della nazione più favorita. Quest'obbligo di trattamento è divenuto, come segnalato, tipico dei trattati internazionali in materia di investimenti e vieta allo Stato contraente ospite di discriminare tra investitori di Stati diversi sulla base della loro nazionalità. A norma del par. 4, lett. b, dell'art. 4 del suddetto Trattato, relativo all'obbligo degli Stati contraenti di accordare siffatto trattamento, una normativa di uno degli Stati contraenti che tratti un investitore dell'altro Stato contraente in maniera meno favorevole è compatibile con l'obbligo del trattamento della nazione più favorita «if it is adopted and applied by the Contracting Party in pursuit of a legitimate public purpose that is not based on the nationality of the investor or of nationality of the owner of an investment, either explicitly or factually, including the protection of health, safety, the environment, and internationally and domestically recognized labor rights, or the elimination of bribery and corruption, and it bears a reasonable connection to the stated purpose».

Le clausole contemplanti motivi di deroga specifici e/o “caveat” a favore della salvaguardia dell'esercizio della sovranità dello Stato ospite, per la tutela non discriminatoria di interessi pubblici generali di natura non economica, presuppongono beninteso la ragionevolezza della condotta dello Stato ospite. In caso di controversia tra uno Stato contraente e un investitore riconducibile a un altro Stato contraente, un tribunale arbitrale potrebbe accertare la suddetta ragionevolezza accentuando la portata di siffatte clausole in piena discrezionalità, se scegliesse di interpretare le disposizioni del trattato rilevanti per il merito della controversia, come quelle in materia di espropriazioni, in maniera deferente verso lo Stato ospite, in virtù della natura pubblica dell'obbiettivo di tutela perseguito da tale Stato. D'altra parte, la discrezionalità del tribunale arbitrale sarebbe ridotta qualora la propria competenza si fondasse su un trattato internazionale contemplante obblighi ispirati alla proporzionalità<sup>18</sup>. Rimane

<sup>18</sup> Relativamente all'accertamento di un'espropriazione indiretta rilevano l'allegato

aperta pertanto la questione di come l'interpretazione degli arbitri possa essere uno strumento di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. L'investitore potrebbe scegliere di non chiedere l'istituzione di un tribunale arbitrale sulla base del trattato, ed evitare dunque la trasformazione del conflitto di interessi con lo Stato ospite in un contenzioso, qualora preferisse prevenire un'eventuale azione difensiva di tale Stato fondata sui contenuti della clausola sul "right to regulate" combinata con quella sul trattamento della nazione più favorita. La combinazione tra le medesime clausole estende peraltro il margine di discrezionalità dell'eventuale tribunale arbitrale nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni rilevanti dello stesso trattato.

2. La Cina e l'India, Stati annoverati tra quelli emergenti, hanno intensificato la promozione di investimenti di propri nazionali all'estero e quindi la conclusione di trattati internazionali in materia di investimenti, includendovi anch'essi talune clausole per la salvaguardia di interessi non economici e/o la promozione della responsabilità sociale d'impresa. Questa circostanza è importante sotto i profili tanto economico e finanziario quanto geopolitico perché la Cina e l'India avevano contribuito in precedenza all'affermazione del BRICS, quale iniziativa congiunta con Russia, Brasile e Sud Africa per potenziare il proprio ruolo nelle relazioni internazionali – politiche ed economiche –, in contrapposizione alla caratterizzazione di tali relazioni secondo gli orientamenti tipicamente

8-A, par. 2, in materia di espropriazioni del CETA e l'allegato 14-B, par. 3, in materia di espropriazioni del trattato di libero scambio tra Stati Uniti, Messico e Canada (USMCA) concluso nel 2018 ed entrato in vigore nel 2020. Segnalo altresì l'art. 8 del *Model BIT* della Belgium-Luxembourg Economic Union del 2019 e l'art. 9, par. 3, del *Model BIT* canadese del 2021. Relativamente alla proporzionalità quale parametro di riferimento per l'accertamento di una violazione dell'obbligo del trattamento giusto ed equo posto da un trattato internazionale in materia di investimenti, si veda, per esempio, *Charanne and Construction Investments c. Spagna*, arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma, caso 062/2012, sentenza, 21 gennaio 2016, specialmente par. 517. Segnalo, tra gli altri, NEWCOMBE, *The Use of General Exceptions in IIAs: Increasing Legitimacy or Uncertainty?*, in *Improving International Investment Agreements* (edited by DE MESTRAL, LÉVESQUE), 2013, Abingdon, p. 267 ss.; VANDELDE, *Rebalancing Through Exceptions*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2013, p. 449 ss.; MILLS, *The Balancing (and Unbalancing) of Interests in International Investment Law and Arbitration*, in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (edited by DOUGLAS, PAUWELYN, VIÑALES), Oxford, 2014, p. 437 ss.; KIM, *Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements*, in *George Washington International Law Review*, 2018, p. 289 ss.

di stampo occidentale promossi dagli Stati economicamente avanzati a partire dal periodo successivo alla fine della seconda guerra mondiale<sup>19</sup>.

La posizione dell'India a favore della promozione di investimenti stranieri qualitativi è risalente ed emerge già da alcuni trattati bilaterali degli anni novanta del secolo scorso<sup>20</sup>, nonché dal suo *Model BIT* del 2015 cui faccio riferimento qua e là nel corso dell'indagine, quando opportuno, giacché esso riflette una revisione della sua politica di attrazione di investimenti stranieri fino ad allora realizzata<sup>21</sup>. Qui mi limito a segnalare che i primi si caratterizzano per l'inclusione di "non-precluding measures" e il secondo ha introdotto disposizioni sul "right to regulate" e sulla responsabilità sociale d'impresa. La posizione a favore della promozione di investimenti stranieri qualitativi emerge anche da taluni trattati risalenti di alcuni Stati dell'America Latina<sup>22</sup> e di uno Stato emergente come Singapore<sup>23</sup>.

Per quanto concerne la posizione della Cina, essa è oggi tra gli Stati con più investimenti all'estero. La maggioranza di tali investimenti è in Stati in via di sviluppo, soprattutto del Continente africano. Vi sono investimenti cinesi anche in Stati economicamente avanzati. Per queste ragioni, la Cina ha concluso molteplici accordi internazionali in materia<sup>24</sup>,

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, CHIN, *The State of the Art: Trends in the Study of the BRICS and Multilateral Organizations*, in *Rising Powers and Multilateral Institutions* (edited by LESAGE, VAN DE GRAAF), Londra, 2015, p. 19 ss.; SALZMAN, *Russia, BRICS, and the Disruption of Global Order*, Washington DC, 2019. Oltre a buona parte dei trattati conclusi di recente dalla Cina menzionati nelle note successive, si veda il *Model BIT* dell'India del 2015. Come si evidenzierà in questo stesso paragrafo merita attenzione altresì la specificità della prassi più recente dei trattati o modelli di trattati in materia di Stati africani.

<sup>20</sup> Segnalo i trattati bilaterali conclusi dall'India rispettivamente con la Germania e con l'Italia nel 1995; con la Repubblica Ceca nel 1996 e con l'Australia nel 1999 (il quale specifica «measures necessary ... for the prevention of diseases or pests»); quello tra India e Brasile del 2020.

<sup>21</sup> Cfr. RANJAN, *India and Bilateral Investment Treaties: Refusal, Acceptance, Backlash*, Oxford, 2019.

<sup>22</sup> Si vedano, tra gli altri, l'accordo di libero scambio tra Bolivia e Messico del 1994; il *Model BIT* della Colombia del 2007.

<sup>23</sup> Rileva, per esempio, già il trattato bilaterale tra Australia e Singapore del 2003.

<sup>24</sup> La Cina ha concluso centoventisette trattati bilaterali in materia di investimenti tra il 1985, anno dei trattati con Austria e Italia, e il 2015, quando ha concluso quello con la Turchia. Essa ha concluso trattati bilaterali con Stati africani, tra cui Tunisia e Uganda nel 2004, Guinea, Madagascar e Namibia nel 2005, Mali nel 2009, Libia nel 2010, Congo nel 2011, Tanzania nel 2013, diversi trattati di cooperazione economica con disposizioni in materia di investimenti, tra questi uno con l'ASEAN.



dimostrando dunque un mutamento di orientamento rispetto al passato. La Cina ha iniziato a partecipare alla vita di relazione internazionale relativa agli investimenti con la “Open Door Policy” del 1978 e l’istituzione di zone economiche speciali e città aperte costiere, al fine della promozione e del coordinamento di programmi di modernizzazione dell’economia nazionale, in funzione del miglioramento delle condizioni di vita all’interno. Nel 1997, con la “Going Global Policy” la Cina ha avviato azioni per combinare investimenti all’estero e nazionali, tramite in particolare la stipulazione di trattati internazionali *ad hoc*. Successivamente, la Cina ha manifestato un interesse specifico alle questioni di *governance* in materia di investimenti stranieri dapprima con la “Going Global 2.0” e poi con la “Belt and Road Initiative”, relativamente a investimenti di grandi dimensioni, in settori quali connettività, infrastrutture, cantieri navali, impianti siderurgici ed energia<sup>25</sup>. I trattati internazionali in materia di investimenti conclusi dalla Cina successivamente all’avvio della “Belt and Road Initiative” si ispirano a principi quali apertura, trasparenza e “accountability”. I suddetti trattati mirano tanto alla protezione e promozione, includendo clausole sull’“arbitrato diretto”, quanto alla liberalizzazione degli investimenti stranieri. Significativo è inoltre il fatto che la Cina sia apparsa intenzionata a promuovere la logica della sostenibilità ambientale, attraverso la “Belt and Road Initiative”, con riferimento alle attività economiche transnazionali nei settori della costruzione, trasporti, tecnologia, energia, con attenzione particolare alla riduzione dell’impiego di risorse fossili per la sua produzione<sup>26</sup>. Rileva altresì il trattato di partenariato economico comprensivo regionale (RCEP) concluso dalla Cina con dieci Stati membri dell’ASEAN nel 2020<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Per approfondimenti, segnalo, per tutti, CHAISSE, *China’s International Investment Strategy*, Oxford, 2019; GALLAGHER, SHAN, *Chinese Investment Treaties*, Oxford, 2009.

<sup>26</sup> Cfr. Chinese Academy of International Trade and Economic Co-operation, Ministry of Commerce, United Nations Development Program China, *Supporting the Belt and Road Regions to Achieve the 2030 Agenda for Sustainable Development*, May 2017; UNDP, CCIEE, *The Belt and Road Initiative: A New Means to Transformative Global Governance towards Sustainable Development*, UNDP Global Governance Report 2017.

<sup>27</sup> I dieci Stati membri dell’ASEAN parti contraenti al trattato di partenariato economico comprensivo regionale (RCEP) del 2020 sono Brunei, Cambogia, Indonesia, Laos, Malesia, Myanmar, Filippine, Singapore e Vietnam, insieme ad altri quattro Stati dell’area Asia-Pacifico, rispettivamente Australia, Giappone, Nuova Zelanda e Corea del Sud. Negoziati per la conclusione di un trattato del genere tra le parti contraenti erano iniziati nel 2002 quando la Cina e l’ASEAN conclusero l’accordo quadro sulla cooperazione economica comprensiva (“Framework Agreement on Comprehensive Economic Coope-

Sovente, a integrazione della normativa internazionale eventualmente applicabile in virtù di un trattato internazionale, la realizzazione concreta di investimenti cinesi si fonda su intese specifiche informali, come “memorandum of understanding”, tra la Cina e lo Stato ospite e/o contratti che rinviando, in linea di principio, al diritto cinese quale diritto applicabile, anche per quanto riguarda la soluzione delle controversie<sup>28</sup>. Alcuni trattati perseguono la qualità degli investimenti in termini di sostenibilità, includendo clausole vuoi sulle «non-precluding»<sup>29</sup> e/o «non-relaxation measures»<sup>30</sup> vuoi sulla salvaguardia della potestà normativa dello Stato ospite per la tutela di interessi generali quali l’ambiente e la salute<sup>31</sup>. Il

ration”) relativamente, in particolare, a commercio e investimenti. Già in quell’accordo tali parti si impegnarono ad avviare negoziati ulteriori, tra l’altro, per la promozione, protezione e liberalizzazione degli investimenti stranieri.

<sup>28</sup> Il 23 marzo 2019 la Cina ha firmato un “memorandum of understanding” con l’Italia per la promozione di progetti comuni di attuazione della “Belt and Road Initiative”. Per approfondimenti, segnalo, per tutti, CALAMITA, *Dalla “Via della seta” alla Belt and Road Initiative: analisi dei contenuti e della vincolatività giuridica del MoU Italia-Cina*, in DPCE online, 2019, n. 3, p. 1961 ss.

<sup>29</sup> Per esempio, l’art. 33, par. 2, del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Cina e Canada del 2012 dispone che «[p]rovided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption». Questa clausola è analoga all’art. XX del GATT 1994.

<sup>30</sup> Per esempio, a norma dell’art. 10 del trattato bilaterale tra Cina e Tanzania del 2013, «1. [t]he Contracting Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Contracting Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. 2. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health». Segnalo anche l’art. 200 del trattato di libero scambio tra Cina e Nuova Zelanda del 2008. Questo è stato modificato nel 2019, per includervi, tra l’altro, un capitolo specifico sul rapporto tra commercio e ambiente.

<sup>31</sup> L’art. 6, par. 3, del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Cina e Tanzania del 2013 prevede che «[e]xcept in rare circumstances, such as where the measures ad-

RCEP riconosce nel preambolo l'importanza delle *partnership* economiche per la realizzazione dello sviluppo sostenibile, nonché l'interdipendenza strutturale tra i suoi tre elementi basilari: economico, ambientale e sociale. Altri si riferiscono allo sviluppo sostenibile *tout court* nel preambolo, come il già menzionato CAI con l'Unione europea e i suoi Stati membri del 2020<sup>32</sup>. Questo delinea un mutamento significativo nell'orientamento in materia di trattamento e protezione degli investimenti stranieri<sup>33</sup>. In effetti, per la prima volta, un trattato internazionale applicabile agli investimenti della Cina include un capitolo specifico sullo sviluppo sostenibile, la sezione IV del CAI. La prima disposizione di questo capitolo richiama diversi strumenti internazionali, vincolanti o meno, volti a promuovere uno sviluppo siffatto nella sua dimensione triplice<sup>34</sup>.

opted substantially exceed the measures necessary for maintaining reasonable public welfare, legitimate regulatory measures adopted by one Contracting Party for the purpose of protecting public health, safety and the environment, and that are for the public welfare and are non-discriminatory, do not constitute indirect expropriation». Analogamente, rilevano le disposizioni di altri trattati bilaterali in materia di investimenti conclusi dalla Cina, come l'art. 5 (3) del Protocollo III di quello con l'India del 2006 e l'art. 6, par. 3, di quello con il Canada del 2012; e l'art. 4 dell'«Annex-10B» del RCEP.

<sup>32</sup> Il preambolo del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Cina e Canada del 2012 riconosce «the need to promote investment based on the principles of sustainable development». Si veda anche, tra gli altri, il trattato bilaterale tra Giappone e Argentina del 2018.

<sup>33</sup> Per approfondimenti, ZHENG, *China's Foreign Investment Legal Regime*, Leiden, Boston, 2023; WEIN, *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Cambridge, 2021; MAURO, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: New Perspectives in the World of IIAs*, in *Enforcement & Law-Making of the EU Trade Policy* (a cura di BARONCINI, ESPA, MARCEDDU, MULAS, SALUZZO), Bologna, 2022, p. 113 ss. (*open access* al link <http://amsacta.unibo.it/6953/>).

<sup>34</sup> L'art. I.1 della sezione quarta del CAI relativo a «[o]verarching principles» dispone che «1. [t]he Parties recall the relevant international documents with regard to sustainable development in particular the Agenda 21 on Environment and Development of 1992, the Johannesburg Plan of Implementation on Sustainable Development of 2002, the Ministerial Declaration of the UN Economic and Social Council on Full Employment and Decent Work of 2006, the International Labour Organisation (ILO) Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation of 2008 and the Outcome Document of the UN Conference on Sustainable Development of 2012 entitled "The Future We Want", the UN 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals, and the 2019 ILO Centenary Declaration for the Future of Work and reaffirm their commitment to promote the development of investment in such a way as to contribute to the objective of sustainable development, for the welfare of present and future generations, and to ensure that this objective is integrated and reflected in their investment». L'art. I.1 della sezione quarta del CAI specifica altresì che «[t]he Parties are committed to pursue sustainable development, and recognize that economic development, social development

Dal CAI emerge l'impegno a favore dei diritti dei lavoratori e della persona *tout court* secondo standard internazionali, della responsabilità sociale d'impresa, del contrasto dei cambiamenti climatici, nonché del multilateralismo, per l'attuazione dei SDGs, mediante regionalismo, accordi preferenziali e/o intese informali. La sostenibilità, in termini di qualità degli investimenti stranieri, è promossa quale strumento di competizione<sup>35</sup>. L'art. 1 del CAI si riferisce al "right to regulate" a vantaggio della tutela di interessi non economici<sup>36</sup>. Quanto alla rilevanza effettiva della sostenibilità nel CAI, è meritevole d'attenzione particolare il tentativo di superamento della diversificazione normativa insito nel richiamo di strumenti specifici convenzionali e/o *soft*. Tuttavia, il CAI include obblighi enunciati in maniera indeterminata. La ratifica dell'Unione europea del CAI è peraltro sospesa<sup>37</sup> per alcune sanzioni adottate, da un lato, dal Consiglio affari esteri dell'Unione contro la Cina a norma dell'"EU Global Human Rights Sanctions Regime" per il trattamento da parte del governo cinese della minoranza Uiguri e, dall'altro, dalla Cina contro membri di Parlamenti nazionali di Stati membri dell'Unione e dello stesso Parlamento europeo<sup>38</sup>. Questa circostanza mostra come l'approccio della Cina quale "State-driven" del diritto e della *governance* internazionale in materia di investimenti si caratterizzi, da un lato, per una certa politicizzazione e, dall'altro, per la ricerca di coerenza e ricorrenza degli obbiettivi e principi, prolungamento di negoziati, informalismo e aggiustamenti, seppure

and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing dimensions of sustainable development». Una disposizione analoga si trova nel preambolo del RCEP.

<sup>35</sup> Per tutti, COTULA, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An Appraisal of Its Sustainable Development Section*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 360 ss.

<sup>36</sup> Sul punto rileva anche l'art. 1, subsezioni 2 e 3, della sezione quarta del CAI su investimenti e sviluppo sostenibile.

<sup>37</sup> Segnalo Parlamento europeo, "Chinese countersanctions on EU entities and MEPs and MPs", risoluzione del 20 maggio 2021 sulle "countersanctions" cinesi, 2021/2644(RSP); Parlamento europeo, "Human Rights Situation in Xinjiang, including the Xinjiang police file", risoluzione del 9 giugno 2022, 2022/2700(RSP). Nella primavera del 2021 la posizione del Parlamento europeo è stata sostenuta anche da dichiarazioni nel quadro delle Nazioni Unite e del G7, nonché da alcuni Stati, tra cui Australia, Belgio, Canada, Germania, Giappone, Italia, Norvegia, Paesi Bassi, Svezia, Svizzera, Regno Unito, Repubblica Ceca e Stati Uniti, e da diverse organizzazioni non governative (<https://uhrp.org/responses/>).

<sup>38</sup> Rileva la dichiarazione del portavoce del ministro degli esteri della Cina del 22 marzo 2021 giustificata da presunte «severely harming China's sovereignty and interests and maliciously spreading lies and disinformation».

talvolta lievi, della diversificazione normativa tipica del diritto internazionale. Sulla base di un confronto tra il CAI e il RCEP, ambedue del 2020, l'importanza della sostenibilità degli investimenti nel primo appare un dato isolato, presumibilmente riferibile alla partecipazione dell'Unione, giacché il capitolo in materia di investimenti, il 10, del RCEP non la richiama e neppure contempla riferimenti allo sviluppo sostenibile, al "right to regulate" come clausola autonoma per la tutela di interessi pubblici non economici e/o alla responsabilità sociale d'impresa.

Merita svolgere adesso alcune considerazioni sull'approccio manifestato in materia dagli Stati africani. Molti di essi hanno impostato in maniera innovativa i rispettivi trattati internazionali in materia di investimenti o modelli di trattati adottati nel quadro degli organismi di integrazione regionale esistenti in quel Continente, quali COMESA, SADC e Unione africana, nel corso dell'ultimo decennio. Si tratta di un'impostazione volta alla mitigazione dello spirito essenzialmente favorevole agli interessi degli investitori stranieri dei trattati tradizionali in materia di investimenti attraverso la promozione dello sviluppo sostenibile. Ciò si evince dalla conclusione dei negoziati tra la Commissione europea e l'Angola del *Sustainable Investment Facilitation Agreement* (SIFA), il 18 novembre 2022, e dall'inserimento di clausole tese alla salvaguardia della sovranità normativa degli Stati ospiti e alla responsabilizzazione sul piano sociale degli investitori nei trattati bilaterali conclusi con la Cina e/o tra loro, per la promozione e la tutela di investimenti nelle proprie relazioni reciproche anche attraverso il regionalismo<sup>39</sup>. In questo modo, gli Stati africani, oltre a quelli asiatici, hanno contribuito al rinnovamento della prassi dei trattati. Essi hanno inserito clausole e/o disposizioni *ad hoc* per l'attribuzione di rilevanza giuridica al "right to regulate" dello Stato ospite<sup>40</sup>, l'affermazione di "obblighi" degli investitori nei propri trattati

<sup>39</sup> In proposito, cfr., per tutti, DENTERS, GAZZINI, *The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2017, n. 3, p. 449 ss.; DE NANTEUIL, *La protection de la liberté normative de l'État dand les traités africains récents relatifs à l'investissement: quelques réflexions*, in *Annuaire africain de droit international*, 2018, p. 14 ss.

<sup>40</sup> Segnalo l'art. 20 del *Model Bilateral Investment Treaty Template* adottato dalla Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale (SADC) nel 2012, il quale, tra l'altro, al par. 1 istituisce un collegamento tra «right to regulate» dello Stato ospite e obiettivi e principi dello sviluppo sostenibile, e l'*Investment Agreement* adottato dal Mercato comune dell'Africa orientale e meridionale (COMESA) nel 2007, il quale, tra l'altro, all'art. 7, par. 2, delinea l'opportunità di parametri di riferimento comuni relativamente alla valutazione

internazionali in materia di investimenti più recenti, per quanto un trattato internazionale non sia la fonte idonea a istituire situazioni giuridiche passive a carico di privati<sup>41</sup>. Il trattato bilaterale in materia di investimenti tra Marocco e Nigeria del 2016 è un esempio sotto entrambi i profili nella prospettiva di Stati non orientati tradizionalmente alla salvaguardia degli interessi dell'investitore straniero. Sotto il primo profilo, il preambolo di tale trattato si riferisce a «the right of the State Parties to regulate and to introduce new measures relating to investments in their territories in order to meet national policy objectives and taking into account any asymmetries with respect to the measures in place, the particular need of developing countries to exercise this right»<sup>42</sup>. Il trattato include un articolo, il 23, espressamente dedicato al «right to regulate». Questo richiama il diritto internazionale generale al par. 1 disponendo che «[i]n accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives» e al par. 3 che «[f]or greater certainly, non-discriminatory measures taken by a State Party to comply with its international obligations under other treaties shall not constitute a breach of this Agreement». Sotto il secondo profilo, il linguaggio, in particolare l'uso di «shall», dell'art. 14 del medesimo trattato, relativo all'impatto ambientale e sociale potenziale di un investimento straniero, sottintende la volontà degli Stati contraenti di istituire «obblighi» degli investitori<sup>43</sup>. Quest'articolo si riferisce all'«obbligo» sia degli

di impatto ambientale e sociale degli investimenti, le condizioni di occupazione, l'osservanza dei diritti della persona, la condotta nell'eventualità di conflitti armati, corruzione.

<sup>41</sup> Sul punto ZUGLIANI, *Human Rights in International Investment Law: the 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 761 ss.; HO, SATTOROVA (edited by), *Investors' International Law*, Oxford, New York, 2021.

<sup>42</sup> I riferimenti al «right to regulate» previsti nei trattati internazionali applicabili in materia di investimenti possono essere più sintetici di quanto contemplato nel trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco. Per esempio, il trattato bilaterale in materia concluso lo stesso anno tra Slovacchia e Iran, gli Stati contraenti riconoscono «the rights and responsibilities of the Contracting Parties to regulate investment within their territories in order to meet own policy objectives».

<sup>43</sup> L'art. 14 del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco dispone che «1) [i]nvestors or the investment shall comply with environmental assessment screening and assessment processes applicable to their proposed investments prior

investitori stranieri sia degli Stati ospiti di adottare un approccio precauzionale nella valutazione dell'impatto ambientale di un investimento per quanto concerne la sua eventuale incidenza negativa sull'ambiente in situazioni di incertezza scientifica (rischio potenziale). Gli investitori sono tenuti a segnalare la scelta eventuale di mitigare l'approccio precauzionale o ricorrere ad approcci alternativi nella suddetta valutazione. Un investitore "dovrebbe" valutare il rischio di danni derivanti dal proprio investimento sulla base del quadro normativo più rigoroso tra quello esistente nello Stato ospite o nello Stato d'origine precedentemente al proprio investimento, senza posticipare l'adozione di azioni ovvero misure preventive correttive, malgrado l'incertezza scientifica. L'effettività di questa disposizione pare attenuata dalla circostanza che il trattato non include alcuna definizione di approccio precauzionale ovvero parametri di riferimento utili a tal fine. Gli Stati contraenti hanno lasciato una discrezionalità alquanto ampia tanto agli investitori quanto ai tribunali arbitrali istituiti eventualmente su richiesta dell'investitore in caso di controversia, come previsto all'art. 27 dello stesso trattato, relativamente all'accertamento della fondatezza dell'approccio precauzionale scelto dall'investitore. L'art. 14, par. 2, prevede l'"obbligo" dell'investitore di realizzare pure la valutazione di impatto sociale del proprio investimento, senza indicare parametri di riferimento utili neanche a tal fine. Gli Stati contraenti si sono impegnati ad adottare, nel corso dei lavori del comitato congiunto istituito dall'art. 4 del trattato, standard per la realizzazione di tale genere di valutazione da parte dei propri investitori. D'altra parte, il preambolo del trattato richiama la valutazione di impatto tanto ambientale quanto sociale definendole solo in via formale in maniera distinta<sup>44</sup>. Nella sostanza neppure il preambolo prevede parametri utili per

to their establishment, as required by the laws of the host state for such an investment or the laws of the home state for such an investment, whichever is more rigorous in relation to the investment in question. 2) Investors or the investment shall conduct a social impact assessment of the potential investment. Parties shall adopt standards for this purpose at the meeting of the Joint Committee. 3) Investors, their investment and host state authorities shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to a proposed investment, including any necessary mitigation or alternative approaches of the precautionary principle by investors and investments shall be described in the environmental impact assessment they undertake».

<sup>44</sup> Il preambolo chiarisce che «“Environmental Impact Assessment” means the process used to predict the environmental consequences (positive or negative) of a plan, policy, program or project prior to move forward with the proposed action», mentre

la definizione dell'impatto ambientale ovvero sociale di un investimento straniero. Può ipotizzarsi che, alla luce del par. 1 dell'art. 13 del trattato relativo al rapporto tra investimenti e ambiente, l'interpretazione e applicazione delle disposizioni sull'approccio precauzionale avvengano con riferimento agli obblighi internazionali in materia in capo agli Stati contraenti<sup>45</sup>. Nello stesso senso rileva l'art. 15 del medesimo trattato relativo al rapporto tra investimenti, lavoro e diritti della persona. Gli Stati contraenti richiamano i propri obblighi alla luce del quadro normativo – vincolante o meno – istituito dall'Organizzazione internazionale del lavoro e degli strumenti internazionali sui diritti della persona. Tali Stati si impegnano, in particolare, a innalzare il livello di tutela sociale previsto nelle proprie legislazioni nazionali in misura appropriata alla propria situazione economica e sociale, anziché ridurlo al fine dell'attrazione di investimenti stranieri. L'assunto che il trattato miri a istituire "obblighi" riferibili agli investitori può evincersi anche dal linguaggio dell'art. 25, par. 1, – dedicato alla responsabilità sociale d'impresa – secondo cui gli investitori "dovrebbero" contribuire nella misura massima possibile allo sviluppo sostenibile dello Stato ospite e delle comunità locali attraverso il ricorso a pratiche di condotta socialmente responsabili supplementari al rispetto sia del quadro normativo esistente sul piano interno degli Stati contraenti sia degli «obligations in this Agreement». Rileva pure l'art. 20 del *Model BIT* del Marocco del 2019.

L'effettività di queste diverse disposizioni appare nel complesso attenuata, alla luce di altre disposizioni dello stesso trattato tra Marocco e Nigeria. Uno dei paragrafi dell'articolo specificamente dedicato al «right to regulate», il 23, tempera lo spirito favorevole allo Stato ospite là dove ribadisce l'esigenza del bilanciamento tra "diritti" e "obblighi" relativamente al "right to regulate" del suddetto Stato<sup>46</sup>. La salvaguardia della

«“Social Impact Assessment” means the process of assessing or estimating in advance the social consequences that are likely to follow from specific actions project development, particularly in the context of appropriate national, state or provincial environment policy legislation».

<sup>45</sup> Conformemente al par. 1 dell'art. 13, «[t]he Parties recognize that their respective environmental laws policies, and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment».

<sup>46</sup> Il par. 2 dell'art. 23 prevede che «[e]xcept where the rights of Host State are expressly stated as an exception to the obligation of this Agreement, a Host State's pursuit of its rights to regulate shall be understood as embodied within a balance of the rights and obligations of Investors and Investments and Host States, as set out in the Agreement».



sua potestà normativa rileva dunque solo in via residuale. La logica favorevole agli interessi dell'investitore rimane prioritaria. Questo emerge pure dalla rilevanza attribuita a titolo di eccezione alla tutela degli interessi non economici menzionati. Le disposizioni su "right to regulate", salvaguardia di interessi non economici e "obblighi" degli investitori non sono inoltre collegate a quelle sulla soluzione delle controversie tra uno Stato contraente e un investitore riconducibile all'altro Stato contraente. Queste ultime confermano il potere d'azione di un investitore, ma non di uno degli Stati contraenti, davanti a un tribunale arbitrale istituito eventualmente sulla base del trattato stesso. Gli Stati contraenti non possono cercare di attuare coercitivamente i presunti "obblighi" posti all'investitore.

Disposizioni analoghe a quelle di questo trattato bilaterale relativamente, in particolare, ai presunti "obblighi", in virtù dell'uso del verbo «shall», in materia ambientale e sociale, e trasferimento di tecnologia, di un investitore straniero, alla rilevanza della sua responsabilità sociale<sup>47</sup>, all'approccio precauzionale dello Stato ospite, nonché alla legalità della condotta di quest'ultimo si trovano nel Codice comune in materia di investimenti adottato dalla Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (ECOWAS) nel 2018<sup>48</sup>. Questo insiste più volte sul fatto che gli Stati contraenti debbano selezionare gli investimenti stranieri sulla base del contributo da essi dato allo sviluppo locale, in termini di creazione di occupazione, impatto economico e sociale, uso di tecnologie e macchinari appropriati, preferenza per l'uso di materie prime e prodotti locali<sup>49</sup>.

La combinazione tra disposizioni di un trattato internazionale in materia di investimenti sulla salvaguardia di certi interessi non economici e le disposizioni del medesimo trattato sulla soluzione delle controversie tra uno Stato contraente e un investitore riconducibile all'altro Stato contraente rimane un problema aperto, quand'anche gli Stati contraenti del trattato siano propensi alla revisione della logica tradizionale favorevo-

<sup>47</sup> Segnalo, in particolare, il preambolo, gli articoli 27-29, 32, 33, paragrafi 7, 34 del Codice.

<sup>48</sup> Rilevano specificamente gli articoli 35-37 del Codice relativamente agli obblighi degli Stati ECOWAS di astenersi da pratiche di corruzione o altrimenti sleali, da un lato, e l'art. 38 relativamente ai presunti obblighi degli investitori di non contribuirvi.

<sup>49</sup> Si veda, in particolare, l'art. 31, par. 7 del Codice. Per quanto concerne una visione critica dell'effettività del Codice ECOWAS qui considerato, cfr. TOSSA, *L'évolution normative de la CEDEAO en matière d'investissement: une analyse des règles substantielles de l'ECOWIC*, in *Revue internationale de droit économique*, 2022 p. 48 ss., specialmente p. 53.

le alla tutela degli interessi degli investitori. Una revisione approfondita del quadro normativo e politico internazionale in materia di investimenti presupporrebbe la ricerca e la proposta di soluzioni a questo problema. Le clausole innovative del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Iran e Slovacchia, alcune proposte della Commissione europea, le novità del CETA e del trattato tra Unione europea, suoi Stati membri e Vietnam precedentemente menzionate appaiono dati utili in proposito. Il *Draft Pan-African Investment Code* del 2016 si caratterizza perché subordina il ricorso alla clausola di “arbitrato diretto” da parte dell’investitore a quanto previsto nella legge nazionale dello Stato ospite convenuto oppure a un accordo specifico tra investitore e Stato ospite e al previo esaurimento dei ricorsi interni<sup>50</sup>.

3. I mutamenti della struttura tipica dei trattati internazionali in materia di investimenti di alcuni Stati e dell’Unione europea successivamente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 hanno rinnovato la portata delle azioni tese alla responsabilizzazione della condotta delle imprese multinazionali sul piano internazionale. Ho fatto riferimento a questi mutamenti. In questo paragrafo intendo segnalare come certi Stati e l’Unione europea abbiano valorizzato la responsabilità sociale d’impresa nei propri trattati internazionali in materia di investimenti più recenti, intensificando le azioni di promozione di siffatta responsabilità sul piano internazionale, quale strumento di competitività e dunque reazione alle congiunture sfavorevoli dei mercati nazionali ed esteri<sup>51</sup>.

Questo rinnovamento si fonda sull’inclusione di clausole sulla responsabilità sociale d’impresa insieme al richiamo di uno o più degli strumenti internazionali in materia adottati nel quadro di organizzazioni internazionali<sup>52</sup>. Specificamente, è frequente il richiamo delle *Guidelines* dell’OCSE e talvolta degli strumenti dell’ILO volti anch’essi a indirizza-

<sup>50</sup> L’art. 42, par. 1, lettera c), stabilisce che «[i]f consultations fail, the dispute may be resolved through arbitration, subject to the applicable laws of the host State and/or the mutual agreement of the disputing parties, and subject to exhaustion of local remedies».

