

# INDICE

<b>INTRODUZIONE</b> .....	p. 3
---------------------------	------

## **CAPITOLO I**

1.1 Fonti e Governance.....	p.4
1.2 Principi .....	p.7
1.3 Gli accordi ambientali multilaterali (MEA) .....	p.10
1.4 Il WTO.....	p.20
1.5 Gli Accordi del WTO riguardo il commercio e l'ambiente .....	p.25
1.6 La composizione delle controversie in seno al WTO.....	p.31
1.7 Diritti della proprietà intellettuale, i TRIPS.....	p.33
1.8 I MEA e il WTO.....	p.37
1.9 Il NAFTA.....	p.40
1.10 L'UE.....	p.43
1.11 Il MERCOSUR .....	p.45
1.12 Il NAFTA e il suo <i>side agreement</i> sull'ambiente.....	p.47
1.13 Gli PTIAs.....	p.49

## **CAPITOLO II- Investimenti e imprese**

2.1 Trasparenza delle politiche commerciali.....	p.63
2.2 Investimenti.....	p.66
2.3 Investimenti secondo norme ambientali.....	p.69
2.4 Investimenti privi di copertura di un trattato.....	p.69
2.5 Investimenti in contrasto con le norme ambientali.....	p.70

### **CAPITOLO III- Strumenti giuridici**

3.1 Potenziali conflitti .....	p.72
3.2 Questioni giurisdizionali.....	p.73
3.3 Contestazioni ambientali.....	p.74
3.4 Diritto applicabile.....	p.75
3.5 Controversie normative.....	p.84
3.6 Conflitti normativi e di legittimità.....	p.99
3.7 Strumenti giuridici e non.....	p.110

### **CASISTICA**

A. Il caso Bhopal.....	
B. Allard vs Brbados.....	
C. Un glaube vs Costa Rica.....	
D. Biloune vs Ghana.....	
F. Pulp Mills.....	
G. Bayiew vs Mexico.....	
H. Ionceysa vs El Salvador.....	
I. Fraport vs Filippine.....	
J. Vivendi vs Argentina.....	
K. Azurix vs Argentina.....	
L. Bayndir vs Pakistan.....	
M. Chemtura vs Canada.....	
N. Glamis vs Stati Uniti.....	

### **BIBLIOGRAFIA .....**

## INTRODUZIONE

Ad oggi non è possibile dare una definizione specifica di “ambiente”, né tantomeno una definizione unitaria del corrispondente “diritto ambientale”. Anche il Dizionario dell’Ambiente e lo Sviluppo non riesce a definire il termine<sup>1</sup>. Tra le molte definizioni, l’Unione Europea (UE) descrive l’ambiente come: “[...] *la relazione tra l’essere umano e l’acqua, l’aria, la terra e tutte le forme biologiche[...]*”, o in alternativa: “*La combinazione di elementi di cui la complessa interrelazione pone le basi, le circostanze e le condizioni della vita dell’individuo e della società, così come sono*”.

La connotazione attribuita in genere al diritto internazionale dell’ambiente è quella di sub sistema normativo del diritto internazionale. Ciononostante, esso presenta delle specificità non presenti in quest’ultimo.

E’ un diritto, infatti, che copre temi di rilevanza globale, ed è elemento di interconnessione tra sviluppo sostenibile, organizzazione sociale e di crescita economica. In questo contesto, un ruolo molto importante è ricoperto dalla scienza e dalla tecnologia, grazie ad esse infatti è più facile riconoscere comportamenti nocivi per l’ambiente e di conseguenza stabilire divieti. Ciò fa sì che in alcuni settori le modifiche normative avvengano più rapidamente, di fronte ad una lampante scoperta scientifica, la consuetudine, emerge e si sedimenta istantaneamente. Quest’ultima, insieme al diritto pattizio, alle norme di soft-law, ai principi generali ed ai precedenti giurisprudenziali, costituisce fonte del diritto ambientale.

Le pagine che seguono sono volte allo studio delle dinamiche che intercorrono tra gli investimenti esteri, soprattutto ad opera dei privati, ed al loro riverbero su quelle che sono le norme sulla tutela dell’ambiente.

---

<sup>1</sup> Bodansky D., *The art and Craft of International Environmental Law*, Harvard University Press, 2009.

# CAPITOLO I

## 1.1 Fonti e Governance

Per individuare il sistema delle fonti, il punto di partenza per il diritto dell'ambiente, così come per tutto il diritto internazionale, è rappresentato dall'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (ICJ), che comunque non fornisce un quadro esaustivo. C'è bisogno quindi di riferirsi a fonti di diritto positivo come le Convenzioni internazionali, le consuetudini, i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili, oppure a precedenti giudiziari, la dottrina di autori più qualificati, quali fonti sussidiarie.

Nel corso del ventesimo secolo il diritto internazionale si è sviluppato verso due direzioni principali includendo da un lato, il trattamento riservato ai propri cittadini da parte degli Stati; dall'altro i criteri di cooperazione tra gli Stati e gli altri attori internazionali per creare obiettivi comuni, come ad esempio lo sviluppo economico ed il benessere sociale. Proprio su quest'ultimo punto, ha preso piede lo sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente, fondandosi su interessi comuni del comportamento umano per la salvaguardia dell'ambiente.

Il degrado ambientale non è un fenomeno recente: l'uomo ha da sempre inquinato l'ambiente, a volte in modo considerevole. Ma solo recentemente la riduzione delle risorse naturali e l'inquinamento sono stati percepiti come veri e propri problemi. Spesso la crescita del diritto internazionale dell'ambiente è rappresentata come un semplice risultato della relazione con il sistema politico-legale. Infatti, considerare un particolare fenomeno come "problema" dipende, in parte, da come l'uomo percepisce un dato fenomeno. Ad esempio l'estinzione del lupo in Inghilterra nel 1500 o quella del dodo nel 1618, non hanno destato molto interesse nella coscienza comune del tempo.

In parte lo sviluppo economico può spiegare la crescita della coscienza ambientale, infatti quando le società si arricchiscono danno rilievo non

solo alle risorse fondamentali per i bisogni dell'organismo umano, come il cibo, ma anche ai cosiddetti "beni di lusso", come ad esempio un ambiente più pulito. Per altri versi, anche le scoperte scientifiche hanno contribuito a riguardo, basti pensare alla connessione tra le emissioni di zolfo e le piogge acide rilevata segnalata nella Conferenza di Stoccolma del 1972 da un gruppo di ricercatori svedesi, che più tardi diede vita alla convenzione sull'inquinamento atmosferico del 1979. Diversi accordi ambientali internazionali, in particolare alcuni sull'inquinamento marino, sono anteriori alla Conferenza di Stoccolma, ma questo primo grande evento ambientale ha innescato una serie di attività a livello nazionale e livello internazionale con le quali i paesi e le organizzazioni internazionali hanno risposto alle sfide emergenti di gestione ambientale a tutti i livelli.

La Conferenza di Stoccolma ha portato alla costituzione del Programma per l'Ambiente delle Nazioni Unite con sede a Nairobi, in Kenya, e ha inoltre introdotto nuove forme di intervento del pubblico alla conferenza delle Nazioni Unite, stabilendo collegamenti tra il processo formale e il processo parallelo informale delle ONG.

Nello sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente possono essere distinti tre stadi: uno stadio conservatore focalizzato sulla protezione della fauna, che va dagli ultimi anni del diciannovesimo secolo alla prima metà del ventesimo; una fase focalizzata sulla prevenzione dell'inquinamento, che abbraccia la cosiddetta "rivoluzione ambientale" degli anni sessanta e primi anni settanta, marcata dalla Conferenza di Stoccolma, dalla creazione dell'UNEP e dalla negoziazione di numerosi accordi multilaterali, particolarmente nell'ambito dell'inquinamento marino; e una fase dello sviluppo sostenibile, iniziata negli anni ottanta con il lavoro della Commissione Brundtland e continuata nel 1992 con l'Earth Summit e il vertice di Johannesburg del 2002<sup>2</sup>.

Per quanto riguarda la seconda fase di sviluppo del Diritto Internazionale dell'Ambiente un ruolo di primo piano è stato svolto dall'UNEP. La

---

<sup>2</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, British Yearbook of International Law 2010, p.7.

funzione dell' UNEP è stata quella di fungere da catalizzatore per l'ambiente nel sistema delle Nazioni Unite, ma i mezzi sono modesti rispetto alle dimensioni del suo compito. Nel corso degli anni, tuttavia, l'UNEP ha lanciato un numero significativo di accordi internazionali e oggi ha la responsabilità amministrativa di sette principali convenzioni così come di molti degli accordi regionali. La sua missione è quella di fornire una guida e incoraggiare le collaborazioni nella cura per l'ambiente ispirando, informando e consentendo a nazioni e popoli di migliorare la loro qualità della vita senza compromettere quella delle generazioni future. La Sezione di Commercio ed Economia dell'UNEP (ETU) è una delle unità della Divisione di Tecnologia, Industria ed Economia (DTIE) con il compito di migliorare la capacità dei paesi, in particolare dei Paesi in Via di Sviluppo (PVS) e con economie in transizione, per integrare le considerazioni ambientali e la progettazione dello sviluppo e delle politiche macroeconomiche, tra cui le politiche commerciali. Il programma di lavoro della ETU è costituito da tre componenti principali: economia, commercio e servizi finanziari, fornendo servizi di consulenza agli Stati aderenti per indirizzarli verso un sviluppo sostenibile.

Nel 1985 è stata poi fondata la Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, che ha emesso la propria relazione, *“Il nostro futuro comune”*, nel 1987. Questo rapporto articola il concetto di sviluppo sostenibile sistematico e diviene a sua volta la base per una profonda revisione di tutte le attività internazionali in materia ambientale alle Nazioni Unite attraverso la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo Sviluppo (UNCED), tenutasi nel 1992 a Rio de Janeiro, in Brasile.

L'UNCED articola un ambizioso programma di sviluppo sostenibile, contenuto nel documento finale della conferenza, noto come Agenda 21. La Conferenza di Rio ha contribuito a stabilire la Commissione delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile e riconfermato il ruolo del Global Environment Facility, ampliando così l'organizzazione su base internazionale per l'ambiente e lo sviluppo sostenibile all'interno del

Sistema delle Nazioni Unite<sup>3</sup>. L'UNCED era il pilastro su cui gli Stati sono stati in grado di concludere la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici e la Convenzione sulla Diversità biologica, dopo una trattativa breve e molto intensa. L' UNCED ha proposto anche dei modi innovativi per il pubblico per partecipare a processi intergovernativi.

Lo sviluppo sostenibile va oltre la semplice preoccupazione per l'ambiente.

Ha lo scopo di migliorare le condizioni umane, ma cerca di raggiungere questo obiettivo in modo ecologicamente sostenibile. All'interno della Relazione della Commissione "*Our common future*", lo sviluppo sostenibile è definito come: "*Lo sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni*". Esso contiene al suo interno due concetti chiave: il concetto di "bisogni", in particolare i bisogni essenziali dei poveri del mondo, a cui dovrebbe essere data priorità assoluta; e l'idea di limitazioni imposte dallo stato della tecnologia e dell'organizzazione sociale sulla capacità di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali salvaguardando le esigenze future<sup>4</sup>.

## **1.2 Principi**

La struttura dei regimi internazionali in materia ambientale deve riflettere la struttura del problema affrontato. Un regime che protegge le esigenze della biodiversità deve potersi avvalere di diversi strumenti, in base a diverse circoscrizioni e appoggiandosi a diversi accordi istituzionali: ad esempio uno che protegga gli oceani da inquinamento da idrocarburi e uno che gestisca il commercio internazionale delle specie in via di estinzione. Nonostante questa diversità di mezzi e strumenti i regimi di tutela ambientale riconoscono alcuni Principi Fondamentali che articolano attraverso le loro istituzioni.

---

<sup>3</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 8.

<sup>4</sup> *Report of the World Commission on Environment and Development*, '*Our Common Future*', UNGA Res A/42/427, Annex, Chapter II, 54 (paragrafo 1).

Molti di questi principi sono stati enunciati nella Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, un altro frutto dell'UNCED del 1992. In particolare ricordiamo sei principi chiave:

- Il *principio di Prevenzione*, che si applica in riferimento a quei danni ambientali che risulterebbero difficili o impossibili da riparare una volta verificatisi. Ciò richiede un'azione, sulla base della *possibilità* del danno.
- Il *principio di Precauzione*, dal momento che calcolare la possibilità di danni è un compito difficile, perché la nostra conoscenza dei processi ecologici e ambientali è spesso rudimentale, si basa su un fondamento: l'evoluzione della ricerca scientifica. Purtroppo, la scienza non sempre fornisce orientamenti chiari sulle misure necessarie, il che provoca delle incertezze anche sulle politiche da adottare. Come articolato nella Dichiarazione di Rio, il principio precauzionale afferma che la mancanza di prove scientifiche definitive non giustifica l'inazione, in particolare quando le conseguenze dell'inazione potrebbero essere devastanti o quando i costi di azione sono trascurabili.
- Il *principio di Sussidiarietà*: i legami tra gli individui e le conseguenze globali delle loro azioni sono una grande sfida per l'organizzazione della gestione ambientale in particolare, ciò significa che le regole sviluppate a un livello internazionale devono essere adattate alle condizioni in una vasta gamma di ambienti regionali o locali. Il principio di sussidiarietà richiede di assumere le politiche che possano rendere l'azione più efficace, rivolgendosi anche agli organi di governo locali o a quelle organizzazioni più a stretto contatto con la problematica affrontata.
- Il *principio della Responsabilità comune ma differenziata*. Molti regimi ambientali richiedono la partecipazione di numerosi paesi, sia ricchi che poveri. Ma non tutti i paesi effettuano una pari responsabilità per danni ambientali passati, e diversi paesi hanno diverse risorse a loro disposizione. Così, tutti i paesi riconoscono la responsabilità comune per l'ambiente, ma lavorano anche per sviluppare responsabilità differenziate in base alle differenti problematiche ambientali.



- Il *principio di Accessibilità*, che consta di due elementi: trasparenza e partecipazione del pubblico alle decisioni politiche. Entrambi sono necessari per una buona gestione ambientale perché la tutela dell'ambiente richiede la partecipazione di diversi soggetti tra cui anche le Organizzazioni non governative, alle discussioni e negoziazioni delle loro disposizioni.
- Il *principio di chi inquina paga*, proposto dall'OCSE nel 1972, secondo il quale gli inquinatori dovrebbero sostenere l'intero costo per adeguarsi alle norme e agli standard ambientali. Nessun sussidio dovrebbe essere dato per aiutarli in questo processo. Da allora si è evoluto fino a diventare un principio più ampio di diritto, che sostiene che chi con la propria attività produce inquinamento deve pagare l'intero costo del danno ambientale. Poiché gran parte di tale costo verrà trasferito nel prezzo dei beni coinvolti, a scapito dei consumatori ciò genererà un feedback negativo scoraggiando questi ultimi dal consumo di beni di più alta intensità di inquinamento.

In base a quanto detto alla tutela dell'ambiente possono essere riconosciute due dimensioni, una nazionale ed una internazionale. A livello nazionale questi principi vengono messi in pratica attraverso una varietà di mezzi, tra cui i seguenti: applicazione di misure per la conservazione di specie e habitat; tasse e imposte ambientali; accordi volontari; schemi per il deposito, rimborso e ritiro di crediti sulle emissioni; restrizioni relative ad alcuni beni o pratiche. Queste misure sono pensate in riferimento al rispetto di alcuni standard ambientali imposti in maniera particolare allo scambio delle merci e che agiscono su tutte le fasi di produzione (estrazione di materie, fabbricazione, trasporto, commercio e smaltimento)<sup>5</sup>. Tali standard possono essere: *standard di qualità ambientale*, che cercano di definire lo stato dell'ambiente da mantenere o da raggiungere (norme ambientali possono essere le indicazioni circa le concentrazioni di alcune sostanze nell'aria, acqua o il suolo al di sotto

---

<sup>5</sup> Schrijver N, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, *Recueil des cours* 2008 capitoli 1-3; *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1), Resolution 1, Annex 2: Agenda 21 ('Agenda 21', capitolo 30); *Report of the World Summit on Sustainable Development*, A/CONF.199/20, Part I, item 2: Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development ('Plan of Implementation').

delle quali l'ambiente non è inquinato. Altro esempio di standard di qualità ambientale sono le norme che richiedono la protezione di alcune specie che sono minacciate o in pericolo di estinzione); *standard di emissione*, che identificano la quantità di alcune sostanze un impianto può emettere. L'imposizione di limiti di emissione agendo preventivamente sulla produzione di inquinanti ha un impatto significativo sui processi di produzione che ne sono regolati, dal momento che è generalmente una strategia migliore evitare di produrre inquinanti che non il catturarli al termine del processo di produzione, creando uno spreco che deve a sua volta essere gestito; *norme di prodotto*, le quali specificano alcune caratteristiche che sono ritenute necessarie per evitare danni ambientali dall'uso o smaltimento dei prodotti. Per esempio, l'uso del piombo nelle vernici per la casa è stato vietato per la tossicità di tale metallo pesante che può disperdersi nell'ambiente e costituire un rischio per la salute umana, e allo stesso modo sono stati vietati i clorofluorocarburi (CFC) negli aerosol per il loro riconosciuto potenziale distruttivo della fascia stratosferica di ozono. Norme di prodotto sono spesso utilizzate per proteggere la salute umana; *norme di processo e di produzione*, che specificano i processi di fabbricazione dei prodotti quali tipi di impatto possono avere sull'ambiente. Standard basati sui processi e metodi sono completamente mancanti a livello nazionale. Sono applicate alle merci scambiate e si sommano alla regolazione del paese definizione di norme sulle attività economiche nel paese di produzione; e infine, *standard di performance*, che richiedono determinate azioni, ad esempio la valutazione di quali azioni intraprendere per migliorare la gestione ambientale<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Si veda: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2000 ('OECD Guidelines'); Morgera E, *An Environmental Outlook on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Comparative Advantage, Legitimacy, and Outstanding Questions in the Lead Up to the 2006 Review*, Georgetown International Environmental Law Review 2006; Tully S, *The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, International & Comparative Law Quarterly 2001; UN Global Compact, (<http://www.globalcompact.org>), *United Nations Guide to the Global Compact: A Practical Understanding of the Vision and the Nine Principles*; King B, *The UN Global Compact: Responsibility for Human Rights, Labour Relations, and the Environment in Developing Nations*, Cornell International Law Journal 2001.

### 1.3 Gli accordi ambientali multilaterali (MEA)

Nel corso degli ultimi 20 anni, un numero straordinario accordi ambientali internazionali sono stati conclusi. E più di 200 accordi ambientali multilaterali sono noti. Alcuni di questi sono trattati globali, aperti a qualsiasi paese. Il numero di accordi bilaterali è sconosciuto, ma si pensa di essere ben al di sopra di un migliaio. Il risultato è una struttura internazionale per la gestione ambientale che non è stata premeditata, e che riflette la straordinaria diversità delle problematiche e degli interessi coinvolti. Pochissimi MEA effettivamente regolano il commercio o contengono disposizioni commerciali<sup>7</sup>.

Dei 20 nominati solo sette entrano nel dettaglio di disposizioni commerciali:

- Convenzione sul commercio internazionale delle specie in via di estinzione della flora e fauna selvatiche (CITES) -1975;
- Protocollo di Montreal sulle sostanze che riducono lo stratosferico Strato di ozono-1987;
- Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento-1992;
- Convenzione sulla diversità biologica del 1993;
- Convenzione quadro sui cambiamenti climatici (UNFCCC) -1994;
- Convenzione di Rotterdam sulla procedura di previo assenso informato per alcuni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale (PIC) -1998;
- Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza-2000.

Sempre più spesso, il complesso di istituzioni e organizzazioni che si sviluppano intorno agli accordi internazionali in materia ambientale sono indicati come "regimi" (*regimes*) per esprimere il fatto che la realtà in cui si svolgono coinvolge un certo numero di collegi elettorali e attori, e non riflettono più le dinamiche di potere tra i soli Stati sovrani. Le norme che

---

<sup>7</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p. 169.

disciplinano tali regimi differiscono dall'uno all'altro, riflettendo le disposizioni del relativo accordo. Ma tutti attingono al diritto internazionale consuetudinario e ad una serie di pratiche e principi che sono ora ampiamente accettate<sup>8</sup>.

La struttura internazionale di gestione ambientale è estremamente dinamica e permette ai vari regimi di affrontare una vasta gamma di problemi, che vanno dalle sostanze tossiche per la protezione degli elefanti, all'inquinamento dell'aria e alla biodiversità. Inoltre, essi devono rispondere alle mutevoli informazioni scientifiche sull'ambiente, cambiando la percezione del significato di queste informazioni e il costante feedback da parte dei successi e dei fallimenti delle misure adottate a sostegno dei loro obiettivi.

Prima di iniziare a parlare dei principali accordi ambientali multilaterali, bisogna notare che per MEA si intendono quei contratti con più di due parti contraenti, cioè multilaterale come più che bilaterale, mentre la parola ha assunto un significato leggermente diverso nella comunità commerciale per la quale “*multilaterale*” è venuto a significare “*globale*”. Analizziamo brevemente i MEA già citati per il fatto di contenere delle reali norme commerciali:

- *La Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione*

La prima convenzione sugli accordi multilaterali principali, la CITES, è stata redatta nel 1973 ed è entrata in vigore due anni dopo. La CITES cerca di controllare il commercio delle specie in via di estinzione e le loro parti, nonché i prodotti ottenuti da tali specie. Possiede tre allegati: una lista delle specie a rischio identificate dalla Conferenza delle Parti (su pareri scientifici) e varie estensioni. Stabilisce controlli sul commercio, che

---

<sup>8</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p. 170.

vanno da un divieto totale ad un sistema di licenze parziali. La CITES è nota da tempo per avere la partecipazione di organizzazioni non governative-scientifiche e di tutela dell'ambiente ed è insolitamente attiva in particolare nelle sue deliberazioni. La Convenzione si articola in 146 parti.