<sup>51</sup> L’Unione continua a rinnovare la propria normativa applicabile di portata anch’essa volontaria. Prova ne è l’approvazione da parte della Commissione europea della proposta di Direttiva su “Corporate Sustainability Due Diligence” il 23 febbraio 2022, COM (2022) 71 *final*.

<sup>52</sup> Segnalo, fra gli altri, SCHACHERER, *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden, 2021, pp. 270-279; BRILLAT-CAPELLO, *Les clauses de RSE dans les traités d’investissement*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2022, p. 1 ss.

re la condotta delle imprese operanti all'estero con riguardo ad alcuni aspetti delle relazioni industriali, dei rapporti tra datori di lavoro e dipendenti. Qualche volta si trova il richiamo di altri strumenti internazionali non vincolanti rilevanti, quali il *Global Compact* delle Nazioni Unite e i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti della persona.

Il primo tentativo di valorizzazione della responsabilità sociale d'impresa nei trattati internazionali in materia di investimenti si registra nel Progetto di *Model BIT* della Norvegia del 2007<sup>53</sup>. Altri Stati si sono orientati in questo senso successivamente. Rilevano, in particolare, il *Model BIT* dell'India del 2015<sup>54</sup>, quelli italiano dl 2020<sup>55</sup> e canadese del 2021<sup>56</sup>, i trattati di alcuni Stati economicamente avanzati, come i trattati bilaterali in materia di investimenti conclusi dal Canada col Benin nel 2013<sup>57</sup>, col Senegal nel 2014<sup>58</sup> e con la Serbia nel 2015<sup>59</sup>, alcuni accordi di cooperazione e facilitazione degli investimenti stipulati dal Brasile<sup>60</sup>, il trattato

<sup>53</sup> Rilevano il preambolo, là dove richiama «the importance of corporate social responsibility» e l'art. 32 – dedicato alla responsabilità sociale d'impresa – secondo cui «[t]he Parties agree to encourage investors to conduct their investment activities in compliance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and to participate in the United Nations Global Compact».

<sup>54</sup> L'art. 12 del *Model BIT* dell'India è dedicato alla responsabilità sociale d'impresa e prevede che «[i]nvestors and their enterprises operating within its territory of each Party shall endeavour to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles may address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption». L'art. 12 del trattato bilaterale tra India e Brasile del 2020 è più dettagliato là dove istituisce, seppure in chiave promozionale, il collegamento tra responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile.

<sup>55</sup> Preambolo.

<sup>56</sup> Art. 16.

<sup>57</sup> L'art. 16 del Trattato tra Canada e Benin – intitolato «Corporate Social Responsibility» – dispone che «[e]ach Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption».

<sup>58</sup> Si veda l'art. 16 del Trattato tra Canada e Senegal volto a incoraggiare gli investitori a ricorrere a pratiche di responsabilità sociale d'impresa.

<sup>59</sup> Il testo dell'art. 16 del Trattato tra Canada e Serbia – intitolato «Corporate Social Responsibility» – è analogo a quello del Trattato tra Canada e Benin (*supra*, nota 57).

<sup>60</sup> Gli Accordi stipulati nel 2015 dal Brasile rispettivamente con Angola (art. 10); Mozambico (art. 10); Malawi (art. 9); Messico (art. 13); e Colombia (art 13).

bilaterale in materia di investimenti tra Argentina e Qatar del 2016<sup>61</sup>, il trattato di libero scambio di revisione del trattato NAFTA tra Canada, Stati Uniti e Messico (USMCA) firmato nel 2018<sup>62</sup>, taluni trattati di libero scambio di scala megaregionale, quali il CETA del 2016<sup>63</sup> e il CPTPP del 2018<sup>64</sup>. Questi riferimenti e/o clausole non riflettono una prassi consolidata, non essendo la posizione degli Stati sul punto univoca. Si pone il problema della loro effettività in termini di osservanza o “compliance”, secondo la lingua inglese. Escluderei che uno Stato contraente ospite possa convenire un investitore riconducibile a un altro Stato contraente davanti a un tribunale arbitrale – costituito sulla base di una clausola arbitrale prevista in un trattato internazionale in materia di investimenti – per la presunta violazione di una disposizione sulla responsabilità sociale dell’investitore prevista nello stesso trattato. Quest’assunto si fonda su diverse ragioni. La prima ragione è il linguaggio delle clausole convenzionali sulla responsabilità sociale dell’investitore di uno Stato contraente. Queste sono formulate infatti in maniera promozionale e hanno per og-

<sup>61</sup> Si veda l’art. 12.

<sup>62</sup> L’art. 14.17 del capitolo sugli investimenti del Trattato USMCA – intitolato «Corporate Social Responsibility» – dispone che «[t]he Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines, and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party, which may include the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. These standards, guidelines, and principles may address areas such as labor, environment, gender equality, human rights, indigenous and aboriginal peoples’ rights, and corruption».

<sup>63</sup> Nel preambolo del testo consolidato del CETA è previsto che «[encouraging] enterprises operating within their territory or subject to their jurisdiction to respect internationally recognised guidelines and principles of corporate social responsibility, including the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, and to pursue best practices of responsible business conduct».

<sup>64</sup> Segnalo il preambolo del CPTPP là dove le Parti contraenti «[r]eaffirm the importance of promoting corporate social responsibility, cultural identity and diversity, environmental protection and conservation, gender equality, indigenous rights, labour rights, inclusive trade, sustainable development and traditional knowledge, as well as the importance of preserving their right to regulate in the public interest». Rileva altresì l’art. 9.17 del medesimo Trattato dedicato espressamente alla «Corporate Social Responsibility», secondo cui «[t]he Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party».

getto i rapporti tra Stati contraenti, anziché quelli tra uno Stato contraente e un investitore riconducibile a un altro Stato contraente.

Gli Stati contraenti si impegnano a dotarsi di politiche e strumenti idonei per la realizzazione effettiva di forme di responsabilità sociale e quindi a indirizzare l'attività dei propri investitori all'estero, a favore della promozione dello sviluppo sostenibile e della salvaguardia dei diritti della persona, ma non assumono obblighi puntuali in proposito.

In effetti, l'ultima revisione delle *Guidelines* dell'OCSE del 2023, la Dichiarazione dell'Unione europea e degli Stati Uniti sui principi comuni per gli investimenti stranieri ("Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment") del 2012<sup>65</sup> e i Principi guida per le politiche sugli investimenti globali ("Guiding Principles for Global Investment Policymaking") adottati dal G20 nel 2016<sup>66</sup> raccomandano agli Stati tanto di origine quanto ospiti di indirizzare la condotta delle imprese per renderla funzionale allo sviluppo sostenibile e alla tutela dei diritti della persona. La prassi dei trattati sul commercio internazionale dell'Unione europea stipulati successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona denota anch'essa il medesimo approccio, ossia l'impegno delle parti contraenti alla promozione della responsabilità sociale d'impresa, ma non l'assunzione dell'obbligo di imporre questo tipo di responsabilità<sup>67</sup>. Il preambolo del CETA e alcuni accordi di associazione dell'Unione menzionano, in particolare, le *Guidelines* dell'OCSE, quale strumento internazionale di riferimento<sup>68</sup>. Quest'approccio emerge altresì dalla

<sup>65</sup> Il punto 6 dello *Statement* è intitolato «Responsible Business Conduct». Secondo questo punto, «[g]overnments should urge that multinational enterprises operate in a socially responsible manner. To this end, the European Union and the United States intend to promote responsible business conduct, in general, and adherence by third countries to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, in particular».

<sup>66</sup> Alla luce del "Principle VIII", «[i]nvestment policies should promote and facilitate the observance by investors of international best practice and applicable instruments of responsible business conduct and corporate governance».

<sup>67</sup> Si vedano, in particolare, l'Accordo di libero scambio tra Colombia, Perù, Unione europea e suoi Stati membri del 2012, art. 271, paragrafi 2 and 3; e l'*Enhanced Partnership and Cooperation Agreement* tra Kazakistan, Unione europea e suoi Stati membri del 2016, art. 154.

<sup>68</sup> Gli Accordi di associazione conclusi dall'Unione europea e dai suoi Stati membri con l'Ucraina nel 2012, articoli 293 e 422; con la Georgia, articoli 231 (e) e 352, e con la Moldavia, art. 367 (e), nel 2014. Rileva anche il testo del preambolo del CETA.

conclusione raggiunta dal tribunale arbitrale ICSID nel caso *Urbaser c. Argentina*<sup>69</sup>.

Significativi sono inoltre i Principi base per le politiche sugli investimenti (“Core Principles for Investment Policymaking”) adottati dall’UNCTAD nel 2012<sup>70</sup>.

L’altra ragione deriva dalla circostanza che, come segnalato, molte clausole pattizie contemplanti l’“arbitrato diretto” sono formulate nella logica favorevole alla tutela degli interessi degli investitori e prevedono sovente il potere d’azione di un investitore riconducibile a un Stato contraente contro un altro Stato contraente davanti a un tribunale arbitrale così costituito, ma non l’inverso, ossia il potere d’azione di uno Stato contraente contro un investitore riconducibile a un altro Stato contraente sul piano internazionale. Il riferimento a uno o più strumenti internazionali volti all’indirizzo della condotta delle imprese multinazionali in un trattato internazionale in materia di investimenti non garantisce inoltre una soluzione al problema della mancanza di potere d’azione sul piano internazionale dello Stato ospite contro l’investitore, giacché il controllo dell’osservanza di questi strumenti dipende non da meccanismi a esito vincolante, ma da alcune procedure di “follow-up” con intensità variabile. Le procedure introdotte nel corso delle ultime revisioni delle *Guideli-*

<sup>69</sup> Segnalo il par. 1195 della sentenza resa l’8 dicembre 2016, per il quale «[t]he Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities’ operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation. In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law. On the other hand, even though several initiatives undertaken at the international scene are seriously targeting corporations human rights conduct, they are not, on their own, sufficient to oblige corporations to put their policies in line with human rights law. The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation’s specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual» (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/07/26).

<sup>70</sup> Alla luce del “Principle 9”, «[i]nvestment policies should promote and facilitate the adoption of and compliance with best international practices of corporate social responsibility and good corporate governance». Il rafforzamento della portata della responsabilità sociale d’impresa e della cooperazione sul piano internazionale rientrano tra gli obiettivi delle proposte elaborate dall’UNCTAD per la revisione della struttura tipica dei trattati internazionali in materia di investimenti.

nes per le imprese multinazionali dell'OCSE – richiamate in precedenza – sono quelle più articolate. Per questa ragione il prossimo paragrafo è dedicato all'approfondimento delle attività dei punti di contatto nazionali per il controllo e la promozione del rispetto delle *Guidelines*. Gli ordinamenti nazionali degli Stati, vuoi di origine vuoi ospiti, di investitori rimangono tuttora lo strumento principale di garanzia dell'effettività degli strumenti internazionali vincolanti o meno suscettibili di applicazione alla condotta degli investitori all'estero. Le novità incluse in diversi trattati internazionali in materia di investimenti degli ultimi decenni sono un dato importante, ma non contribuiscono a rafforzare siffatta effettività. Queste novità possono rilevare soprattutto quale base giuridica a favore della tutela di interessi non economici ad opera dello Stato ospite nel corso di procedimenti arbitrari fondati su clausole arbitrali pattizie eventualmente attivati dall'investitore oppure quale deterrente dell'attivazione di procedimenti siffatti.

I modelli di trattati internazionali in materia di investimenti adottati da un rilevante numero di Stati africani includono tuttavia riferimenti e/o clausole non meramente promozionali.

Segnalo, in particolare, il *Model Bilateral Investment Treaty Template* adottato dalla Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale (SADC) nel 2012 e l'*Investment Agreement* adottato dal Mercato comune dell'Africa orientale e meridionale (COMESA) nel 2007. Il *Model Bilateral Investment Treaty Template* della SADC precisa, tra l'altro, che «[i]nvestors and their investments shall act in accordance with core labour standards» ovvero «[i]nvestors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located», menzionando espressamente la “ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work” del 1998<sup>71</sup>. Il modello di *In-*

<sup>71</sup> Rileva l'art. 15 sul «Minimum Standards for Human Rights, Environment and Labour», là dove precisa che «15.1. [i]nvestors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife. 15.2. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. 15.3. Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State

*vestment Agreement* COMESA sottolinea l'importanza della "responsabilizzazione" dell'investitore di uno Stato contraente sul piano nazionale, secondo quanto previsto dall'ordinamento dello Stato contraente ospite.<sup>72</sup> Questo modello prevede inoltre che il calcolo dell'eventuale indennizzo per espropriazione possa riflettere «the aggravating conduct by a COMESA investor»<sup>73</sup>. Nei rapporti tra uno Stato parte a uno di queste organizzazioni di cooperazione regionale e un investitore riconducibile a un altro Stato parte si registra dunque un cambiamento di prospettiva marcato rispetto alla struttura tipica degli accordi bilaterali applicabili in materia di investimenti. Tali modelli di trattati contemplano una riconcettualizzazione del bilanciamento tra "situazioni giuridiche attive/aspettative" e "obblighi" di investitori stranieri e Stati ospiti tipicamente alla base del quadro giuridico e politico internazionale in tale materia<sup>74</sup>. Essi appaiono ispirarsi alle richieste per un "Nuovo Ordine Economico Internazionale" espresse dagli Stati sorti dalla decolonizzazione ne-

or the Home State, whichever obligations are higher». Rileva altresì l'art. 17 su «Investor Liability» a norma del quale «17.1. [i]nvestors and [i]nvestments shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their Home State for the acts, decisions or omissions made in the Home State in relation to the Investment where such acts, decisions or omissions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the Host State. 17.2. Home States shall ensure that their legal systems and rules allow for, or do not prevent or unduly restrict, the bringing of court actions on their merits before domestic courts relating to the civil liability of Investors and Investments for damages resulting from alleged acts, decisions or omissions made by Investors in relation to their Investments in the territory of the Host State».

<sup>72</sup> Cfr. l'art. 16, par. 1, del *Model BIT* del Canada del 2021.

<sup>73</sup> Rileva l'art. 11 della "Part Two" su «Rights and Obligations», il quale specifica che gli obbiettivi di questa parte sono «provide COMESA investors with certain rights in the conduct of their business within an overall balance of rights and obligations between investors and Member States». Segnalo altresì l'art. 13 della medesima parte, secondo cui «COMESA investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made», nonché l'art. 20, par. 2, a norma del quale, in caso di una misura di ablazione, «[c]ompensation may be adjusted to reflect the aggravating conduct by a COMESA investor or such conduct that does not seek to mitigate damages».

<sup>74</sup> Alcuni tribunali arbitrali hanno fatto riferimento all'opportunità di un bilanciamento tra presunte aspettative legittime degli investitori e loro condotta diligente, allorché abbiano cercato un bilanciamento nell'interpretazione e attuazione delle clausole sul trattamento giusto ed equo dei trattati internazionali in materia di investimento applicabili. Rilevano, in particolare, i casi *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. Albania*, caso ICSID n. ARB/11/24, sentenza, 30 marzo 2015, specialmente par. 634; e *Charanne and Construction Investments c. Spagna*, arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma, caso 062/2012, sentenza, 21 gennaio 2016, specialmente par. 505.



gli anni settanta. Gli Stati membri della SADC e della COMESA hanno assunto obblighi precisi relativamente al modo di essere dei rispettivi sistemi giuridici e politici in materia, impegnandosi a imporre la responsabilità sociale dei propri investitori all'estero. Sotto questo profilo rileva altresì il linguaggio delle clausole sulla responsabilità sociale d'impresa dei trattati bilaterali conclusi dal Canada rispettivamente col Mali nel 2014<sup>75</sup> e col Burkina Faso nel 2015<sup>76</sup>, nonché l'accordo di cooperazione e facilitazione degli investimenti tra Brasile e Cile del 2015<sup>77</sup> e il trattato bilaterale in materia tra Nigeria e Marocco del 2016. Quest'ultimo prevede espressamente l'applicazione del principio di precauzione, come segnalato nel paragrafo precedente<sup>78</sup>, del diritto dello Stato contraente ospite e della Dichiarazione Tripartita dell'OIL<sup>79</sup>. L'"obbligo" di rispettare il diritto dello Stato contraente ospite e non agire in conflitto con gli obiettivi di sviluppo del suddetto Stato è previsto altresì nel "Draft Pan-African Investment Code" adottato dalla Commissione dell'Unione africana nel 2016<sup>80</sup>. Il *Model BIT* adottato dal Marocco nel 2019 prevede

<sup>75</sup> Rileva l'art. 15, par. 3.

<sup>76</sup> Si veda l'art. 16.

<sup>77</sup> Segnalo l'art. 15.

<sup>78</sup> Si veda l'art. 14.

<sup>79</sup> Il trattato bilaterale in materia di investimenti tra Nigeria e Marocco include diverse disposizioni significative. Giova segnalare l'art. 21 – intitolato «Access to Investor Information» – per il quale «1) [h]ost States have the right to seek information from a potential Investor or its home state about its corporate governance history and its practices as an Investor, including in its home state. 2) Host States shall protect confidential business information they receive in this regard. 3) Host States may make the information provided available to the public in the community where the investment may be located, subject to the protection of confidential business information and to other applicable domestic laws». Rileva altresì l'art. 24 sulla «Corporate Social Responsibility» secondo cui «1) [i]n addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investments, and taking into account the development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices. 2) Investors should apply the ILO Tripartite Declaration on Multinational Investments and Social Policy as well as specific or sectorial standards of responsible practice where these exist. 3) Where standards of corporate social responsibility increase, investors should strive to apply and achieve the higher level standards».

<sup>80</sup> Si veda l'art. 22 sulla «Corporate Social Responsibility» per il quale «1. [i]nvestors shall abide by the laws, regulations, administrative guidelines and policies of the host State. 2. Investors shall, in pursuit of their economic objectives, ensure that they do not

che l'indennizzo per espropriazione sia pari al «fair market value» calcolato immediatamente prima della data di espropriazione e fondato su un «fair balance between the public interest and the interest of the investor affected by the expropriation measure while taking into consideration all the circumstances of the expropriation»<sup>81</sup>. Il *Model BIT* dell'India del 2015 esclude il ricorso all'«arbitrato diretto» effettuato in maniera illecita sulla base di parametri in esso precisati<sup>82</sup>.

Pure le clausole dei suddetti modelli di investimento, al pari dei riferimenti alla responsabilità sociale d'impresa previsti nei preamboli e/o in clausole specifiche di trattati internazionali in materia di investimenti già conclusi o ancora in via di negoziato, sottintendono, in ogni caso, obblighi non tanto direttamente per gli investitori, quanto per le parti contraenti di dotarsi di politiche e norme per la responsabilizzazione degli investitori sul piano sociale<sup>83</sup>, onde renderli in grado di forgiare

conflict with the social and economic development objectives of host States and shall be sensitive to such objectives. 3. Investors shall contribute to the economic, social and environmental progress with a view to achieving sustainable development of the host State». Rileva anche l'art. 23 – intitolato «Obligations as to the Use of Natural Resources» – alla luce del quale «1. [i]nvestors shall not exploit or use local natural resources to the detriment of the rights and interests of the host State. 2. Investors shall respect rights of local populations, and avoid land grabbing practices vis-à-vis local communities». Merita di essere segnalato altresì l'art. 24 su «Business Ethics and Human Rights» secondo cui «[t]he following principles should govern compliance by investors with business ethics and human rights: 1. support and respect the protection of internationally recognized human rights; 2. ensure that they are not complicit in human rights abuses; 3. eliminate all forms of forced and compulsory labor, including the effective abolition of child labor; 4. eliminate discrimination in respect of employment and occupation; and 5. ensure equitable sharing of wealth derived from investments».

<sup>81</sup> Art. 10.3. Questo specifica che «all the circumstances of the expropriation» siano «the present and past use of the investment, the conditions of acquisition, the purpose of the expropriation, the profits generated by the investment and the duration of this investment».

<sup>82</sup> L'art. 13.4 del *Model BIT* dell'India prevede che «[a]n investor may not submit a claim to arbitration under this Chapter if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, money laundering or conduct amounting to an abuse of process or similar illegal mechanisms».

<sup>83</sup> Cfr. FOOTER, *BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment*, in *Michigan State Journal of International Law*, 2009, specialmente pp. 61-63; ZHU, *Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and Reconciliation*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2017, p. 90 ss., specialmente pp. 111-119; LEVASHOVA, *The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law*, in *Utrecht Law Review*, 2018, specialmente pp. 45-47, 49-55; ISHIKAWA,

le rispettive attività economiche nel rispetto della sovranità statale degli Stati ove operano, soprattutto allorché lo sfruttamento di risorse naturali sia in gioco. Secondo una certa dottrina, Stati economicamente avanzati, come il Canada, l'Unione europea e i suoi Stati membri hanno favorito la revisione del diritto internazionale in materia di investimenti per la tutela degli interessi tanto degli investitori quanto delle comunità locali<sup>84</sup>. In ogni caso, essi hanno contribuito all'approfondimento della base normativa delle azioni di promozione della responsabilità sociale d'impresa sul piano internazionale e dell'Unione europea con l'inclusione di riferimenti alla suddetta responsabilità nei preamboli e/o in apposite clausole dei trattati internazionali in materia di investimenti.

Come osservato<sup>85</sup>, l'effettività di queste novità dipende tuttavia dall'accettazione volontaria degli stessi investitori e dunque dai mercati. Gli Stati economicamente avanzati, quelli emergenti e in via di sviluppo sembrano favorire questa polverizzazione dell'effettività dei diversi strumenti normativi internazionali e dell'Unione europea applicabili. Prova ne è la resistenza diffusa ad avviare negoziati per un trattato multilaterale in materia di investimenti.

Si pongono pertanto alcuni interrogativi sulla portata di queste novità. Riescono esse a rendere più effettivi codici e principi di condotta internazionali sulla responsabilità sociale d'impresa attraverso la responsabilizzazione degli Stati contraenti? Sorgono vantaggi reputazionali per le parti contraenti per l'esercizio delle funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo delle variabili macroeconomiche di base? Potrebbe l'opzione dell'"arbitrato diretto" – prevista tuttora nella stragrande maggioranza di trattati internazionali applicabili – portare a una responsabilizzazione

*Materializing Corporate Social Responsibility in Investor-State Dispute Settlement*, in *Columbia FDI Perspectives*, n. 312, 23 agosto 2021 (consultabile *online*).

<sup>84</sup> Si vedano, tra gli altri, CORDONIER SEGGER, GEHRING, NEWCOMBE (edited by), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, 2011; SAUVANT, *Promoting Sustainable FDI through International Investment Agreements*, in *Columbia FDI Perspectives*, n. 251, 6 maggio 2019 (consultabile *online*). Sul punto mi permetto di segnalare altresì ACCONCI, *Sustainable Development and Investment. Trends in Law-making and Arbitration*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (edited by GATTINI, TANZI, FONTANELLI), Nijhoff, Leiden, Boston, 2018, p. 290 ss.

<sup>85</sup> Mi permetto di richiamare, ACCONCI, *La promozione della condotta socialmente responsabile delle imprese nel quadro del diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti*, in *L'impresa sostenibile alla prova del dialogo dei saperi. Dialogi europaei* (a cura di CATERINO, INGRAVALLO), Lecce, 2020, p. 427 ss., specialmente pp. 439-440.

giuridica degli investitori sul piano internazionale? Le novità prese in considerazione estendono il margine di apprezzamento dello Stato ospite nell'attuazione di un trattato internazionale?

In proposito, merita osservare che alcuni tribunali arbitrali si sono occupati della valutazione della condotta degli investitori ricorrenti nel corso dell'accertamento dell'ammissibilità delle loro pretese contro gli Stati ospiti convenuti, negando la propria competenza qualora abbiano accertato frodi, pratiche di corruzione e/o riciclaggio finanziario riferibili a siffatti investitori<sup>86</sup>. Altri tribunali se ne sono occupati nella fase del merito, decidendo una riduzione dell'indennizzo a favore di un investitore se questi si fosse comportato in maniera sleale, per esempio, avesse realizzato pratiche di elusione fiscale<sup>87</sup>. Anche il tribunale arbitrale del caso *Copper Mesa c. Ecuador* ha deciso per la riduzione dell'ammontare dell'indennizzo accordato all'investitore ricorrente poiché ha concluso che questi avesse contribuito al danneggiamento del suo investimento con la sua condotta non rispettosa dei diritti della persona *in loco*<sup>88</sup>. In due altri casi sorti da investimenti in zone abitate da comunità indigene i tribunali arbitrali ICSID hanno deciso parimenti per una riduzione siffatta, accogliendo i "counterclaims" dell'Ecuador fondati sulla condotta lesiva delle condizioni ambientali e sociali locali da parte degli investitori ricorrenti<sup>89</sup>.

4. A seguito della "review" delle *Guidelines* per le imprese multinazionali dell'OCSE del 2000, gli Stati membri hanno istituito punti di con-

<sup>86</sup> Segnalo, in particolare, *World Duty Free Kenya Co. c. Kenia*, caso ICSID n. ARB/00/7, sentenza, 4 ottobre 2006; *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, caso ICSID n. ARB/10/3, sentenza, 4 ottobre 2013; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, casi riuniti ICSID n. ARB/10/11 e ARB/10/18, decisione sul reclamo relative a pratiche di corruzione, 25 febbraio 2019. Cfr. JARRETT, *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, Cambridge, New York, 2019.

<sup>87</sup> Si veda specificamente il caso *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) c. Russia*, arbitrato UNCITRAL, PCA caso n. 2005-04/AA227, sentenza, 18 luglio 2014.

<sup>88</sup> *Copper Mesa Mining Corp. c. Ecuador*, arbitrato UNCITRAL, PCA caso n. 2012-2, sentenza 15 marzo 2016.

<sup>89</sup> Si vedano *Burlington Resources Incorporation c. Ecuador (formerly Burlington Resources Incorporation and Others c. Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador))*, caso ICSID n. ARB/08/5, decisione sui "counterclaims" dell'Ecuador, 7 febbraio 2007; *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador*, caso ICSID n. ARB/08/6, sentenza, 27 settembre 2019. Sul punto, FACCIO, *Indirect Expropriation in International Investment Law. Between State Regulatory Powers and Investor Protection*, Napoli, 2020, pp. 240-245.

tatto nazionali (“National Contact Points”, NCPs) per il controllo e la promozione del rispetto delle *Guidelines*, ossia per il loro “follow-up”<sup>90</sup>.

Questi svolgono una funzione di mediazione tra imprese, Stati e comunità locali, non essendo meccanismi giudiziari o quasi-giudiziari, onde mitigare conflitti di interesse sulla base di soluzioni concertate e promuovere il rispetto volontario da parte delle imprese delle *Guidelines*.

L’uso dei siti internet ha facilitato la soddisfazione di due dei criteri previsti nella Decisione adottata al termine della “review” del 2000 cui l’attività dei punti di contatto nazionali dovrebbe ispirarsi: la visibilità e la trasparenza, soprattutto delle attività promozionali. La prassi dimostra, per la verità, che la promozione delle *Guidelines* si realizza grazie all’attività di talune associazioni rappresentative di lavoratori e organizzazioni non governative e che alcuni punti di contatto non rendono pubbliche le conclusioni raggiunte. Taluni punti di contatto, quali quelli britannico e olandese, si distinguono perché riproducono, nel proprio sito, la valutazione iniziale, le eventuali raccomandazioni finali o, in alternativa, la notizia dell’intesa raggiunta dalle parti in conflitto. Dei casi esaminati da altri punti di contatto nazionali si riesce talvolta ad acquisire notizie dalla lettura dei rispettivi rapporti annuali o dei resoconti vari concernenti la loro attività, quando questi siano pubblicati nel sito, come nel caso dei punti di contatto canadese e francese, oppure da atti preparati in seno all’OCSE, come i documenti OCSE riepilogativi dei casi trattati dai diversi punti di contatto nazionali. Questi indicano anche le singole *Guidelines* all’origine di tali casi<sup>91</sup>. Informazioni utili su quest’aspetto si trovano, in particolare, nei rapporti annuali pubblicati dall’OCSE<sup>92</sup>.

Il Comitato sugli investimenti si occupa altresì dei problemi posti dalle attività di imprese originarie di Stati OCSE in paesi in via di sviluppo

<sup>90</sup> I punti di contatto nazionali sono istituiti presso un ministero economico. Il punto di contatto italiano è stato istituito presso il Ministero delle Attività produttive, oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy, nel 2002.

<sup>91</sup> Si veda OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Specific Instances Considered by National Contact Points*, pubblicato il 10 ottobre 2008 dalla “Investment Division del Directorate for Financial and Enterprise Affairs” (consultabile al sito *web* dell’OCSE).

<sup>92</sup> L’OCSE redige annualmente un rapporto riassuntivo dell’attività dei “National Contact Points”. Questi rapporti si fondano su diversi dati e statistiche raccolti sulla base anche di resoconti inviati all’OCSE dagli stessi punti di contatto nazionali. Essi sono consultabili al sito <http://mneguidelines.oecd.org/annualreportsontheguidelines.htm>.

come il Myanmar e la Repubblica democratica del Congo. Grazie alla collaborazione di rappresentanti di imprese, lavoratori e ONG, esso ha adottato il “Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones”, l’8 giugno 2006, nel quadro delle proprie attività di “follow-up” delle *Guidelines*. Questo “Tool” mira ad assistere le imprese che investono in Stati dove i governi non vogliono o non siano in grado di mantenere il controllo di certe situazioni, al fine di indirizzarne l’attività a favore dello sviluppo della realtà locale. Tale “Tool” si fonda sul presupposto che le imprese straniere possano trovarsi in Stati siffatti a dover scegliere se rispettare gli strumenti internazionali rilevanti, le normative locali eventualmente confliggenti, se mantenere buoni rapporti con funzionari locali o denunciarne gli eventuali abusi<sup>93</sup>. Tale “Tool” dovrebbe costituire altresì un parametro di riferimento per i punti di contatto nazionali. Questi esaminano infatti la condotta di imprese multinazionali anche in Stati che non hanno accettato le *Guidelines*, per lo più paesi in via di sviluppo, come previsto al termine della “review” del 2000<sup>94</sup>.

La prassi dei punti di contatto nazionali si presenta, nel complesso, eterogenea e indica un tipo di controllo analogo a quello utilizzato in altri settori del diritto internazionale, quale quello dei diritti della persona. Il

<sup>93</sup> Sul punto, si segnala già OECD, *Multinational Enterprises in Situations of Violent Conflict and Widespread Human Rights Abuses*, Working Paper on International Investment, n. 2002/1 (preparato dal Segretariato dell’OCSE e consultabile al suo sito *web*).

<sup>94</sup> La procedura seguita dai punti di contatto nazionali si articola di solito nelle seguenti fasi: ricezione delle istanze da parte di portatori di interesse – spesso, sindacati ovvero organizzazioni non governative –, invio di una dichiarazione al Comitato sugli investimenti per la comunicazione dell’avvio della procedura; accertamento dei fatti. L’accertamento dei fatti serve per la valutazione del “nesso d’investimento”, ossia del nesso tra attività di un’impresa multinazionale e sua presunta condotta controversa, anche nell’ambito della filiera di riferimento spesso in un paese in via di sviluppo, ossia in uno Stato non accettante le *Guidelines*. L’onere di dimostrare l’esistenza di questo nesso è a carico di chi presenta l’istanza, cioè il sindacato o l’ONG. Le fasi successive tendono a essere: adozione di eventuali misure appropriate per garantire la riservatezza delle informazioni ritenute sensibili; assistenza alle parti in conflitto volta alla ricerca di una soluzione mediante buoni uffici e mediazione; in mancanza di esito positivo della fase precedente, adozione di raccomandazioni trasmesse al Comitato sugli investimenti. Per una valutazione positiva dell’attività dei punti di contatto nazionali delle *Guidelines*, si veda BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano, 2012, pp. 195-211. Secondo alcuni, i punti di contatto nazionali possono essere considerati un meccanismo alternativo di accesso alla giustizia (cfr. CUTILLO, *I National Contact Point dell’OCSE sulle imprese multinazionali: un meccanismo di accesso alla giustizia effettivo per la società civile?*, in *Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione europea* (a cura di FRANCONI, GESTRI, RONZITTI e SCOVAZZI), Milano, 2008, p. 233 ss.).

rapporto tra l'OCSE e i punti di contatto nazionali è equiparabile a quello tra Comitati delle Nazioni Unite competenti al controllo dell'osservanza dei Patti sui diritti dell'uomo del 1966 e i governi degli Stati parti, giacché si tratta, sul piano internazionale, di un controllo retrospettivo fondato su informazioni e dati inviati dagli Stati stessi la cui condotta è oggetto dell'attività di controllo. Al di là del problema dell'accessibilità delle conclusioni di alcuni punti di contatto nazionali relativamente a singoli casi, la loro prassi è sufficientemente articolata per l'individuazione di tendenze rilevanti circa la portata effettiva delle *Guidelines*. La *Guideline* denominata *General Policies*<sup>95</sup>, quella dedicata alla gestione dei rapporti di impiego e alle relazioni industriali<sup>96</sup>, quella relativa al contrasto della corruzione, quelle aventi per oggetto l'ambiente<sup>97</sup> e i diritti della

<sup>95</sup> Lo sfruttamento illegale di risorse naturali, l'espulsione forzata di agricoltori tradizionali – interessati all'uso della terra per la loro sussistenza e quella dei loro familiari – dalle terre divenute di proprietà di società minerarie straniere, la questione del ripopolamento secondo quanto stabilito dallo stesso punto di contatto nazionale sono talune situazioni ricorrenti.

<sup>96</sup> L'entità della retribuzione percepita, l'accesso alle rappresentanze sindacali, la salubrità dei luoghi di lavoro, l'impiego di lavoro forzato e minorile sono questioni ricorrenti relativamente al rispetto di certi standard minimi di trattamento dei lavoratori.