- *La Convenzione di Vienna sulle sostanze che riducono l'ozono stratosferico e il Protocollo di Montreal*

Il protocollo di Montreal stabilisce un regime di controllo per varie classi di prodotti chimici industriali conosciuti per danneggiare lo strato di ozono stratosferico. Il risultato è stato il divieto di produzione e l'uso di alcuni di essi, insieme a severe limitazioni di altri. Ha visto pienamente attuato il principio di precauzione, agendo prima della disponibilità di chiare prove scientifiche, e quello delle comuni e differenziate responsabilità, istituendo un fondo per aiutare i paesi in via di sviluppo nella loro transizione all'uso di sostanze diverse da quelle inquinanti. Continua ad esplicitare la sua azione, oltre al mantenimento della pressione pubblica su questo tema, mantenendo il controllo sulle emissioni delle sostanze inquinanti e del loro commercio e sul commercio di prodotti contenenti le sostanze controllate. Include la possibilità di imporre controlli sul commercio di prodotti fabbricati (ma non più di contenimento) con sostanze controllate, ma le parti non hanno ritenuto necessario attuare tali controlli. La Convenzione di Vienna si articola in 173 parti; il Protocollo di Montreal in 172 parti<sup>9</sup>.

- *La Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento*

La Convenzione di Basilea è il risultato della preoccupazione dei Paesi in Via di Sviluppo, soprattutto in Africa, di diventare la discarica per rifiuti pericolosi che non poteva più essere smaltiti nel mondo sviluppato. I Paesi in Via di Sviluppo e le ONG hanno continuato a svolgere un ruolo

---

<sup>9</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.182.

significativo nello sviluppo di questo regime. La Convenzione di Basilea è stata segnata da numerose dispute su quale fosse la strategia adeguata per controllare il movimento dei rifiuti pericolosi (divieti regionali contro il previo consenso informato) e la difficoltà tecnica di stabilire distinzioni chiare tra rifiuti e materiali per il riciclaggio. Le Parti hanno adottato emendamenti che vietano l'esportazione di rifiuti pericolosi da Paesi OCSE verso Paesi non OCSE. Nel dettaglio, si tratta di 131 parti, per tre Paesi firmatari, ma non è stato ratificato<sup>10</sup>.

- *Convenzione sulla diversità biologica*

Aperta alla firma alla Conferenza di Rio, l'obiettivo della Convenzione è la conservazione della diversità biologica, l'uso sostenibile delle sue componenti e la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'uso delle risorse genetiche. La Convenzione non è stata facile da inserire. Lo stesso concetto di "biodiversità" è nato dalla ricerca degli ultimi 20 anni per capire l'ambiente naturale. La protezione di un costrutto di ricerca, al contrario di qualcosa di tangibile come una specie o un habitat specifici, non è un compito semplice. Ha 135 parti, 12 firmatari, ma anche questa non è stata ancora ratificata.

- *Convenzione quadro sui cambiamenti climatici*

L'FCCC, adottata alla Conferenza di Rio nel 1992, è alle prese con il più complesso dei problemi ambientali, e quello con le maggiori potenzialità di impatto economico. Le emissioni di gas a effetto serra possono solo essere limitate in parte con le tecnologie attuali, la strategia principale del FCCC deve essere quella di cambiare il modello dei futuri investimenti a favore di attività che generano meno gas a effetto serra. Nel dicembre 1997 è stato adottato il Protocollo di Kyoto. Ha creato due classi di paesi (quelli con impegni di limitazione di gas serra e quelli senza) e diverse istituzioni che regolano i loro rapporti. Anche se nessuno dei due, né

---

<sup>10</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.182.

l'FCCC né il protocollo di Kyoto, comprende misure commerciali, è molto probabile che le parti, in adempimento degli obblighi di Kyoto, adotteranno politiche di limitazione al commercio e misure di protezione. Si compone di 180 parti.

- *Convenzione di Rotterdam sulla procedura di previo assenso informato (PIC) prima dell'immissione di taluni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale*

Molti prodotti chimici vietati o severamente limitati a livello nazionale sono negoziati a livello internazionale. Per anni ci fu polemica sulle procedure per assicurare che l'appropriata autorità del paese di importazione fosse informata tempestivamente. Infatti, un Gruppo di lavoro del GATT ha dedicato diversi anni di negoziati a questo argomento, senza raggiungere un risultato generalmente accettato. L'UNEP (responsabile dell'organizzazione per la gestione di sostanze potenzialmente tossiche) e la FAO (interessato all'uso di pesticidi), hanno avuto un forte interesse nello sviluppo di un sistema uniforme di notifica che prevedesse un'adeguata garanzia che le informazioni sarebbe state fornite rapidamente e che sarebbero pervenute alle autorità preposte quando fossero state richieste e permettesse ai PVS di fermare l'ingresso di certe sostanze qualora lo ritenessero necessario. Questo obiettivo è stato raggiunto dalla Convenzione di Rotterdam, siglata da 62 Paesi<sup>11</sup>.

- *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*

Cartagena è un protocollo della CBD, sul commercio di molte forme di organismi viventi geneticamente modificati (OGM) e dei rischi che possono presentare per la biodiversità. L'accordo prevede un sistema avanzato di informazione sugli organismi viventi geneticamente modificati destinati ad essere introdotti nell'ambiente (ad esempio micro-organismi e semi), e un sistema meno complesso per il monitoraggio di quelli destinati

---

<sup>11</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.182.

all'utilizzo come alimenti, mangimi o alla trasformazione degli animali. Esso stabilisce una procedura per i paesi di decidere se limitare le importazioni di OGM, precisando, per esempio, il tipo di valutazione del rischio che deve essere eseguita. Nel permettere che queste decisioni siano prese anche se i rischi sono sconosciuti, il Protocollo di Cartagena dà operatività al principio di precauzione, forse più chiaramente di qualunque altro accordo internazionale a questa data. Aperta alla firma nel maggio 2000, entrerà in vigore dopo essere stata ratificata da 50 paesi<sup>12</sup>.

Esistono molti diversi regimi ambientali internazionali che sono ancora in fase di negoziato, o che rischiano di rimanere tali sulla base di una minore intesa formale tra le parti interessate. Dopo essere stata discussa per anni, la “*Convenzione sugli inquinanti organici persistenti*” (POP) è entrata in vigore nel 2001. Come il protocollo di Montreal, la Convenzione POP stabilisce un regime internazionale per il controllo e, in molti casi, il divieto di taluni inquinanti che persistono nell'ambiente e possono accumularsi nella catena alimentare, o che sono sospettati essere sostanze ormono-simili note come interferenti endocrini<sup>13</sup>.

Il regime internazionale per le foreste rimane controverso e poco articolato, e la maggior parte degli osservatori dubitano che possa fondersi in un accordo multilaterale in un prossimo futuro. Mentre emerge la necessità, nel prossimo futuro, di dar vita ad un *regime per la pesca sostenibile*, frutto della collaborazione tra produttori e ONG ambientali in materia di etichettatura per le pratiche sostenibili. Entrambi questi regimi saranno molto importanti per il commercio, dal momento che entrambi riguardano beni ampiamente scambiati.

Per quanto riguarda l'attuazione e la risoluzione delle controversie, i “regimi ambientali” internazionali richiedono complesse interazioni tra le parti, chiamando in causa le loro giurisdizioni subnazionali, i loro cittadini

---

<sup>12</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.182.

<sup>13</sup> Ibidem.



e, a volte, altri stakeholder. In pratica ci vogliono spesso diversi round di negoziati prima dell'emergere di un regime efficace e, anche allora, l'attuazione di un MEA a livello nazionale e il monitoraggio dei progressi a livello internazionale non sono questioni semplici. Tra le altre cose che richiedono una regolazione continua del regime, il costante aggiornamento in base alle ulteriori ricerche sul problema ambientale e sull'efficacia del regime e un intenso dibattito pubblico sui risultati della ricerca.

I regimi ambientali internazionali sono basati sul consenso delle parti. Solo la Convenzione PIC ha una struttura di risoluzione delle controversie elaborata, a riprova del fatto che è stata progettata principalmente per gestire il commercio di determinate sostanze pericolose invece di proteggere una risorsa ambientale specifica. È ampiamente riconosciuto che la coercizione non è una solida base per la politica ambientale. Perciò, così come i paesi usano sanzioni penali per far rispettare le leggi ambientali solo in casi di estrema gravità, allo stesso modo anche i regimi ambientali internazionali utilizzano soluzioni coercitive solo in rare occasioni. La maggior parte di questi casi tendono ad essere dispute sulle acque condivise in accordi regionali o bilaterali<sup>14</sup>.

Trasparenza e partecipazione sono senza dubbio i più importanti strumenti di attuazione dei regimi ambientali internazionali, ma perché possano essere messi in pratica è spesso necessario l'aiuto di un'agenzia che non operi in condizioni di mercato. Infatti le ONG possono toccare interessi che i governi non sono interessati a toccare e possono dare vita a critiche interne e orientare le pressioni pubbliche verso l'attuazione dei MEA. Possono inoltre fornire le valutazioni scientifiche indipendenti sulle quali spesso si basano i MEA e controllarne l'applicazione.

È stato osservato in precedenza che le misure commerciali nei MEA sono rare, si verificano in circa un decimo di tutti gli accordi, ma in quelli in cui esistono possono avere importanti effetti sui flussi di commercio

---

<sup>14</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, cit., p. 187.

internazionale. Prima fra tutti è la *Convenzione di Basilea*, dove le Parti possono solo esportare i rifiuti pericolosi in un altro Paese che non ha vietato l'importazione e che consente all'importazione in forma scritta. Le Parti non possono importare o esportare in uno stato non-parte. Esse sono inoltre tenute ad impedire l'importazione o l'esportazione di rifiuti pericolosi se hanno motivo di ritenere che i rifiuti non saranno trattati nel rispetto dell'ambiente nel luogo di destinazione.

Altro accordo importante è la *Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione* (CITES), nella quale è presente un elenco concordato di specie a rischio di estinzione. Esso regola e controlla (mediante l'uso di permessi, quote e altre misure restrittive) anche il commercio di altre specie che potrebbero diventare a rischio.

Il *Protocollo di Montreal*, dal canto suo, elenca alcune sostanze dannose per l'ozono, e vieta tutti gli scambi di tali sostanze tra le parti e gli Stati non-parte. Divieti simili possono essere attuati contro le parti come elemento di procedura di non conformità del protocollo. Il protocollo contempla anche divieti di importazione sui prodotti realizzati con, ma non contenenti, materiali nocivi per l'ozono divieto sulla base del processo e della produzione di determinati prodotti<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda la *Convenzione di Rotterdam*, essa prevede che le parti possano decidere la lista dei prodotti chimici e pesticidi, stabilendo quelli che non possono essere gestiti in modo sicuro e, quindi, non importarli. In caso di scambi commerciali, sulle sostanze controllate devono essere poste l'etichettatura ed i requisiti di informazione. Le decisioni adottate dalle parti tra cui devono avvenire gli scambi commerciali devono avvenire in modo neutrale. Se una parte decide di non acconsentire alle importazioni di un determinato prodotto chimico, deve anche interrompere la produzione nazionale del prodotto chimico per uso domestico.

---

<sup>15</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.187.

Infine, il *Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza*, prevede che uno Stato possa limitare l'importazione di alcuni organismi viventi geneticamente modificati come parte della procedura di gestione del rischio. Gli OGM sono soggetti ad un controllo informato precedente alla procedura di accordo, e quelli destinati ad essere utilizzati come alimenti, mangimi o elaborati, devono essere accompagnati da documenti di identificazione<sup>16</sup>.

Gli accordi ambientali talvolta necessitano di misure commerciali, per almeno quattro ragioni: avere un *quadro normativo comune*, in questo modo i partecipanti di un mercato sono sicuri che tutti i componenti siano sottoposti ad analoghi vincoli normativi e che questi vengono attuati correttamente. Alcuni vincoli riflettono le scelte economiche e sociali dei consumatori, in modo da considerare tali vincoli come parte delle normali condizioni di concorrenza; altri riflettono imperativi ambientali basati su criteri scientifici e devono essere rispettati per evitare danni gravi e irreversibili, indipendentemente da altre priorità<sup>17</sup>.

In secondo luogo, gli accordi ambientali servono a dare dei margini di *Contenimento*, perché qualche volta le esigenze pratiche di amministrazione delle discipline di mercato ambientali impongono la necessità di mantenere certi confini, come ad esempio, la decisione di imporre limiti di dimensione sulle aragoste che vengono catturate per proteggere generalmente le scorte di aragosta. Limiti che vengono imposti non sulle navi da pesca, ma all'interno del mercato. Un ragionamento analogo può essere applicato a rifiuti pericolosi o sostanze tossiche, di cui diventa sempre più difficile controllare il trasporto.

In terzo luogo, garantiscono un *miglior controllo del mercato*: alcuni prodotti infatti possono avere una forte domanda, ma tale domanda può distruggere le risorse su cui essa stessa è basata. Può risultare difficile o addirittura impossibile garantire che il valore di scarsità di questi prodotti

---

<sup>16</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, cit., pp. 183 ss.

<sup>17</sup> Ibidem.

trovi adeguato riscontro nel prezzo e che i profitti corrispondenti siano distribuiti in modo tale da promuovere la conservazione. In queste circostanze è necessaria una struttura internazionale di controllo del mercato. Questa è la logica dietro la CITES e svolge un ruolo significativo nel CBD.

L'ultima delle ragioni qui esaminate è la *garanzia della conformità*. La minaccia di imporre limiti sul commercio con Stati che non sono parte di un accordo può essere uno strumento efficace per garantire una maggiore conformità con accordi multilaterali che potrebbero altrimenti essere così. Ciò è stato fatto in modo efficace nel Protocollo di Montreal. Chiaramente, è importante garantire che i limiti non siano né arbitrari, né sproporzionati: non è possibile infatti limitare una notevole quantità di commercio per affrontare una problematica ambientale relativamente piccola<sup>18</sup>.

#### **1.4 II WTO**

Un organo molto importante, se non essenziale, per gli investimenti, è il WTO (World Trade Organization). Il regime internazionale del commercio ha origine nel 1947 quando l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT) è stato concluso. Questo accordo, recuperato da un grande accordo non ratificato che ipotizzava la creazione di un'Organizzazione del commercio internazionale, era una parte del cosiddetto Bretton-Woods System, progettato durante la II Guerra Mondiale per promuovere e gestire lo sviluppo economico globale. Di questo sistema, il Fondo Monetario Internazionale (FMI), la Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo e la Banca mondiale, ne sono stati i pilastri.

Il GATT ha posto due indicazioni di base per il regime commerciale: sviluppare i requisiti per ridurre ed eliminare le tariffe e creare obblighi

---

<sup>18</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, cit., p.187.

per prevenire o eliminare altri tipi di impedimenti o barriere al commercio (di natura non tariffaria). Dal 1948 al 1994 otto negoziazioni o "Rounds" si sono svolti sotto gli auspici del GATT, per sviluppare ulteriormente il regime di scambi lungo queste due linee. I primi *Rounds* si focalizzavano sulle singole tariffe, ma le barriere non tariffarie sono da sempre oggetto d'attenzione. L'ultimo di questi negoziati è l'"Uruguay Round", concluso nel 1994. L'*Accordo di Marrakech* che istituisce l'*Organizzazione Mondiale del Commercio* (OMC o WTO che dir si voglia) ha segnato la fine di un'epoca.

Entrata in vigore il 1° gennaio 1995, l'Organizzazione Mondiale del Commercio sostituisce interamente il precedente segretariato del GATT come organizzazione responsabile della gestione del regime commerciale internazionale. Le funzioni principali del WTO possono essere descritte in termini molto semplici: sorvegliare l'attuazione e la gestione degli accordi WTO; stabilire una sede per i negoziati e fornire un meccanismo di risoluzione delle controversie<sup>19</sup>.

Gli obiettivi alla base di queste funzioni sono contenute nel preambolo dell'*Accordo di Marrakech*, e prevedono, tra le altre cose: elevare gli standard di vita; garantire la piena occupazione; garantire la costante crescita dei redditi e della domanda reale e ampliare la produzione e il commercio di beni e servizi. Questi obiettivi devono essere raggiunti consentendo nel contempo l'uso ottimale delle risorse mondiali in conformità con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, cercando sempre di proteggere e preservare l'ambiente. Il preambolo cita espressamente la necessità di aiutare i Paesi in via di sviluppo, in particolare i Paesi meno avanzati, assicurando ad essi una quota crescente del commercio internazionale<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>20</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.177.

Il WTO si propone di raggiungere i suoi obiettivi di riduzione delle barriere esistenti al commercio e impedire che se ne sviluppino di nuove. Si cerca di garantire equità e parità nelle condizioni di concorrenza per l'accesso al mercato, e prevedibilità di accesso per tutti i beni e servizi scambiati. Questo approccio si basa su due fondamentali principi: il trattamento nazionale e il principio della nazione più favorita. Insieme, costituiscono il principio di *non discriminazione* alla base del diritto commerciale. Il principio del trattamento nazionale impone, nei suoi termini più semplici, che i beni e servizi di altri paesi siano trattati allo stesso modo di quelli del proprio paese. Il principio della nazione più favorita ritiene necessario che se un trattamento speciale viene fornito ai beni e servizi di un Paese, essi devono essere forniti a tutti i paesi membri dell'WTO. Nessun Paese, infatti, dovrebbe ricevere favori che creino distorsioni del commercio. I membri seguono questi principi di non discriminazione tra prodotti simili, quelli cioè di qualità simile che svolgono funzioni simili. Essi sono naturalmente liberi di poter operare discriminazioni sui prodotti che non lo sono. Tuttavia, i prodotti che non sono fisicamente o chimicamente identici possono ancora essere considerati come prodotti simili se hanno lo stesso fine utile, richiedono gli stessi standard e la medesima manipolazione o disposizione.

Per quanto riguarda il principio dello *Sviluppo sostenibile* alcuni sostengono che il concetto di sviluppo sostenibile sia ormai un principio guida degli accordi WTO, anche se non al livello dei principi fondamentali di non discriminazione. Nel 1998, nel corso delle decisioni dell'organo di appello nel cosiddetto caso *gamberetti-tartarughe*, è stato chiarito che l'interpretazione del diritto del WTO dovrebbe riflettere l'inclusione di Uruguay Round e del concetto di sostenibilità e sviluppo sostenibile. Questa sentenza potrebbe aver orientato il WTO a far sì che le disposizioni giuridiche abbiano bisogno del suo accordo, per essere interpretate ed applicate alla luce dei principi e degli standard giuridici di sviluppo sostenibile<sup>21</sup>. La struttura di base del WTO comprende i seguenti organi:

---

<sup>21</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

a) *La Conferenza ministeriale*, che è composta dai ministri del commercio internazionale di tutti i paesi membri. Questo è l'organo di governo del WTO, responsabile nell'impostazione della direzione strategica dell'organizzazione e in grado di prendere tutte le decisioni finali sugli accordi. La Conferenza dei ministri si riunisce almeno una volta ogni due anni. Sebbene possa essere utilizzato il voto, le decisioni vengono generalmente prese con consenso unanime, un processo che può a volte essere difficile, in particolare in un corpo composto da 136 membri molto diversi.

b) *Il Consiglio generale*, composto da rappresentanti di alto livello di tutti gli Stati membri. E' responsabile della supervisione dei lavori e la gestione del WTO e ha sede presso la sede del WTO a Ginevra. In pratica, questo è l'organismo che si occupa della risoluzione della maggior parte dei problemi del WTO. Molti dei corpi descritti di seguito riferiscono direttamente al Consiglio Generale.

c) *Review Body*: è composto da tutti i membri del WTO e sovrintende al meccanismo di revisione delle politiche commerciali, dal momento che vengono revisionate periodicamente le politiche commerciali e le pratiche di tutti gli Stati membri. Queste revisioni hanno lo scopo di provvedere ad una indicazione generale di come gli Stati stanno attuando il loro obblighi, e di contribuire ad una maggiore aderenza al WTO delle parti con i loro obblighi.

d) *L'organo di conciliazione*: è composto da tutti i membri del WTO, sovrintende l'attuazione e l'efficacia delle controversie e il processo di risoluzione per tutti gli accordi WTO. Le controversie vengono ascoltate e amministrare da pannelli di risoluzione delle controversie scelti caso per caso e dall'organo d'appello permanente istituito nel 1994.