<sup>97</sup> La *Guideline* dedicata all'ambiente è improntata alla promozione dello sviluppo sostenibile, in conformità con quanto previsto al termine della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 sul rapporto tra ambiente e sviluppo, la cui dichiarazione è espressamente richiamata nella stessa *Guideline*. Essa raccomanda, infatti, alle imprese di istituire e mantenere un sistema di gestione ambientale, valutare nelle loro scelte gli effetti prevedibili della loro attività economica-produttiva sull'ambiente e sulla salute pubblica e migliorare la loro "corporate environmental performance". La suddetta *Guideline* si riferisce, benché in modo tacito, al principio precauzionale là dove raccomanda alle imprese di non usare l'incertezza scientifica come pretesto per rinviare l'introduzione di misure in grado di prevenire o minimizzare eventuali danni gravi all'ambiente, nonché alla salute e sicurezza della persona in quanto tale. Gli effetti su ambiente, salute e condizioni di vita delle popolazioni locali sono sovente all'origine di casi presentati ai punti di contatto nazionali su istanza di ONG affinché le imprese coinvolte si assumano la responsabilità degli effetti dannosi della loro attività e informino adeguatamente il pubblico, coinvolgendo le comunità locali nelle loro decisioni di impresa *in loco* e improntando la loro condotta alla trasparenza. Quand'anche la condotta dell'impresa coinvolta sia risultata conforme con gli standard ambientali internazionali applicabili, alla luce dei dati scientifici presentati, il punto di contatto nazionale può raccomandare a tale impresa di mantenere standard adeguati di "environmental performance" e seguire un orientamento *pro*-attivo fondato sull'applicazione degli standard migliori possibili in qualunque Stato dove operi in maniera uniforme e coerente con quelli seguiti nel suo Stato di origine. Con la "review" del 2023 la *Guideline* sull'ambiente sottolinea il contributo positivo che le imprese possono dare alla riduzione delle emissioni di gas serra nel perseguimento dell'obiettivo ormai di

persona<sup>98</sup> sono le più controverse. I casi sono molteplici e permettono di individuare anche alcune tendenze ricorrenti relativamente all'effettività delle *Guidelines*, quale strumento di promozione dello sviluppo, e alla nozione di sviluppo sostenibile quale parametro di riferimento, alla luce di altri elementi della prassi internazionale e del dibattito in materia. Dalla prassi di punti di contatto nazionali trasparenti e accessibili – quali quelli britannico, canadese, francese, italiano<sup>99</sup> e olandese – emerge la tendenza a fare riferimento a una definizione qualitativa dello sviluppo inteso come sviluppo tanto sostenibile quanto umano ovvero sociale.

Questo è degno di nota perché tale prassi risulta in armonia con la concezione dello sviluppo promossa nel quadro delle Nazioni Unite da numerosi istituti specializzati e agenzie per il conseguimento degli “Obiettivi di sviluppo del millennio” (MDGs)<sup>100</sup> prima e degli “Obiettivi di sviluppo sostenibile” (SDGs) oggi, anche attraverso le attività di finanziamento e assistenza effettuate da Banca mondiale e Fondo monetario internazionale. Ciò dimostra che le richieste alla base del “Nuovo ordine economico internazionale” e delle azioni per l'affermazione del “diritto allo sviluppo”, culminate con l'adozione della Carta africana dei diritti della persona e dei popoli nel 1981<sup>101</sup> e della dichiarazione di principi dell'Assemblea generale sul diritto allo sviluppo del 4 dicembre 1986<sup>102</sup>, hanno influenzato, e influenzano, i rapporti economici internazionali tra gruppi di Stati con sviluppo economico diverso. L'obiettivo della cresci-

macro-sistema del contrasto dei cambiamenti climatici mediante l'adozione di strategie, politiche e azioni di monitoraggio e mitigazione degli effetti delle loro attività.

<sup>98</sup> Al fine dell'effettività del ruolo dei punti di contatto nazionali per l'osservanza della *Guideline* sui diritti della persona, l'OCSE ha valorizzato le azioni poste in essere nel quadro delle Nazioni Unite per l'instaurazione di una correlazione positiva tra attività di imprese e osservanza dei diritti della persona. Si veda, in particolare, OECD, *National Action Plans on Business and Human Rights to Enable Policy Coherence for Business Business Conduct*, giugno 2017. Si veda anche la pagina *web* del sito dell'OCSE <https://mneguidelines.oecd.org/themes/human-rights.htm>.

<sup>99</sup> Per l'attività del punto di contatto nazionale italiano, segnale <https://pcnitalia.mise.gov.it/index.php/en/ncp>.

<sup>100</sup> Si veda, in particolare, l'attività di UNDP, UNCTAD, UNICEF e OMS.

<sup>101</sup> Segnalo l'art. 22 della Carta africana dei diritti delle persone e dei popoli secondo cui «1. [a]ll peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind. 2. States shall have the duty, individually or collectively, to ensure the exercise of the right to development».

<sup>102</sup> La Risoluzione 41/128 sul diritto allo sviluppo è stata adottata dall'Assemblea generale il 4 dicembre 1986 (consultabile al sito *web* delle Nazioni Unite).



ta equilibrata alla base di tali richieste, e già previsto all'art. 55 della Carta delle Nazioni Unite, è ancora al centro di tali rapporti.

Pare diffuso inoltre l'orientamento secondo cui gli Stati ricchi possano contribuire allo sviluppo di quelli meno avanzati, promuovendo soluzioni mirate ai problemi sociali locali, soprattutto a quelli generati dalla povertà, tramite tanto l'assistenza tecnica e finanziaria quanto idee progettuali suscettibili di generare soluzioni locali autonome.

La prassi dei punti di contatto nazionali conferma pure la tendenza a promuovere la partecipazione attiva delle popolazioni interessate alla realizzazione di certi progetti di investimento. Numerose istanze presentate ai suddetti punti sono di individui. Il contributo della Banca mondiale alla diffusione di una simile tendenza si evince dall'istituzione dell'*Inspection Panel* avvenuta nel 1993, quale meccanismo di "accountability" della Banca stessa. Questo Panel può ricevere richieste relativamente alla valutazione della conformità con le *Operational Policies* della Banca mondiale dei progetti di investimento da essa finanziati, ma solo di gruppi di almeno due persone.

I punti di contatto nazionali per le *Guidelines* dell'OCSE e l'*Inspection Panel* della Banca mondiale rappresentano strumenti di democrazia partecipata. La promozione del c.d. sviluppo partecipato ("participatory development") può considerarsi un'attuazione soddisfacente del paragrafo di apertura della dichiarazione dell'Assemblea generale sul diritto allo sviluppo del 1986 alla luce del quale «every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social cultural and political development». Tuttavia, la prassi attuale in materia di cooperazione allo sviluppo mostra che la dimensione giuridica internazionalmente rilevante dello sviluppo è, in linea di tendenza, non individuale, ma collettiva. Ben pochi riscontri si rinvencono nella prassi circa la qualificazione del diritto allo sviluppo come diritto della persona. Le richieste dei paesi in via di sviluppo volte ad affermare il loro diritto allo sviluppo risultano suffragate dal comportamento di taluni Stati intenzionati a tenere una posizione virtuosa e dall'attività delle principali organizzazioni internazionali aventi per oggetto i rapporti prettamente interstatali oppure quelli tra uno Stato e una o più comunità locali. La prassi dei punti di contatto nazionali pare confermare questo dato.

Nel complesso, l'effettività delle *Guidelines*, quale strumento di promozione dello sviluppo sostenibile, sebbene sia aumentata, potrebbe mi-

gliorare ancora se esse fossero maggiormente valorizzate dagli Stati OCSE per dare attuazione ai tanti buoni propositi, primi fra tutti quelli espressi a proposito del conseguimento sia dei “Millennium Development Goals” sia dei “Sustainable Development Goals”, ispiratori degli atti finali delle conferenze internazionali sullo sviluppo<sup>103</sup> e delle riunioni di G8 e G20 tenutesi negli ultimi decenni. Nonostante la crescente importanza di Stati come Cina, India e Brasile, testimoniata dalla rilevanza attribuita loro al G20, gli Stati OCSE rappresentano difatti ancora una quota consistente degli Stati in grado di finanziare e sostenere, pure sotto il profilo tecnologico, lo sviluppo degli Stati meno avanzati mediante la promozione di investimenti stranieri ad opera di imprese, sovente multinazionali, socialmente responsabili. Si presta a essere valutata pertanto positivamente la prassi di Stati quali Australia, Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi e Regno Unito. Questi Stati appaiono sensibili alla soluzione di certi problemi della cooperazione internazionale, talvolta anche per la capacità di taluni movimenti di opinione pubblica nazionali di mobilitarsi ed esercitare pressioni sui loro governi. Si tratta di un numero circoscritto di Stati rispetto agli oltre trenta Stati membri dell’OCSE. Questi hanno assunto volontariamente comportamenti virtuosi sul piano spesso della *soft law* e rilevanti ai fini della ricostruzione di tendenze di carattere generale. Siffatta componente della società internazionale è significativa, seppure esigua, poiché molte imprese multinazionali provengono tuttora da tale componente.

*Sezione II. Il contributo delle organizzazioni internazionali e dell’Unione europea alla promozione di investimenti stranieri sostenibili*

1. Per sviluppo rurale si intende comunemente il miglioramento delle zone rurali attraverso azioni di modernizzazione dell’agricoltura, sostegno delle condizioni di vita e reddito di zone non urbanizzate e sottosviluppate rispetto al livello medio esistente nello Stato di riferimento ovvero di salvaguardia dell’ambiente. Per la definizione di azioni politiche e normative statali appropriate si pongono due problemi: quello di individuare una definizione omogenea di tale sviluppo e quello della qualità

<sup>103</sup> Merita segnalare la conferenza internazionale sul finanziamento dello sviluppo tenutasi a Monterrey in Messico dal 18 al 22 marzo 2002.

delle attività di utilizzazione dei terreni e delle relative risorse naturali, quand'anche le suddette attività siano poste in essere per la soddisfazione dei bisogni della persona. Siffatta utilizzazione consiste solitamente nella realizzazione di attività di coltivazione e sfruttamento del suolo, del sottosuolo e delle foreste. Oggi, l'utilizzazione dei terreni e delle relative risorse naturali serve pure per la realizzazione di attività ricreative e produzioni specializzate. L'emergenza da Covid-19 ha mostrato poi l'esigenza di un rinnovamento nell'utilizzazione di territori e spazi rurali abitati da piccole comunità<sup>104</sup>.

Il problema della qualità delle zone rurali e del relativo sviluppo ha assunto una dimensione internazionale a seguito, da un lato, dell'intensificazione del processo di mondializzazione delle transazioni economiche e commerciali, nonché di alcune crisi monetarie e finanziarie di stampo sistemico, e, dall'altro, dell'affermazione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile. Dal 2005 si è registrato un aumento rilevante delle contrattazioni transnazionali relative alla terra a causa di variazioni significative dei prezzi delle materie prime agricole, aspettative al rialzo degli operatori economici e finanziari privati sul valore della terra, aumento della domanda per la realizzazione di politiche per la sicurezza alimentare ed energetica, aumento della concorrenza per la gestione della terra e delle sue risorse. La dimensione internazionale si è accentuata per il problema della correlazione – positiva o negativa – tra investimenti e sviluppo rurale. Specificamente, negli ultimi decenni operatori economici privati riconducibili a Stati europei hanno realizzato investimenti all'estero di ingente dimensione perché fondati sull'impiego di vaste distese di terreni agricoli per la coltivazione delle specie vegetali alla base della produzione di biocarburanti, onde poter beneficiare del regime di favore introdotto dalle direttive dell'Unione europea in materia di promozione dell'energia rinnovabile. Siffatti investimenti sono stati effettuati soprattutto in alcuni Stati asiatici e africani, quali Cambogia, Laos, Liberia, Uganda, Etiopia, Ghana, Mozambico e Tanzania.

L'istituzione di una correlazione positiva tra promozione di fonti di energia ecologiche attraverso investimenti stranieri e sostenibilità ha suscitato l'esigenza di scelte politiche in numerosi Stati africani e asiatici

<sup>104</sup> Per alcune azioni di promozione di un rinnovamento dell'utilizzazione delle aree rurali e/o urbane degradate ovvero abbandonate nel quadro del processo di ripresa *post-emergenza* da Covid-19, si veda il par. 4 del capitolo terzo.

allorché tali investimenti hanno portato a una concorrenza di stampo anzitutto economico tra produzione di energia rinnovabile tramite bio-carburanti e produzione agricola per il fabbisogno alimentare primario delle comunità locali e quindi a un rapporto di concorrenza tra sicurezza energetica tramite fonti rinnovabili, quale obbiettivo strumentale per la riduzione delle emissioni di gas inquinanti, e sicurezza alimentare. Una parte dell'opinione pubblica ha connotato in modo negativo, in termini di “landgrabbing”, l'uso per investimenti di vaste porzioni di terreni tradizionalmente destinati all'agricoltura di piccole comunità locali ovvero a pratiche religiose di comunità indigene.

Su questi aspetti proporrò considerazioni specifiche anche nei paragrafi successivi di questa sezione, in particolare nel secondo e nel quarto.

Secondo una certa letteratura, l'intensificazione dei cambiamenti climatici ha reso evidente altresì la questione di possibili pratiche indirette di “landgrabbing” in Stati in via di sviluppo<sup>105</sup>. Questa conflittualità potenziale di interessi è suscettibile di verificarsi in maniera variabile e talvolta imprevedibile. I molteplici casi giudiziari davanti a corti nazionali di Stati diversi, oltre alle varie azioni politiche poste in essere sul piano tanto nazionale quanto internazionale, dimostrano ciò e le difficoltà di coniugare attraverso il diritto interessi eterogenei e divergenti<sup>106</sup>. I casi

<sup>105</sup> Cfr., per tutti, SEO, RODRIGUEZ, *Land Grab, Food Security and Climate Change: A Vicious Circle in the Global South*, in *Human and Social Dimensions of Climate Change* (edited by CHHETRI), Londra, 2012, p. 165 ss.; VON BERNSTORFF, „Land-Grabbing”: *Die UN-Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure als Menschenrechtsstandard*, in *Mensch und Recht. Festschrift für Eibe Riedel zum 70 Geburtstag* (edited by HANSCHERL AND OTHERS), Berlino, 2013, pp. 165-180; WOLFORD, BORRAS JR., HALL, SCOONES, WHITE, *Governing Global Land Deals: The Role of the State in the Rush for Land*, in *Development and Change*, 2013, pp. 189-210; FRANCO, BORRAS JR., *Grey Areas in Green Grabbing: Subtle and Indirect Interconnections between Climate Change Politics and Land Grabs and Their Implications for Research*, in *Land Use Policy*, 2019, p. 192 ss.; PAROLA, *The Dangerous Rise of Land Grabbing through Climate Change Mitigation Policies: the Examples of Biofuel and REDD+*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2020, p. 568 ss.

<sup>106</sup> Merita segnalare la rilevanza crescente della “climate litigation” quale settore di attività didattiche e di ricerca specifiche. Queste ultime riguardano l'individuazione di quali giudici nazionali e/o internazionali possano essere attivati e sulla base di quali norme. Il programma delle Nazioni Unite sull'ambiente, “United Nations Program on Environment” (UNEP), ha pubblicato un rapporto specifico nel gennaio 2021 intitolato “Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review” (consultabile *online*). Per quanto concerne l'eventualità del ricorso all'“arbitrato diretto” previsto dalla maggioranza dei trattati internazionali in materia di investimenti, cfr. THIEFFRY, *L'arbitrage au XXI<sup>e</sup>*

giudiziari davanti a corti nazionali si fondano su norme distinte, in termini di ambiti oggettivi, obbiettivi ed efficacia, talvolta in sovrapposizione talaltra no, su iniziativa anche di rappresentanti di comunità locali e della società civile relativamente a uso della terra, trattamento di minoranze indigene, incidenza dell'attività di impresa sui cambiamenti climatici e tutela dell'ambiente in quanto tale ovvero in combinazione con altre esigenze di tutela di interessi non economici quali la salute.

Alcuni degli interessi in questione non sarebbero potenzialmente confliggenti, in quanto costituiscono obbiettivi strumentali alla realizzazione del macro-obiettivo dello sviluppo sostenibile mediante la protezione dell'ambiente. Interessi siffatti diventano conflittuali allorché, per attrarre investimenti stranieri fondati sull'utilizzazione di porzioni vaste di territori, lo Stato ospite adotti riforme sull'uso della terra, quali riforme agrarie, volte al cambio di destinazione di terreni agricoli, onde assicurare il loro uso per la coltivazione di specialità vegetali funzionali alla produzione di biocarburanti al posto di varietà vegetali per l'alimentazione umana. Riforme siffatte hanno per oggetto porzioni molto estese di territori, poiché la produzione di biocarburanti necessita di quantità ingenti di materie prime. Le condizioni di vita di numerose persone possono alterarsi, allorché riforme di questo genere portino allo spossessamento di terreni solitamente utilizzati da agricoltori di piccola dimensione per il fabbisogno alimentare personale e dei rispettivi nuclei familiari. Politiche simili dello Stato nazionale possono accompagnarsi all'aggravamento di discriminazioni ed emarginazioni già in atto a danno dell'identità culturale e religiosa di tali comunità, qualora si tratti di agricoltori appartenenti a comunità indigene.

Beninteso, il problema della qualità delle condizioni di vita nelle zone rurali e del relativo sviluppo si pone negli Stati tanto sviluppati quanto in via di sviluppo. Le esigenze alla base dello sviluppo rurale variano tuttavia da zona a zona all'interno dello stesso Stato e tra Stati. Questa circostanza di fatto ispira gli orientamenti politici e normativi delle istituzioni dell'Unione europea, giacché lo sviluppo rurale rappresenta un profilo basilare, detto secondo pilastro, della politica agricola comune dopo la riforma operata dal 1308/2013 del 2013<sup>107</sup>. Da allora questa po-

*siècle face aux enjeux du changement climatique*, in *Revue de l'arbitrage*, 2022, p. 899 ss., specialmente p. 908 ss.

<sup>107</sup> Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17

litica è divenuta uno degli strumenti di azione dell'Unione per la tutela dell'ambiente e il contrasto dei cambiamenti climatici, come emerge chiaro dall'ultima riforma apportata dal pacchetto di regolamenti tesi a coniugare tale politica e il "Green Deal" dell'Unione avviato dalla Commissione europea presieduta da Ursula von der Leyen l'11 dicembre 2019 per il raggiungimento della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050<sup>108</sup>. Approfondimenti su questi profili esulano dall'oggetto della presente indagine incentrata sulle azioni e sulla posizione dell'Unione europea relative alla gestione delle relazioni esterne più che al mantenimento del buon funzionamento del mercato interno<sup>109</sup>. Li ho richiamati perché essi hanno ispirato, e ispirano, le azioni normative, operative e politiche rilevanti, direttamente o indirettamente, per la promozione e realizzazione di investimenti all'estero. In effetti, azioni di correzione sono state avviate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali più attive nell'elaborazione e attuazione di strumenti di contrasto della povertà di natura partecipativa – mediante il coinvolgimento di gruppi minoritari della popolazione –, al fine di indirizzare la condotta dello Stato ospite e quella dell'investitore straniero, secondo forme di responsabilità sociale

dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, in *GUUE*, L 347, 20.12.2013, p. 671 ss.

<sup>108</sup> Rileva, in particolare, il regolamento (UE) 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, (UE) n. 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e (UE) n. 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione, in *GUUE*, L 435, 6.12.2021, p. 262 ss. Segnalo altresì Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Sustainable Europe Investment Plan. European Green Deal Investment Plan*, Brussels, 14.1.2020, COM(2020) 21 final.

<sup>109</sup> Mi limito a segnalare che nell'orientamento dell'Unione europea lo sviluppo rurale qualitativo presuppone il contenimento del degrado ambientale causato dalla riduzione della qualità del suolo e delle acque, la diversificazione economica e produttiva a favore della biodiversità, l'impostazione dell'agricoltura per la produzione non solo di alimenti, ma anche di beni pubblici collettivi. L'Unione promuove uno sviluppo siffatto con finanziamenti mirati e normative speciali su aspetti correlati, quali le produzioni DOP, IGP e STG in funzione della preservazione del paesaggio e delle risorse naturali locali. Cfr., tra gli altri, BIANCHI, *Souveraineté alimentaire: les outils juridiques au niveau européen la lumière de la récente réforme de la PAC et du Green Deal*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, specialmente p. 184 ss.

a favore della realizzazione di investimenti nella ricerca e produzione di fonti di energia ecologiche. In proposito, pare utile segnalare che, nel corso dei lavori di modifica della Direttiva sull'energia rinnovabile – volti a renderla più sostenibile –, la Commissione europea ha evidenziato l'opportunità di promuovere il ricorso a fonti rinnovabili più ecologiche dell'impiego di biocarburanti, quali la riutilizzazione di scarti delle lavorazioni industriali e della spazzatura in quanto tale nel quadro delle azioni tese alla realizzazione di forme avanzate di economia circolare, giacché la correlazione tra impiego di biocarburanti e riduzione delle emissioni di gas inquinanti non può essere assodata pienamente sul piano scientifico<sup>110</sup>. Investimenti per la produzione sostenibile di energia secondo quest'accezione di economia circolare appaiono oltremodo desiderabili. Va sottolineato altresì che la normativa dell'Unione sulla neutralità climatica è fondata su compromessi politici evidenti che emergono per esempio dall'art. 4 del Regolamento del 2021 relativo agli obiettivi intermedi dell'azione dell'Unione e dall'art. 6, par. 4, con riguardo alla necessità che la Commissione integri l'obiettivo della suddetta neutralità in ogni proposta, in conformità al principio di integrazione di cui all'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione<sup>111</sup>.

L'individuazione del rapporto possibile tra scienza, tecnologia, politica e diritto è un presupposto importante dell'effettività delle azioni volte alla transizione ecologica nei processi di produzione, gestione di infrastrutture, distribuzione e consumo nel settore energetico. Questa pare la ragione principale per la quale la stessa Unione europea è ricorsa ad azioni non solo di regolamentazione con efficacia obbligatoria, ma anche di *governance*. L'uso della raccomandazione quale strumento normativo

<sup>110</sup> Relativamente all'uso di biocarburanti “avanzati” e biogas derivanti da alcuni residui e sottoprodotti delle attività agricole e forestali, da rifiuti industriali e urbani, secondo una gerarchia dei rifiuti per la produzione sostenibile di energia, si veda già la Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione), in *GUUE*, L 328, 21.12.2018, p. 82 ss. Per un'analisi più recente, segnalo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “Energia per un'economia climaticamente neutra: strategia dell'UE per l'integrazione del sistema energetico”, COM(2020) 299 *final*, 8.7.2020, in particolare pp. 7-8.

<sup>111</sup> Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 (“normativa europea sul clima), in *GUUE*, L 243, 9.7.2021, p. 1 ss.

è risultato opportuno per favorire il dialogo tra attori eterogenei, rappresentanti della società civile inclusi, al fine di coerenza, partecipazione e trasparenza della sua azione normativa<sup>112</sup>. L'effettività di quest'azione a favore di investimenti sostenibili per la produzione e distribuzione di energia nella prospettiva del mercato interno, sottintende il rafforzamento dell'impegno dell'Unione nella cooperazione internazionale, onde mantenere la posizione di protagonista da essa assunta e una certa coerenza tra azione interna ed esterna.

2. Nel quadro di una realtà internazionale complessa e sempre più interdipendente la realizzazione di investimenti stranieri in paesi in via di sviluppo aventi per oggetto vaste porzioni di terreni tradizionalmente destinati all'agricoltura e al fabbisogno alimentare di piccoli allevatori locali e delle loro famiglie ha destato l'attenzione delle organizzazioni internazionali operanti nel sistema delle Nazioni Unite, della stessa Unione europea e di una parte dell'opinione pubblica per gli effetti pregiudizievoli da essi derivanti sotto il profilo, per esempio, dell'alterazione della resa dei terreni. È sorto un dibattito specifico sul controllo degli investitori operanti come imprese multinazionali, a seguito di fenomeni quali biocolonialismo, "landgrabbing", in mancanza di legislazioni nazionali di salvaguardia, e di richieste funzionali alla tutela di contadini e comunità rurali, indigene incluse, e loro famiglie, quale garanzia del godimento di diversi diritti della persona dipendenti dall'accesso alla terra e altre risorse naturali, come i diritti all'alimentazione e all'acqua ("clean and safe"). L'esigenza della salvaguardia delle condizioni di vita degli agricoltori si è posta come multisettoriale giacché la preservazione del loro legame con la terra, delle coltivazioni tradizionali, della loro remuneratività è strettamente correlata alla salvaguardia della biodiversità e del clima. La promozione di investimenti stranieri qualitativi attraverso strumenti normativi internazionali, vincolanti o meno, è opportuna infatti pure alla luce dei dati relativi alla mancanza di sostenibilità di alcune pratiche agricole suscettibili di contribuire ai cambiamenti climatici a seguito di emissioni elevate di gas serra, sfruttamento eccessivo delle risorse naturali, perdita

<sup>112</sup> Rileva specificamente l'art. 9 su «public consultation» del Regolamento (UE) 2021/1119 menzionato alla nota precedente anche se esso non indica metodi di coinvolgimento delle persone e associazioni intenzionate a interagire con la Commissione per favorire ampia mobilitazione e sensibilizzazione relativamente alla questione dei cambiamenti climatici (c.d. "climate action"). Questa è invero una questione complessa.



di biodiversità, allevamenti intensivi e spreco di cibo. Questi problemi sono sorti altresì per l'aumento senza precedenti della domanda di cibo derivante, in buona parte, dall'aumento della fame, malnutrizione e dalla crescita demografica<sup>113</sup>. L'idea prevalente è che l'agricoltura possa realizzarsi in maniera sostenibile con uso non intensivo delle risorse nei sistemi di produzione e distribuzione, riduzione delle emissioni di gas effetto serra e quindi del riscaldamento globale, investimenti, spesa pubblica e assistenza per la qualità della capacità produttiva agricola, produzione agroalimentare compatibile con la salvaguardia dell'ambiente e delle condizioni sociali locali ("agroecology")<sup>114</sup>. Nell'orientamento dell'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura ("Food and Agriculture Organization", FAO) le parole chiave dell'agricoltura sostenibile sono adattabilità, flessibilità, mitigazione, resilienza e approccio intersettoriale. Gli operatori privati possono contribuire investendo in resilienza con scelte orientate a mitigazione del rischio, innovazione tecnologica, gestione razionale delle risorse naturali, impianti di irrigazione, sensori per il suolo, sistemi di cattura di anidride carbonica, riduzione dell'uso di fertilizzanti e fitofarmaci.

Come segnalerò nel paragrafo di questa sezione dedicato alla importanza di investimenti sostenibili per la sicurezza alimentare, il concetto

<sup>113</sup> Relativamente alla sicurezza alimentare quale garanzia del diritto all'alimentazione, alla portata della insicurezza sotto due profili – fame e malnutrizione – e al ruolo cruciale della FAO in proposito, cfr. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale*, Napoli, 2021, specialmente pp. 11-43, 96-112.

<sup>114</sup> Per "agroecology" si intende un approccio integrato all'ecologia e alle questioni sociali nella gestione dei sistemi agricoli e alimentari mediante soddisfazione dei bisogni alimentari in aumento, garanzia dell'equità ("no one is left behind"), ottimizzazione dell'interazione tra piante, animali, esseri umani, attenzione ai processi territoriali ("bottom-up"), instaurazione di un ambiente funzionale a sistemi alimentari sostenibili ed equi. Nel 2018 la FAO ha reso pubblica la propria visione al riguardo, pubblicando il "10 Elements of Agroecology Framework". Questo è stato accettato dai suoi Stati membri nel 2019. I dieci elementi in questione sono: diversificazione; creazione di valore condivisa; sinergie tra sistemi; efficienza fondata su innovazione; diffusione di pratiche di riuso e riciclaggio; resilienza, promozione di valori sociali in termini di sviluppo rurale, equità e benessere sociale; tradizioni culturali e alimentari; *governance* responsabile; ed economia circolare e solidale. Cfr. DE SCHUTTER, ROSENBLUM, *Large-Scale Investments in Farmland: the Regulatory Challenge*, in *The Yearbook of International Investment Law and Policy*, 2010/2011, p. 563 ss.; MORTEN HAUGEN, *Trade and Investment Agreements. What Role for Economic, Social and Cultural Rights in International Economic Law?*, in *Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (edited by RIEDEL, GIACCA, GOLAY), Oxford, 2014, p. 227 ss.

di gestione sostenibile della terra affermatosi al termine della prima conferenza mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992 ha influenzato l'orientamento delle organizzazioni internazionali<sup>115</sup>. La FAO e altre organizzazioni hanno collaborato per l'elaborazione e adozione di atti giuridicamente non vincolanti, al fine di influenzare la condotta delle imprese secondo il modello delle *Guidelines* per le imprese multinazionali degli Stati membri dell'OCSE. In particolare, la FAO e il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo ("International Fund for Agriculture Development", IFAD) hanno adottato principi di condotta per la promozione di investimenti responsabili aventi per oggetto l'uso della terra e lo sfruttamento delle risorse naturali a vantaggio del miglioramento delle condizioni di vita delle comunità locali. La Banca mondiale ha sostenuto l'attuazione effettiva di siffatte raccomandazioni con progetti specifici di assistenza tecnica e finanziaria. Rilevano altresì i numerosi atti non vincolanti di natura tecnica e scientifica fondati su dati e statistiche che delineano quali politiche e condotte contribuirebbero alla garanzia dell'accesso alla terra, all'acqua e al cibo nutritivo, alla salvaguardia della specificità culturale, in termini soprattutto di conoscenze tradizionali, delle comunità locali nelle zone rurali, quali quelle indigene, e alla tutela dell'ambiente attraverso la riduzione delle emissioni di gas inquinanti. Si tratta per lo più di rapporti, linee guida e/o standard pubblicati dalla FAO, talvolta in collaborazione con la Banca mondiale stessa, al fine della prevenzione di conflitti di interesse eterogenei e quindi della promozione dello sviluppo rurale sostenibile<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> Nei documenti della conferenza di Rio de Janeiro del 1992 per gestione sostenibile della terra ("sustainable land management") si intende «the use of land resources, including soils, water, animals and plants, for the production of goods to meet changing human needs, while simultaneously ensuring the long-term productive potential of these resources and the maintenance of their environmental functions».

<sup>116</sup> La Banca mondiale dedica un programma specifico di assistenza tecnica e finanziaria, nonché ricerca, allo sviluppo agricolo e rurale volto alla promozione di riforme delle pertinenti politiche nazionali strumentali alla riduzione della povertà negli Stati meno avanzati attraverso investimenti per l'incremento della produttività agricola, dell'occupazione, dell'efficienza dei sistemi di irrigazione e quindi del reddito *pro-capite* (consultabile *online*). Per la descrizione di alcune azioni poste in essere a partire dalla fine del secolo scorso, segnalo, oltre al sito *web* della Banca, World Bank, *Scaling-Up the Impact of Good Practices in Rural Development. A working paper to support implementation of the World Bank's Rural Development Strategy*, giugno 2003; IDEM, *Global Donor Platform for Rural Development*; World Bank; FAO Statistics Division. *Tracking Results in Agriculture and Rural Development in Less-Than-Ideal Conditions: A Sourcebook of Indicators for*

Questi atti sottolineano più volte il ruolo positivo degli investimenti, se sostenibili, a tal fine. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha contribuito all'affermazione di quest'idea adottando la Dichiarazione sui "diritti" dei contadini nel 2018<sup>117</sup>. Gli strumenti internazionali non vincolanti menzionati integrano le *Guidelines* dell'OCSE e i Principi guida su imprese e diritti della persona delle Nazioni Unite, giacché questi ultimi assumono la sostenibilità dello sviluppo rurale, quale presupposto dell'accesso alla terra in maniera funzionale alla tutela dell'ambiente e dei diritti della persona.

Il dibattito suscitato dagli investimenti stranieri in paesi in via di sviluppo aventi per oggetto vaste porzioni di terra ha contribuito, pertanto, di per sé al rinnovamento del modo di essere del diritto internazionale e dell'Unione europea applicabile ai rapporti economici transazionali. In questo settore, come in altri a vocazione sociale, i conflitti di interesse derivanti dalla condotta di un investitore straniero o di uno Stato ospite possono essere infatti prevenuti, o almeno contenuti, nella logica integrativa dello sviluppo sostenibile, attraverso l'inclusione di norme sull'uso della terra, oltre a eccezioni, deroghe e clausole di salvaguardia, negli stessi trattati internazionali in materia di libero scambio e investimenti applicabili. Le clausole dei trattati internazionali in materia di investimenti di stampo tradizionale che possono favorire "land deals" sbilanciati sono quelle sulla definizione di investimento in quanto "open-ended", ossia suscettibili di applicazione, giova ricordare, ad attività economiche transazionali ulteriori rispetto a quelle elencate in modo esemplificativo e quindi anche a investimenti transazionali relativi a terreni e boschi<sup>118</sup>, quelle sulle condizioni di ammissibilità delle espropriazioni giacché prevedono l'obbligo del pagamento dell'indennizzo pronto, adeguato ed effettivo in relazione a espropriazioni vuoi dirette vuoi indirette, quelle indefinite sul trattamento giusto ed equo perché possono dilatare le pretese degli investitori, nonché la discrezionalità degli arbitri, in caso di

*Monitoring and Evaluation. Bonn: Global Donor Platform for Rural Development, 2008* (<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/7852>); TOWNSEND, *Ending Poverty and Hunger by 2030: an Agenda for the Global Food System*<sup>2</sup>, World Bank Working Paper, Washington D.C., 2015.

<sup>117</sup> Segnalo "United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas", A/HRC/RES/39/12, in particolare il preambolo, paragrafi 4, 7.

<sup>118</sup> Sulla questione della definizione di investimento ricorrente nei trattati internazionali, rinvio al par. 4 della sezione seconda del capitolo precedente.

controversia tra uno degli Stati contraenti e un investitore riconducibile a un altro Stato contraente e quelle sull'“arbitrato diretto” quale mezzo di soluzione di controversie siffatte. Alla luce dei vari trattati internazionali conclusi a partire dall'inizio di questo Millennio, il quadro normativo applicabile appare più bilanciato là dove questi includono eccezioni, deroghe, clausole di esclusione (“carve-out”) e salvaguardia relative, direttamente o meno, all'uso della terra<sup>119</sup> e allo sviluppo rurale. Rilevano anche le nuove disposizioni volte alla tutela dell'ambiente<sup>120</sup>.

Il rinnovamento del contemperamento di interessi tra Stati ospiti e investitori stranieri, secondo il macro-obiettivo della sostenibilità, presuppone inoltre investitori operanti in maniera proattiva e particolarmente attenti all'impatto dei loro investimenti all'estero relativamente tanto alla garanzia dei diritti delle persone e delle comunità locali, quali le minoranze indigene, quanto alla tutela dell'ambiente e della biodiversità dei territori, nonché in una logica estensiva alle condizioni politiche e culturali ivi esistenti. Come osservato già, tale rinnovamento è stato promosso da certi Stati tipicamente di origine delle imprese multinazionali e dall'Unione europea da quando ha una competenza specifica in materia, seppure parziale, col Trattato di Lisbona. I trattati internazionali negoziati e/o conclusi dall'Unione europea, soprattutto quelli successivi all'entrata in vigore del suddetto Trattato, prevedono infatti regole sulla promozione dell'uso sostenibile ed equo della terra. Queste disposizioni si trovano però sovente in parti del trattato preso in considerazione separate da quelle sugli investimenti<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Si vedano, in particolare, l'art. 8.18 del trattato di libero scambio tra Australia e Perù del 2018; l'art. 1, par. 1, (d), del trattato bilaterale in materia di investimenti tra Emirati Arabi Uniti e Kazakistan e il preambolo del CPTPP dello stesso anno. Mi permetto di richiamare sul punto, ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in *General Interests of Host States in Current International Investment Law* (edited by SACERDOTI, ACCONCI, VALENTI, DE LUCA), specialmente pp. 169-174.

<sup>120</sup> Segnalo come esempi significativi la clausola sul rapporto tra investimenti e ambiente prevista all'art. 12 del *Model BIT* statunitense del 2012 e l'art. 15 del *Model BIT* della SADC del medesimo anno.

<sup>121</sup> Per quanto riguarda i trattati dell'Unione successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, segnalo soprattutto l'art. 8.4 del CETA del 2016; l'allegato 9-B su «land expropriation» del trattato di libero scambio con Singapore del 2013. Mi permetto di richiamare ACCONCI, *The Safeguard of Indigenous Peoples within International and EU Law on Investment. An Overview*, in *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law* (edited by DI BLASE, VADI), Roma, 2020, p. 253 ss. (*open access al link*

3. Le scelte politiche ed economiche poste in essere per la ricerca di soluzioni alla crisi energetica derivante dall'uso di fonti esauribili, ossia scarse, e in buona parte non sostenibili influenzano la realizzazione di azioni relative alla tutela dell'ambiente, al contrasto dei cambiamenti climatici e alla gestione delle risorse naturali<sup>122</sup>. Queste scelte incidono pertanto sulla realizzazione effettiva dello sviluppo sostenibile mediante investimenti tesi alla realizzazione di processi di transizione ecologica nella produzione dell'energia fondati sulla diffusione delle energie rinnovabili e sul conseguimento dell'efficienza energetica<sup>123</sup>. Nel *World Investment Report* relativo all'anno 2023 l'UNCTAD evidenzia quest'esigenza, specialmente negli Stati meno avanzati, sulla base di un approccio ispirato all'equità. Il sottotitolo di questo rapporto annuale è invero "Investing in Sustainable Energy for All". L'obiettivo della produzione di energia attraverso investimenti sostenibili è divenuto prioritario per gli Stati membri dell'Unione europea data la loro dipendenza dallo sfruttamento di risorse energetiche importate e da infrastrutture transnazionali, come oleodotti e gasdotti. Questi Stati necessitano di diversificare l'accesso a tali risorse e altre materie prime, favorendo la concorrenza tra fornitori. Il protagonismo dell'Unione europea si deve principalmente a questo.

<https://romatpress.uniroma3.it/libro/the-inherent-rights-of-indigenous-peoples-in-international-law/>). A favore della realizzazione di investimenti rurali sostenibili fondati, tra l'altro, sulla valutazione del loro impatto sociale locale, sotto il profilo del rispetto dei diritti della persona e delle prerogative delle comunità locali, indigene incluse, rileva il *General Comment* n. 26 (2022) su "Land and Economic, Social and Cultural Rights" adottato il 24 gennaio 2023 dal Comitato delle Nazioni Unite competente al controllo dell'attuazione del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (E/C.12/GC/26, specialmente paragrafi 16-19, 28-30).

<sup>122</sup> Cfr., in via generale, tra gli altri, NORDTVEIT, *International Energy Law in Perspective. The Relationship between National and International Energy Law*, in *Routledge Handbook of Energy Law* (edited by SOLIMAN HUNTER, HERRERA ANCHUSTEGUI, CROSSLEY, ALVAREZ), Londra, New York, 2020, p. 42 ss., specialmente pp. 55-57; ALVAREZ, *The Future of Dispute Resolution in the Energy and Natural Resources Sector*, *ibidem*, p. 579 ss.

<sup>123</sup> Sull'esigenza della transizione ecologica nella produzione di energia conformemente a quanto disposto dalla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992, dal suo Protocollo addizionale del 1998 e dal correlato Accordo di Parigi del 2015, si veda ABID, *FDI Protection and Energy Transition: Are ISDS Adjudicators Equipped with the Needed Legal Devices to Ease the Transition?*, in *The American Review of International Arbitration*, 2021, p. 75 ss., specialmente pp. 78-82 relativamente alla contestualizzazione storica e politica della suddetta esigenza e alle ragioni per le quali sarebbe opportuno il raggiungimento dell'efficienza energetica senza il ricorso a fonti fossili, soprattutto carbone e gas. Cfr. GOH, *ESG and Investment Arbitration: a Future with Cleaner Foreign Investment?*, in *The Journal of World Energy Law & Business*, 2022, p. 485 ss.

Essa ha consolidato il quadro normativo avente per oggetto il mercato interno e promosso l'inserimento di questi temi nell'agenda dei negoziati dei propri trattati internazionali su commercio e investimenti tese all'instaurazione di condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, onde disegnare un modello di clausole e disposizioni uniformi in materia proponibili a parti contraenti diverse, prevenire e/o mitigare i conflitti tra norme derivanti dalla diversificazione del diritto applicabile, in particolare dall'interazione tra trattati internazionali e normative interne, quella UE inclusa, e dei meccanismi disponibili per la soluzione delle controversie, eventuali, ma probabili, tra attori diversi, ossia Stati, imprese, organizzazioni non governative e società civile in genere<sup>124</sup>. L'Unione ha sostenuto l'idea secondo cui la prevenzione di conflitti grazie al rinnovamento del diritto internazionale in materia di investimenti potrebbe contribuire all'effettività della transizione energetica di stampo ecologico con la promozione di investimenti privati sostenibili, alla luce di due circostanze di fatto: le controversie tra Stati ospiti e investitori stranieri, sorte durante la realizzazione di investimenti per la produzione di energia sulla base di trattati internazionali tipicamente favorevoli alla tutela degli interessi degli investitori, sono aumentate e le disposizioni di tali trattati più controverse sono quelle in materia di trattamento non discriminatorio, giusto ed equo, espropriazioni e "arbitrato diretto".

C'è chi in dottrina non condivide pienamente quest'approccio in quanto neoliberalista, analogo a quello all'origine della negoziazione e conclusione dell'*Energy Charter Treaty*. Quest'ultimo avrebbe rafforzato il contesto geopolitico contemporaneo incentrato sul ruolo della Russia, quale potenza di riferimento sia per l'approvvigionamento sia per il controllo delle infrastrutture distributive, accentuato la dipendenza degli Stati membri dell'Unione europea da tale Stato e poi la crisi energetica intensificata dalla guerra in Ucraina scoppiata il 24 febbraio 2022<sup>125</sup>.

Alla luce pure di quest'orientamento, vale la pena approfondire la

<sup>124</sup> Meritano attenzione, in particolare, i trattati di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e, rispettivamente Corea del Sud del 2011 (art. 24, par. 1, lettere a-g relativamente all'esigenza di tagli alle emissioni per la riduzione della concentrazione di gas serra), Singapore del 2018 (art. 7, par. 1 per quanto concerne l'energia rinnovabile), e Vietnam del 2019 (articoli 7, par. 1, e 13, par. 6 per quanto concerne l'energia rinnovabile).

<sup>125</sup> Segnalo BOUTE, *Weaponizing Energy: Energy, Trade, and Investment Law in the New Geopolitical Reality*, in *The American Journal of International Law*, 2022, p. 740 ss.

portata del rinnovamento del diritto internazionale in materia di investimenti sin qui avviato e le sue implicazioni per l'effettività della transizione energetica di stampo ecologico con la promozione di investimenti privati sostenibili.

La tutela dell'ambiente è uno dei tre profili dello sviluppo sostenibile cui diversi trattati internazionali e dell'Unione europea in materia di commercio e investimenti di "nuova generazione" – conclusi a partire dall'inizio di questo Millennio – attribuiscono rilevanza specifica, come osservato nei paragrafi precedenti, con l'inclusione di eccezioni, deroghe, clausole di esclusione ("carve-out"), salvaguardia e/o "caveat". Più specificamente, la tutela dell'ambiente è menzionata, in alcuni trattati internazionali applicabili in materia di investimenti di "nuova generazione", talvolta in maniera generica<sup>126</sup>, talaltra con riferimento alle questioni dei cambiamenti climatici e della gestione delle risorse naturali. Alcuni trattati si riferiscono all'ambiente e/o allo sviluppo sostenibile nel preambolo, come anticipato<sup>127</sup>. Vi sono trattati poi che includono la preservazione delle risorse naturali, esauribili o meno, tra gli obiettivi e le priorità menzionate a titolo esemplificativo quali motivi di salvaguardia dell'esercizio del "right to regulate" dello Stato ospite<sup>128</sup>. D'altra parte, taluni trattati

<sup>126</sup> Si veda l'art. 22.1.1 del CETA sul collegamento intrinseco tra i tre profili dello sviluppo sostenibile, ossia crescita economica, sviluppo sociale e tutela dell'ambiente.

<sup>127</sup> Segnalo i seguenti trattati del 2018: quelli bilaterali rispettivamente tra Argentina e Giappone; India e Bielorussia; tra Emirati Arabi Uniti e Uruguay; nonché il trattato di libero scambio e tutela degli investimenti tra Unione europea, suoi Stati membri e Singapore.

<sup>128</sup> Rileva il preambolo del CPTPP, là dove specifica che le parti contraenti «[r]ecognise their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, the conservation of living or non-living exhaustible natural resources, the integrity and stability of the financial system and public morals». Una disposizione analoga si trova nel preambolo del trattato bilaterale tra Australia e Uruguay del 2019; all'art. 41, lett. e), del trattato per la protezione e promozione degli investimenti tra Svizzera e Indonesia del 2022. Segnalo inoltre, tra gli altri, la definizione di investimento inclusa nel testo del CETA secondo cui un'attività economica transnazionale rilevante per l'applicazione delle norme di promozione e protezione ivi incluse potrebbe essere «an interest arising from: (i) a concession conferred pursuant to the law of a Party or under a contract, including to search for, cultivate, extract or exploit natural resources». Quest'ultima disposizione si trova anche, per esempio, all'art. 1, par. 1, lettera a), (v) del trattato bilaterale tra Australia e Uruguay del 2019; all'art. 1 dei trattati bilaterali di liberalizzazione, protezione e promozione degli investimenti conclusi dal Giappone rispettivamente con la Georgia nel 2021 e il Bahrain nel 2022.

chiariscono che transazioni aventi per oggetto risorse naturali garantite da situazioni giuridiche attive di carattere normativo o contrattuale, quali autorizzazioni, concessioni, licenze e permessi di altro genere, rientrano nel rispettivo ambito di applicazione oggettivo in quanto investimenti<sup>129</sup>.

Eccezioni, deroghe e clausole specifiche sulla produzione e distribuzione sostenibile di energia attraverso investimenti transnazionali non sono tuttavia ricorrenti nei trattati internazionali, bilaterali o meno<sup>130</sup>, in virtù probabilmente dell'idea generalizzata secondo cui quest'aspetto rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'*Energy Charter Treaty*. Si è posta così la questione dell'opportunità del rinnovamento sia della struttura sia dei contenuti di tale Trattato, quale parametro normativo di riferimento prevalente, per l'effettività delle azioni internazionali e dell'Unione volte alla sostenibilità degli investimenti transnazionali nel settore dell'energia.

Il testo originario di questo Trattato richiama la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992 nel preambolo<sup>131</sup>, prevede un articolo, il 19, volto a coniugare in chiave promozionale la tutela dell'ambiente e la realizzazione di scambi commerciali e investimenti, favorendo per esem-

<sup>129</sup> Segnalo, per esempio, l'art. 1, par. a (viii), del trattato bilaterale tra Giappone e Bahrain del 2022.

<sup>130</sup> L'art. 13.6 del Trattato di libero scambio tra Unione europea, suoi Stati membri e Vietnam del 2019 è dedicato alla questione dei cambiamenti climatici. Questo richiama il quadro normativo internazionale della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992, come modificata dal Protocollo di Kyoto 2012 e dall'Accordo di Parigi del 2015, per la promozione della transizione verso economie fondate sulla riduzione delle emissioni di gas serra, resilienza climatica, energia rinnovabile, obbiettivi e servizi di efficienza energetica. Nello stesso senso rileva il CAI tra Unione europea, suoi Stati membri e Cina del 2020 già menzionato. Anche il Trattato *post-Brexit* tra Unione e Regno Unito su commercio e cooperazione del 2020 richiama la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992 nel preambolo. Rileva pure il preambolo del trattato di libero scambio tra Regno Unito e Turchia del medesimo anno. Il Regno Unito ha concluso nello stesso anno altri accordi rilevanti in quanto includono il riferimento ai cambiamenti climatici a proposito di "non-precluding measures" o come disposizione a sé, come l'art. 83 del capitolo 17 del Trattato con la Moldavia su commercio e cooperazione. Meritano attenzione anche gli articoli 84-86 di quest'ultimo Trattato, nonché l'art. 24.25 del Trattato USMCA del 2018 tra Stati Uniti, Messico e Canada. Il Trattato tra Regno Unito e Giappone del 2020 prevede, all'art. 16, par. 5, l'esigenza della promozione di investimenti per tecnologie ecologiche. Rilevano al riguardo anche gli accordi di libero scambio tra Svizzera e Cina del 2013, art. 12, par. 3; quello tra Regno Unito e Australia del 2021, art. 13, par. 8; l'accordo di partenariato economico tra Unione e Kazakistan del 2015, art. 154.

<sup>131</sup> Il testo recita «[r]ecalling the United Nations Framework Convention on Climate Change, the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution and its protocols, and other international environmental agreements with energy-related aspects».



pio valutazioni di impatto ambientale<sup>132</sup>, ed è corredato da un Protocollo, il n. 3, su efficienza energetica e aspetti ambientali correlati.

Negoziati di revisione dell'*Energy Charter Treaty* sono stati avviati per rendere tale Trattato funzionale alla neutralità climatica, rivedendo, tra l'altro, la sua neutralità tecnologica. Questo risultato implicherebbe la disincentivazione degli investimenti detti "brown" fondati sull'impiego di fonti fossili e tecnologie obsolete, da un lato, e la promozione di quelli detti "green", dall'altro. L'esigenza di negoziati di revisione è scaturita dalla circostanza secondo cui l'*Energy Charter Treaty* ha operato nell'ultimo decennio come un trattato internazionale datato e inidoneo nel complesso ad assicurare regolamentazione e promozione di scambi e investimenti transnazionali tra Stati riconducibili a contesti geopolitici differenti, nonché la sostenibilità effettiva di scambi e investimenti siffatti. Il processo di modernizzazione dell'*Energy Charter Treaty* non è finalizzato tuttavia necessariamente alla revisione degli obiettivi per i quali esso è stato concluso in origine, ossia la cooperazione internazionale di medio-lungo periodo in via strumentale alla sicurezza degli approvvigionamenti e all'efficienza della produzione energetica, nonché l'armonizzazione delle condizioni di mercato, trasferimento della tecnologia e dei capitali, scambio e investimento transnazionali.

Un primo macro-obiettivo della suddetta modernizzazione può quindi individuarsi nella razionalizzazione e qualità delle fonti di produzione dell'energia. La guerra in Ucraina scoppiata ufficialmente il 24 febbraio 2022 ha rinnovato il contesto dei negoziati di revisione. L'insicurezza economica e sociale già causata dalla pandemia da Covid-19 si è acuita per l'intensificazione dell'insicurezza energetica derivante dall'incertezza politica e militare mondiale per la suddetta guerra. Ciò ha determinato un peggioramento macroscopico dell'approvvigionamento energetico, specialmente degli Stati membri dell'Unione europea, e ha riaperto il dibattito, politico e dottrinario, sull'opportunità dell'inclusione dell'energia nucleare nel mix energetico più appropriato<sup>133</sup>. La Commissione europea

<sup>132</sup> L'art. 2 relativo alle definizioni chiarisce che «“Environmental Impact” means any effect caused by a given activity on the environment, including human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape and historical monuments or other physical structures or the interactions among these factors; it also includes effects on cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors».

<sup>133</sup> Per un quadro dei rapporti geopolitici rilevanti in relazione al ruolo della Russia nella (in)sicurezza energetica mondiale precedentemente alla guerra in Ucraina, segnalo

appare, in ogni caso, ferma nella promozione della transizione energetica ecologica, malgrado le differenze economiche e le divisioni politiche tra gli Stati membri dell'Unione<sup>134</sup>. C'è chi ha evidenziato il fatto che l'energia nucleare possa essere prodotta e distribuita oggi con sicurezza elevata, ossia senza il rischio di incidenti catastrofici a danno della vita e della salute delle persone e dell'ecosistema, grazie a investimenti tecnologicamente ultra-avanzati<sup>135</sup>. Quest'orientamento denota la rilevanza crescente degli investimenti per la transizione energetica e l'opportunità della promozione della loro qualità attraverso il diritto e la politica. L'esigenza della revisione dell'*Energy Charter Treaty* si pone anche sotto questo profilo.

I rapporti tra Stati appartenenti a contesti geopolitici distinti risentono invero della rivalità tra potenze e sono sottoposti a pressioni e congiunture di ordine tanto economico quanto sociale. Prova ne è da ultimo la posizione assunta da un certo numero di Stati membri dell'Unione, tra cui Francia, Germania, Paesi Bassi e Spagna, a favore del ritiro coordinato dall'*Energy Charter Treaty*, sebbene l'Unione sia stata la parte contraente di tale Trattato protagonista dell'avvio di negoziati per la sua revisione nel 2019 e vi abbia partecipato attivamente con gli Stati membri<sup>136</sup>. Il 7 luglio 2023 la Commissione ha proposto nondimeno al Consiglio il ritiro dell'Unione da siffatto Trattato<sup>137</sup>. L'Italia non ha partecipato ai ne-

RASZEWSKI, NOWAK, *Shifting Russian Energy Geopolitics*, in *Routledge Handbook of Energy Law* (edited by SOLIMAN HUNTER, HERRERA ANCHUSTEGUI, CROSSLEY, ALVAREZ), Londra, New York, 2020, p. 218 ss.; CROSSLEY, ALVAREZ, *Concluding Thoughts on the Global Energy Transition*, *ibidem*, pp. 602-603.

<sup>134</sup> Rileva la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle regioni, *REPowerEU Plan*, nella quale la Commissione delinea e auspica tre azioni principali da parte dell'Unione e degli Stati membri per la riduzione della dipendenza dall'importazione di fonti fossili dalla Russia e il raggiungimento della neutralità energetica entro il 2050: il risparmio energetico, la diversificazione delle fonti di approvvigionamento e l'accelerazione della sostituzione delle fonti fossili con quelle rinnovabili nelle abitazioni, nell'industria e nella produzione di energia *tout court* (COM/2022/230 final, 18.5.2022).

<sup>135</sup> Cfr. NEGRI DELLA TORRE, *The Future of Nuclear Energy*, in *Routledge Handbook of Energy Law* (edited by SOLIMAN HUNTER, HERRERA ANCHUSTEGUI, CROSSLEY, ALVAREZ), Londra, New York, 2020, p. 561 ss.

<sup>136</sup> L'*Energy Charter Treaty* è un trattato multilaterale. La volontà dell'Unione e dei suoi Stati membri non può essere decisiva per l'approvazione di sue revisioni quali soluzioni al problema della coesistenza tra norme di tale Trattato e quelle del diritto dell'Unione parimenti applicabili alla vita di un investimento transnazionale. La volontà delle altre parti contraenti è altresì determinante.

<sup>137</sup> Si veda European Commission, *Proposal for a Council Decision on the withdrawal*

goziati, avendo denunciato l'*Energy Charter Treaty* già nel 2016, a seguito soprattutto della nascita del procedimento arbitrale *Rockhopper c. Italia* originato dalla mancata concessione nel 2016 da parte del governo italiano del permesso di trivellazione dei fondali dell'area paesaggistica naturale nel Mar Adriatico, detta "Ombrina mare", entro le acque territoriali italiane. Il governo italiano ha negato questo provvedimento, tra l'altro, a seguito dell'opposizione delle comunità locali contrarie all'investimento sia per la sua presunta tossicità in quanto fonte di inquinamento sia per il rischio sismico e idrologico elevato della zona geografica interessata. La Rockhopper, un investitore britannico specializzato nelle attività di esplorazione, trivellazione e raccolta di gas e petrolio, ha vinto il caso, giacché il tribunale arbitrale costituito sulla base dell'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* ne ha accolto la richiesta di indennizzo per espropriazione. La Rockhopper aveva iniziato alcune attività di esplorazione, pur non avendo ottenuto ancora alcuna concessione. L'Italia ha presentato una richiesta di annullamento della sentenza arbitrale. Preme sottolineare che l'Italia continua a essere vincolata dall'*Energy Charter Treaty* per venti anni con riguardo agli investimenti avviati prima del gennaio 2016, in virtù della clausola detta "sunset" prevista all'art. 47 di tale Trattato. Questa disposizione è stata una di quelle più dibattute nel corso dei negoziati per la revisione dall'*Energy Charter Treaty*, poiché contribuirebbe un effetto di "regulatory chill", scoraggiando scelte politiche innovative degli Stati parti e/o dell'Unione fondate sulla promozione di investimenti esteri volti alla neutralità climatica entro il 2050, per esempio con la produzione di energia rinnovabile.<sup>138</sup> La medesima disposizione, in caso di denuncia del Trattato da parte di un suo Stato contraente, mantiene invero inalterata la tutela considerevole da esso derivante per venti anni sotto i profili sia sostanziale sia procedurale in virtù della clausola di "arbitrato diretto" all'art. 26. Per questa ragione la denuncia dell'*Energy Charter Treaty* po-

*of the Union from the Energy Charter Treaty*, COM(2023) 447 final, 2023/0273 (NLE), 7.7.2023. Questa proposta è fondata sull'art. 218, par. 6, (a), (v), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Rileva già la risoluzione del Parlamento europeo del 23 giugno 2022 sul "Futuro della politica dell'Unione europea in materia di investimenti stranieri" ("the future of EU international investment policy"), 2021/2176(INI), punto 42. Merita sottolineare che questa risoluzione è stata adottata il giorno prima del comunicato del Segretariato dell'*Energy Charter Treaty* relativo all'approvazione del testo di "Agreement in principle" menzionato nel testo.

<sup>138</sup> Si vedano, in particolare, MORGANDI, BARTELS, *Exiting the Energy Charter Treaty under the Law of Treaties*, in *King's Law Journal*, 2023, p. 145 ss.

trebbe non essere una scelta favorevole all'attuazione degli accordi internazionali aventi per oggetto i cambiamenti climatici, da ultimo l'Accordo di Parigi del 2015, e il *Green Deal* della Commissione europea. Può identificarsi pertanto una correlazione tra revisione della "sunset clause" e della clausola di "arbitrato diretto" all'art. 26, soprattutto relativamente a controversie *intra-UE*<sup>139</sup>. Questa correlazione è emersa in maniera evidente in relazione al secondo macro-obiettivo dei negoziati di modernizzazione dell'*Energy Charter Treaty*: quello di coniugare i suoi obiettivi originari e la neutralità climatica nelle attività di investimento per la produzione di energia e nei relativi scambi commerciali transnazionali. Il raggiungimento di quest'obiettivo potrebbe essere facilitato dalla revisione della definizione di investimento rilevante per la delimitazione dell'ambito di applicazione oggettivo del Trattato. L'Unione europea ha manifestato la volontà, da un lato, di escludere investimenti nel settore delle energie fossili da tale definizione e, dall'altro, di includervi gli investimenti relativi a energie in grado di favorire il contrasto dei cambiamenti climatici, in quanto non inquinanti, come le rinnovabili. In effetti, una revisione siffatta appare congeniale alla neutralità climatica mediante la produzione sostenibile di energia<sup>140</sup>. Altrimenti, investimenti fondati sull'uso di fonti fossili o altre fonti ritenute da uno Stato ospite non sostenibili postrebbero continuare a beneficiare, parimenti a quelli sostenibili, delle disposizioni favorevoli del Trattato, in particolare di quelle sulla protezione attivando la clausola di "arbitrato diretto" prevista nel suo art. 26. Senza una revisione siffatta, il ricorso al regime di favore del Trattato per promuovere investimenti privati nel settore dell'energia funzionali alla transizione ecologica potrebbe essere vanificato. Prova ne è il caso *Vattenfall* originato dal programma di dismissione dell'impiego di energia nucleare deciso dalla Germania. Questa è la ragione per la quale in attesa della eventuale conclusione del processo di modernizzazione del medesimo Trattato, c'è chi in dottrina auspica l'impiego da parte degli arbitri di metodi interpretativi estensivi in grado di conciliare le diverse esigenze e privilegiare oggi l'applicazione dell'*Energy Charter Treaty* per

<sup>139</sup> Sulla revisione dell'art. 26 dell'*Energy Charter Treaty*, *supra* capitolo primo, sezione seconda, par. 6.

<sup>140</sup> Su quanto evidenziato nel testo e altri profili della posizione dell'Unione, si veda MAURO, *Investment Disputes and Fight Against Climate Change in Light of the Energy Charter Treaty: the Delicate Position of the European Union*, in *Transnational Dispute Management*, February 2023, n. 1.

la transizione energetica di stampo ecologico, quali lo “standard of review” secondo un approccio deferente verso lo Stato ospite<sup>141</sup>.

Per quanto riguarda la revisione dei meccanismi di soluzione delle controversie tra uno Stato e un investitore straniero previsti all’art. 26 dell’*Energy Charter Treaty*, ho segnalato già che sia la Corte di giustizia dell’Unione europea sia la Commissione europea si sono espresse per l’attenuazione, se non il superamento, del ricorso all’“arbitrato diretto” quale meccanismo prevalente, seppure sulla base di motivazioni diverse e meccanismi alternativi differenti. Ricordo che, da un lato, la Corte ha deciso per la propria competenza esclusiva, negando la competenza di tribunali arbitrali istituiti conformemente a trattati internazionali, quali quelli in materia di investimenti, allorché la controversia intercorra tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro nella logica di quanto affermato nella propria sentenza nel caso *Achmea*, quand’anche il trattato applicabile sia un trattato multilaterale cui partecipano Stati non membri, qual è l’*Energy Charter Treaty*<sup>142</sup>, e, dall’altro, la Commissione ha proposto l’istituzione di una corte multilaterale permanente<sup>143</sup>. Giova sottolineare che la questione della correlazione tra produzione di energia in maniera ecologica attraverso investimenti stranieri e sostenibilità è emersa, seppure incidentalmente, in alcuni dei procedimenti arbitrali all’origine della giurisprudenza della Corte di giustizia, specificamente nei casi sorti dai ricorsi di alcuni investitori di Stati membri dell’Unione europea contro Italia e Spagna<sup>144</sup>. Come segnalato, questi

<sup>141</sup> Sul punto, per tutti, ABID, *FDI Protection and Energy Transition: Are ISDS Adjudicators Equipped with the Needed Legal Devices to Ease the Transition?*, in *The American Review of International Arbitration*, 2021, specialmente 85-86. Cfr., fra gli altri, FOSTER, *Adjudication, Arbitration and the Turn to Public Law ‘Standards of Review’: Putting the Precautionary Principle in the Crucible*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, p. 525 ss.

<sup>142</sup> Si veda il par. 6 della sezione seconda del capitolo primo per quanto concerne la prassi contenziosa sorta davanti alla Corte di giustizia con riguardo all’applicazione dapprima di trattati internazionali bilaterali in materia di investimenti tra Stati membri e poi dell’*Energy Charter Treaty*.

<sup>143</sup> Al par. 6 della sezione seconda del capitolo primo si richiamano altresì le disposizioni del CETA e del Trattato tra Unione europea, suoi Stati membri e Vietnam contemplanti la competenza di un meccanismo permanente per la soluzione delle controversie tra uno Stato e un investitore straniero.

<sup>144</sup> Il tribunale arbitrale ICSID del caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna* ha riconosciuto quest’ipotesi nella propria sentenza, senza pronunciarsi tuttavia in merito (caso ICSID n. ARB/14/1, sentenza 16 maggio 2018, par. 290).

sono stati convenuti davanti a tribunali arbitrali a causa delle modifiche introdotte alle proprie legislazioni di incentivo dell'uso di fonti rinnovabili, in particolare del fotovoltaico, per la produzione di energia<sup>145</sup>.

La dicotomia tra l'orientamento della Corte di giustizia e quello dei tribunali arbitrali costituiti ex art. 26 dell'*Energy Charter Treaty* dimostra l'opportunità della conclusione dei negoziati di revisione di tale *Treaty* secondo un approccio multilaterale. La bozza del nuovo testo del suddetto trattato concordata tra le Parti contraenti il 24 giugno 2022, denominata "Agreement in principle", prevede la revisione, come segnalato già<sup>146</sup>, dell'art. 26 favorevole agli interessi dell'Unione e dei suoi Stati membri, oltre all'inserimento di disposizioni su sviluppo sostenibile nel settore dell'energia, salvaguardia del "right to regulate" dello Stato ospite per la tutela di obiettivi di interesse pubblico, tra cui il contrasto dei cambiamenti climatici alla luce dell'Accordo di Parigi del 2015, responsabilità sociale d'impresa, descrizione dettagliata delle condizioni suscettibili di costituire una frustrazione di aspettative legittime dell'investitore rilevante quale violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, esclusione opzionale degli investimenti esistenti per la produzione di energia attraverso fonti fossili dai benefici del Trattato dopo dieci anni dalla data di entrata in vigore del testo revisionato del Trattato e di quelli nuovi dopo nove mesi<sup>147</sup>, osservanza degli standard internazionali nei rapporti di lavoro e astensione dall'abbassamento della tutela ambientale e sociale per l'attrazione di investimenti stranieri ("non regression clause"). Nonostante ciò, come segnalato, alcuni Stati membri dell'Unione e la Commissione europea hanno manifestato l'intenzione di sospendere la partecipazione ai negoziati e ritirarsi dall'*Energy Charter Treaty*. L'appro-

<sup>145</sup> Secondo i ricorrenti, le modifiche alle legislazioni nazionali di incentivo all'uso del fotovoltaico costituivano una violazione degli obblighi posti dall'*Energy Charter Treaty* in materia di trattamento giusto ed equo e/o espropriazione per la quale chiedevano un indennizzo ingente calcolato conformemente a quanto previsto in siffatto Trattato. Merita ricordare che il tribunale del caso *Charanne and Construction Investments c. Spagna* ha respinto tale pretesa negando l'esistenza di aspettative legittime dei ricorrenti maturate sulla base dell'obbligo di trattamento giusto ed equo (arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma, caso 062/2012, sentenza, 21 gennaio 2016, specialmente paragrafi 493-494, 499, 539). Cfr. BIGGS, *The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases*, in *ICSID Review*, 2021, p. 99 ss.

<sup>146</sup> *Supra*, par. 6, sezione seconda, capitolo primo.

<sup>147</sup> L'opzione descritta nel testo configurerebbe un meccanismo di flessibilità di cui l'Unione europea e il Regno Unito hanno dichiarato di volersi avvalere al momento di pubblicazione della presente monografia.

vazione della bozza del nuovo testo avrebbe dovuto avvenire a novembre 2022. La Commissione non ha partecipato alla conferenza che avrebbe dovuto tenersi a tal fine giacché non aveva il sostegno di tutti gli Stati membri.

Prima di proporre alcune riflessioni conclusive, mi preme segnalare altresì che dal 2021 anche l'OCSE si sta occupando dell'instaurazione di una correlazione positiva tra neutralità climatica, alla luce di quanto previsto nell'Accordo di Parigi del 2015, e disposizioni di trattati internazionali applicabili agli investimenti mediante l'inserimento di clausole di flessibilità nei suddetti trattati, senza alterarne gli obiettivi principali, ossia tutela degli interessi degli investitori, facilitazione e liberalizzazione delle loro attività<sup>148</sup>.

Due riflessioni finali appaiono meritevoli di essere proposte. C'è chi in dottrina ritiene che la soluzione delle controversie tra Stati ospiti e investitori stranieri potrebbe essere facilitata qualora chi potrebbe essere nominato arbitro fosse sensibilizzato in relazione all'incidenza dei diversi metodi interpretativi previsti nel diritto internazionale, come codificati nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, sulla realizzazione dell'obiettivo di coniugare la varietà, nonché conflittualità, tra interessi e norme. Quest'orientamento pare condivisibile, come accennato nelle pagine precedenti, alla luce della sospensione di fatto dei negoziati per la modernizzazione dell'*Energy Charter Treaty*, dei risultati eterogenei dei procedimenti arbitrali istituiti sulla base dell'art. 26 del suddetto *Treaty* e della complessità derivante, in via generale, dai conflitti tra norme e giurisdizioni. La sensibilizzazione per la questione dei cambiamenti climatici apparirebbe particolarmente opportuna data la sua urgenza<sup>149</sup>. In secondo luogo, la sostenibilità della gestione di risorse

<sup>148</sup> Per approfondimenti, segnalo il sito *web* dell'OCSE, in particolare <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/investment-treaties.htm>.