La risoluzione delle controversie è obbligatoria e vincolante per tutti i membri. Una decisione definitiva dell'organo d'appello può essere annullata solo dal pieno consenso dell'organo di conciliazione del WTO.

e) *I Consigli di scambi di merci e di scambi di servizi* operano sotto il mandato del Consiglio Generale e sono composte da tutti i membri del WTO. Essi forniscono un meccanismo per controllare i dettagli e gli aspetti, generali e specifici, degli accordi sugli scambi di merci (come quelle sul tessile e agricolo) e il commercio dei servizi. C'è anche un Consiglio per l'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, che si occupa proprio di questo.

f) *Il segretariato e direttore generale* del WTO risiede a Ginevra, nella vecchia sede del GATT. La Segreteria ha funzioni amministrative e di esecuzione su tutti gli ambiti dell'organizzazione. La Segreteria non può prendere alcuna decisione legale, ma fornisce servizi e spesso consigli, a coloro a cui spetta. E' diretta dal direttore generale, che è eletto dai membri del WTO.

g) *La commissione per il commercio e lo sviluppo e la commissione per il commercio e l'ambiente*, sono due dei numerosi comitati istituiti ai sensi dell' *Accordo di Marrakech* del 1994. Essi hanno dei mandati specifici focalizzati sui suddetti ambiti, che sono particolarmente rilevanti sul come il WTO dovrebbe affrontare i temi dello sviluppo sostenibile. La commissione per il commercio e lo sviluppo è stato istituito nel 1965. Il precursore della "Commissione per il commercio e l'ambiente" (il Gruppo di misure ambientali e del commercio internazionale) è stato fondato nel 1971, ma non ha lavorato fino al 1992. Entrambi i Comitati sono ora attivi come terreno di discussione, ma non si occupano di negoziare regole commerciali. Alla "Commissione per il commercio e l'ambiente" (CTE) spetta un ruolo rilevante nell'ambito dei rapporti fra diritto internazionale dell'ambiente e scambi internazionali.

I termini di riferimento indicati dal CTE a Marrakech sono, in parte: *"Per identificare il rapporto tra le misure commerciali e ambientali misure, al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile; per le opportune raccomandazioni sulla opportunità di apportare modifiche sono necessarie*



*le disposizioni del sistema commerciale multilaterale, compatibile con la natura aperta, equa e non discriminatoria del sistema"*<sup>22</sup>.

La Commissione ha ristretto questo ampio mandato ad un ordine del giorno di dieci punti in agenda per lavorare, e ha utilizzato questo ordine del giorno come suo quadro per le discussioni. Dal 1996 la Commissione ha raggruppato i 10 articoli in due gruppi per focalizzare meglio il tutto: i punti dell'ordine del tema dell'accesso al mercato (articoli 2, 3, 4 e 6), e quelli sui legami tra gestione ambientale internazionale e il sistema commerciale (articoli 1, 5, 7 e 8). In dettaglio, il CTE ha come oggetto di discussione: il rapporto tra le regole commerciali e le misure commerciali usate a fini ambientali, ivi comprese quelle dei MEA; il rapporto tra regole commerciali e le politiche ambientali con impatti commerciali; il rapporto tra regole commerciali e ambientali oneri e tasse; il rapporto tra regole commerciali e ambientali: requisiti per i prodotti, compreso l'imballaggio, l'etichettatura e riciclaggio norme e regolamenti; le regole del commercio in materia di trasparenza e di misure commerciali utilizzate a fini ambientali e di politiche ambientali con impatti commerciali; il rapporto tra i meccanismi di risoluzione delle controversie del WTO e quelli dei MEA; il potenziale delle misure ambientali per impedire l'accesso ai mercati per le esportazioni dei paesi in via di sviluppo, e i potenziali benefici ambientali del rimuovere le restrizioni commerciali e distorsioni; la questione delle esportazioni di merci vietate sul mercato interno; la relazione tra l'ambiente ed i TRIPS; la relazione tra l'ambiente e il commercio dei servizi; relazioni del WTO con le altre organizzazioni, sia non governative che intergovernative<sup>23</sup>.

### **1.5 Gli Accordi del WTO riguardo il commercio e l'ambiente**

Tre sono gli accordi chiave sotto l'egida del WTO che riguardano le problematiche di ambiente e commercio: *l'Accordo Generale sulle Tariffe*

---

<sup>22</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>23</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.177.

*Doganali e sul Commercio; l'Accordo sulle Barriere Tecniche al Commercio e l'Accordo sulle Misure Sanitarie e Fitosanitarie.*

- *L'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT)*

Per quanto riguarda il primo, occorre dire che il GATT, composto di 37 articoli e diverse integrazioni, ha al suo interno alcuni articoli di fondamentale importanza ambientale, come gli articoli I e III, riguardanti la non discriminazione dei prodotti simili.

Gli articoli I e III del GATT costituiscono l'origine dei principi fondamentali della *nazione più favorita* e del *trattamento nazionale*. Questi principi sono stati descritti in precedenza come insieme che costituisce il principio del WTO di non discriminazione.

L'Articolo I stabilisce la regola della nazione più favorita. Ciò richiede alle parti di garantire che, se un trattamento speciale è dato ai prodotti o servizi di un paese, deve essere dato a tutti i membri del WTO. Nessun paese dovrebbe ricevere favori che distorcono il commercio. Tale disposizione ha avuto origine perché all'interno degli Stati si avevano livelli tariffari differenti per i diversi paesi, ed è stato progettato per ridurre o eliminare queste differenze. Il principio è ora stato esteso anche ad altri potenziali ostacoli agli scambi. Questa regola ha due importanti eccezioni, la prima vale per gli accordi commerciali regionali: dove questi sono stati adottati, tariffe preferenziali possono essere stabilite tra le parti di tali accordi. La seconda eccezione riguarda lo sviluppo dei paesi meno sviluppati: il GATT consente infatti ai propri membri di applicare aliquote tariffarie preferenziali o zero tariffarie, ai prodotti provenienti da questi paesi, pur avendo tassi più elevati per i prodotti che provengono da Altri. Questa eccezione è stata progettata per contribuire a promuovere lo sviluppo economico dove ce n'è più bisogno<sup>24</sup>.

L'articolo III stabilisce la norma del trattamento nazionale. Ciò richiede che i prodotti di altri paesi debbano essere trattati allo stesso modo dei

---

<sup>24</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.178.

prodotti simili fabbricati nel paese importatore. Nessuna legge nazionale dovrebbe essere applicata per importare prodotti e per proteggere i produttori nazionali dai prodotti concorrenti simili. E i prodotti importati devono ricevere un trattamento secondo le leggi nazionali che "è non meno favorevole" rispetto al trattamento riservato ai prodotti nazionali simili<sup>25</sup>.

La definizione di "prodotti simili", ha importanti implicazioni ambientali. Anche se il termine "similare" non è stato definito in modo specifico, il sistema di regolamento delle controversie del WTO ha più volte dovuto lottare con alcuni prodotti simili, e ha sviluppato alcuni criteri per aiutare a riconoscerli. Questi includono l'utilizzo finale in un dato mercato, i gusti e le abitudini dei consumatori, "le proprietà, la natura e le qualità" dei prodotti, mentre più di recente il criterio dominante che è emerso in applicazione del test dei prodotti similari è la sostituibilità commerciale.

L'articolo XI del GATT impone un altro tipo di limite sulle misure che la parte può prendere per limitare gli scambi. Essa vieta l'uso di licenze di quote, di importazione o di esportazione, oppure analoghe misure relative all'importazione o all'esportazione di merci. Tale divieto deriva dal fatto che le misure volumetriche sono economicamente più distorsive di quelle basate sui prezzi, come tariffe e imposte. I prodotti agricoli attualmente possono beneficiare di un'importante eccezione dell'articolo XI. L'articolo XI potrebbe plausibilmente portare a conflitti con i meccanismi del commercio di alcuni MEA: ad esempio, la Convenzione di Basilea e i CITES, impongono la licenza o i requisiti per il commercio dei materiali che controllano. Ad oggi questi tipi di disposizioni di accordi multilaterali non sono mai stati messi in discussione dalle leggi sul commercio<sup>26</sup>.

Normalmente, quando una legge nazionale è in contrasto con le regole del commercio lo Stato deve ritirare o modificare la legge entro un termine ragionevole, di solito entro 15-18 mesi. L'articolo XX del GATT, tuttavia,

---

<sup>25</sup> General Agreement on Tariffs and Trade, 1947, incorporated into the General Agreement on Tariffs And Trade, of 15 Aprile 1994 ('GATT'), Article XX(b) and (g), <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm)>

<sup>26</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.179.

permette a specifiche eccezioni alle regole. Le due eccezioni più rilevanti per l'ambiente e le relative misure sono le seguenti:

*“Fatto salvo l'obbligo che tali misure non siano applicate in modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra paesi dove vigono le stesse condizioni, o una restrizione dissimulata sul commercio internazionale, nessuna disposizione del presente accordo deve essere interpretata per prevenire l'adozione o l'applicazione da qualsiasi parte contraente delle misure: (...) (B) necessarie per tutelare la salute umana, animale o vegetale o la salute; (...) (G) relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili, se tali misure vengono applicate in collegamento con restrizioni alla nazionale produzione o di consumo (...)”<sup>27</sup>.*

Un paese che voglia utilizzare le eccezioni ambientali di cui all'articolo XX ha due ostacoli da eliminare. Si deve prima stabilire la *giustificazione provvisoria* per l'utilizzo dell'articolo XX; si deve poi stabilire la *giustificazione finale*, mostrando che la misura in questione non contravviene al comma d'apertura, o *chapeau*, citato sopra. Il paragrafo (B) richiede allo Stato di mostrare che la misura è "necessaria" per proteggere l'ambiente. In passato, questo test è stato richiesto: per dimostrare la necessità di proteggere il proprio ambiente; per dimostrare la necessità di utilizzare una misura dell'impatto commerciale in tal senso, e se è necessaria una misura di impatto commerciale, per assicurarsi che sia il miglior compromesso, la miglior misura restrittiva a disposizione per raggiungere gli obiettivi.

La seconda e la terza parte del test di necessità cercano di ridurre il potenziale impatto del commercio da misure ambientali e prevenire che le

---

<sup>27</sup>Creig L, Park WW, Paulsson J, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd edn, Oceana/Oxford University Press, New York, 2000), 300 e ss.; Caron D, Caplan LM, Pellonpaa M, *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary* (Oxford University Press, New York, 2006), 25 e ss.; Schreuer C, Malintoppi L, Reinisch A, Sinclair A, *The ICSID Convention. A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2009), 672 e ss.

misure ambientali vengano usate come una restrizione dissimulata o ostacoli mascherati al commercio<sup>28</sup>.

Inoltre, uno Stato che chiede una deroga ai sensi del paragrafo (G) deve dimostrare in primo luogo che la sua legge tiene conto della conservazione delle risorse naturali esauribili. Il caso gamberi-tartarughe ha comportato progressi, dal punto di vista ambientale, nella definizione delle risorse naturali esauribili in senso lato, per includere risorse viventi e non (anche di altre specie) e risorse rinnovabili e non rinnovabili. In secondo luogo, la legge deve essere stata accompagnata da restrizioni di livello domestico in materia di gestione, produzione o del consumo delle risorse da conservare. Infine, la legge "*in primo luogo deve avere lo scopo di*" conservazione degli obiettivi, e deve mostrare "*una stretta relazione tra mezzi e fini*"<sup>29</sup>.