<sup>149</sup> Cfr. GEHRING, STEPHENSON, CORDONIER SEGGER, *Sustainability Impact Assessments as Inputs and as Interpretative Aids in International Investment Law*, in *Journal of World Investment & Trade*, n. 1, 2017, specificamente p. 198 ss. Sulla rilevanza positiva dell'inclusione di disposizioni per la tutela dell'ambiente e del clima nei trattati internazionali in materia di investimenti, si vedano già GEHRING, CORDONIER SEGGER, HEPBURN, *Climate Change and International Trade and Investment Law*, in *International Law in the Era of Climate Change* (edited by RAYFUSE, SCOTT), Cheltenham, Northampton, MA, 2012, p. 84 ss., specialmente p. 108; GEHRING, KENT, *International Investment Agreements and the Emerging Green Economy: Rising to the Challenge*, in *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives* (edited by BAETENS), Cambridge, 2013, p. 187 ss.

naturali, quali quelle minerarie ed energetiche, attraverso il diritto è desiderabile per la sua funzione preventiva di conflitti di interesse suscettibili di divenire conflitti armati. Conflitti simili incidono di per sé sull'andamento degli investimenti stranieri, alterando le scelte di investimento dei privati e la loro realizzazione, da un lato, e l'orientamento delle politiche statali, dall'altro. Rilevano le clausole specifiche dei trattati internazionali applicabili in materia tese alla protezione degli interessi degli investitori in situazioni di conflitto, quali quelle ricorrenti implicanti obblighi posti agli Stati contraenti di accordare "full protection and security" agli investitori degli altri Stati contraenti e risarcire eventuali danni causati da conflitti o altre situazioni analoghe, nonché il divieto di investimenti deciso a titolo di sanzione mirata in occasione di taluni conflitti recenti, come la guerra tra Russia e Ucraina già menzionata<sup>150</sup>. Tuttavia, il diritto, quantunque composito e talvolta versatile, è uno strumento necessario, ma non sufficiente per la realizzazione dell'obbiettivo della produzione, gestione di infrastrutture, nonché distribuzione, di energia in maniera sostenibile, come il conflitto armato tra Russia e Ucraina dimostra. Azioni "multi-stakeholders" di carattere politico e diplomatico sono indispensabili per la prevenzione di questi scenari e il mantenimento di un clima internazionale favorevole alla realizzazione di investimenti stranieri. Conflitti di interesse, conflitti armati, reazioni quali le sanzioni, generano invero instabilità, incertezza, politicizzazione e dunque un clima internazionale sfavorevole sia agli Stati e alle popolazioni sottoposte alla loro sovranità sia agli stessi investitori. Sulla rilevanza delle azioni "multi-stakeholders" rilevano pure le riflessioni del prossimo paragrafo.

4. A partire dagli anni novanta del secolo scorso, i paesi in via di sviluppo hanno ridotto gli investimenti pubblici nel settore agricolo, a causa di crisi economiche e riduzione di risorse finanziarie disponibili anche a seguito dell'attuazione di programmi di aggiustamento strutturale concordati con organismi finanziari internazionali. I bisogni di sviluppo di agricoltori, per lo più di piccola dimensione, e comunità locali sono stati trascurati, in quanto non ritenuti una priorità politica sul piano nazionale.

<sup>150</sup> Rileva, tra gli altri, il divieto di nuovi investimenti dell'UE nel settore minerario russo, ad eccezione di alcune materie prime, deciso dall'Unione europea contro la Russia a partire dal 15 marzo 2022, quale reazione alla sua condotta contro l'Ucraina. Si veda il quarto pacchetto di sanzioni in risposta all'invasione russa dell'Ucraina (*GUUE*, Regolamento del Consiglio, (EU) 2022/428, L0871 15.3.2022, p. 13 ss.).



Allo stesso tempo, la promozione dello sviluppo rurale e la mitigazione degli effetti negativi della volatilità dei prezzi dei prodotti agricoli, a seguito di riduzione della produttività terriera e cambiamenti climatici, sono divenuti cruciali. Numerosi paesi in via di sviluppo hanno scelto di attrarre investimenti privati transnazionali aventi per oggetto l'aumento della qualità dei prodotti agroalimentari, in termini di valori nutrizionali, e il miglioramento delle tecniche produttive tramite innovazioni degli impianti di irrigazione, delle infrastrutture agricole, onde renderle idonee alla cattura di anidride carbonica e razionalizzazione dell'uso di pesticidi, e delle filiere agroalimentari allo scopo, tra l'altro, di riduzione degli sprechi, mantenimento della continuità dei processi produttivi e distributivi su base equa. La proliferazione di investimenti stranieri privati nel settore agricolo nei paesi in via di sviluppo ha reso evidente l'esigenza di regole internazionali per la promozione della sostenibilità rurale nel contesto del neoliberalismo. Le risposte giuridiche internazionali sono state prevalentemente *soft*. La FAO e l'IFAD, in quanto organizzazioni internazionali specializzate, hanno adottato linee guida, rapporti e raccomandazioni specifiche per orientare gli Stati più bisognosi a espandere i rispettivi sistemi agricoli nazionali, mantenendo il controllo dell'uso delle risorse e dunque dei processi di sviluppo<sup>151</sup>. Il Comitato sulla sicurezza alimentare mondiale ("World Food Security", CFS) della FAO ha promosso investimenti orientati socialmente. In particolare, per il contrasto della fame e la riduzione della povertà grazie alla realizzazione effettiva della sicurezza nutritiva nei paesi in via di sviluppo, la FAO ha adottato, in collaborazione con altre organizzazioni internazionali, *guidelines* e principi non vincolanti in grado di favorire l'integrazione del diritto al cibo e della sostenibilità rurale nelle riforme nazionali delle politiche e legislazioni alimentari, agricole e fondiari degli Stati ospiti, nonché nelle scelte e nei comportamenti degli investitori, specialmente se imprese<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> Si vedano, in particolare, ASEAN, *Integrated Food Security Framework and Strategic Plan of Action on Food Security in the ASEAN Region (2009-2013)* (aseanfoodsecurity.asean.org); SADC Secretariat, *Measures to Address Food Security in the SADC Region*, 2009 (www.sadc.int); FAO, *Trends and Impacts of Foreign Investment in Developing Country Agriculture*, Roma, 2013.

<sup>152</sup> Segnalo, tra gli altri, "Five Proposals for a Genuine Integration of the Right to Food in the Revised Comprehensive Framework of Action" del *Rapporteur* speciale, Olivier De Schutter, sul diritto all'alimentazione, 10 aprile 2010; FAO, *The State of Food and Agriculture. Investing in agriculture for a better future*, Roma, 2012; OECD, *Policy Framework for Investment in Agriculture*, Parigi, gennaio 2013. Cfr. WEST, *Food Security*,

Al fine della coerenza, la riduzione della diversificazione normativa e il mutamento delle priorità politiche, il Comitato sulla sicurezza alimentare mondiale della FAO ha sostenuto l'adozione di un documento specifico – “The Global Strategic Framework for Food Security and Nutrition” – quale parametro di riferimento dell'istituzione di programmi di sicurezza alimentare “multi-stakeholder” e investimenti in agricoltura responsabili, in quanto fondati su consultazioni e partecipazione di attori eterogenei. Questo “Framework” racchiude le *guidelines* e i principi menzionati in diversi atti internazionali non vincolanti tesi all'istituzione di un quadro di *governance* sulla correlazione su “land and water”, sulla condotta degli Stati e delle imprese multinazionali. Tra questi atti mi preme richiamare le “Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security” adottate dal Consiglio FAO nel 2004,<sup>153</sup> “L'Aquila Food Security Initiative” (AFSI) e il “Joint Statement on Global Food Security”<sup>154</sup>, “Five Rome Principles for Sustainable Global Food Security” adottate nel corso dell'incontro mondiale sulla sicurezza alimentare<sup>155</sup>, i “Principles for Responsible Agricultural Investment that Respects Rights, Livelihoods and Resources” (“RAI Principles”) adottati congiuntamente da FAO, IFAD, UNCTAD e Banca mondiale nel 2009<sup>156</sup> e le “Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security” adottate dal Comitato sulla sicurezza alimentare mondiale della FAO nel 2012<sup>157</sup>. Nel 2014 il medesimo Comitato, in collaborazione con l'IFAD e il Programma alimentare mondiale, ha sviluppato le raccomandazioni e i principi di condotta previsti in tali atti adottando dieci “Principles

*Biofuels and Corporate Sustainability*, in *Natural Resources and the Green Economy* (edited by BLANCO, RAZZAQUE), Leiden, Boston, 2012, p. 139 ss., specialmente pp. 160-163.

<sup>153</sup> [www.fao.org/righttofood/about-right-to-food/en](http://www.fao.org/righttofood/about-right-to-food/en). Si veda, in particolare, FAO, *Right to Food. Making It Happen*, Roma, 2011.

<sup>154</sup> Rilevano i risultati dell'incontro dei diversi ministri dell'agricoltura di Stati non parti al G-8 nel corso della riunione del G-8 tenutasi a L'Aquila, luglio 2009 ([www.g8italia.it](http://www.g8italia.it)), nonché il programma di assistenza AFSI - “Global Agriculture and Food Security Programme” (GAFSP) – adottato all'incontro G-20 in Pittsburgh, settembre 2009 ([www.gafspfund.org](http://www.gafspfund.org)).

<sup>155</sup> Si veda [www.fao.org/fileadmin/templates/wsfs/Summit/Docs/Final\\_Declaration](http://www.fao.org/fileadmin/templates/wsfs/Summit/Docs/Final_Declaration).

<sup>156</sup> [www.fao.org/economic/est/issues/investments/prai/en](http://www.fao.org/economic/est/issues/investments/prai/en).

<sup>157</sup> Segnalo [www.fao.org/cfs/cfs-home/cfs-land-tenure/en](http://www.fao.org/cfs/cfs-home/cfs-land-tenure/en). Si veda FAO, *The Right to Food and the Responsible Governance of Tenure*, Roma, 2013.

for Responsible Investment in Agriculture and Food Systems”<sup>158</sup>. La FAO ha promosso attività ulteriori di raccolta dati per studi e ricerche tese all’elaborazione di standard di condotta, statistiche e raccomandazioni specifiche sul ruolo degli investimenti stranieri nel settore agroalimentare per la sicurezza alimentare. La FAO si è occupata altresì della promozione della sostenibilità di tali investimenti, al fine della garanzia sia della sicurezza alimentare sia dello sviluppo rurale, pubblicando periodicamente un rapporto annuale al riguardo. Relativamente alla realtà contemporanea gli interrogativi più significativi sono due, a suo avviso: come possono gli Stati influenzare la realizzazione delle scelte di investimento per renderli un contributo allo sviluppo qualitativo? E come possono tali scelte sull’uso della terra e delle risorse naturali incidere sulle scelte delle persone, finanche su quelle di interi gruppi di persone di migrare per il miglioramento delle rispettive condizioni di vita?<sup>159</sup> I settori tipici degli investimenti stranieri in zone rurali sono attività minerarie di sfruttamento di bacini naturali, coltivazione di specialità vegetali per biocarburanti, industria di trasformazione agroalimentare e acquaculture. La FAO ha evidenziato che investimenti innovativi nella costruzione di depositi e spazi per la commercializzazione di prodotti alimentari freschi, da un lato, e in istruzione, sanità, comunicazione e centri per il tempo libero migliorerebbero le condizioni di vita nelle aree rurali, urbanizzate o meno, aumentando le opportunità di occupazione e riducendo le sollecitazioni all’emigrazione o in ogni caso alla sovrappopolazione delle grandi città. Il miglioramento del reddito *pro-capite* e del

<sup>158</sup> I dieci Principi sono i seguenti: “Principle 1: Contribute to food security and nutrition; Principle 2: Contribute to sustainable and inclusive economic development and the eradication of poverty; Principle 3: Foster gender equality and women’s empowerment; Principle 4: Engage and empower youth; Principle 5: Respect tenure of land, fisheries, and forests, and access to water; Principle 6: Conserve and sustainably manage natural resources, increase resilience, and reduce disaster risks; Principle 7: Respect cultural heritage and traditional knowledge, and support diversity and innovation; Principle 8: Promote safe and healthy agriculture and food systems; Principle 9: Incorporate inclusive and transparent governance structures, processes, and grievance mechanisms; Principle 10: Assess and address impacts and promote accountability”. Questi principi hanno come presupposto le quattro questioni basilari della sicurezza alimentare, ossia “availability”, “access”, “stability” e “utilization”.

<sup>159</sup> Si veda, in particolare, FAO, *The State of Food and Agriculture. Migration, Agriculture and Rural Development*, Roma, 2018.

c.d. “capitale umano” in tali aree permetterebbe, peraltro, a chi volesse emigrare di farlo con disponibilità finanziarie appropriate<sup>160</sup>.

Gli atti menzionati si ispirano nell’insieme a concetti e principi all’origine di vari sviluppi del quadro normativo e politico internazionale contemporaneo, quali diffusione della democrazia, “rule of law”, trasparenza, “accountability”, liberalizzazione e privatizzazioni. Tali strumenti non vincolanti sono diretti alla realizzazione effettiva del diritto all’alimentazione adeguata in un contesto di sicurezza alimentare. Il raggiungimento di quest’obbiettivo sarebbe favorito dallo sviluppo rurale fondato su miglioramento della sostenibilità della produzione e degli scambi nel settore agricolo, conservazione delle risorse naturali, investimenti orientati socialmente in infrastrutture, ricerca e tecnologia, opportunità occupazionali ulteriori, promozione di catene del valore e riforme politiche, con riguardo specialmente alla terra. La FAO raccomanda altresì la realizzazione di investimenti tesi al contrasto dei cambiamenti climatici. Questi potrebbero contribuire anche alla diffusione di abitudini alimentari sane a costi contenuti e all’organizzazione di catene di produzione e distribuzione inclusive<sup>161</sup>. Nell’insieme siffatti atti intendono contribuire sia alla formazione di un regime normativo unitario, per quanto non vincolante, improntato all’uso responsabile ed equo delle risorse naturali – uno dei principi base dello sviluppo sostenibile – e alla salvaguardia delle prerogative di accesso alle suddette risorse in particolare alla terra, da parte delle comunità locali e degli agricoltori di piccola dimensione, sia alla promozione di attività di assistenza tecnica mirate.

Gli strumenti internazionali non vincolanti hanno il pregio di favorire la collaborazione tra agricoltori di piccola dimensione, governi e investitori stranieri. I principi della partecipazione pubblica e “accountability”, quali obbiettivi strumentali alla realizzazione dello sviluppo sostenibile, sono di per sé significativi per la sicurezza alimentare attraverso investimenti qualitativi. A questo fine, il ricorso all’istituzione di “partnerships” appare decisivo ed è divenuto ricorrente nei rapporti economici transna-

<sup>160</sup> FAO, *The State of Food and Agriculture. Migration, Agriculture and Rural Development*, Roma, 2018, specialmente pp. XVI, XXI, 11, 18, 56, 62, 72, 77-78, 81, 83-87, 89, 92-93, 100, 106, 108, 110, 112, 114-115.

<sup>161</sup> Segnalo FAO, *The State of Food Security and Nutrition in the World*, Ginevra, 2022, specialmente pp. 2-3. Sul punto si veda già la raccomandazione n. 8 dell’“ICN2 Framework for Action” adottato al termine della seconda conferenza internazionale sulla nutrizione organizzata dalla FAO nel 2014.

zionali per la garanzia del diritto all'alimentazione e di quello alla salute attraverso azioni di assistenza tecnica per bisogni di sviluppo specifici inerenti all'interazione tra sicurezza alimentare e tutela della salute, quali la "food safety" e l'accesso ai farmaci essenziali contro AIDS/HIV, malaria e tubercolosi. Alcune imprese multinazionali di grande dimensione del settore agroalimentare sono solite partecipare alle suddette azioni sulla base di modelli di responsabilità sociale, ossia codici e principi di condotta volontari, volti alla soddisfazione delle aspettative e critiche dell'opinione pubblica, come raccomandato già, dall'"Agenda 21" adottata al termine della prima conferenza mondiale sullo sviluppo sostenibile organizzata dalle Nazioni Unite a Rio de Janeiro nel 1992. La più recente "Agenda 2030" per lo sviluppo sostenibile tesa alla realizzazione degli "Obbiettivi di sviluppo sostenibile" intende favorire specificamente la realizzazione dell'agricoltura sostenibile secondo quanto stabilito in maniera non vincolante, giova ricordare, rispettivamente dagli "Obbiettivi" n. 2 e 13<sup>162</sup>.

Per quanto concerne strumenti normativi internazionali vincolanti, rileva il fatto già evidenziato nei paragrafi precedenti che alcuni Stati economicamente avanzati abbiano mostrato la loro propensione al superamento o almeno all'attenuazione della diversificazione normativa tipica del diritto internazionale introducendo disposizioni, clausole e capitoli specifici sulla tutela dell'ambiente in quanto interesse non economico nei rispettivi trattati internazionali in materia di investimenti, a favore anche della prevenzione di conflitti di interesse suscettibili di sfociare in controversie davanti a tribunali arbitrali di origine internazionale<sup>163</sup>. Questi

<sup>162</sup> Alla luce del "Goal 2", «end hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture» sarebbero desiderabili. Secondo il "Goal 13", «urgent action to combat climate change and its impacts» sarebbe raccomandabile.

<sup>163</sup> La decisione di uno Stato contraente di un trattato internazionale in materia di investimenti di revocare concessioni di terre agricole a investitori di un altro Stato contraente, a seguito dell'opposizione delle comunità locali solitamente utilizzatrici delle medesime terre, seppure in mancanza di un titolo ufficiale, ha dato vita talvolta a casi arbitrali istituiti conformemente al medesimo trattato su richiesta dell'investitore. Segnalo il caso *EcoDevelopment in Europe AB and EcoEnergy Africa AB c. Tanzania*, ICSID n. ARB/17/33, sentenza, 13 aprile 2022, sorto su richiesta di una società svedese sulla base della clausola ICSID nel trattato bilaterale in materia di investimenti tra Svezia e Tanzania del 1999, a seguito della revoca nel 2016 da parte dello Stato ospite dei permessi per l'attuazione di un progetto di investimento nella produzione di barbabietole da zucchero ed etanolo. L'appezzamento di terra oggetto dell'investimento era tradizionalmente usato da agricoltori di piccola dimensione prevalentemente indigeni cui il governo tanzanese non aveva chiesto pareri al riguardo. Un procedimento di annullamento della sentenza

Stati e poi l'Unione europea hanno evidenziato che liberalizzazione e salvaguardia di scambi commerciali e investimenti transnazionali, da un lato, e tutela di interessi sociali, dall'altro, possono convivere nello stesso strumento normativo.

La logica delle “eccezioni” è una soluzione idonea, sebbene parziale, per il contenimento di queste esigenze specifiche. Per la realizzazione della sicurezza alimentare e dello sviluppo rurale, gli Stati ospiti beneficiano soprattutto dell'inserzione di deroghe al divieto di “performance requirements” tradizionalmente previsto nei trattati internazionali applicabili. Tali Stati potrebbero avvantaggiarsene introducendo questo genere di requisiti per la destinazione ai mercati locali di quantità di cibo adeguate a sostenere vuoi i fabbisogni alimentari vuoi l'occupazione<sup>164</sup>.

In conclusione, il problema tuttora irrisolto della fame e malnutrizione nel mondo in un contesto volto alla liberalizzazione di scambi e investimenti pure nel settore agroalimentare presuppone risposte eterogenee, grazie alla condotta tanto degli Stati quanto degli investitori privati per la promozione della sicurezza alimentare in senso lato fondata sulla realizzazione dei diritti della persona di carattere economico e sociale, nonché il coinvolgimento di agricoltori di piccola dimensione e delle comunità locali<sup>165</sup>. Gli investimenti in agricoltura in paesi di via di sviluppo sono divenuti ormai, d'altra parte, remunerativi a seguito dell'importanza dei biocarburanti quale fonte di energia alternativa creando però problemi di compatibilità tra obiettivi diversi di sostenibilità.

arbitrale – attivato dalla Tanzania – è pendente alla data in cui si licenzia la presente monografia. Preme segnalare che la Tanzania ha posto in essere alcune riforme politiche e normative nazionali al fine, tra l'altro, di escludere il ricorso a tribunali arbitrali istituiti conformemente a trattati internazionali in materia di investimenti per la soluzione di controversie relative alla gestione di risorse naturali e/o alla realizzazione di “partnerships” a partecipazione pubblica e privata. In questo quadro di azioni la Tanzania ha manifestato la volontà di denunciare taluni trattati internazionali in materia di investimenti, quali quello coi Paesi Bassi del 2001.

<sup>164</sup> Cfr. MANCIAUX, *Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire?*, in *Revue internationale de droit économique*, 2012, p. 49 ss.; NICHÈMA, *Performance Requirements in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, dicembre 2014; COMETTI, *Possibilities of Limiting the Protection of Large-Scale Investments in Farmland*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1198 ss.

<sup>165</sup> Il par. 52 della dichiarazione su *The Future We Want* «recognize that farmers, including small-scale farmers and fisherfolk, pastoralists and foresters, can make important contributions to sustainable development through production activities that are environmentally sound, enhance food security and the livelihood of the poor, and invigorate production and sustained economic growth».

## CAPITOLO III

### L'INCIDENZA DELL'EMERGENZA COVID-19 SUL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI INVESTIMENTI: L'INTENSIFICAZIONE DELL'ESIGENZA DI INVESTIMENTI SOSTENIBILI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulla correlazione tra emergenza Covid-19 e investimenti all'estero. – 2. I provvedimenti nazionali per il controllo e la prevenzione del contagio da Covid-19 quale motivo di ricorso all'“arbitrato diretto” sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti. Alcune riflessioni. – 3. Le azioni delle organizzazioni internazionali e dell'Unione europea volte alla promozione di investimenti transnazionali per a) il contenimento e la prevenzione del contagio da Covid-19. – 4. (*segue*): b) l'innovazione scientifica, tecnologica e sociale diretta alla ripresa *post-emergenza*. – 5. La promozione di investimenti stranieri sostenibili per effetto delle risposte all'emergenza da Covid-19: brevi considerazioni conclusive.

1. L'emergenza Covid-19 ha rimesso in discussione la normalità degli ultimi decenni in relazione all'organizzazione dei sistemi sanitari nazionali, di altri servizi sociali, dei metodi di comunicazione, produzione, scambio e investimento, dei rapporti tra Oriente e Occidente e non da ultimo della vita quotidiana di miliardi di persone in Stati eterogenei, economicamente avanzati o meno.

La propagazione incessante del Covid-19 è stata imprevedibile e incontrollabile sia per la capacità insufficiente degli Stati colpiti di rispondere, contenere e prevenire la diffusione del contagio, sia per la mancanza di un vaccino e trattamenti farmacologici specifici nel corso delle prime ondate del contagio. Tra marzo e autunno 2020, il ricovero in terapia intensiva ha rappresentato l'unico rimedio possibile per l'assistenza a un numero significativo di contagiati. Questa circostanza ha reso l'accesso ai reparti di respirazione assistita un presupposto per la tutela della salute pubblica, nonché individuale con riguardo alla vita di molte persone.

A seguito delle politiche di riduzione della spesa pubblica quale reazione alla grave crisi finanziaria del 2008, molti Stati avevano depennato la capacità di assistenza – altamente specializzata o meno – dei

rispettivi sistemi sanitari nazionali, riducendo i relativi investimenti<sup>1</sup>. Numerosi governi avevano omesso di attuare le raccomandazioni molteplici e ripetute di organizzazioni internazionali, come l'OMS e la Banca mondiale. Si trattava di inviti a potenziare la capacità tecnica nazionale per la gestione di emergenze da epidemie, anche mediante l'istituzione di meccanismi di allarme rapido ("early warning"). Questa è una delle ragioni per le quali numerosi Stati hanno sperimentato difficoltà considerevoli relativamente al contenimento e alla prevenzione della diffusione del contagio da Covid-19.

Alcuni Stati economicamente avanzati colpiti dalla pandemia hanno ammesso da subito la propria vulnerabilità, sotto il profilo vuoi tecnico e sanitario vuoi economico e finanziario, poiché l'urgenza della garanzia dell'assistenza sanitaria si combinava alla natura insidiosa, sconosciuta, instabile e mutevole del patogeno, denominato poi SARS-COV-2<sup>2</sup>, all'origine di tale malattia.

Non è andato tuttavia pienamente a buon fine l'intento dell'OMS di indurre le persone negli Stati più colpiti a conformarsi, in maniera volontaria, a regole di condotta di stampo sociale, quali isolamento, distanza e pratiche di igiene ricorrenti. Tali regole avrebbero dovuto essere reputate, in linea di principio, attendibili, benché restrittive, per il fatto che si fondavano sui risultati di attività di ricerca scientifica realizzate grazie anche all'attività dell'OMS stessa.

Ancor prima che l'11 marzo 2020 il Direttore generale dell'OMS caratterizzasse la diffusione del Covid-19 come una pandemia, l'Italia ha adottato atti normativi limitativi della libertà di circolazione delle persone dapprima in alcune aree e poi nell'intero territorio nazionale, chiuso scuole, università e infine tutti gli esercizi commerciali non essenziali<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La letteratura sulle implicazioni della crisi finanziaria del 2008 per la garanzia dei diritti economici, sociali e culturali è estesa. Mi limito a richiamare, fra gli altri, WAY, LUSIANI, SAIZ, *Economic and Social Rights in the 'Great Recession'. Towards a Human Rights-Centred Economic Policy in Times of Crisis*, in RIEDEL, GIACCA, GOLAY (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford, 2014, p. 86 ss.; BRAUMANN, 2008 - *The Global Financial Crisis and International Law*, in *Austrian Review of International and European Law*, 2021, p. 201 ss.; MENDES, *Global Governance, Human Rights and International Law*<sup>2</sup>, Abingdon, 2022.

<sup>2</sup> Un patogeno di natura zootecnica in grado di diffondersi per via aerea tramite il contatto con animali o persone infette.

<sup>3</sup> Rilevano, in particolare, delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 recante dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario con-



Pochi giorni dopo la dichiarazione dell'esistenza di una pandemia, numerosi altri Stati hanno adottato provvedimenti normativi con effetti analoghi circa la limitazione della circolazione di persone e del libero scambio, relativamente all'esportazione di prodotti disinfettanti, mascherine, guanti, tute protettive, dispositivi medici e tecnologici appropriati per l'assistenza sanitaria ai contagiati tanto a domicilio quanto in strutture ospedaliere. La mancanza di quantità idonee a soddisfare l'innalzamento repentino della domanda di questi prodotti era la ragione principale dei suddetti provvedimenti, dimostrando l'impreparazione sia degli Stati sia delle imprese farmaceutiche e altre operanti nel settore sanitario, nonché la dipendenza di questi attori dalle catene globali del valore tanto per la produzione quanto per la fornitura.

Con questo genere di provvedimenti normativi nazionali gli Stati hanno cercato di contenere la diffusione del contagio entro la capacità di assistenza sanitaria disponibile nel territorio di riferimento. Tali provvedimenti hanno alterato in maniera repentina la normalità della vita quotidiana di milioni di persone in numerosi Stati, nonché il quadro normativo e politico di riferimento di vari investitori stranieri là dove abbiano avuto per oggetto la sospensione di attività economiche. Una parte della dottrina e rappresentanti della comunità degli arbitri hanno evidenziato che tali provvedimenti avrebbero potuto generare conflitti specifici tra Stati ospiti e investitori stranieri, in quanto avrebbero potuto essere considerati una forma di espropriazione indiretta di natura normativa ("regulatory taking") e quindi leciti alla luce di molti trattati internazio-

nesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (in *GU* n. 26 del 1-2-2020); decreto del presidente del Consiglio dei ministri del 4 marzo 2020 su ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale (in *GU Serie Generale* n. 55 del 04-03-2020); e decreto del presidente del Consiglio dei ministri dell'8 marzo 2020 su ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (*GU Serie Generale* n. 59 del 08-03-2020). L'elenco completo dei molteplici provvedimenti normativi antiCovid-19 adottati dal governo italiano è consultabile al sito [www.parlamento.it](https://www.parlamento.it). Per l'elenco e una breve descrizione di quelli del 2021 e del 2022, segnalo <https://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>. Cfr. GRECO, *Italian Legislation in Times of Pandemics and International Law: Exceptionalism, Balancing and Compliance*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2021, p. 311 ss.; GRECO, BELLUCCI, *Italian Legislation in Times of Pandemics and International Law: the Way Out of the Emergency*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2022, p. 333 ss.

nali in materia di investimenti solo se seguiti dal pagamento di indennizzi pronti, adeguati ed effettivi<sup>4</sup>. Al momento in cui si completa questa monografia non vi sono notizie di casi conclusi derivanti da conflitti del genere. È pendente un ricorso contro il Cile davanti a un tribunale arbitrale ICSID istituito sulla base del trattato bilaterale tra Francia e Cile del 1992 a causa della chiusura dell'aeroporto internazionale di Santiago del Cile decisa dal governo cileno al tempo della pandemia<sup>5</sup>.

Nel corso della prima ondata della pandemia, la cooperazione internazionale attraverso le organizzazioni internazionali si è rivitalizzata in maniera considerevole, al fine, tra l'altro, della promozione di investimenti funzionali al controllo e prevenzione del contagio da Covid-19. Gli Stati hanno favorito siffatta intensificazione nella consapevolezza che problemi comuni necessitassero di risposte comuni e il nuovo patogeno fosse un rischio collettivo suscettibile di minare il benessere degli Stati e delle persone, tanto nel presente quanto nel medio-lungo periodo<sup>6</sup>. Nell'emergenza, oltre alla cooperazione, un numero apprezzabile di Stati si è ispirato a principi consolidati della vita di relazione internazionale, quali solidarietà e trasparenza nella condivisione di dati scientifici e altre informazioni rilevanti grazie alla mobilitazione di ingenti capitali da destinare alla ricerca, scoperta e produzione di trattamenti farmaceutici, dispositivi di protezione personale, test diagnostici, macchinari e strumentazione per i reparti specializzati dedicati ai pazienti affetti dal Covid-19. Questa mobilitazione è stata il risultato dell'intensificazione di investimenti pubblici dopo anni di tagli. La Commissione europea, la Banca centrale europea e le organizzazioni internazionali a vocazione finanziaria, sia a partecipazione tendenzialmente universale, quali il Fondo monetario internazionale e quelle del Gruppo della Banca mondiale, sia regionali, come le banche regionali per lo sviluppo, hanno adottato politiche speciali volte a iniettare liquidità a favore degli Stati per la promozione di investimenti sia nel settore sanitario sia in settori cruciali per la convivenza sociale durante l'emergenza, quali innovazione tecnologica,

<sup>4</sup> Segnalo KATSIKIS, 'Necessity' due to Covid-19 as a Defence to International Investment Claims, in *ICSID Review*, 2021, p. 46 ss.

<sup>5</sup> *ADP and Vinci Airports c. Cile*, ADP International S.A. and Vinci Airports S.A.S. c. Cile, caso ICSID n. ARB/21/40, pendente.

<sup>6</sup> Mi permetto di richiamare ACCONCI, *La cooperazione economica internazionale tra multilateralismo e unilateralismo al tempo dell'emergenza Covid-19*, in *La Comunità internazionale*, 2021, p. 269 ss.

ricerca e sviluppo, e per il sostegno alle categorie di lavoratori e imprese pregiudicati dai provvedimenti normativi restrittivi.

Quest'intensificazione della cooperazione internazionale è avvenuta, malgrado la propensione verso posizioni unilaterali incentrate sulla massima tutela possibile degli interessi nazionali di Stati quali Regno Unito e Stati Uniti negli anni precedenti. Prova ne sono stati i rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea. Prima dell'emergenza Covid-19 si era registrato una certa conflittualità per la posizione «sovranista» di alcuni di essi con riguardo particolare alla gestione degli ingenti flussi migratori nel quadro di azioni dell'Unione col coinvolgimento degli Stati membri secondo standard internazionali di carattere umanitario. Tale conflittualità aveva generato talvolta immobilismo nell'azione della stessa Unione europea. Allo scopo di evitare che l'immobilismo potesse caratterizzare altresì l'attuazione del piano di "recovery" disegnato dalla Commissione europea per interventi di sostegno finanziario mirati a vantaggio delle popolazioni degli Stati membri più colpiti dal contagio del Covid-19, come Italia e Spagna, altri Stati membri, come Francia e Germania, hanno assunto chiaramente posizioni volte alla cooperazione e alla solidarietà nel tentativo di marginalizzare la posizione minoritaria "sovranista" di altri Stati membri, quali dapprima Paesi Bassi e Svezia e successivamente Polonia e Ungheria, sulla base del presupposto che questa posizione non avrebbe giovato né all'andamento dei mercati né alla gestione e prevenzione della diffusione del contagio<sup>7</sup>.

D'altra parte, nel corso della prima ondata della pandemia nella primavera 2020, vulnerabilità e incredulità portavano alcuni governi, in particolare l'Amministrazione statunitense, ad alimentare aspettative e critiche relativamente al ruolo dell'OMS quale attore protagonista del contenimento, magari della prevenzione della propagazione del contagio Covid-19 e della conseguente emergenza sistemica, anche relativamente all'ammissibilità dei diversi provvedimenti nazionali di quarantena.

L'OMS ha come obiettivo prioritario della sua creazione «il con-

<sup>7</sup> Cfr. CICCHI, GENSCHÉL, HEMERRIJCK, NASR, *EU Solidarity in Times of Covid-19*, EUI, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Issue 2020/34, July 2020 (consultabile online). Per una valutazione positiva del ruolo del Consiglio e della Commissione nella gestione della pandemia, si vedano CURSOUX-BRUYÈRE, *Le système institutionnel de l'Union européenne renforcé au sortir de la crise sanitaire?*, in *Revue de l'Union européenne*, 2021, p. 588 ss.; CHATTOUT, *Le rôle du couple Conseil européen-Commission dans la gestion de la pandémie de Covid-19*, *ivi*, p. 592 ss.

seguimento da parte di tutte le persone del livello più elevato possibile di salute», come precisato all'art. 1 del suo trattato istitutivo, denominato "Costituzione"<sup>8</sup>. Il preambolo della suddetta "Costituzione" chiarisce quale salute rappresenti il parametro di riferimento delle attività dell'OMS. La salute rileva in quanto «stato di benessere completo fisico, mentale e sociale e non mera assenza di malattie e infermità»<sup>9</sup>. A norma dell'art. 2 della medesima "Costituzione", l'OMS deve «agire come autorità di direzione e coordinamento per attività sanitarie internazionali», «stabilire e mantenere collaborazioni effettive con Nazioni Unite, agenzie specializzate, amministrazioni sanitarie nazionali, gruppi professionali e qualunque altro organismo reputato appropriato»<sup>10</sup>.

In occasione dei primi focolai del Covid-19 in Estremo Oriente, il Direttore generale dell'OMS ha reagito secondo quanto disposto dal Regolamento sanitario internazionale, come rivisto nel 2005<sup>11</sup>, nominando un comitato di emergenza *ad hoc* e raccomandando, il 30 gennaio 2020, agli Stati membri regole di condotta temporanee per la gestione dell'emergenza<sup>12</sup>. Il Regolamento sanitario internazionale è lo strumento giuridico principale sul piano internazionale, nonché, essendo vincolante<sup>13</sup>, il risul-

<sup>8</sup> Il testo originario recita «the attainment by all peoples of the highest possible level of health».

<sup>9</sup> Nel testo originario, «a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity».

<sup>10</sup> Secondo il testo originario, «act as the directing and coordinating authority on international health work», «establish and maintain effective collaboration with the United Nations, specialized agencies, governmental health administrations, professional groups and such other organizations as may be deemed appropriate».

<sup>11</sup> Segnalo, in particolare, art. 12 ss. del Regolamento.

<sup>12</sup> Il 30 gennaio 2020 il Direttore generale, su raccomandazione del comitato di emergenza *ad hoc* ha qualificato l'epidemia Covid-19 come una «public health emergency of international concern» a norma del Regolamento sanitario internazionale. Rilevano, in particolare, l'art. 12, paragrafi 1 e 4, del regolamento (il testo del Regolamento sanitario internazionale, come rivisto nel 2005, è consultabile alla pagina del sito internet dell'OMS). La dichiarazione del Direttore generale del 30 gennaio 2020 è consultabile nel medesimo sito. Il Direttore generale aveva istituito il comitato di emergenza il 22 gennaio 2020.

<sup>13</sup> A norma dell'art. 21 della sua "Costituzione", l'OMS è competente ad agire per il contenimento delle epidemie e adottare atti con efficacia vincolante per gli Stati membri. Tale efficacia vincolante è automatica una volta scaduto il termine previsto da tali atti. Sulla base dell'art. 21, l'Assemblea dell'OMS ha adottato il Regolamento sanitario internazionale nel 1969. L'ultima revisione di questo Regolamento si è conclusa nel 2005 e ha rafforzato la sua idoneità a fungere da garanzia normativa della sicurezza sanitaria internazionale attraverso indicazione agli Stati membri di attività di prevenzione, controllo

tato normativo più importante raggiunto dall'OMS per la sorveglianza e la prevenzione della propagazione transnazionale delle emergenze sanitarie trasmissibili<sup>14</sup>. Il Regolamento mira alla sicurezza sanitaria sul piano mondiale in termini di protezione massima possibile contro la diffusione senza controllo di una «emergenza sanitaria pubblica di interesse internazionale» («public health emergency of international concern»<sup>15</sup>), con l'interferenza minima possibile nella libera circolazione transnazionale di merci e persone. Provvedimenti nazionali di quarantena implicanti limitazioni alla suddetta circolazione sono ammissibili solo se rispettosi di quanto disposto dal Regolamento<sup>16</sup>, in particolare dal suo art. 43<sup>17</sup>. I

e risposta, promozione di forme di “early warning”, potenziamento degli obblighi di sorveglianza e risposta, istituzione di “Contact Points” dell'OMS e “Focal Points” nazionali degli Stati membri (art. 4 paragrafi 1 e 4 del regolamento).

<sup>14</sup> Cfr. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018. Mi permetto di richiamare anche ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, specialmente pp. 55-71, 151-172.

<sup>15</sup> La revisione del 2005 ha reso il Regolamento sanitario uno strumento di contrasto tanto della diffusione transnazionale delle malattie infettive – conosciute o meno – quanto di qualunque altra «public health emergency of international concern», ossia «an extraordinary event which is determined [...] (i) to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease, and (ii) to potentially require a coordinated international response» (art. 12 paragrafi 1 e 4 del regolamento).

<sup>16</sup> Qualora un comitato di emergenza *ad hoc* istituito dal Direttore generale dell'OMS e composto di esperti qualificati un rischio alla salute come una «public health emergency of international concern» e indichi quali «temporary recommendations» siano raccomandabili, il Direttore invita gli Stati membri dell'OMS ad adottarle al fine di contemperare la tutela della salute attraverso il contenimento dell'emergenza e la libera circolazione di merci e persone. Rilevano tanto l'art. 12, par. 2, quanto gli articoli 1, 15 e 17 del Regolamento. Siffatte misure temporanee dovrebbero essere attuate sia dagli Stati colpiti da un'emergenza sia dagli altri Stati membri dell'OMS e possono avere per oggetto «persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and/or postal parcels [...]» (art. 15 del Regolamento).

<sup>17</sup> L'art. 43 del Regolamento ammette che gli Stati membri possano adottare atti restrittivi in materia sanitaria aggiuntivi a quelli indicati dal Direttore generale su parere del comitato di emergenza *ad hoc*. Questi atti devono essere fondati su prove scientifiche, notificati all'OMS «within 48 hours of implementation» e «shall not be more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection». Il par. 3 dell'art. 43 precisa che «[f]or the purpose of this Article, significant interference generally means refusal of entry or departure of international travellers, baggage, cargo, containers, conveyances, goods, and the like, or their delay, for more than 24 hours». Secondo il par. 4 del medesimo articolo, «[a]fter assessing information provided pursuant to paragraph 3 and 5 of this Article and other relevant information, WHO may request that the State Party concerned reconsider the application of the measures».

provvedimenti adottati dagli Stati più colpiti dalla pandemia Covid-19 non erano tutti reputabili tali alla luce delle raccomandazioni del 30 gennaio 2020 del comitato di emergenza istituito dal Direttore generale dell'OMS<sup>18</sup>. La stessa OMC ha evidenziato più volte la portata conflittuale di siffatti provvedimenti, sotto il profilo del diritto del commercio internazionale. Il comitato di emergenza *ad hoc* dell'OMS ha evidenziato l'inopportunità di provvedimenti nazionali restrittivi, quali l'interruzione di qualsiasi attività economica non essenziale.

L'illiceità eventuale di tali provvedimenti non può essere tuttavia dichiarata né dal Direttore generale né da altri organi dell'OMS giacché le indicazioni dei comitati di emergenza *ad hoc* istituiti per emergenze sanitarie di rilevanza internazionale distinte sono, in linea di principio, non vincolanti, pur essendo adottate sulla base di uno strumento vincolante, il Regolamento sanitario internazionale. Non vi sono organi competenti a compiere tale accertamento e sanzionare eventuali illeciti né a norma del Regolamento né della "Costituzione" dell'OMS. Questa è una questione dibattuta sin dall'emergenza sanitaria in Africa occidentale per la propagazione dell'Ebola nel 2014 cui l'OMS e i suoi Stati membri hanno mancato di dare una soluzione volta a potenziare l'effettività del Regolamento stesso sotto il profilo della sua osservanza da parte degli Stati membri dell'OMS.

Oltre alle raccomandazioni del Direttore generale su indicazione del comitato di emergenza *ad hoc*, l'OMS ha pubblicato periodicamente atti non vincolanti eterogenei per facilitare e orientare le azioni di controllo, risposta e prevenzione della diffusione del contagio da Covid-19 degli Stati membri, in particolare di quelli più colpiti, e assicurarne l'effettività, nonché indirizzare la condotta dei privati, persone e imprese. Si tratta

<sup>18</sup> Nella dichiarazione del 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'OMS ha sottolineato più volte che le attività di contenimento e prevenzione attese dagli Stati membri dell'OMS non avrebbero dovuto includere restrizioni alla libera circolazione delle persone, non essendo raccomandata «any travel or trade restriction based on the current information available». Rileva altresì la dichiarazione successiva dell'11 marzo 2020, in cui il Direttore generale ha annunciato che la propagazione del Covid-19 avesse raggiunto lo stadio di una pandemia. In essa lo stesso Direttore ha sottolineato che l'adeguatezza della risposta sarebbe consistita nell'adozione di misure nazionali idonee a contenere la diffusione del contagio entro la capacità di assistenza sanitaria disponibile nel territorio di riferimento, precisando che, «[i]f countries detect, test, treat, isolate, trace, and mobilize their people in the response, those with a handful of cases can prevent those cases becoming clusters, and those clusters becoming community transmission».

specificamente di “technical guidance”, “situation reports”, comunicati stampa fondati su dati scientifici, suggerimenti e dichiarazioni del Direttore generale dell'OMS. Tutti questi atti sono consultabili nel suo sito internet e sono aggiornati regolarmente.

Siffatti atti dell'OMS hanno avuto rilevanza inadeguata e l'incapacità di questa organizzazione di essere l'attore protagonista di azioni coordinate, secondo le aspettative generate da quanto previsto nella sua “Costituzione”, è stata evidente. L'incidenza significativa dell'emergenza sanitaria nella vita di relazione internazionale e in quella quotidiana di milioni di persone avrebbe potuto essere l'occasione per il potenziamento della sua posizione. Il fatto che l'OMS abbia pubblicato rapporti e comunicati stampa talvolta contraddittori, per esempio, sull'utilità dell'uso di alcuni dispositivi di protezione personale, come mascherine e prodotti igienizzanti, ovvero dei tamponi non pare potersi considerare una ragione sufficiente del mancato perseguimento del suddetto obiettivo. La sua competenza normativa limitata e la sua notoria debolezza finanziaria appaiono ragioni più probabili. Noncuranza, disattenzione e talvolta opposizione sono inoltre prevalsi su credibilità e fiducia nella fondatezza scientifica delle attività dell'OMS in quanto tale.

Le reazioni critiche degli Stati Uniti, al tempo dell'Amministrazione Trump, col sostegno di altri Stati, quali l'Australia, hanno contribuito in parte a questo risultato. L'istituzione nel 2020 di comitati specifici per valutare l'adeguatezza dell'attività dell'OMS, come la commissione d'inchiesta sulle origini della pandemia<sup>19</sup> e il comitato di revisione del Regolamento sanitario internazionale<sup>20</sup>, è risultata trascurabile per indurre

<sup>19</sup> Il 19 maggio 2020 l'Assemblea dell'OMS ha approvato la risoluzione WHA 73.1. Si è trattato di una risposta ad alcune critiche con l'istituzione di una commissione d'inchiesta sulle origini dell'emergenza Covid-19, come richiesto da certi Stati membri, e la segnalazione dell'importanza della diffusione di *best practices*, informazioni, dati epidemiologici e prove scientifiche oggettive sulla pandemia da Covid-19. La Cina si è opposta, anche successivamente, alla politicizzazione della suddetta inchiesta, sostenendo, col sostegno di altri Stati, che l'origine dell'emergenza dovesse essere esaminata sotto il profilo puramente scientifico, onde comprenderne il vettore principale, in particolare come tale nuovo patogeno fosse stato in grado di contagiare rapidamente le persone (segnalo, tra gli altri, il comunicato disponibile in <https://www.mfa.gov.cn/ce/cegv//eng/dbtyw/wsr/d/1902770.htm>). Nell'aprile 2021 il gruppo di esperti nominato dall'OMS ha pubblicato un rapporto (*WHO-convened Global Study of Origins of SARS-CoV-2*) in cui si prospetta la diffusione probabile del contagio tramite animali (trasmissione zootecnica) e tramite alimenti, in particolare congelati.

<sup>20</sup> Segnalo l'istituzione del “Review Committee on the Functioning of the Internatio-

un clima di fiducia verso il ruolo di guida e coordinamento delle organizzazioni internazionali nel loro insieme. Nel 2022 l'OMS ha avviato due importanti azioni per la sicurezza sanitaria attraverso la prevenzione. Si tratta delle consultazioni per la revisione del Regolamento sanitario internazionale avviate dal Direttore generale dell'OMS e i negoziati per il *Pandemic Treaty*, ossia un trattato internazionale per la prevenzione, preparazione e risposta alle pandemie. Questi negoziati sono iniziati su richiesta del Consiglio dell'Unione europea nel novembre 2020. L'Assemblea dell'OMS ha accolto tale richiesta nel dicembre 2021. Queste azioni dell'OMS possono contribuire a indirizzare l'attività di attori pubblici e privati verso l'individuazione e realizzazione di investimenti utili alla prevenzione. In effetti, lo "Zero Draft" del *Pandemic Treaty* pubblicato il 1° febbraio 2023 richiama più volte l'esigenza di investimenti nel sistema sanitario per la realizzazione effettiva della tutela della salute mediante l'accesso universale a servizi sanitari, strumenti diagnostici e terapie, soprattutto se essenziali<sup>21</sup>.

Come si esaminerà nei prossimi paragrafi, altre organizzazioni internazionali si sono impegnate per l'elaborazione di risposte congelate all'emergenza, data la sua natura senza precedenti, sia sanitaria sia economica e sociale. Varie di queste risposte hanno presupposto l'intensifi-

nal Health Regulations (2005) during the COVID-19 Response" relativamente ad alcuni profili problematici del Regolamento sanitario internazionale, quali il controllo della loro attuazione ("compliance") e quali sanzioni possano essere adottate in caso di inattuazione (Rapporto del 30 aprile 2021). Rileva altresì l'istituzione dell'"Independent Panel for pandemic preparedness and response" (<https://theindependentpanel.org/documents/>), secondo quanto previsto dalla risoluzione dell'Assemblea dell'OMS WHA73.1 del 19 maggio. Tale *Panel* ha incentrato l'agenda della propria attività sui seguenti problemi emersi durante la pandemia da Covid-19: la "governance" dell'OMS, l'idoneità della struttura e capacità dell'OMS rispetto al suo mandato, il ruolo degli esperti e altri privati e l'esigenza della garanzia dell'equità. Nel maggio 2021 il *Panel* ha inviato all'Assemblea dell'OMS il proprio rapporto *Make It the Last Pandemic* dove il *Panel* raccomanda tra l'altro il rafforzamento dei sistemi sanitari attraverso investimenti facilitati da organizzazioni finanziarie internazionali, quali il Gruppo della Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale. L'importanza di quest'obiettivo è ribadita nel rapporto successivo del *Panel* del novembre 2021 intitolato *Losing Time: End This Pandemic and Secure the Future*. Entrambi i Rapporti sono consultabili nel sito *web* del *Panel*. A favore di investimenti nel potenziamento dei sistemi sanitari funzionali al contrasto dei cambiamenti climatici, si veda *Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability* (consultabile online).

<sup>21</sup> Si veda *Zero Draft of the WHO CA+ for the Consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at Its Fourth Meeting, A/INB/4/3*, 1° febbraio 2023, specialmente articoli 18, par. 7 (c), e 35.



cazione delle attività di investimento per favorire la ripresa sia economica sia sociale *post-Covid-19* e la prevenzione di un'altra situazione di emergenza mondiale dovuta a un'epidemia. La questione dell'individuazione del tipo di investimenti più appropriati per la preparazione, risposta e prevenzione delle epidemie è destinata a rimanere indefinita, al di là della concordia relativamente all'esigenza di investimenti per il potenziamento dei servizi sanitari, anzitutto primari, le attività di ricerca e sviluppo di rimedi terapeutici e diagnostici innovativi. L'emergenza Covid-19 ha mostrato altresì l'importanza di investimenti in comunicazione, onde confutare disinformazione e sfiducia di una componente apprezzabile di politici, opinione pubblica transnazionale e persone verso le attività delle organizzazioni internazionali. Su questo la *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite su "the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression", Irene Khan, si è espressa chiaramente nel proprio rapporto "Disinformation and Freedom of Opinion and Expression" del 13 aprile 2021, ponendo in evidenza, tra l'altro, l'incidenza della disinformazione su tutela dei diritti della persona, democrazia e sviluppo<sup>22</sup>. La medesima *Rapporteur* ha ribadito quest'orientamento nel proprio rapporto annuale del 2023<sup>23</sup>.

In breve, l'emergenza Covid-19 ha inciso sul diritto internazionale in materia di investimenti sotto due profili derivanti, da un lato, da conflitti di interesse tra Stati ospiti e investitori stranieri a causa delle norme nazionali restrittive adottate dai primi per il contenimento e la prevenzione del contagio e, dall'altro, dalla rivitalizzazione dell'importanza degli investimenti, sia pubblici sia privati, nel settore sanitario *tout court* e dal rinnovamento degli ambiti materiali dell'attività di investimento indotto dalla stessa pandemia.

<sup>22</sup> Khan, *Disinformation and Freedom of Opinion and Expression. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, U.N. Doc. A/HRC/47/25, 13 aprile 2021, in particolare paragrafi 74, 76 e 103 là dove la relatrice speciale afferma che «[a]s actors on a global stage, companies should invest more resources to develop their understanding of local contexts that drive disinformation and misinformation and address the disparities in their knowledge, languages, policies and services in relation to developing countries, minorities and other vulnerable groups, drawing on the perspectives of local civil society and groups targeted by disinformation and misinformation».

<sup>23</sup> Khan, *Sustainable Development and Freedom of Expression: Why Voice Matters. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, U.N. Doc. A/HRC/53/25, 19 aprile 2023, specialmente par. 44.

I prossimi due paragrafi hanno per oggetto l'analisi di questi due profili.

2. Tutti gli Stati sono risultati impreparati, quelli economicamente avanzati inclusi colpiti per primi dalla diffusione incontrollata del virus al punto di dover adottare norme nazionali restrittive della realizzazione di attività economiche non essenziali, nonché della libertà di circolazione di merci e persone. La propagazione del Covid-19 risultava imprevedibile e incontrollabile, come osservato per mutevolezza delle caratteristiche del virus sconosciuto, inadeguatezza e insufficienza di reparti ospedalieri specializzati, tecnologie appropriate per l'assistenza sanitaria e dispositivi sanitari disponibili, mancanza di ventilatori, trattamenti farmacologici specifici e un vaccino.

Per circa trenta anni, gli strumenti normativi adottati da organizzazioni internazionali – operanti o meno nel sistema delle Nazioni Unite –, quali raccomandazioni, linee guida, programmi e piani di azione, sono stati trascurati in relazione, tra l'altro, a tutela della salute, contrasto della povertà e realizzazione della sostenibilità, malgrado tali strumenti si connotassero talvolta per il carattere d'urgenza. Gli Stati, quelli economicamente avanzati inclusi, hanno mancato di investire in maniera appropriata nella propria capacità di individuazione, diagnosi, risposta e prevenzione di epidemie. Le imprese, in particolare quelle farmaceutiche, hanno anch'esse depotenziato gli investimenti in ricerca e sviluppo per farmaci, test diagnostici e innovazioni ancillari funzionali al controllo e alla prevenzione di malattie sconosciute.

È così che, con l'emergenza Covid-19, molti Stati hanno subordinato infine, in maniera repentina, il funzionamento dei mercati, le libertà economiche e anche alcune di carattere personale alla tutela della salute, intesa sia come interesse collettivo – la salute pubblica – sia come interesse individuale in quanto diritto a prestazioni e presupposto della garanzia del diritto alla vita, mediante l'adozione di provvedimenti normativi nazionali di quarantena rigorosi ed eterogenei, sovente, come anticipato, non del tutto conformi ai requisiti posti dal Regolamento sanitario internazionale dell'OMS, in particolare a quanto previsto dal suo art. 43. Tali Stati hanno adottato norme eterogenee sotto il profilo della durata e dell'oggetto dell'ambito di applicazione. Su questi aspetti il dibattito è in corso<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Verso la fine della prima ondata nel 2020, lo stesso Direttore generale dell'OMS

Nell'economia di questa monografia, mi limito a sottolineare che il coordinamento multilaterale attraverso le attività di organizzazioni internazionali, in particolare dell'OMS, sarebbe stato il metodo più adeguato, in virtù del mantenimento prolungato nel tempo dei provvedimenti nazionali di quarantena e quindi della compressione di certi diritti della persona, tanto civili e politici quanto economici, sociali e culturali, da essi derivanti. Al contrario, le azioni dell'OMS per orientare la condotta degli Stati membri, in particolare di quelli più colpiti, non sono andate a buon fine, come segnalato. Il diritto internazionale in materia di salute ha mostrato i propri contorni discontinui. Si tratta in effetti di un settore del diritto internazionale che non si presta ancora a un inquadramento sistematico fondato su chiarezza, coerenza e stabilità<sup>25</sup>.

L'emergenza da Covid-19 ha inciso inoltre sulla stabilità e prevedibi-

ha chiarito che provvedimenti di quarantena soprattutto di ampia portata non avrebbero potuto essere prolungati "WHO Director-General's Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19, 21 agosto 2020".

<sup>25</sup> La ricostruzione di un inquadramento sistematico del diritto internazionale in materia di salute idoneo all'individuazione di tendenze rilevanti sotto il profilo del diritto internazionale generale appare tuttora incerta giacché gli Stati faticano a tenere condotte e manifestare orientamenti concludenti a tal fine, nonché a sostenere l'attività dell'OMS, anche attraverso contributi finanziari adeguati. Quest'ultima non riesce ad avere quel ruolo di guida menzionato nella propria "Costituzione". Prima della pandemia da Covid-19, la posizione di guida dell'OMS in quanto organizzazione internazionale di riferimento risultava avvalorata da dati della prassi concludenti con riferimento alla sua attività di orientamento, sostegno e consulenza scientifica e tecnica. A seguito della pandemia da Covid-19, la posizione di guida scientifica e tecnica dell'OMS è diventata discutibile. L'OMS non ha potuto affermarsi, d'altra parte, come guida normativa e politica, malgrado la natura vincolante del Regolamento sanitario internazionale in vigore sin dal 1969 e, come segnalato, aggiornato più volte, rispettivamente nel 1973 e 1981, fino al 2005 al fine di estenderne la portata e l'ambito di applicazione, malgrado la conclusione con successo dei negoziati della Convenzione quadro per il contrasto del consumo di tabacco nel 2003 e la sua successiva entrata in vigore nel 2005 e malgrado i molteplici atti non vincolanti – standard, linee guida, rapporti e risoluzioni – da essa adottati. Il diritto internazionale in materia di salute si compone di altri elementi rilevanti e a tratti mutevoli, quali i diversi accordi e strumenti internazionali – universali e regionali – sulla tutela della salute in quanto diritto della persona, le convenzioni ILO sulla salvaguardia della salute dei lavoratori e dei luoghi di lavoro, quelle sulla tutela dell'ambiente e gli accordi sul contrasto del consumo di stupefacenti, nonché dalle norme internazionali applicabili relativamente alla ricerca, scoperta, produzione e circolazione di farmaci, test diagnostici e vaccini fondati sull'applicazione di scienza e biotecnologie, quali quelle dell'Accordo sugli aspetti della proprietà intellettuale rilevanti per gli scambi commerciali (*Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPs) allegato al Trattato istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio del 1994.

lità del diritto internazionale in materia di investimenti. A fronte dell'eterogeneità delle norme nazionali adottate dagli Stati, gli investitori hanno manifestato una scarsa fiducia verso la protezione resa disponibile dalle norme dei trattati internazionali in materia di investimenti sia per il peggioramento delle aspettative di profitto sia per una certa riluttanza ad attivare tribunali arbitrali sulla base di clausole previste nei suddetti trattati. Sin dalla prima ondata della pandemia tra la fine dell'inverno e l'inizio dell'estate 2020, durante gli anni 2021 e 2022 non si sono svolti casi per la pretesa violazione di trattati internazionali in materia di investimenti a causa dei provvedimenti nazionali restrittivi adottati dagli Stati per il controllo e la prevenzione del contagio da Covid-19.

Come segnalato, la scelta di Stati ospiti di tutelare la salute, quando anche ciò avrebbe potuto pregiudicare gli interessi di investitori stranieri e violare trattati internazionali in materia di investimenti in vigore coi rispettivi Stati di origine, ha generato casi arbitrali in passato. Rilevano i casi relativi al "design" dei pacchetti di sigarette sorti sulla base di ricorsi di società del gruppo Philip Morris esaminati in precedenza. Altri casi sono sorti a seguito dell'adozione da parte dello Stato ospite di provvedimenti nazionali volti alla tutela della salute. Talvolta i tribunali arbitrali hanno accolto le richieste degli investitori ricorrenti, condannando lo Stato convenuto al pagamento dell'indennizzo per il pregiudizio causato dal provvedimento nazionale controverso<sup>26</sup>, talaltra lo Stato convenuto è riuscito a difendersi con successo richiamando la finalità del provvedimento controverso quale esimente della propria condotta<sup>27</sup>.

La circostanza che i provvedimenti nazionali restrittivi adottati dagli Stati per il controllo e la prevenzione del contagio da Covid-19 non abbiano suscitato, per quanto si sia potuto appurare, molteplici ricorsi arbitrali sulla base di trattati internazionali in materia di investimenti, come alcuni rappresentanti della dottrina ovvero di studi legali transnazionali esperti in materia si sarebbero aspettati, può spiegarsi almeno in parte<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Segnalo, in particolare, il caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/97/3, sentenza, 15 agosto 2007.

<sup>27</sup> Si vedano, soprattutto, i casi *Chemtura c. Canada*, arbitrato UNCITRAL, sentenza, 2 agosto 2010; *LG & E c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/02/1, decisione sulla responsabilità, 3 ottobre 2006; e *Methanex c. Stati Uniti*, arbitrato NAFTA/UNCITRAL, sentenza, 3 agosto 2005.

<sup>28</sup> Per una valutazione ipotetica di quali ricorsi potrebbero essere presentati sulla base dei trattati internazionali in materia di investimenti contro le legislazioni nazionali antiCovid-19, alla luce della prassi arbitrale precedente e dell'opinione espressa in dottri-

Una ragione potrebbe essere la mancanza di trattati internazionali in materia di investimenti applicabili, giacché i provvedimenti nazionali antiCovid-19 con effetti maggiormente restrittivi sono stati adottati per lo più da Stati economicamente avanzati. Potrebbero non essere in vigore trattati con gli Stati di origine dei possibili investitori danneggiati, sovente altri Stati economicamente avanzati, poiché tradizionalmente trattati internazionali in materia di investimenti sono conclusi tra uno Stato economicamente avanzato e uno meno avanzato nella prospettiva secondo cui il primo è suscettibile di essere Stato di origine e il secondo Stato ospite di un investimento straniero.

Il ricorso a clausole di “arbitrato diretto” eventualmente applicabili potrebbe non avere successo, qualora gli Stati che hanno adottato provvedimenti nazionali restrittivi antiCovid-19 contemplanti sgravi e sostegni per il sostegno alle imprese in sofferenza avessero previsto che imprese straniere operanti nei propri territori potessero beneficiarne altresì per il pagamento, per esempio, degli stipendi ai dipendenti e/o delle misure di cassa integrazione. La credibilità, in termini di responsabilità sociale d'impresa, degli investitori stranieri eventualmente ricorrenti potrebbe ridursi peraltro, se il ricorso a clausole di “arbitrato diretto” mirasse a ottenere indennizzi per espropriazione (indiretta) ingenti e ulteriori, almeno in parte, ai ristori percepiti sul piano nazionale. L'UNCTAD ha posto in risalto l'opportunità di un ripensamento della struttura dei trattati internazionali applicabili in materia di investimenti mediante l'inserimento di clausole specifiche volte a prevenire conflitti derivanti da richieste di tal genere in futuro<sup>29</sup>. Durante la prima ondata della pandemia c'è stato chi ha proposto l'istituzione di una moratoria dell'applicazione delle clausole sull'“arbitrato diretto” dei trattati internazionali in materia di investimenti in relazione alle legislazioni nazionali quarantenarie antiCovid-19, onde prevenire eventuali ricorsi di investitori stranieri contro gli Stati in questione<sup>30</sup>.

na al riguardo, segnalo VADI, *Crisis, Continuity, and Change in International Investment Law and Arbitration*, in *Michigan Journal of International Law*, 2020-2021, p. 321 ss.

<sup>29</sup> Si vedano UNCTAD, *Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, Investment Policy Monitor, Special Issue n. 4, maggio 2020, New York, Ginevra; UNCTAD *IIA Reform Accelerator*, Ginevra, 2020, specialmente pp. 2-3, 29.

<sup>30</sup> Segnalo, in particolare, *Call for ISDS Moratorium During COVID-19 Crisis and Response*, Columbia Center on Sustainable Investment, 6 maggio 2020 (consultabile online), nonché <http://opiniojuris.org/2020/06/15/covid-19-and-isds-moratorium-an-indiscreet-proposal/>.

Un'altra ragione potrebbe essere che la portata senza precedenti su scala mondiale dell'emergenza potrebbe determinare sentenze a favore degli Stati quand'anche eventuali trattati internazionali in materia di investimenti applicabili avessero la struttura tradizionale e non contemplassero dunque clausole di eccezione e/o salvaguardia a favore dell'esercizio della potestà normativa dello Stato ospite per la tutela della salute pubblica nazionale, nonché nel caso di specie mondiale data l'opinione condivisa di esponenti di comunità scientifiche differenti e della stessa OMS secondo cui il controllo e la prevenzione del contagio da Covid-19 ad opera di uno Stato avrebbe contribuito al controllo e alla prevenzione del contagio di tutti. Un'altra ragione potrebbe essere che la smaterializzazione delle diverse fasi dei procedimenti di "arbitrato diretto", a seguito del ricorso alla tecnologia digitale, non si è accompagnata alla riduzione significativa dei relativi costi. Tra le ragioni va annoverata poi l'incertezza indotta dalla sfiducia espressa da gruppi di cittadini in diversi Stati, taluni politici e correnti minoritarie di scienziati ed esperti in virologia con riguardo alla virulenza effettiva del patogeno SARS-COV-2, al suo trattamento terapeutico, nonché alle modalità di somministrazione ed efficacia dei vaccini specifici una volta scoperti e posti in circolazione. Questo clima di sfiducia ha avuto per oggetto talvolta l'attendibilità della scienza e della medicina quali parametri oggettivi per il processo decisionale politico e normativo, talvolta l'opinione di alcuni rappresentanti delle professioni sanitarie. Oltre a evidenziare l'opportunità di un dibattito sulla dimensione giuridica ed etica della medicina, tale clima potrebbe aver dissuaso una parte degli investitori da chiedere la costituzione di un tribunale arbitrale sulla base di un trattato internazionale eventualmente applicabile. Questi potrebbero essere chiamati a presentare dati e prove scientifiche idonei a confutare l'ammissibilità dei provvedimenti statali antiCovid-19 all'origine dei propri ricorsi contro gli Stati ospiti. Dati e prove siffatti potrebbero essere reperiti con difficoltà, denotare un approccio politico al procedimento arbitrale e suscitare in ogni caso azioni di difesa e/o domande riconvenzionali ("counter-claims") da parte di tali Stati, soprattutto se il trattato applicabile includesse disposizioni rilevanti per escludere l'obbligo dell'indennizzo da parte degli Stati ospiti convenuti allorché la tutela della salute sia in gioco.

Gli Stati eventualmente convenuti potrebbero sperimentare altresì complicazioni. I tribunali arbitrali competenti potrebbero ritenere le prove da questi presentate insufficienti o finanche inattendibili per l'ac-

certamento della fondatezza scientifica delle loro normative. Numerosi provvedimenti hanno introdotto invero restrizioni più estese di quelle raccomandate dal comitato di emergenza *ad hoc* istituito dal Direttore generale dell'OMS, in conformità col Regolamento sanitario internazionale, come già osservato. Lo stesso Direttore generale ha evidenziato questo fatto, pur mantenendo in proposito un atteggiamento prudenziale, senza censurare pubblicamente la condotta di alcun Stato membro. Taluni studiosi ed esperti di diritto internazionale in materia di salute hanno segnalato inoltre questa debolezza sottolineando la portata estensiva, e/o foriera di incertezza, di alcune legislazioni nazionali quarantenarie<sup>31</sup>. Il Regolamento sanitario internazionale attribuisce tuttavia al Direttore generale dell'OMS la competenza a indicare, col supporto di un comitato di esperti – il comitato di emergenza *ad hoc* –, reazioni comuni a un'emergenza, onde evitare unilateralismi e coniugare tutela della salute e libertà di circolazione di merci e persone, ma non ad adottare sanzioni contro uno Stato membro qualora questo non si conformi a quanto indicato. Non vi sono dichiarazioni o prese di posizione di altro tipo del Direttore generale dell'OMS suscettibili di essere utilizzate eventualmente da un investitore ricorrente a suo vantaggio contro uno Stato in un eventuale procedimento arbitrale istituito sulla base di un trattato internazionale in materia di investimenti.

Per la mancanza inevitabile di oggettività della scienza e le esacerbazioni di questa caratteristica verificatesi durante il lungo periodo di emergenza sanitaria da Covid-19, incertezza e difficoltà probatorie potrebbero rendere arduo l'espletamento di un procedimento arbitrale in tempi ragionevoli nella prospettiva degli investitori eventualmente ricorrenti. La partecipazione di esperti nominati dalle parti in lite e/o dagli stessi tribunali arbitrali potrebbe diventare frequente, rendendo imprevedibile l'esito del procedimento e probabilmente più conflittuali i rapporti tra le

<sup>31</sup> Si vedano, tra gli altri, RICHARDSON, DEVINE, *Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the Covid-19 Pandemic under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Michigan Journal of International Law*, 2021, p. 105 ss.; HONDIUS, SANTOS SILVA, NICOLUSSI, CODERCH, WENDEHORST, ZOLL, *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, Brussels, 2021; VALUTYTĖ, JOČIENĖ, AZUBALYTĖ, *Legality of Human Rights Restrictions During the COVID-19 Pandemic under the European Convention on Human Rights*, in *Tilburg Law Review*, 2021, p. 1 ss.; MORANA, MABELLINI (a cura di), *L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto pubblico: innovazione e prospettive future*, Padova, 2022; BENNETT, FRECKELTON, WOLF, *Covid-19, Law and Regulation*, Oxford, 2023.

parti in lite in virtù delle difficoltà ulteriori sotto il profilo probatorio.<sup>32</sup> Questo risultato potrebbe non essere conveniente per gli stessi investitori eventualmente ricorrenti. Il ricorso all'“arbitrato diretto” è diventato usuale, malgrado costi molto, perché è un metodo di soluzione delle controversie favorevole agli interessi degli investitori tanto perché attribuisce loro un potere esteso di azione e controllo sull'amministrazione della soluzione della controversia quanto perché si è rivelato un metodo più veloce del ricorso ai giudici nazionali competenti.

In definitiva, le norme nazionali restrittive volte al contenimento e alla prevenzione del contagio hanno alterato nel complesso i flussi di investimenti esteri in maniera significativa, pur essendo state applicate in maniera non discriminatoria, creato incertezza e l'esigenza di una chiarificazione nel quadro normativo e politico internazionale e dell'Unione europea in materia. Le attività di coordinamento sul piano internazionale ad opera di organizzazioni internazionali e media sono state insufficienti e/o inappropriate giacché non sono riuscite a mitigare la sfiducia e la sua incidenza sulla pianificazione e realizzazione di investimenti all'estero. Questa ha inciso pure sul funzionamento di molteplici mercati, da un lato, e sulla salvaguardia della sovranità normativa degli Stati, in particolare di quelli più colpiti dall'emergenza, dall'altro. Questi ultimi sono stati e sono tuttora esposti a richieste di arbitrato da parte di investitori stranieri a causa delle legislazioni nazionali restrittive, quali quelle adottate durante le prime ondate dell'emergenza Covid-19, o di quelle settoriali potenzialmente discriminatorie approvate successivamente per la mitigazione degli effetti recessivi della suddetta emergenza attraverso il sostegno alle imprese in sofferenza, specialmente quelle di piccola e media dimensione, in termini di sgravi fiscali e sostegni finanziari.