Una volta che una legge supera detti test, deve poi superare i test dello *chapeau*, di cui all'articolo XX, che tratta di *come* la legge è applicata. Le tre prove dello *chapeau* da rispettare verificano che nella sua applicazione, la misura non sia arbitrariamente discriminatoria, ingiustificatamente discriminatoria o costituisca una restrizione dissimulata al commercio. La dichiarazione più chiara di questi test in un contesto ambientale viene dal caso di gamberetti-tartarughe 1998<sup>30</sup>.

Anche se l'organo di appello non ha cercato di definire questi termini, è senza dubbio definito un certo numero di criteri per *non* soddisfare le prove compreso, per esempio: il fatto che uno Stato non può richiedere ad un altro Stato di adottare specifiche tecnologie o misure ambientali, ma diverse tecnologie o misure che hanno lo stesso effetto finale dovrebbero

---

<sup>28</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>29</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 33. Oppure Santulli C, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005; PCA Environment Rules, Article 24(1): "*Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defense*"; UNCITRAL Arbitration Rules, Article 24(1).

<sup>30</sup> General Agreement on Tariffs and Trade, 1947, incorporated into the General Agreement on Tariffs And Trade, of 15 Aprile 1994 ('GATT'), Article XX(b) and (g), <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm)>; ma anche: Committee on Trade and Environment, Resolving the Relationship Between the WTO Rules and Multilateral Environmental Agreements, communication by the European Communities of 19 October 2000, WT/CTE/W/170, paras 10, 15. Bodansky D, *Deconstructing the Precautionary Principle* in D Caron, H N Scheiber (eds), *Bringing New Ocean Waters*, Brill, The Hague 2004, p.381.

essere consentite; oppure che quando si applica una misura di altri paesi, i paesi che regolano devono tener conto delle differenze nelle condizioni prevalenti in quelle di altri paesi; prima di emanare misure commerciali paesi dovrebbero cercare di entrare in negoziati con lo Stato di esportazione (s); ai paesi stranieri colpiti da misure commerciali dovrebbe essere concesso del tempo per eseguire le regolazioni; il giusto processo, la trasparenza, adeguate procedure di ricorso e altre garanzie procedurali devono essere a disposizione di Stati esteri o produttori per rivedere l'applicazione della misura.

- *L'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (TBT)*

Esso riguarda invece le misure che potrebbero essere barriere non tariffarie per il commercio. Queste possono includere norme tecniche di prestazione che un prodotto deve soddisfare per essere importato o esportato, come ad esempio l'efficienza energetica degli standard per lavatrici. Essi possono includere anche l'ambiente, la salute, standard di lavoro che un dato prodotto deve soddisfare durante il suo ciclo di vita. L'accordo TBT prevede quando possano essere autorizzate tali barriere e quali condizioni debbano essere soddisfatte (notifica, trasparenza nello sviluppo delle regole, l'uso di inter-norme nazionali, se del caso, e così via). Esso si applica integralmente a tutti i livelli di governo.

- *L'accordo sulle norme sanitarie e fitosanitarie (SPS)*

Nato con riferimento a standard "necessari" per proteggere l'uomo, gli animali e le piante da certi rischi associati con il movimento delle piante, degli animali e dei prodotti alimentari nel Commercio internazionale, ad oggi la maggior parte dei paesi è in via di emanare misure in questi settori per tutelare l'ambiente o l'essere umano, animale e vegetale dai rischi dovuti all'entrata di parassiti, malattie e organismi correlati alle malattie che entrano a contatto con lo Stato attraverso le merci oggetto di scambi e i rischi da sostanze chimiche, fertilizzanti, pesticidi ed erbicidi, tossine, medicinali veterinari negli alimenti, bevande o alimenti per animali.

Come il TBT, l'accordo SPS prevede regole per cui possono essere autorizzate misure sanitarie e fitosanitarie e a quali condizioni devono rispondere (come la notifica, la trasparenza nello sviluppo delle regole, l'uso delle norme internazionali, quando necessario, e così via). Richiede che gli standard siano basati su prove scientifiche e che sia fatta una valutazione del rischio che si intraprende. Sono previste disposizioni speciali per misure temporanee quando l'informazione scientifica è insufficiente per adottare misure permanenti, rendendo l'SPS uno dei pochi accordi del WTO in grado di osservare il principio di precauzione.

Altri accordi sono rilevanti per le relazioni a lungo termine tra i regimi commerciale, ambientale e dello sviluppo sostenibile, e sono suscettibili di essere ulteriormente negoziati in un futuro round. Questi includono l'accordo sull'agricoltura; l'accordo generale sul commercio dei servizi; accordo sugli appalti di governo; l'accordo sulle misure di investimento attinenti al commercio e i gruppi e le eventuali trattative di lavoro su investimenti e concorrenza politica<sup>31</sup>.

Anche se il WTO fa riferimento al commercio globalmente inteso, vi sono anche un numero crescente di zone di libero scambio (regionali), fondate su accordi bilaterali e accordi che si basano sugli impegni globali. Tra le più importanti e sviluppate strutture regionali di questo tipo ricordiamo: il NAFTA, il NAAEC, l'UNIONE EUROPEA, e il MERCOSUR dei paesi sudamericani, tutte particolarmente interessanti in quanto si riferiscono a problematiche ambientali.

## **1.6 La composizione delle controversie in seno al WTO**

Il meccanismo di risoluzione delle controversie, con la sua capacità di fornire decisioni vincolanti, è uno degli elementi centrali degli accordi dell'Uruguay Round<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.176.

<sup>32</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

Il DSU prevede un sistema di risoluzione delle controversie più strutturato con fasi più chiaramente definite rispetto a quello che esisteva in precedenza, contenuto nel GATT dal 1947. Una differenza fondamentale tra i due è che nella procedura del GATT un consenso positivo è stato necessario per adottare i rapporti e, in questo modo, ogni Stato avrebbe potuto impedire formalmente l'adozione di una decisione. Sotto il DSU invece, i rapporti vengono adottati automaticamente, a meno che il consenso non sia contrario. Questo è noto come "*reverse consense*" e rende le decisioni molto difficili da respingere.

Con il DSU, tuttavia, si aggiunge un meccanismo di sentenze interessanti per un organo di appello: infatti, una controversia è portata al WTO quando uno Stato membro ritiene che un collega membro stia violando le regole del commercio. Questo di solito si verifica quando una società porta la violazione all'attenzione del suo governo. Le due parti di una controversia quindi devono seguire un set predefinito di procedure:

**Consultazioni:** le parti di una controversia sono obbligate a vedere se possono risolvere le loro differenze. Se le consultazioni non hanno successo entro 60 giorni, il denunciante può chiedere all'organo di conciliazione di stabilire un panel. Le parti possono anche intraprendere buoni uffici, procedure di conciliazione o di mediazione.

**Il panel:** il panel di tre membri decide il caso in un processo quasi-giudiziario. Se la controversia coinvolge un paese in via di sviluppo, un membro del panel apparterrà ad un PVS. La relazione del gruppo, fatta giungere a tutti i membri del WTO entro nove mesi dalla costituzione del pannello, diventa il regolamento del DSB a meno che non sia respinta per consenso o appello.

**Appello:** la possibilità di ricorrere per una decisione del panel è una nuova funzionalità del DSM rispetto al GATT. Entrambe le parti possono impugnare la sentenza del panel sulla base di questioni di diritto. Gli



appelli sono ascoltati da tre membri selezionati a caso dell'organo di appello e possono mantenere, modificare o annullare le constatazioni e le conclusioni giuridiche del panel in un rapporto pubblicato entro 60 a 90 giorni.

***Sorveglianza per l'implementazione:*** Il membro che viola, ha l'obbligo di dichiarare le sue intenzioni riguardanti l'implementazione entro 30 giorni dal rapporto che viene adottato dal DSB. Se la parte non riesce ad attuare il rapporto entro un termine ragionevole (normalmente tra gli otto e i 15 mesi), i due paesi iniziano i negoziati per concordare un'adeguata compensazione. Se non funziona, la parte vittoriosa può chiedere al DSB l'autorizzazione a rivalersi, imponendo, ad esempio, le sanzioni commerciali, il cui livello è soggetto ad arbitrato. Il DSM non può costringere uno stato a cambiare le sue leggi, anche se contravvengono alle norme del WTO. Gli Stati intenti a mantenere tali leggi possono o negoziare il risarcimento del denunciante (per esempio, aumentando l'accesso ai mercati in un'altra zona), o, in mancanza, essere sottoposti a sanzioni di ritorsione commerciale<sup>33</sup>.

## **1.7 Diritti della proprietà intellettuale, i TRIPS**

L'accordo del WTO sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti stabilisce il tipo di protezione che diversi tipi di innovazione dovrebbero ricevere (ad esempio, i libri devono essere protetti da diritti d'autore, dei processi industriali devono essere coperti da brevetti), e tiene tutti i membri del WTO allo stesso minimo livello di protezione. L'accordo è unico tra le norme del WTO nel senso che è positivamente prescrittivo. Se è vero cioè che tutte le altre regole del WTO descrivono cosa i paesi non dovrebbero fare, i TRIPS invece descrivono cosa i paesi dovrebbero fare.

I diritti di proprietà intellettuale sono i brevetti, i diritti d'autore o altri mezzi di protezione dell'esclusiva capacità di un innovatore controllando l'uso della sua innovazione per un periodo determinato. Durante quel

---

<sup>33</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

tempo la proprietà titolare dei diritti intellettuali di solito cerca di commercializzare e vendere l'idea, cercando di recuperare il suo investimento in ricerca e sviluppo. I diritti di proprietà intellettuale, permettono all'innovatore di commerciare la sua idea in maniera esclusiva, dandogli modo di ottenere una compensazione per i suoi sforzi, contro il benessere della società in generale, che trarrebbe vantaggio dall'aver un accesso illimitato all'innovazione. Per lo sviluppo sostenibile, il corretto bilanciamento di questo trade-off è cruciale.

Innovazioni, sia in termini di efficienza energetica, nuovi farmaci o miglioramenti di natura agricola, sono al centro dello sviluppo sostenibile, ma sono inutili se non sono ampiamente diffusi. I TRIPS del WTO intervengono positivamente su tale equilibrio e possono contribuire a garantire una maggiore innovazione. Senza la garanzia di tale protezione molti innovatori non avrebbero motivo di spendere i milioni di dollari necessari per la ricerca, ad esempio, di nuovi farmaci, che potrebbero poi essere copiati a volontà da parte di altri e distribuiti a costi minimi, visto che i costi maggiori sono dovuti alla ricerca e non alla filiera produttiva del bene finale. Forti diritti di proprietà intellettuale possono anche aiutare le nuove tecnologie diffuse. Il trasferimento di tecnologia è di solito un'impresa commerciale, e avviene attraverso una serie di mezzi, quali: investimenti diretti (ad esempio, la costruzione di una fabbrica); joint venture con imprese nazionali; società interamente controllate; licenze (la vendita dei diritti di utilizzo della tecnologia); formazione e informazione di scambi; contratti di vendita e di gestione.