3. Il pessimismo circa le prospettive di profitto causato dall'emergenza Covid-19 è risultato evidente nel corso del 2020 allorché gli investimenti esteri sono diminuiti drasticamente in diverse aree del mondo,

<sup>32</sup> Diversi trattati internazionali in materia di investimenti di “nuova generazione” ammettono la nomina di esperti terzi alla controversia durante un procedimento arbitrale istituito per la soluzione di una controversia tra uno Stato e un investitore. Segnalo, tra gli altri, l'art. 38 del *Model BIT* canadese del 2021 secondo cui un tribunale arbitrale può nominare, su richiesta di una delle parti in lite, uno o più esperti per un parere scritto «on any factual issue, including the rights of indigenous peoples or scientific matters raised by a disputing party in a proceeding».



in particolare in Africa e America Latina<sup>33</sup>. Questa riduzione è avvenuta nel contesto della crisi economica mondiale causata dalla pandemia e ha riguardato gli investimenti in settori diversi, tra cui, trasporti, automobilistico e agroalimentare. Pure settori cruciali per la realizzazione degli “Obbiettivi di sviluppo sostenibile”, quali istruzione e gestione di sistemi idrici e fognari, sono stati pregiudicati a svantaggio soprattutto degli Stati economicamente meno avanzati. Alcuni settori, quali quello della produzione di energia attraverso fonti rinnovabili e quello delle infrastrutture digitali, hanno registrato invece un lieve incremento negli Stati economicamente avanzati<sup>34</sup>.

È così che le attività di collaborazione tra organizzazioni internazionali si sono intensificate per la duplice esigenza: il contenimento e la prevenzione del contagio da Covid-19, da un lato, e della crisi economica, dall'altro. Questa circostanza ha favorito l'adozione di numerosi “joint statements”, piani di azione e linee guida comuni. I suddetti atti sono tutti consultabili nei siti internet ufficiali delle organizzazioni più attive, tra cui OMS, Banca mondiale, FAO, UNCTAD, OMC, OCSE e Unione europea. Tali atti contengono, tra l'altro, il coinvolgimento di attori privati, quali organizzazioni non governative, fondazioni, come la “Bill and Melinda Gates Foundation”, e imprese multinazionali, specialmente di quelle farmaceutiche, secondo il modello cooperativo tipico delle “partnerships”. Il ricorso a tale modello ha avuto per oggetto anche la realizzazione di investimenti transnazionali<sup>35</sup>. L'emergenza sanitaria Covid-19 ha portato invero al rinnovamento di “partnerships” per mobilitare capitali, competenze e risorse tecniche per la realizzazione di investimenti ingenti tesi al potenziamento dei sistemi sanitari nazionali, alla ricerca di

<sup>33</sup> Rilevano i dati pubblicati nel sito *web* dell'UNCTAD. Segnalo, in particolare, <https://unctad.org/news/covid-19-slashes-foreign-direct-investment-africa-16> e <https://unctad.org/news/foreign-direct-investment-latin-america-plunges-45-amid-pandemic>.

<sup>34</sup> Per dati e statistiche si vedano i fascicoli del periodo dell'emergenza della pubblicazione periodica dell'UNCTAD intitolata “Investment Trends Monitor” consultabile nel suo sito internet. Rilevano altresì quelli pubblicati dall'OCSE nel suo sito nel quadro dei suoi studi su “Policy Responses to Coronavirus (Covid-19)”.

<sup>35</sup> Nel quadro dell'OMS il comitato di emergenza *ad hoc* per il Covid-19 si è espresso chiaramente a favore dell'aumento di investimenti, al termine della riunione del 15 gennaio 2021, raccomandando «[s]urveillance: [i]ncrease investment in surveillance and sequencing capacities to detect and report early emergence of variants and assess abrupt changes in transmission or disease severity to increase understanding of the evolution of the pandemic».

trattamenti calibrati e vaccini, all'innovazione tecnica nel settore medico, farmaceutico e in quello scientifico *tout court*, nonché nel loro uso attraverso l'istituzione di forme di telemedicina.

Alcune organizzazioni internazionali, in particolare OMS, OMC, UNCTAD e OCSE, hanno promosso, con la pubblicazione di studi, statistiche e indicatori, investimenti per la trasformazione della capacità manifatturiera industriale tramite la diversificazione economica e la reimpostazione delle catene del valore globali sia produttive sia distributive. Esse hanno cercato di contribuire alla gestione dell'emergenza, in termini di contenimento e prevenzione della trasmissione del contagio, e alla ripresa. Sotto il profilo operativo, a causa dell'impreparazione generalizzata di Stati e imprese, scoperta, produzione e somministrazione su larga scala di vaccini antiCovid-19 sono state ritenute le attività più appropriate per il conseguimento di questi obiettivi in tempi rapidi. Grazie alla mobilitazione di risorse finanziarie considerevoli di natura pubblica e alla cooperazione internazionale, almeno nella prima fase della pandemia, la reazione di Stati, comunità di scienziati e imprese ha portato alla scoperta, produzione di vaccini e realizzazione di programmi di somministrazione senza precedenti, sebbene con una certa frammentazione nella portata dei risultati effettivamente ottenuti sul piano mondiale. La pandemia da Covid-19 ha evidenziato infatti la necessità di investimenti nella realizzazione di catene del valore nel campo della ricerca e innovazione tecnica e farmaceutica attraverso le diverse fasi di tali processi, ossia idea, ricerca applicata, scoperta, progettazione, sviluppo industriale e distribuzione commerciale, tanto per la scoperta e la commercializzazione a costi accessibili di trattamenti farmaceutici e vaccini antiCovid-19 tanto per l'aumento della produzione di beni per l'igiene e la protezione personale, quali prodotti disinfettanti e mascherine, quanto per l'invenzione di dispositivi in grado di favorire il distanziamento sociale e la convivenza. Svolgerò considerazioni più specifiche su quest'ultimo aspetto nel paragrafo successivo.

Qui propongo alcune riflessioni sui risultati finora raggiunti, attraverso l'aumento ingente di investimenti, nel settore farmaceutico in senso lato. Per quanto concerne trattamenti farmaceutici specifici antiCovid-19, imprese farmaceutiche già specializzate nella ricerca e produzione di farmaci innovativi, quali quelli composti da anticorpi monoclonali e/o da loro associazioni, hanno destinato investimenti alla ricerca di farmaci analoghi per il nuovo patogeno. La Commissione europea, l'Agenzia eu-

ropea per i medicinali (“European Medicines Agency”, EMA) e autorità nazionali competenti, quali l’Agenzia italiana del farmaco (AIFA), hanno autorizzato, dapprima in via temporanea e poi definitiva, questo genere di terapie per il trattamento di pazienti affetti da nuove varianti del patogeno originario, pur essendo farmaci in fase di sperimentazione in quanto risultato di attività di laboratorio velocizzate. Sono stati autorizzati, in particolare “Ronapreve” della Rogeneron/Roche, “Regkirona” della Celltrion Healthcare Hungary “Kft” e “Xevudy” della GSK. Alcuni anticorpi monoclonali e/o loro associazioni ancora in fase di sperimentazione non sono stati autorizzati neppure in via temporanea<sup>36</sup>. Segnalo che la somministrazione dei rimedi farmaceutici composti da anticorpi monoclonali e/o loro associazioni presuppone la disponibilità di servizi sanitari avanzati e capillari. Non si tratta infatti, in linea di principio, di terapie domiciliari. La stessa considerazione vale per i vaccini antiCovid-19 su cui svolgerò considerazioni qui di seguito.

Durante l’autunno 2020 sono stati approvati per la somministrazione due vaccini detti a terapia genica – prodotti rispettivamente da Pfizer-BioNTech e Moderna – in quanto congegnati e prodotti attraverso l’uso di biotecnologie. La somministrazione di tali vaccini è stata gratuita per la scelta specifica degli Stati. Quelli membri dell’Unione europea si sono avvalsi del coordinamento della Commissione europea relativamente alla mobilitazione e raccolta dell’ammontare ingente di risorse finanziarie necessarie per ricerca, scoperta e produzione in condizioni di urgenza e la contrattazione del prezzo di acquisto delle dosi. La Commissione si è attivata sin dalla prima ondata della pandemia<sup>37</sup>, sostenendo l’azione dell’OMS in proposito. Questa ha istituito un partenariato specifico per ricerca, sviluppo e distribuzione di rimedi terapeutici per il Covid-19, in

<sup>36</sup> Per aggiornamenti, rinvio alle pagine pertinenti dei siti ufficiali di EMA e AIFA, rispettivamente <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/covid-19-latest-updates> e <https://www.aifa.gov.it/uso-degli-anticorpi-monoclonali>. Relativamente alla questione dell’interazione tra sperimentazione e immunizzazione, ancor prima dell’emergenza da Covid-19, cfr. HARMON, FAOUR, *Immunization Governance Challenges Exposed by Covid-19: Missing Standards in Vaccine Surveillance and Adverse Events Following Immunization (AEFIs)*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2021, p. 533 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all’Eurogruppo, *Risposta economica coordinata all’emergenza Covid-19*, Bruxelles, 13.3.2020, COM(2020), 112 final.

particolare un vaccino. Si tratta dell’“Access to Covid-19 Tools (ACT) Accelerator” finanziato grazie alle donazioni di alcuni Stati, al sostegno della Commissione europea e di attori non statali. Uno dei pilastri di questo partenariato – il COVAX – è stato dedicato alla facilitazione della realizzazione di un piano di immunizzazione planetaria tramite la distribuzione in tempi rapidi di vaccini antiCovid-19 negli Stati meno avanzati. Questo risultato ha richiesto investimenti ingenti in virtù dei costi sempre più elevati della ricerca scientifica a seguito dell’impiego su larga scala di biotecnologie e algoritmi sofisticati, nonché ingredienti molteplici sovente anch’essi il risultato dell’applicazione di tecnologie innovative in Stati diversi. L’obiettivo dell’immunizzazione planetaria ha tratto origine ancora una volta dal convincimento secondo cui una risposta comune a un problema comune – alla base dell’importanza del diritto e della politica internazionale – fosse imprescindibile per ricerca, sviluppo, sperimentazione, produzione e somministrazione di un vaccino antiCovid-19 in tempi rapidi, senza sfasamenti temporali delle suddette diverse sequenze come solitamente avviene. L’esigenza della celerità è stata generata inevitabilmente dall’urgenza del contenimento e della prevenzione del contagio. L’obiettivo dell’immunizzazione planetaria non è stato raggiunto tuttavia entro il 2021 come previsto<sup>38</sup>, malgrado la mobilitazione di risorse finanziarie e l’impegno specifico della “Vaccine Alliance” (GAVI)<sup>39</sup>. Ciò è stato causato in parte per la scarsità della produzione dei vaccini autorizzati alla commercializzazione e in parte per la polarizzazione della loro

<sup>38</sup> A inizio del 2022 la GAVI ha annunciato la distribuzione di un miliardo di dosi a centoquarantatquattro Stati attraverso il COVAX. Un risultato ritenuto appropriato, malgrado inferiore all’obiettivo originario (<https://www.gavi.org/covax-vaccine-roll-out>).

<sup>39</sup> La GAVI è una “partnership” – costituita da attori pubblici e privati – tesa a sostenere la realizzazione di programmi di vaccinazione a vantaggio di fanciulli secondo equità e universalità. La raccolta di fondi per la vaccinazione antiCovid-19, attraverso contributi volontari, è continuata nel 2022, grazie al sostegno alla GAVI e degli Stati partecipanti a G7, G20 e Unione africana, onde garantire l’accesso a suddetti vaccini alle popolazioni degli Stati meno avanzati (per approfondimenti <https://www.gavi.org/news/media-room/world-leaders-commit-us-48-billion-help-break-covid-now>). La GAVI ha promosso la creazione di meccanismi finanziari specifici, quali la *COVAX Rapid Financing Facility* in collaborazione con la “Development Finance Corporation” degli Stati Uniti (USDFC). Già prima della pandemia da Covid-19 la GAVI aveva rinnovato i meccanismi finanziari internazionali da essa patrocinati, istituendo INFUSE, ossia “Innovation for Uptake, Scale and Equity in Immunisation”, nel 2016 durante la Conferenza annuale di Davos, per promuovere l’interazione tra competenze, innovazione tecnica e tutela della salute mediante programmi di immunizzazione su larga scala tecnologicamente avanzati.

distribuzione negli Stati economicamente avanzati, a seguito della prevalenza di priorità nazionali sui tentativi diretti all'organizzazione sul piano internazionale di un programma di approvvigionamento e distribuzione comune dei suddetti vaccini fondato su cooperazione, equità, solidarietà e universalità<sup>40</sup>. Questi aspetti si sono associati alla ridotta realizzazione di modelli di collaborazione transnazionali fondati su “open innovation” e “open science”, sebbene le organizzazioni internazionali competenti abbiano avviato, pure durante le ondate seconda e terza della pandemia, forme eterogenee di collaborazione sul piano internazionale, attività di assistenza tecnica e finanziaria agli Stati membri. Le imprese titolari dei brevetti si sono mostrate riluttanti alla condivisione, attraverso licenze volontarie non esclusive, dei numerosi dati alla base delle loro scoperte. Questa posizione ha alimentato una certa sfiducia verso la capacità effettiva delle stesse organizzazioni internazionali di catalizzare e coordinare le azioni delle imprese, quand'anche queste ultime beneficino di fondi pubblici e/o sgravi fiscali per la realizzazione delle proprie attività, come le imprese farmaceutiche titolari dei brevetti dei vaccini antiCovid-19 hanno beneficiato per la razionalizzazione dei tempi di ricerca, scoperta, sperimentazione e produzione.

Uno dei fautori dell'istituzione del COVAX, la Commissione europea, non è riuscita a contribuire effettivamente alla realizzazione di un programma equo e solidale di distribuzione comune dei vaccini, a causa, tra l'altro, della perdurante situazione di emergenza in diversi Stati membri dell'Unione europea, come Germania e Paesi Bassi, ancora nell'autunno 2021 e nell'inverno 2022. Questa circostanza si è verificata quantunque la Commissione abbia stipulato accordi preliminari di acquisto coi produttori di vaccini ritenuti sia efficaci sia sicuri – “Astrazeneca”, “Pfizer”, “Moderna” e “Johnson & Johnson” –, per ottenere un considerevole numero di dosi di vaccino a un prezzo prefissato in un periodo di tempo circoscritto, anticipando una parte dei costi iniziali di ricerca, scoperta, sviluppo e produzione attraverso lo “strumento per il sostegno

<sup>40</sup> Cfr. WILDON, *Will Low-Income Countries Be Left Behind When COVID-19 Vaccines Arrive?*, in *Duke Global Health Institute*, 10 dicembre 2020 (consultabile a <https://globalhealth.duke.edu/news/will-low-income-countries-be-left-behind-when-covid-19-vaccines-arrive>). Mi permetto di richiamare altresì ACCONCI, *L'effettività delle azioni internazionali per l'immunizzazione planetaria antiCovid-19 tra interessi collettivi e unilaterali*, in *Eurojus*, numero speciale 2021, pp. 51-68 (open access al link <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Accesso-ai-vaccini-diritto-internazionale-ed-europeo.pdf>).

d'emergenza" ("Emergency Support Instrument")<sup>41</sup>. La commercializzazione di altri vaccini, tra questi "Sputnik", "Sinovac", "Cov-Pars", "Abdala" e "Soberana 2", non è stata autorizzata invece nel mercato interno dell'Unione, benché questi vaccini siano stati somministrati nei rispettivi Stati di origine, Russia, Cina, Iran e Cuba.

L'accesso ai vaccini antiCovid-19 ha suscitato un dibattito complesso sia per la polarizzazione della loro produzione e somministrazione prevalentemente negli Stati economicamente avanzati, sia per l'interrogativo latente se medicine e vaccini salvavita debbano essere considerati una merce come un'altra, anche al tempo di una pandemia. Nei primi mesi del 2021 il Segretario generale delle Nazioni Unite, il Direttore generale dell'OMS, il Comitato per le questioni bioetiche internazionali dell'UNESCO<sup>42</sup> si sono espressi unanimemente a favore del trattamento dei vaccini antiCovid-19 come beni pubblici globali la cui circolazione transnazionale avrebbe dovuto ispirarsi a equità e solidarietà, anziché ai principi tipici del libero scambio. Nel marzo 2022 il Programma per lo sviluppo delle Nazioni Unite ("UN Development Programme", UNDP) ha evidenziato la correlazione negativa tra la mancanza di equità nell'accesso ai vaccini antiCovid-19 e aumento della povertà in termini di divario tra classi sociali<sup>43</sup>. Nel rapporto *Make It the Last Pandemic* del maggio 2021 e in quello successivo *Losing Time: End This Pandemic and Secure the Future* del novembre dello stesso anno il *Panel* indipendente dell'OMS (il già menzionato "Independent Panel") ha posto in risalto l'esigenza del mantenimento della cooperazione per flussi specifici di investimenti volti alla preparazione dei sistemi sanitari nazionali a un'eventuale prossima emergenza sanitaria, al fine di promuovere l'universalità dell'accesso ai

<sup>41</sup> Se gli Stati membri sono colpiti da una crisi eccezionale in termini di portata, implicazioni sul piano umano e sociale, l'Unione può attivare lo "strumento per il sostegno d'emergenza", come è accaduto nell'aprile 2020 relativamente alla diffusione del contagio da Covid-19. Tale strumento è flessibile. Gli Stati membri possono usarlo nel momento della crisi, successivamente per la ripresa ovvero per la prevenzione di una situazione siffatta. La dotazione finanziaria dello "strumento per il sostegno d'emergenza" ammontava a 2,7 miliardi di euro. Questi fondi potevano essere usati per la logistica, l'acquisto di forniture sanitarie, strumenti di diagnosi, vaccini e altri trattamenti terapeutici (per approfondimenti, segnalo [https://ec.europa.eu/echo/what/civil-protection/emergency-support-instrument\\_en](https://ec.europa.eu/echo/what/civil-protection/emergency-support-instrument_en)).

<sup>42</sup> Si veda, in particolare, la dichiarazione del 24 febbraio 2021 (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375608>).

<sup>43</sup> Segnalo <https://news.un.org/en/story/2022/03/1114762>.

risultati di investimenti siffatti secondo equità<sup>44</sup>. Sostenibilità e solidarietà sono stati invero i principi ispiratori dello svolgimento di queste azioni nel primo periodo della pandemia, allorché l'emergenza sanitaria ha influenzato la politica di diversi Stati in materia di investimenti, esteri inclusi, e talvolta la loro disciplina, seppure indirettamente.

L'OCSE e l'UNCTAD hanno evidenziato più volte l'opportunità dell'azione di meccanismi politici, quali le agenzie nazionali di promozione degli investimenti, soprattutto negli Stati più bisognosi di attrarre investimenti sostenibili dall'estero<sup>45</sup>. Già prima della pandemia da Covid-19, in armonia con le indicazioni dell'UNCTAD<sup>46</sup>, l'Unione europea ha incoraggiato gli Stati membri a istituire programmi di stimolo delle rispettive economie nazionali, al fine del contrasto della disoccupazione e della decrescita attraverso creazione di posti di lavoro, accesso al credito, mitigazione del rischio d'impresa e investimenti all'estero. Sin dalla prima ondata della pandemia, l'Unione ha rafforzato tali azioni, pure relativamente alla loro dimensione esterna promuovendo, per esempio, investimenti all'estero in aree geografiche specifiche, quali quella del Mediterraneo<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> L'orientamento dell'*Independent Panel* segnalato nel testo emerge anche dal rapporto di sintesi *Transforming or Tinkering? Inaction Lays the Groundwork for Another Pandemic* pubblicato in maggio 2022.

<sup>45</sup> Nel 2016 l'OCSE ha istituito, in particolare, un *network* delle agenzie di promozione nazionali ("The OECD IPA Network") per la collaborazione reciproca e l'avvio di meccanismi di scambio di informazioni ed esperienze. Per facilitare l'attività di investimento negli Stati caraibici e in quelli africani, l'UNCTAD ha articolato la propria attività di assistenza a tal fine organizzando specificamente "capacity-building workshops", prestando servizi di consulenza e collaborando con organizzazioni ed enti collettivi come Comunità africana orientale ("East African Community", EAC), SADC, l'Associazione economica per l'America latina e caraibica ("Economic Commission for Latin America and the Caribbean", ECLAC), l'Associazione caraibica delle agenzie di promozione degli investimenti ("Caribbean Association of Investment Promotion Agencies", CAIPA) e l'Associazione mondiale delle agenzie di promozione degli investimenti ("The World Association of Investment Promotion Agencies", WAIPA).

<sup>46</sup> Si veda, tra gli altri, UNCTAD, *Outward Investment Agencies: Partners in Promoting Sustainable Development*, in *The IPA Observer* No. 4, 2015. Cfr. GROSSE-PUPPENDAHL, KARAKI, BILAL, *Investment Promotion for Sustainable Development. The Roles of DFIs and Export Credit Agencies*, Discussion Paper No. 208, Maastricht, dicembre 2016 (consultabile al sito <https://ecdpm.org/publications/investment-promotion-for-sustainable-development/>).

<sup>47</sup> Segnalo l'avvio della fase due del programma congiunto tra l'Unione europea e l'OCSE sulla promozione degli investimenti sostenibili funzionali alla creazione di occupazione nel Mediterraneo meridionale attraverso il rafforzamento di politiche specifi-

Una certa dottrina si è occupata dell'individuazione degli obiettivi che le agenzie nazionali di promozione degli investimenti potrebbero perseguire per potenziare la capacità di attrazione di investimenti sostenibili, tra queste trasparenza, comunicazione, digitalizzazione, incentivi, semplificazione amministrativa e istituzione di meccanismi per la prevenzione delle controversie<sup>48</sup>.

Prima di concludere questo paragrafo pare utile porre in risalto che il diritto dei trattati internazionali in materia di investimenti può contribuire al rinnovamento dell'approccio politico verso la progettazione e realizzazione di investimenti stranieri sostenibili nella misura in cui sia funzionale all'innovazione tecnologica in chiave sociale ed etica. Il problema dell'accesso equo ai risultati di siffatta innovazione grazie a investimenti rimane infatti cruciale. La previsione nei trattati di clausole rilevanti su tale innovazione sarebbe utile per coniugare protezione degli investimenti e della salute giacché quest'ultima dipende ormai dall'innovazione tecnologica per diagnosi accurate, capacità di risposta rapida e prevenzione delle emergenze. Secondo alcuni studi, le legislazioni nazionali, in particolare quelle relative alle c.d. zone economiche speciali, e i contratti di investimento tra Stati e investitori stranieri potrebbero dare un contributo decisivo per la promozione di investimenti qualitativi funzionali alla ripresa sostenibile, a integrazione dei trattati internazionali applicabili. Già prima della pandemia da Covid-19 certe zone economiche speciali erano risultate uno strumento utile per la sostenibilità e quindi degne di

che, azioni di "capacity building" e potenziamento delle istituzioni locali grazie ad azioni di cooperazione orizzontale tra le amministrazioni dell'Unione, degli Stati membri e di quelli terzi coinvolti, in particolare tra quelle competenti in materia di promozione degli investimenti stranieri (<https://www.oecd.org/mena/eu-oecd-mediterranean-investment/>; per le azioni precedenti si veda <https://www.oecd.org/investment/promoting-investment-in-the-mediterranean.htm>). La realizzazione di questo programma implica altresì la partecipazione di privati, specialmente delle imprese, per l'istituzione di collaborazioni durature tra il settore pubblico e quello privato, l'ideazione di politiche appropriate ed eventuali riforme di quelle già in atto. Mi preme segnalare altresì il Fondo europeo rafforzato per lo sviluppo sostenibile ("European Fund for Sustainable Development Plus (EFSD+)") operativo quale elemento del quadro europeo di investimenti per l'azione esterna ("EU's investment framework for external action").

<sup>48</sup> Si vedano, per tutti, SAUVANT, STEPHENSON, KAGAN, *An Inventory of Concrete Measures to Facilitate the Flow of Sustainable FDI: What? Why? How?*<sup>3</sup>, Ginevra, Bonn, International Trade Centre (ITC) and German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Technical paper, 2022.



analisi specifica, con riguardo in particolare al loro impiego per la realizzazione di parchi scientifici e tecnologici<sup>49</sup>.

4. L'emergenza Covid-19 è stata incontrollabile sul piano tendenzialmente mondiale per l'impreparazione diffusa e la carenza considerevole sia di assistenza sanitaria sia di ricerca e sviluppo nel settore farmaceutico, con riguardo specifico a una malattia sconosciuta, ma potenzialmente prevedibile, in virtù dei rapporti e dati pubblicati dall'OMS, in particolare nel periodo tra l'epidemia di Ebola in Africa occidentale del 2014 e poco prima l'emergenza da Covid-19. Tale emergenza si è manifestata nel contesto di problemi esistenti e condizioni di vita delle persone in fase di peggioramento ancor prima della pandemia Covid-19 per conflitti tra interessi di natura eterogenea, divario sociale, diseguaglianze anche nella vulnerabilità, degrado ambientale, cambiamenti climatici intensi<sup>50</sup>, divario digitale e criticità del processo di globalizzazione. Ciò ha reso inevitabile il rafforzamento dell'azione sul piano internazionale e la ricerca di soluzioni comuni, al fine ulteriore di favorire la realizzazione dell'"Agenda 2030" sullo sviluppo sostenibile ed evitare la sua compromissione in maniera definitiva.

Gli Stati unilateralmente e attraverso le organizzazioni internazionali hanno cercato di elaborare soluzioni di medio-lungo periodo, onde es-

<sup>49</sup> Segnalo, in particolare, CHENG, *Special Economic Zones: A Catalyst for International Trade and Investment in Unsettling Times?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2019, p. 32 ss.; ZZENG, *The Past, Present, and Future of Special Economic Zones and Their Impact*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 259 ss. Nella medesima annualità di questa rivista sono pubblicati altri studi sul tema delle zone economiche speciali, tra cui LAMRUI GUO, *Investor Obligations in Special Economic Zones: Legal Status, Typology, and Functional Analysis*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 321 ss. L'UNCTAD si occupa, tra l'altro, del coordinamento delle zone economiche speciali. In proposito, questa ha raggruppato la maggioranza di esse in un'alleanza (GASEZ, "Global Alliance of Special Economic Zones"), al fine di istituire una piattaforma, con la partecipazione di stakeholders, imprese private e altre organizzazioni internazionali, tesa a favorire l'istituzione di "partnerships". Per un suo studio specifico si veda già UNCTAD, *World Investment Report 2019. Special Economic Zones*, Ginevra, 2019.

<sup>50</sup> Relativamente all'incidenza negativa dei cambiamenti climatici sulle azioni internazionali di riduzione della povertà attraverso organizzazioni internazionali, rileva già il rapporto congiunto pubblicato dalla Banca mondiale con altri nove attori internazionali, tra organizzazioni ed enti collettivi, – intitolato *Poverty and Climate Change: Reducing the Vulnerability of the Poor through Adaptation* – in occasione della diciottesima sessione degli organi sussidiari della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici delle Nazioni Unite tenutasi il 9 giugno 2003 a Bonn.

sere più pronti in futuro, sottolineando l'opportunità dell'istituzione di forme disparate di collaborazione anche con imprese e organizzazioni non governative per il raggiungimento della varietà degli obiettivi in gioco. Le organizzazioni internazionali hanno intensificato la cooperazione internazionale nel corso della pandemia da Covid-19 per favorire la ripresa della vita quotidiana *post-emergenza*, tanto degli Stati quanto delle persone, secondo metodi e parametri di riferimento innovativi fondati sulla qualità del cambiamento (“responsible recovery”). Più specificamente, diverse organizzazioni ed enti collettivi internazionali operanti nel sistema delle Nazioni Unite hanno prospettato il ricorso a un nuovo approccio internazionale fondato, tra l'altro, sull'interazione tra scienza, tecnologia e innovazione attraverso investimenti transnazionali di qualità, al fine di una «more gainful globalization and a more resilient form of multilateralism»<sup>51</sup>.

Al fine di facilitare e guidare la realizzazione di investimenti siffatti, la cooperazione internazionale mediante il multilateralismo è apparsa funzionale, da un lato, all'aggiustamento del processo di interdipendenza economica di stampo neoliberista su scala mondiale nella logica della sostenibilità e, dall'altro, alla ricerca di soluzioni comuni ai problemi posti da conflitti tra interessi di natura eterogenea. Sotto entrambi i profili, un'idea diffusa è stata, ed è, quella di elaborare e promuovere azioni, tra cui investimenti mirati, incentrate sulla tutela dell'ambiente, della salute e della vita<sup>52</sup>, giacché l'emergenza ha prodotto effetti gravi sulla stabilità macroeconomica e finanziaria internazionale e quindi sull'assetto sociale nel suo insieme. Vari rappresentanti delle Nazioni Unite e di Stati impegnati nella promozione dell'effettività dei Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti della persona, in occasione del decimo anniversario della loro adozione, hanno sottolineato l'importanza del rispetto di tali Principi, attraverso azioni di potenziamento dell'operato di imprese impegnate nel sociale, per la ripresa sostenibile in quanto tesa a coniugare esigenze diverse. I Principi potrebbero fungere da fondamento di azioni innovative e “accountability” degli Stati e delle imprese per una

<sup>51</sup> Segnalo il Rapporto *Transforming Trade and Development in a Fractured, Post-pandemic World* del Segretario generale dell'UNCTAD redatto per la quindicesima sessione della Conferenza tenutasi in ottobre 2021.

<sup>52</sup> Cfr., tra gli altri, CASEY-MASLEN, *The Right to Life under International Law*, Cambridge, 2021, p. 390 ss. con riguardo alla correlazione negativa tra diritto alla vita, inquinamento e cambiamenti climatici.

ripresa effettivamente “responsabile”, grazie alla garanzia dei diritti della persona e all’integrazione di questa garanzia con altri obiettivi riconducibili alla sostenibilità, quali la tutela dell’ambiente, il contrasto dei cambiamenti climatici e della corruzione (“comprehensive approach”)<sup>53</sup>. La tecnologia e la sua applicazione industriale sono state considerate preminenti per la realizzazione di questi obiettivi. Alcune imprese impegnate in consorzi di ricerca o altre forme di collaborazione tra attori pubblici e privati hanno coinvestito in attività di ricerca, progettazione e produzione improntate all’innovazione sia tecnica e scientifica sia sociale tramite investimenti in grado di favorire la scoperta, progettazione e produzione di dispositivi adatti a garantire tanto il distanziamento sociale quanto la convivenza sociale a lungo compromessa dall’emergenza Covid-19<sup>54</sup>.

Quanto al collegamento tra accesso alla scienza, sviluppo sostenibile e diritti della persona, rileva che il Comitato competente al controllo del rispetto del Patto sui diritti economici, sociali e culturali abbia adottato durante la prima ondata del Covid-19, il 30 aprile 2020, il *General Comment* n. 25 sull’art. 15, paragrafi 1, lett. b), 2, 3 e 4 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali relativo al diritto al godimento dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni («right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications»)<sup>55</sup>. Il Comitato accoglie un’interpretazione estensiva del suddetto diritto<sup>56</sup>. A tal riguardo, il Comitato richiama le norme relative all’interpretazione dei trattati internazionali previste alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sostenendo che tale diritto si riferisce sia alla scienza «derived from research conducted by scientists» sia alla «citizen science», ossia la scienza frutto di attività delle persone comuni<sup>57</sup>. Ciò significherebbe che tale articolo del Patto garantisce il diritto di ognuno a beneficiare del progresso scientifi-

<sup>53</sup> Rilevano video, dichiarazioni e materiali vari consultabili al sito <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/UNGPS10.aspx>.

<sup>54</sup> In Italia, per esempio, l’ingegner Mario Palazzetti in collaborazione con il Politecnico di Torino ha brevettato nel 2020 il “biostopper” per il distanziamento biologico in luoghi pubblici dove sia previsto la permanenza quali bar, ristoranti, biblioteche, università e mezzi di trasporto pubblico. Il “biostopper” consisteva in una tecnologia in grado di funzionare come barriera di aria per il virus a distanze ridotte (<https://www.knowledge-share.eu/brevetto/biostopper-barriera-per-virus-a-distanze-ridotte/>).

<sup>55</sup> E/C.12/GC/25.

<sup>56</sup> Par. 9.

<sup>57</sup> Paragrafi 9-10.

co e a partecipare in attività scientifiche<sup>58</sup>. Gli Stati parti al Patto sono invitati a tenere una condotta idonea al rispetto («respect»), alla protezione («protect») e alla piena realizzazione («fulfil») di tale diritto<sup>59</sup>. Ad avviso del Comitato, tra gli obblighi di protezione rientrerebbe quello di assicurare che gli investimenti privati in infrastrutture scientifiche non fungano da strumento per influenzare l'orientamento della ricerca o limitare la libertà scientifica dei ricercatori<sup>60</sup> e gli obblighi di «fulfil» includerebbero quello di investire in scienza e tecnologia al fine della promozione dell'avanzamento della scienza<sup>61</sup>. Esso accoglie la definizione di scienza usata dall'UNESCO nella sua raccomandazione su “scienza e ricercatori scientifici”<sup>62</sup>, giacché chiarisce che la scienza «encompasses natural and social sciences, refers both to a process following a certain methodology (“doing science”) and to the results of this process (knowledge and applications)»<sup>63</sup>. A parere del Comitato, «knowledge should be considered as science only if it is based on critical inquiry and is open to falsifiability and testability». Le applicazioni della scienza includono l'impiego di tecnologie nuove derivanti dalla conoscenza scientifica e si realizzano allorché una popolazione specifica è coinvolta<sup>64</sup>. Il Comitato evidenzia altresì l'opportunità di investimenti volti allo sviluppo dell'agricoltura affinché questa sia idonea a sostenere abitudini alimentari salutari a basso consumo di zuccheri<sup>65</sup>. Il Comitato avvalorava dunque la rilevanza strumentale del collegamento tra biodiversità agricola, nutrizione e salute per la qualità dello sviluppo. In proposito, osservo che quest'orientamento del

<sup>58</sup> Paragrafi 10-11.

<sup>59</sup> Par. 41 ss.

<sup>60</sup> Par. 43.

<sup>61</sup> Par. 46. Merita segnalare che la Dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo del 1948 richiama l'avanzamento scientifico («advance-ment of science») quale concetto di riferimento, là dove l'art. 15 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 si riferisce al progresso scientifico.