Per gli innovatori sarà più comodo utilizzare questi meccanismi nei paesi che hanno l'obbligo di far rispettare una forte protezione dei diritti di proprietà intellettuale: quell'obbligo assicura loro che le loro innovazioni non saranno piratate liberamente. In questo modo, forti diritti di proprietà intellettuale aumentano la volontà delle imprese di diffondere le loro tecnologie nei paesi che li adottano.

Sul lato negativo, la protezione offerta dai TRIPS dei diritti di proprietà intellettuale può avere un certo numero di effetti indesiderati. In primo luogo, se è troppo forte, si ribalta la situazione sbilanciandola a favore dell'innovatore. I critici del TRIPS sostengono che i suoi lunghi termini di protezione (20 anni per i brevetti e gli altri intellettuali diritti di proprietà) sovra-proteggono i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, e puniscono il pubblico, mantenendo il bene protetto troppo costoso per troppo tempo. Una troppo forte protezione può quindi rallentare la diffusione delle nuove tecnologie e può anche soffocare l'innovazione. Infine, la protezione offerta dai TRIPS può lavorare contro gli obiettivi di sviluppo sostenibile per la fabbricazione di beni, come farmaci più costosi e meno accessibili ai poveri. Diversi PVS, in sede di attuazione dei TRIPS, hanno dovuto smantellare l'industria nazionale sulla base di copia a basso costo di farmaci brevettati straniera, costringendo i prezzi a salire drasticamente. I brevetti in alcuni di questi paesi possono essere utilizzati per proteggere solo il processo usato per fare un prodotto, non il prodotto stesso, quindi era legalmente possibile fare lo stesso farmaco in un modo leggermente diverso senza pagare royalties. Ma i TRIPS richiedono un brevetto che protegga i *prodotti*, nonché *i processi*, mettendo fine a questo tipo di produzione.

La CBD richiede alle parti di cooperare per assicurare che i brevetti ed altri diritti di proprietà intellettuale siano “*un aiuto e non un ostacolo*” ai suoi obiettivi, implicitamente riconoscendo il potenziale di conflitto.

I problemi derivano, ad esempio, dalla garanzia che le comunità locali, principalmente dei PVS, mantengano il controllo e una parte dei benefici dalla propria biodiversità legata alla tradizione, alla cultura, alle conoscenze e alle innovazioni "informali". Un esempio di conoscenze tradizionali è la storia orale tenuta da una comunità indigena delle erbe e delle piante che hanno proprietà medicinali, informazioni queste di grande valore per ricercatori farmaceutici alla ricerca di nuovi farmaci. L'innovazione informale è l'innovazione che è stata effettuata dall'utilizzatore effettivo del prodotto o sistema. Per esempio, gli agricoltori hanno creato nuove varietà vegetali salvando semi da colture

precedenti, dalla selezione delle piantine, generazione dopo generazione, per vedere quelle che erano in grado di vivere meglio sotto le condizioni locali. Questo tipo di conoscenza e l'innovazione, hanno un valore immenso e crescente. Le risorse genetiche forniscono la base per una gamma di nuovi prodotti e applicazioni tecnologiche nel campo delle biotecnologie, dell'agricoltura, della medicina e le altre aree.

La conoscenza sviluppata dai popoli indigeni e dalle comunità locali possono fornire indizi per le risorse genetiche o biochimiche che possono essere utilizzate per prodotti farmaceutici, erbe medicinali e altri prodotti. Loro possono anche fornire nuovo materiale genetico per i coltivatori di piante, come dei parassiti e la resistenza alla siccità alle colture. In un caso, incorporando la resistenza alle malattie da una varietà di mais latinoamericano sono state salvate in USA intere coltivazione di mais dalla devastazione, salvando l'industria da una perdita stimata in 6 miliardi di dollari.

Innovazione informale e la conoscenza tradizionale non ottengono la parità di trattamento ai sensi dell'accordo TRIPS. I TRIPS riguardano brevetti e altri intellettuali diritti di proprietà, definiti sotto i regimi di proprietà intellettuale convenzionali.

Questi sono quasi tutti tenuti nei paesi sviluppati dagli inventori e dalle corporazioni nel settore della ricerca formale. Nessun meccanismo viene previsto per le comunità tradizionali, le loro conoscenze e le innovazioni, o per i benefici che ne derivano. Questo trattamento non riesce a fornire le tipologie di incentivi riconosciuti dal CBD come essenziale per aiutare a preservare la biodiversità. Le comunità locali avranno un motivo in più per contribuire a preservare la biodiversità se riceveranno un certo reddito da esso.

I TRIPS, tuttavia, non richiedono ai regimi nazionali per i diritti della proprietà intellettuale di essere identici. I singoli paesi hanno il diritto di adottare *elevati* standard dei TRIPS, e possono affrontare le preoccupazioni legate alla CBD di imporre determinati requisiti sul processo di richiesta di protezione intellettuale dei diritti di proprietà,

come ad esempio la certificazione di origine. I paesi possono anche creare meccanismi come diritti di legge per ottenere specifici obiettivi, come ad esempio la condivisione dei benefici.

## 1.8 I MEA e il WTO

Secondo l'Agenda 21, il commercio internazionale e le leggi ambientali dovrebbero sostenersi reciprocamente. In nessun luogo questa sfida è maggiore che nella relazione tra le discipline dell'OMC e le disposizioni commerciali multilaterali degli accordi ambientali.

Dei circa 200 accordi multilaterali attualmente posti in essere, più di una ventina incorporano misure commerciali per raggiungere i loro obiettivi. Questo significa che gli accordi utilizzano restrizioni sul commercio di particolari sostanze o prodotti, sia tra le parti del Trattato che tra le parti e non. Anche se parliamo di un numero relativamente esiguo tra gli accordi multilaterali ambientali (MEA), ve ne sono alcuni davvero importanti: la già citata *Convenzione* del 1975 sul commercio internazionale delle specie di flora e fauna (CITES), il *Protocollo di Montreal* del 1987 sulle sostanze che riducono lo strato di ozono, la *Convenzione di Basilea* sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e il loro smaltimento del 1992, il *Protocollo di Cartagena* sulla bio-sicurezza, così come la *Convenzione sulla diversità biologica* del 1993. A tutto questo bisogna aggiungere poi la *Convenzione sul controllo degli inquinanti organici persistenti*, attualmente in fase di negoziazione, ma che conterrà certamente misure commerciali<sup>34</sup>.

Misure restrittive al commercio in un accordo ambientale possono servire a due scopi. In primo luogo, essi possono controllare il commercio in sé, e il commercio è percepito come la fonte di danni ambientali che la convenzione cerca di affrontare. La CITES, che richiede titoli di importazione e di esportazione per il commercio di specie minacciate di estinzione, ne è un buon esempio, così come la *Convenzione di Rotterdam*

---

<sup>34</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.176.

(PIC), che invita le parti a notificare ad altri alcuni tipi di esportazioni e consente alle parti di vietare alcune importazioni.

In secondo luogo, le misure con restrizioni commerciali hanno una duplice applicazione: forniscono un ulteriore incentivo ad aderire e rispettare il MEA bloccando gli Stati che non sono parte dell'accordo nella negoziazione di beni ristretti con gli altri Stati che invece ne fanno parte.

Ad esempio, se non si è parte della Convenzione di Basilea non è possibile spedire rifiuti o importarli da una delle parti. Queste misure contribuiscono a garantire l'efficacia dei MEA, ancora una volta, limitando il commercio con gli Stati che non ne fanno parte e impedendo "fughe" laddove gli Stati che non fanno parte del MEA aumentino la produzione del bene limitato e decidano di trasferirlo alle parti che hanno limitato la propria produzione. Il Protocollo di Montreal, per esempio, vieta il commercio con gli Stati che non ne sono parte e che utilizzano sostanze nocive per l'ozono, una disposizione che è stata fondamentale per l'ampio sostegno internazionale, che il protocollo ha raggiunto<sup>35</sup>.

Sono applicazioni restrittive tuttavia prive di misure del commercio. Il problema è che tali misure possano entrare in conflitto con le norme dell'OMC presenti nel Capitolo III dell'*Accordo di Marrakech*, dove vengono descritti gli obblighi dei membri dell'OMC di osservare il principio della nazione più favorita e del trattamento, nonché disposizioni in materia di riduzione delle restrizioni quantitative (articoli I, III e XI).

L'Accordo prevede che le parti possono utilizzare le restrizioni commerciali nei confronti di alcuni paesi (che non sono parte), ma non contro altri (quelli che invece sono parte); una discriminazione di prodotti "simili" in base al loro paese di origine; la possibilità di restrizioni quantitative e di trattare le merci importate in modo diverso da prodotti domestici "simili"<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.182.

<sup>36</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

Tali misure con restrizioni commerciali possono essere utilizzate in due modi. In primo luogo, una parte potrebbe usarle contro un'altra parte: ad esempio, il preventivo consenso informato presente nella convenzione di Rotterdam è utilizzato solo tra le parti della Convenzione. Molti analisti sostengono che questo non è un problema, dal momento che entrambi i Paesi hanno volontariamente accettato di essere vincolati dalle regole del MEA, il che comprende l'uso di misure commerciali. Questo può essere vero quando le misure commerciali in questione sono precisate nel contratto, ma i problemi possono sorgere quando l'accordo enuncia gli obiettivi, e lascia libertà alle parti di redigere leggi nazionali per poterli raggiungere. Le parti del Protocollo di Kyoto, per esempio, possono compiere i loro obblighi (enunciati dal Protocollo) per ridurre le emissioni di gas a effetto serra utilizzando qualsiasi numero di misure commerciali restrittive (*non precisate*). Sebbene i membri dell'OMC abbiano espresso la speranza che le controversie tra le parti possano essere risolte all'interno dei MEA stessi, una parte ricorrente circa l'uso di tali *misure commerciali non specifiche* quasi certamente sceglierebbe di portare il suo caso al WTO<sup>37</sup>.

In secondo luogo, una parte potrebbe utilizzare misure commerciali nei confronti di uno Stato non parte del MEA, laddove entrambi siano membri dell'OMC. Qui, lo Stato non-parte ha involontariamente accettato di essere sottoposto alle misure commerciali del MEA. Come per le misure da parte a parte, le restrizioni al commercio di una parte possono violare i diritti dello Stato non-parte in base alle norme dell'OMC, ma qui lo Stato non-parte potrebbe sollevare la questione al WTO anche se le misure sono spiegate in particolare nel MEA. Ad oggi nessuna controversia OMC o GATT di questo tipo è sorta. Lo spettro di un potenziale conflitto, tuttavia, ha generato notevole preoccupazione per l'ambiente e le comunità commerciali. Anche come minaccia all'integrità dei MEA esistenti, il potenziale di conflitto con le norme dell'OMC è un punto chiave dei nuovi negoziati MEA, come dimostrano le difficoltà di stesura del protocollo

---

<sup>37</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.177.

sulla biosicurezza, il Protocollo di Kyoto e della Convenzione di Rotterdam. L'OMC sta affrontando questo problema dal 1995<sup>38</sup>.