<sup>62</sup> L'UNESCO ha approvato la raccomandazione per la prima volta nel 1974 e l'ha aggiornata nel 2017.

<sup>63</sup> Paragrafi 4-5.

<sup>64</sup> Paragrafi 5-7.

<sup>65</sup> Par. 66 relativo all'interazione tra diritto al progresso scientifico e il diritto al cibo. Questo specifica che gli Stati parti al Patto «should also redirect investments in agricultural development away from the exclusive focus on boosting the production of cereal crops – rice, wheat and maize – towards support for healthy diets, including adequate measures to reduce the excessive intake of sugar. Cereal crops are mainly a source of carbohydrates and contain relatively few proteins and other nutrients essential for adequate diets».

Comitato dimostra tanto l'ampiezza del concetto di sviluppo sostenibile ritenuto funzionale alla garanzia dei diritti della persona quanto la rilevanza attribuita a tal fine agli investimenti privati. Ciò emerge chiaro se si confronta il *General Comment* qui considerato e quello del medesimo Comitato sul diritto al cibo – contemplato all'art. 11 del Patto – adottato il 12 maggio 1999<sup>66</sup>, ossia vent'anni prima in un momento storico incentrato sul consolidamento del processo di accettazione e diffusione generalizzata sul piano mondiale del neoliberalismo e dell'interdipendenza tra Stati e mercati, da un lato, e sensibilizzazione ancora latente dell'importanza dello sviluppo sostenibile e umano quale obiettivo di macrosistema, sebbene già nel 1992 si fosse tenuta la prima conferenza delle Nazioni Unite su questo tema a Rio de Janeiro. Il *General Comment* sul diritto al cibo non menziona affatto gli investimenti quale strumento per la garanzia di tale diritto, ispirandosi alla diversificazione settoriale tipica del diritto internazionale.

5. Alcune considerazioni possono proporsi relativamente alla portata promozionale dell'esigenza di risposte all'emergenza da Covid-19 e alla sua incidenza sul diritto internazionale in materia di investimenti.

Nello scenario *post-emergenza*, molti Stati valutano positivamente l'incremento dei flussi di investimento dall'estero a sostegno della ripresa "responsabile" dell'economia nazionale, dimostrando di non essere disponibili a compromettere i livelli di protezione ambientale, sociale e sanitaria offerti ai propri cittadini, per l'attrazione di capitali stranieri. Quest'incremento è in effetti in corso, ma non negli Stati meno avanzati secondo il *World Investment Report* relativo all'anno 2022 pubblicato dall'UNCTAD.

L'emergenza da Covid-19, data la natura zootecnica del SARS-COV-2, ha reso evidente la centralità di investimenti ispirati all'approccio della "medicina unica" ("One Health") fondato sull'integrazione tra tutela della salute umana, benessere animale e sicurezza alimentare, come proposto più volte da OMS, FAO e Organizzazione mondiale del benessere animale.

L'emergenza da Covid-19 ha dimostrato inoltre chiaramente l'esigenza di un rinnovamento drastico nell'utilizzazione di porzioni ampie di territori, zone degradate nelle periferie urbane situate al confine tra città

<sup>66</sup> E/C.12/1999/5.

e altri luoghi, nonché di una rigenerazione di numerosi spazi rurali abbandonati ovvero sedi di piccoli villaggi o comunità montane oggetto di fenomeni di spopolamento. Alla luce di queste considerazioni, i progetti di investimento in grado di contribuire allo sviluppo economico locale sarebbero favoriti, se non alterassero la tutela degli interessi della comunità e del territorio coinvolti nella realizzazione dell'investimento e non compromettessero il funzionamento dei meccanismi di "screening" interni tesi tipicamente per lo più alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. Sotto il primo profilo, rileva il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) avviato dall'Italia nell'autunno 2021. Questo prevede in effetti stanziamenti ingenti di capitali disponibili, sulla base di procedimenti di selezione di progetti ideati da attori plurimi, per settori sociali quali sanità, istruzione e ambiente. Tali attori sono chiamati a fare uno sforzo di innovazione fondato, tra l'altro, sulla diversificazione delle proprie attività e sulla rigenerazione e organizzazione di spazi pubblici. Una parte delle attività per la ripresa *post-emergenza* da Covid-19 sembrerebbe poter essere destinata a investimenti in settori sociali e creatività da parte di attori portatori di interessi diversi. Sotto il secondo profilo, mette conto segnalare che vari Stati tra quelli più colpiti hanno istituito meccanismi di "screening" degli investimenti specifici ampliando l'ambito di applicazione tipico di meccanismi siffatti. Prima della pandemia Covid-19 questi meccanismi erano stati istituiti in settori quali telecomunicazioni, tecnologia, infrastrutture e materie prime. Nelle prime ondate della pandemia da Covid-19 tali meccanismi sono stati creati anche relativamente a investimenti in settori diversi, quali produzione di prodotti farmaceutici, semiconduttori e agroalimentare, a integrazione talvolta dei provvedimenti restrittivi di natura quarantena per il controllo e la prevenzione del contagio cui ho fatto riferimento in precedenza<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. BISMUTH, *Screening the Commission's Regulation Proposal Establishing a Framework for Screening FDI into the EU*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2018, p. 45 ss.; ALÌ, *The Intersection of EU and Its Member State's Security in Light of the Foreign Direct Investments Screening Regulation*, in *La Comunità internazionale*, 2020, p. 439 ss. Il quadro normativo dell'Unione europea sullo "screening" degli investimenti esteri diretti trae spunto dal Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, in *GUUE* L 79 del 21.3.2019, p. 1 ss.

## CONCLUSIONI

### PROSPETTIVE PER LA PROMOZIONE E REALIZZAZIONE DI INVESTIMENTI STRANIERI SOSTENIBILI ATTRAVERSO IL DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA DOPO L'EMERGENZA COVID-19 TRA RINNOVAMENTO (“BUILDING BACK BETTER”) E MANTENIMENTO DI OBIETTIVI, ORIENTAMENTI E TECNICHE NORMATIVE PRECEDENTI (“BUSINESS AS USUAL”)

SOMMARIO: 1. Alcune osservazioni finali sull'obiettivo di investimenti stranieri sostenibili attraverso il diritto internazionale e dell'Unione europea. – 2. La sovrapposizione tra diritto e *governance* nella ricerca di risposte comuni internazionali e dell'Unione europea per investimenti stranieri sostenibili. – 3. L'effettività delle azioni di promozione di investimenti stranieri sostenibili per la ripresa *post-Covid-19*: un problema aperto.

1. L'indagine svolta mostra come la prassi normativa, quella arbitrale, le “partnerships” promosse da organizzazioni internazionali e/o azioni unilaterali di imprese volte alla responsabilità sociale d'impresa si sviluppano, in linea di principio, sulla base di un approccio variabile.

La prassi normativa si caratterizza per eterogeneità con riguardo a posizione degli attori determinanti, strumenti e meccanismi utilizzati, loro portata ed efficacia, linguaggio delle clausole di eccezione, salvaguardia e/o relative al “right to regulate” incluse nei trattati internazionali in materia di investimenti di “nuova generazione”. Per l'esigenza della depoliticizzazione vuoi dei rapporti tra Stati vuoi di quelli tra Stati e investitori stranieri e la rilevanza crescente dello sviluppo sostenibile, i principi basilari del diritto internazionale in materia di investimenti si sono arricchiti. I trattati includono oggi tanto quello di non discriminazione in virtù della nazionalità – operante sin dall'epoca coloniale quando i rapporti tra Stati di origine e Stati ospiti di investimenti erano i rapporti di riferimento –, quanto sovente quelli della trasparenza e partecipazione di terzi. Altri principi dello sviluppo sostenibile, quali integrazione, o almeno interazione tra i diversi interessi, diritti della persona e uso razionale delle risorse naturali rilevano perché richiamati da fonti del diritto internazionale non vincolanti, come atti di organizzazioni internazionali. Diversi tentativi sono stati posti in essere per l'attribuzione di rilevanza all'equità sia

nei rapporti tra Stati sia in quelli tra Stati e investitori, nonché in quelli tra questi ultimi e le comunità umane dei territori teatro di investimenti. Questi tentativi non appaiono essere andati a buon fine sotto il profilo normativo, malgrado i trattati internazionali in materia di investimenti includano lo standard del trattamento giusto ed equo. L'idea originaria secondo cui questo standard avrebbe potuto mantenere temperati i rapporti tra Stati ospiti e investitori stranieri, sulla base di ragionevolezza e proporzionalità, è stata disattesa da varie sentenze arbitrali. Alcuni tribunali hanno accolto infatti la pretesa degli investitori di interpretare e applicare tale standard di trattamento quale strumento di tutela delle loro aspettative circa prevedibilità e stabilità, in termini di immutabilità a loro sfavore, del quadro normativo vigente nello Stato ospite. L'eventuale moltiplicazione di casi sorti per pretese analoghe generate dai provvedimenti normativi nazionali adottati per l'emergenza Covid-19 acuirebbe la diversità della prassi arbitrale in materia. La specificità di tale emergenza e la vastità della sua portata non agevolerebbero la comparazione tra tali casi e quelli sorti per altre ragioni. Ciò si verificherebbe se trattati di tipo tradizionale fossero applicabili poiché essi non prevedono alcuna definizione dello standard del trattamento giusto ed equo. Un'ipotesi diversa si verificherebbe qualora trattati internazionali di "nuova generazione" fossero applicabili giacché questi definiscono quali condotte dello Stato ospite possano costituire o meno violazioni di tale standard.

Negli ultimi quindici anni, i trattati internazionali in materia di investimenti, quelli istitutivi di zone di libero scambio e/o di partenariati commerciali conclusi o in corso di negoziati, nonché i *model BIT* di alcuni Stati si caratterizzano per altre novità rispetto alla struttura tradizionale dei trattati, per lo più bilaterali, nella medesima materia. Queste novità sono riconducibili al principio di interazione tra interessi eterogenei e consistono nell'iniezione e inserimento, più che integrazione, di riferimenti alla salvaguardia di interessi non economici nella forma di richiami, a titolo esemplificativo, di alcuni di essi nei preamboli, disposizioni o clausole specifiche, tra cui quelle sul "right to regulate". Certi interessi risultano ricorrenti, in quanto "legitimate public objectives", quali ambiente e salute pubblica. Le clausole sul "right to regulate" dei capitoli sugli investimenti di alcuni trattati commerciali conclusi o in corso di negoziati da parte dell'Unione europea prevedono il richiamo di interessi ulteriori, come la protezione dei consumatori, della diversità culturale e talvolta della *privacy* nell'uso dei dati personali. L'iniezione della tu-



tela di interessi di natura non economica nella struttura tradizionale dei trattati internazionali in materia di investimenti si concretizza, tra l'altro, nell'inserimento di clausole sulla responsabilità sociale d'impresa. Queste includono riferimenti a strumenti internazionali non vincolanti, quali le *Guidelines* per le imprese multinazionali dell'OCSE, il *Global Compact* e i Principi guida su imprese e diritti della persona delle Nazioni Unite.

Queste innovazioni dei trattati sono concepite come eccezioni, clausole di salvaguardia e/o di esclusione dell'arbitrabilità delle eventuali controversie tra un investitore nazionale di uno degli Stati contraenti del trattato preso in considerazione e lo Stato contraente ospite oppure esclusione dell'obbligo di pagamento dell'indennizzo per espropriazione. La loro portata è contingente e imprevedibile, in quanto dipende dalle circostanze di fatto esistenti nel contesto reale di realizzazione dell'investimento all'estero, come dimostra la decisione arbitrale nel caso *Eco Oro c. Colombia* del 2021 segnalata in precedenza<sup>1</sup>.

L'esistenza di questo genere di disposizioni e clausole amplia infatti il margine di discrezionalità degli arbitri e le azioni difensive che lo Stato convenuto può porre in essere in termini di obiezioni vuoi alla competenza del tribunale arbitrale tanto *ratione materiae* quanto *ratione personae* vuoi al diritto applicabile al merito. Dopo decenni di scelte politiche e normative improntate alla depoliticizzazione, l'obbiettivo di macro-sistema dello sviluppo sostenibile e le novità dei trattati internazionali in materia di investimenti di "nuova generazione" potrebbero portare nel complesso a un rinnovamento della politicizzazione rispetto a quella generata dai diversi casi arbitrali sorti, sulla base di trattati internazionali di tipo tradizionale, dal conflitto tra interessi economici e non. Le disposizioni e clausole sulla responsabilità sociale d'impresa possono dilatare ulteriormente la discrezionalità degli arbitri, qualora richiamino in particolare le *Guidelines* dell'OCSE. Gli arbitri possono scegliere di riferirsi alla prassi dei Comitati OCSE e dei punti di contatto nazionali statali, seppure si tratti di una prassi non vincolante. L'effettività delle clausole sulla condotta degli investitori, come quelle previste nel trattato bilaterale tra Nigeria e Marocco del 2016, appare più evidente, allorché

<sup>1</sup> *Eco Oro Minerals Corp c. Colombia*, caso ICSID n. ARB/16/41, decisione relativa alla competenza, responsabilità civile per danni e indicazioni per la determinazione del *quantum* dell'indennizzo, 9 settembre 2021 (*supra*, capitolo secondo, sezione prima, par. 1).

contemplino l'impegno dei due Stati contraenti di obbligare i loro investitori alla realizzazione di valutazioni di impatto ambientale e sociale. È significativo che le clausole sulla responsabilità sociale d'impresa dei trattati conclusi dall'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non si riferiscano ai risultati normativi raggiunti in materia nel quadro del diritto dell'Unione europea per rendere funzionale siffatta responsabilità al buon funzionamento del mercato interno. Ciò potrebbe essere per la mancata accettazione di clausole più incisive a questo proposito da parte delle altre parti contraenti dei suddetti trattati e/o una scelta politica dell'Unione stessa.

Il problema dell'effettività delle disposizioni e clausole innovative previste nei trattati internazionali in materia di investimenti di "nuova generazione" appare invero più arduo quando si considerino i trattati internazionali dell'Unione europea anzitutto perché la loro efficacia dipende e si riflette su tre piani normativi distinti: nazionale degli Stati membri, dell'Unione e internazionale. Prova ne è che tali trattati stentano a entrare in vigore per rallentamenti nel processo della loro ratifica derivanti dalla necessità della ratifica degli Stati membri dell'Unione. D'altra parte, l'Unione stessa pare essere più interessata a valorizzare l'effetto di liberalizzazione e apertura derivante da tali trattati secondo una visione dei propri valori generalista e idealistica, anziché all'esportazione effettiva di alcuni di essi, a favore della loro diffusione transnazionale. Ciò vale anche per lo sviluppo sostenibile. Si pone infatti l'interrogativo se l'azione dell'Unione sia incentrata o meno sulla sostenibilità secondo un approccio multisettoriale. Quest'interrogativo emerge dalla mancanza di tentativi finora volti a potenziare la rilevanza della tutela della salute pubblica nei suoi trattati internazionali, quantunque la pandemia da Covid-19 abbia evidenziato il carattere cruciale di investimenti cospicui vuoi per il sostegno continuo alla ricerca e il potenziamento delle catene di produzione e fornitura globali, almeno in settori cruciali, quali agro-alimentare, farmaceutico ed energia, vuoi per il potenziamento costante dei sistemi sanitari e delle capacità nazionali di risposta e prevenzione, nonché per la scoperta e produzione di rimedi terapeutici e strumentazioni diagnostiche, mediante in particolare l'impiego di biotecnologie. Il fatto che la competenza dell'Unione in materia di tutela della salute sia meramente di sostegno a quella degli Stati membri potrebbe essere una ragione. Il testo del primo paragrafo dell'art. 168 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è chiaro tuttavia, là dove afferma che «[n]

ella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

La sostenibilità attraverso investimenti stranieri perseguita dall'Unione pare essersi incentrata per lo più sulla questione della transizione energetica. La posizione assunta da ultimo dall'Unione europea relativamente al processo di modernizzazione dell'*Energy Charter Treaty*, in virtù di divisioni interne tra Stati membri, ha indotto un mutamento nel tipo di approccio. Questa posizione, la durata dei negoziati di trattati commerciali innovativi con Stati economicamente avanzati ed emergenti, la mancata entrata in vigore del CAI e la perdurante applicazione provvisoria del CETA sono tutti dati esemplificativi dell'intensità ridotta della *leadership* dell'Unione in materia sia all'esterno sia all'interno nei rapporti con gli Stati membri. L'approccio dell'Unione risulta pertanto, almeno a tratti, inconsistente<sup>2</sup>.

2. La prassi arbitrale è stata e continua a essere imprevedibile in virtù della variabilità dei contenuti e della portata – vincolante o non vincolante – della prassi normativa e dell'interazione, nonché talvolta sovrapposizione, tra margine di apprezzamento dei diversi Stati ospiti e discrezionalità goduta dai tribunali arbitrali istituiti, caso per caso, sulla base dei trattati internazionali in materia di investimenti. La suddetta discrezionalità si manifesta in maniera più evidente allorché tali tribunali debbano applicare e interpretare trattati internazionali congegnati secondo il modello tipico nei rapporti interstatali sviluppatosi tra la fine della seconda guerra mondiale e gli inizi di questo secolo, ossia trattati privi di clausole di eccezione per la tutela di interessi non economici e/o di salvaguardia del “right to regulate”. In quest'ipotesi l'approccio caso per caso si amplifica, malgrado certi tribunali arbitrali, specialmente ICSID, abbiano richiamato sentenze di altri tribunali ICSID per suffragare le proprie conclusioni. Quest'orientamento mostra la ricerca di una certa continuità, se non coerenza, da parte di taluni arbitri, benché il principio del precedente non operi nel sistema dell'arbitrato “internazionale” in materia di investimenti. Quest'attitudine è importante ai fini della presente indagine perché, come segnalato, a partire dall'inizio di questo

<sup>2</sup> Per una visione volta alla valorizzazione dell'azione dell'Unione europea, cfr. MONTANARO, *The European Union and International Investment Law: The Two Dimensions of an Uneasy Relationship*, Londra, 2023.

Millennio, l'orientamento di alcuni arbitri si è dimostrato aperto all'attribuzione di rilevanza a interessi non economici di carattere pubblicistico riconducibili allo sviluppo sostenibile mediante metodi di interpretazione improntati al temperamento bilanciato dei diversi interessi in conflitto. Ciò è accaduto, sebbene il diritto dei trattati applicabili in materia di investimenti fosse congegnato prevalentemente secondo la diversificazione normativa tipica del diritto internazionale e non contemplasse quindi disposizioni di tutela di quei possibili interessi non economici di natura pubblicistica bisognosi di tutela nella realtà durante la realizzazione di un investimento.

La variabilità della prassi normativa è la ragione per la quale la sostenibilità degli investimenti stranieri, attraverso il diritto internazionale e quello dell'Unione europea, risulta un obiettivo dai contorni frastagliati e tendenzialmente indefiniti, nonché insuscettibile al momento di una caratterizzazione rilevante sul piano del diritto internazionale generale. Sussistono motivi diversi. Vale la pena menzionare la coesistenza e la perdurante validità di migliaia di trattati internazionali applicabili alla materia degli investimenti, ma sempre più eterogenei sia per i contenuti sia per tipo e numero di Stati contraenti, la moltiplicazione di strumenti internazionali e dell'Unione europea di carattere non vincolante diretti a influenzare la condotta degli attori e la rilevanza dei loro vari interessi, la funzione integrativa dei diversi diritti nazionali e infine dei numerosi contratti tra Stati ospiti e investitori stranieri di cui non si conosce sovente nemmeno l'esistenza in quanto riservati.

È così che il profilo della disciplina si combina con quello della *governance* intesa, giova ricordare, in termini di regole, intese, sistemi e processi istituzionali prevalentemente informali per individuazione dei problemi comuni transnazionali, facilitazione dei processi decisionali di Stati ed eventualmente organizzazioni internazionali per la ricerca di soluzioni improntate all'armonizzazione orizzontale, nella misura del possibile, e coerenza delle politiche e normative statali suscettibili di ostacolare cooperazione e coordinamento sul piano internazionale, nonché far sorgere conflitti di interesse sul piano transnazionale<sup>3</sup>. L'idea di orientare le attività di investimento in termini di *governance* implica la predilizione per strumenti giuridicamente non vincolanti (*soft law*) e l'indirizzo in chiave sociale dell'attività degli investitori, in particolare di quelli societari se-

<sup>3</sup> *Supra*, capitolo secondo, par. 1.

condo categorie e principi tipici della responsabilità sociale d'impresa, quale obiettivo strumentale.

La mitigazione della variabilità dei contenuti e della portata della prassi normativa – trattati e atti disparati di organizzazioni ed enti collettivi internazionali, nonché dell'Unione europea – porterebbe alla diffusione di un orientamento convergente. Ciò si verificherebbe se Stati e organizzazioni internazionali specializzate, quali UNCTAD e OCSE, riuscissero a negoziare, e approvare in tempi ragionevoli, norme multilaterali fondate sul superamento della diversificazione, combinando la tutela degli investimenti e quella degli interessi non economici di natura pubblicistica all'origine di conflitti tra Stati ospiti e investitori stranieri, ossia ambiente, salute, patrimonio artistico culturale e gestione di risorse naturali ad opera di comunità locali. Questo risultato potrebbe ridurre la conflittualità e politicizzazione del clima internazionale in materia di investimenti, perché ne renderebbe il quadro normativo e politico più chiaro e comprensibile, faciliterebbe lo svolgimento dei procedimenti arbitrali, giacché contribuirebbe alla semplificazione della loro opera di accertamento, interpretazione e applicazione del diritto applicabile al caso concreto<sup>4</sup>. Questi risultati sul piano politico e normativo incoraggierebbero nell'insieme la realizzazione di investimenti di tipo sostenibile.

3. Per la valorizzazione di quest'opera monografica come strumento di conoscenza e contributo al dibattito, mi permetto di lasciare aperto un quesito per quanto concerne i contenuti delle azioni politiche e normative – statali, sovranazionali e internazionali – auspicabili relativamente alla sostenibilità del diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti dopo l'emergenza Covid-19: rinnovamento (“building back better”) o mantenimento di obiettivi e orientamenti normativi (“business as usual”)?

Non esistono risposte univoche a questo quesito giacché le opzioni sono destinate a mutare in virtù delle compagini governative al potere

<sup>4</sup> Per mie riflessioni ulteriori sul punto, mi permetto di richiamare ACCONCI, *The Integration of Non-investment Concerns as an Opportunity for the Modernization of International Investment Law: Is a Multilateral Approach Desirable?*, in *General Interests of Host States in International Investment Law* (edited by SACERDOTI, ACCONCI, VALENTI, DE LUCA), Cambridge, 2014, p. 165 ss.; ID., *Sustainable Development and Investment. Trends in Law-making and Arbitration*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (edited by GATTINI, TANZI, FONTANELLI), Leiden, Boston, 2018, p. 290 ss.

in ogni Stato e all'influenza da queste date alle linee di azione sul piano internazionale veicolate dalle organizzazioni internazionali. Al momento in cui pubblico questa monografia, pare che i risultati dei diversi mutamenti verificatisi nel corso di decenni nel diritto internazionale in materia di investimenti si siano alterati a seguito dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ma non come alcune organizzazioni delle Nazioni Unite, OCSE e Unione europea avevano suggerito, promuovendo il ricorso all'approccio "building back better" relativamente all'impostazione della ripresa *post-Covid-19*. Si tratta di un approccio tipico delle reazioni ai disastri naturali, sin dal terremoto e maremoto (*tsunami*) dell'Oceano indiano nel 2004. Dalla lettura di rapporti, raccolte di statistiche e studi di organizzazioni ed enti collettivi del sistema delle Nazioni Unite, quali UNESCO e UNICEF, si evince chiaro come l'innovazione sociale sia decisiva al pari di quella scientifica, da un lato, e il connubio tra conoscenze, discipline, pratiche e specializzazioni sia quanto mai desiderabile, dall'altro. In questo modo si promuove l'obbiettivo di macro-sistema dello sviluppo sostenibile e si valorizza l'importanza di investimenti qualitativi fondati sull'integrazione tra interessi, economici e non, per la ripresa *post-Covid-19*. Queste organizzazioni hanno evidenziato come i comportamenti delle componenti più vulnerabili delle popolazioni sottoposte a misure nazionali di quarantena – giovani, anziani e altre persone fragili – meritassero studi e ricerche specifiche nel tentativo di misurare le implicazioni dannose della pandemia, in termini di peggioramento delle disuguaglianze, sotto il profilo vuoi economico e quantitativo vuoi sociale e qualitativo, essendo aperto l'interrogativo su quando si potrebbe verificare la prossima emergenza. L'emergenza da Covid-19 persistente ha reso visibili invero gli effetti pregiudizievoli non solo dei tagli alla spesa pubblica per servizi sociali, ma anche dell'inefficacia delle scelte politiche relative al degrado ambientale tanto urbano quanto rurale.

Le medesime organizzazioni hanno usato "building back better", interdipendenza, qualità, e resilienza, in termini di capacità di reazione alle avversità, quali parole chiave per piani di lavoro fondati su visioni articolate, in grado di sostenere effettivamente la ripresa *post-Covid-19* per il medio-lungo periodo. Tre anni sono trascorsi ormai dall'inizio ufficiale della pandemia<sup>5</sup>. Varrebbe la pena riflettere su quali soluzioni avrebbero

<sup>5</sup> Il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato la fine della pandemia il 5 maggio 2023.

potuto e possano essere immaginate e sperimentate tuttora grazie a investimenti, pubblici e privati, stranieri inclusi, per un futuro diverso ispirato dai programmi e dagli obiettivi di azione *post-Covid-19* delineati dalle organizzazioni internazionali e volto alla realizzazione di una nuova normalità. Diverse organizzazioni hanno individuato quali investimenti potrebbero essere utili. Si tratta di investimenti di tipo qualitativo risultanti da interazione, coordinamento e allineamento, nella misura del possibile, degli interessi eterogenei di Stati, imprese e persone, in armonia con gli obiettivi della prevenzione e sostenibilità<sup>6</sup>. Assodata la natura zootecnica del SARS-COV-2, è emersa chiara la centralità del ricorso all'approccio della "medicina unica" ("One Health") fondato sull'integrazione tra tutela della salute umana, benessere animale e sicurezza alimentare, come proposto più volte da OMS, FAO e Organizzazione mondiale del benessere animale. La propagazione prolungata del Covid-19 ha, da un lato, evidenziato incongruenze nella comunicazione complessiva di dati e l'opportunità di azioni di rinnovamento delle attività di comunicazione delle organizzazioni internazionali<sup>7</sup> e, dall'altro, posto limiti e ostacoli alla realizzazione di scelte politiche e normative ispirate a una realtà ideale senza pandemia.

Meriterebbe interrogarsi come mai talune riflessioni maturate nel quadro delle organizzazioni internazionali siano state meno influenti di quanto avrebbero potuto e potrebbero essere. La rilevanza dei dati internazionali e degli strumenti di analisi resi disponibili dalla cooperazione internazionale è stata trascurata ed è marginale nel dibattito politico e culturale interno alla gran parte degli Stati.

Lo stato di emergenza perdurante ha dimostrato come l'effettività delle azioni delle organizzazioni internazionali, quelle dell'OMS incluse, dipenda dalla capacità degli Stati di individuare un focolaio di una malattia, comunicare e gestire i relativi effetti sfavorevoli attraverso la cooperazione sul piano internazionale, nonché prevenire rischi ulteriori secondo un approccio sistemico fondato su valutazioni tanto economiche quanto

<sup>6</sup> Si vedano, tra gli altri, UNCTAD, *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development: Transitioning to a New Normal*, UNCTAD/OSG/2020/1, 19 novembre 2020; UNICEF, *Reimagining Our Future: Building Back Better from Covid-19*, Ginevra, New York, giugno 2020.

<sup>7</sup> Mi permetto di segnalare ACCONCI, *La comunicazione delle organizzazioni internazionali tra trasparenza, credibilità, fiducia e disattenzione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, in particolare pp. 1072-1073, 1076-1079.

sociali. A partire dalle ondate seconda e terza della pandemia, le difficoltà perduranti di gestione e controllo del contagio hanno minato la compattezza e l'effettività delle iniziative di multilateralizzazione delle risposte. Difficoltà di attuazione delle azioni delle organizzazioni internazionali, quelle a vocazione economica incluse, si sono manifestate in modo chiaro relativamente all'accesso universale secondo equità ai risultati dei programmi comuni di innovazione e ricerca scientifica antiCovid-19 istituiti dall'OMS col sostegno di attori eterogenei, tanto pubblici quanto privati, e l'investimento di risorse ingenti nella realizzazione di questi obiettivi. Il *Pandemic Treaty* in corso di negoziati nel quadro dell'OMS mira a creare un quadro normativo in grado di evitare che ciò si ripeta<sup>8</sup>.

Il multilateralismo contribuirebbe alla soluzione dei problemi derivanti dalla diversificazione, ossia incoerenza ed eterogeneità, della prassi internazionale in materia di investimenti tanto normativa quanto arbitrare in virtù dell'approccio caso per caso. L'emergenza Covid-19 ha confermato in maniera evidente l'opportunità di un risultato siffatto perché la mobilitazione di capitali, risorse tecniche e umane ingenti presuppone la concettualizzazione e l'impiego di modelli di collaborazione tra i diversi attori di tipo cooperativo sul piano internazionale e nazionale di Stati economicamente avanzati o meno. Questo genere di modello risulta lo strumento privilegiato per la realizzazione di investimenti qualitativi. Gli Stati membri dell'Unione europea hanno fatto questa scelta con il "recovery plan" comune.

<sup>8</sup> Si tratta, come segnalato, dell'accordo internazionale su *Pandemic Prevention, Preparedness and Response* di cui l'Intergovernmental Negotiating Body (INB) ha approvato uno *Zero Draft* il 1° febbraio 2023 (A/INB/4/3 consultabile *online*).



LA RICERCA DEL DIRITTO NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

1. E. FASOLI, *La riparazione dei danni materiali nei rapporti tra Stati*, 2012
2. M. ARCARI, L. BALMOND (dir.), *La gouvernance globale face aux défis de la sécurité collective – Global Governance and the Challenges of Collective Security*, 2012
3. M. NINO, *Terrorismo internazionale, Privacy e protezione dei dati personali*, 2012
4. M. FRULLI, *Le operazioni di Peacekeeping delle Nazioni Unite: continuità di un modello normativo*, 2012
5. M. ARCARI, L. BALMOND (dir.), *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international – Diversity of Actors and Dynamics of International Law-Making*, 2013
6. L. VIERUCCI, *Gli accordi fra Governo e gruppi armati di opposizione nel diritto internazionale*, 2013
7. E. MILANO, *Formazione dello Stato e processi di State-building nel diritto internazionale. Kosovo 1999-2013*, 2013
8. F. ROMANIN JACUR, *The Dynamics of Multilateral Environmental Agreements. Institutional Architectures and Law-making Processes*, 2013
9. M. ARCARI, L. BALMOND (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique – Judicial Dialogue in the International Legal Order. Between Pluralism and Legal Certainty*, 2014
10. G.M. FARNELLI, *Contrasto e repressione della violenza marittima nel diritto internazionale contemporaneo*, 2015
11. C. DANISI, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, 2015
12. M. ARCARI, L. BALMOND, A.-S. MILLET-DEVALLE (a cura di), *La gestion des espaces en droit international et europeen. The Management of Spaces in International and European Law*, 2016
13. G. BIAGIONI, F. IPPOLITO (a cura di), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, 2016
14. A. TANZI, *The Consolidation of International Water Law. A Comparative Analysis of the UN and UNECE Water Conventions*, 2017
15. M. BALBONI (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, 2017
16. M.C. MARULLO, F.J. ZAMORA CABOT (editado por/edited by), *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, 2018
17. M. NINO, *Land grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, 2018
18. M. MARCHEGIANI, *Il principio della protezione equivalente come meccanismo di coordinamento tra sistemi giuridici nell'ordinamento internazionale*, 2018
19. G. DELLA MORTE, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, 2018

20. A. BUFALINI, *I rapporti tra la Corte penale internazionale e il Consiglio di sicurezza*, 2018
21. A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, 2018
22. A. SARDU, *The lex arbitri*, 2018
23. A. MILLET-DEVALLE (Dirigé par/edited by), *L'usage de la force dans les relations internationales. Aspects de droit international et de droit européen. The Use of Force in International Relations. Issues of International and European Law*, 2018
24. M. SARZO, *L'effetto della norma internazionale nell'ordinamento interno nella prospettiva del giudice internazionale*, 2019
25. S. FACCIO, *Indirect Expropriation in International Investment Law between State Regulatory Powers and Investor Protection*, 2020
26. M. BUSCEMI, *Illeciti delle nazioni unite e tutela dell'individuo*, 2020
27. F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, 2020
28. M. LA MANNA, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, 2020
29. M. PERTILE, *Diritto internazionale e rapporti economici nelle guerre civili*, 2020
30. A. MILLET-DEVALLE (dir.), *Usage et gestion des ressources naturelles. Approches de Droit international et de Droit européen. Uses and Management of Natural Resources International and European Law Approaches*, 2020
31. M. BALBONI, C. DANISI (edited by), *Human rights as a horizontal issue in EU external policy. Les droits de l'homme comme domaine horizontal de la politique extérieure de l'Union européenne*, 2021
32. C. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale. Norme, prassi, tutela*, 2021
33. M. ARCARI, A. MILLET-DEVALLE, A. TANCREDI (dirigé par/edited by), *L'engagement en droit international et européen. Commitment in international and european law*, 2021
34. M. DIMETTO, *La nozione di controversia nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, 2022
35. E. ZAMUNER, *Smembramento di Stati e problemi di successione nel diritto internazionale. Teoria e prassi nel XX secolo*, 2022
36. A. MILLET-DEVALLE (dirigé par/edited by), *Communauté internationale et droits de l'humanité: mythes et réalisations. International community and human rights: myths and realisations*, 2022
37. D. RUSSO, *L'impresa come organo o agente di uno Stato nel diritto internazionale*, 2023
38. A. MILLET-DEVALLE (dirigé par/edited by), *Réciprocité et valeurs collectives : bilan actuel d'une dialectique traditionnelle. Reciprocity and collective values: current balance of a traditional dialectic*, 2023
39. N. LANZONI, *L'acquiescenza nel diritto internazionale*, 2023
40. F.L. GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, 2023
41. M.C. DE ANDRADE, *International custom and general principles of law in WTO dispute settlement*, 2023

Finito di stampare nel mese di settembre 2023  
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli

euro 18,00

ISBN 979-12-5976-600-7



9 791259 766007