Sono state affrontate tre tipi di proposte: una per interpretare le eccezioni generali di cui all'articolo XX e creare una 'finestra' per i MEA; un'altra per cercare deroghe dell'OMC per i MEA caso per caso e, infine, per stabilire gli elenchi di criteri o linee guida che le misure commerciali devono soddisfare per essere considerati accettabili. Alcuni paesi hanno inoltre suggerito che lo status quo è stato sufficiente per far fronte a problemi di potenziale conflitto, mentre finora non è stato possibile raggiungere un accordo. Alcuni paesi ritengono che l'approccio "finestra" creerebbe un precedente pericoloso per altre questioni sociali e aprirebbe l'OMC al protezionismo; l'approccio "rinuncia" è stato criticato per non aver fornito la certezza e la guida per i negozianti MEA. Entrambi sembrano voler creare una politica di scambio e giudicare il diritto internazionale dell'ambiente (alcuni MEA sono anziani e hanno più membri che l'OMC), mentre è chiaramente nell'interesse di entrambi per l'ambiente e il commercio trovare una soluzione ai potenziali conflitti tra i due regimi<sup>39</sup>.

## 1.9 II NAFTA

Il *North American Free Trade Agreement*, è un accordo commerciale tra Canada, Messico e Stati Uniti, che è entrato in vigore 1 gennaio 1994. Il NAFTA stabilisce accordi collaterali (parte di accordi non-commerciali) in materia di lavoro e ambiente. L'accordo ambientale ha creato la Commissione per l'ambiente che promuove la cooperazione ambientale tra i tre Paesi, e con cui possono essere invocate le disposizioni di risoluzione delle controversie nel caso in cui un Paese non riesca in modo persistente a far rispettare le leggi ambientali che hanno conferito un beneficio per il commercio. Si noti che il CEC stesso non imposta gli standard nei vari

---

<sup>38</sup> [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>39</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.177.



paesi, anche se parte del suo mandato concorre ad armonizzarli verso l'alto. Piuttosto, il suo ruolo in tali controversie è quello di constatare l'applicazione delle leggi esistenti e di, tra le altre cose, monitorare gli effetti ambientali del NAFTA<sup>40</sup>.

Nell'articolo 11 del NAFTA, le parti promettono che non cercheranno di attirare investimenti ignorando le norme sanitarie nazionali, la sicurezza o l'ambiente. Questa è una promessa lodevole, ma non vi è alcun meccanismo di applicazione per assicurare che sia mantenuta. Altre parti dell'articolo 11 si sforzano di garantire che gli investitori stranieri siano al sicuro da molestie da parte dei governi ospitanti. Non permettono l'espropriazione senza un giusto processo, per esempio, e, in generale, i governi ospitanti devono riservare gli stessi standard per gli investitori stranieri come fanno per quelli nazionali<sup>41</sup>.

Recenti ricerche hanno dimostrato, tuttavia, che tali disposizioni sono state definite in modi incongrui, e sono stati utilizzati per attaccare le leggi ambientali in tutti e tre i paesi. Gli investitori hanno presentato un certo numero di cause contro i tre governi, dichiarando che i loro interessi ed investimenti sono stati danneggiati da normative ambientali. In un caso, una società statunitense ha sostenuto che il divieto sulle esportazioni canadesi di PCB (un pericoloso cancerogeno dei rifiuti) ha violato il principio del trattamento nazionale, dal momento che i *waste processors* degli Stati Uniti sono stati privati di una fonte di business, a differenza di quelli canadesi.

Il NAFTA si occupa di misure sanitarie e fitosanitarie (SPS) nell'articolo 7, mentre tutte le altre misure standard-correlate (SRM), tra cui le norme sull'ambiente, vengono descritte nell'articolo 9. I due capitoli tendono a delineare come le parti dovrebbero stabilire i rispettivi livelli di protezione, impostare gli standard che raggiungono quei livelli di protezione, e il

---

<sup>40</sup> *North American Free Trade Agreement (NAFTA) US-Canada-Mexico*, 17 Dicembre 1992, entrato in vigore il 1 Gennaio 1994.

<sup>41</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 13. Ma anche: *Energy Charter Treaty*, 17 Dicembre 1994, 2080 UNTS 95 (entrato in vigore il 16 Aprilee 1998) ('ECT').

fondamento di tali norme sulla scienza. Per entrambi i tipi di standard, sta alle parti del NAFTA il diritto di stabilire il livello di tutela che trovano adeguato. Ma con le misure SPS sui problemi relativi alla salute, le parti devono fare una sorta di analisi costi-benefici del problema e le possibili soluzioni, e sono tenuti a mettere in atto la soluzione più conveniente. Tutte le misure SPS devono anche evitare le differenze del livello di tutela nei diversi casi in cui tali differenze risultino discriminati con i prodotti e le merci estere. Una parte non poteva, per esempio, impostare i bassi livelli di protezione sui propri frutti, e livelli elevati su quelli di importazione<sup>42</sup>.

Dopo aver stabilito il livello di tutela adeguato, le parti devono redigere la legislazione per realizzarlo. Il testo SPS richiede che ogni misura sia "necessaria" (intesa come meno restrittiva degli scambi) per raggiungere il livello di protezione che la parte ha scelto. Gli Stati Uniti sostengono che le parti hanno accettato di non utilizzare questo test, ma non vi è alcun accordo legale in tal senso. Il NAFTA specifica inoltre che gli standard delle parti devono essere "basate su criteri scientifici". In pratica, questo significa (secondo l'interpretazione degli Stati Uniti) che la scienza non è utilizzata per scegliere i livelli di protezione adeguati, questa è una scelta politica che serve solo per determinare i rischi, che sono poi a loro volta utilizzati per determinare i livelli di protezione.

Il testo NAFTA sembra incorporare un approccio precauzionale; gli articoli 907,3 del testo SRM e 715,4 del testo SPS consentono alle parti di adottare misure relative all'ambiente, salute e sicurezza, anche se le prove scientifiche sono inadeguate per valutare il rischio<sup>43</sup>.

L'articolo 104 elenca sette accordi internazionali in materia ambientale e concorda sul fatto che i Paesi si rivolgeranno al NAFTA in caso di disaccordo. I sette accordi sono: il protocollo di Montreal; la convenzione

---

<sup>42</sup> Reiner C, Schreuer C, *Human Rights and International Investment Arbitration*, in Dupuy P.-M., Vinuales J.E., *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, Cambridge 2013.

<sup>43</sup> L'Articolo 1128 del NAFTA sostiene: "On written notice to the disputing parties, a Party maggio make submissions to a Tribunal on a question of interpretation of this Agreement" ([http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Texas/TexasClaimsMexico-USA\\_1128-Jurisdiction.pdf](http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Texas/TexasClaimsMexico-USA_1128-Jurisdiction.pdf)).

di Basilea (quando tutti e tre le parti l'avranno ratificato); CITES e quattro trattati bilaterali.

Le leggi nazionali derivanti da questi IEAs devono essere quelle "*meno in contrasto con le altre disposizioni del [NAFTA]*" ed una parte dovrebbe dimostrare che un provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere in qualche modo "migliore" o più coerente con il NAFTA<sup>44</sup>.

### **1.10 L'Unione europea**

L'Unione Europea è l'organizzazione internazionale più evoluta. Essa è il prodotto di più di 40 anni di sforzi per integrare i paesi d'Europa economicamente e politicamente. Iniziata dai Sei membri della CECA nel 1951 e limitato ai settori economici del carbone e dell'acciaio, il cuore dell' UE era una unione doganale, mentre ora è un unico mercato con una tassa esterna e comune. Si tratta di una organizzazione sovranazionale, ampiamente interpretata come prevede l'esercizio condiviso della sovranità dei suoi Stati membri. L'UE può legiferare nel senso che può adottare strumenti giuridici vincolanti attraverso l'azione delle sole sue istituzioni. Per questo scopo ha una complessa struttura istituzionale, coinvolgendo gli organi legislativi, esecutivi, giudiziari e di consulenza . Il più importante fra questi sono il *Consiglio*, la massima autorità legislativa composta da rappresentanti degli Stati membri; il *Parlamento europeo*, unico organo veramente elettivo, che condivide la responsabilità legislativa; la *Commissione* come organo esecutivo, e la *Corte di giustizia europea*.

L'UE dispone di due strumenti legislativi principali, il *regolamento* e la *direttiva*. I regolamenti sono direttamente applicabili e sono utilizzati per gli aspetti tecnici di questioni in cui l'Unione ha competenza esclusiva, come ad esempio, il commercio o l'adeguamento dei prezzi agricoli. Le direttive sono lo strumento di scelta per la maggior parte delle questioni ambientali poiché determinano gli obiettivi da raggiungere, ma lasciano gli

---

<sup>44</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 14.

Stati membri liberi di scegliere i mezzi di attuazione. In pratica, le direttive possono essere tecnicamente assai dettagliate in quelle aree in cui si cerca l'armonizzazione. Poiché l'UE ha ampliato la sua portata legislativa interna ha anche acquisito la responsabilità esterna per le aree soggette alla legislazione europea. Come risultato, l'Unione europea e i suoi Stati membri si impegnano in un processo di negoziazione interna complessa prima di eventuali negoziati internazionali. In linea di principio questo processo avviene in Consiglio, ma un organismo specializzato prepara le decisioni del Consiglio sul commercio: il Comitato dell'articolo 133.

Nei negoziati internazionali spesso il confine slitta tra le aree che rientrano nella competenza degli Stati membri, quelli che sono di dominio esclusivo della UE, oppure tra quelli che sono condivisi tra loro. Nell'ambito dell'OMC, l'UE parla a nome di tutti gli Stati per quanto riguarda le questioni riguardanti la politica commerciale, perché il GATT è nato come un accordo amministrativo, piuttosto che come un Trattato internazionale formale, e la rappresentanza dell'UE in seno all'OMC spetta all'organo esecutivo dell'UE, la Commissione. Come risultato, il singolo membro dell'UE ha un ruolo limitato nel WTO, ma l'UE nel suo complesso è uno dei due attori più importanti dell'organizzazione, e nessuna decisione può essere presa senza di essa.

L'UE ha sviluppato una vasta legislazione ambientale, che spazia dalla struttura dei cambiamenti del mercato, alle discipline essenziali del mercato, tra cui i requisiti ambientali, che devono essere regolati in modo da riflettere la struttura dei mercati europei integrati. La legislazione ambientale dell'UE ha più di 300 articoli, che coprono ogni aspetto della politica ambientale. Le direttive riguardano le norme di emissione e gli obiettivi di qualità per le acque, la gestione dei rifiuti pericolosi e domestici; gli imballaggi, le emissioni in atmosfera da impianti e veicoli; gli standard di qualità dell'aria e lo strato di ozono; tutti gli aspetti del controllo di sostanze tossiche; la protezione della natura, degli uccelli migratori, delle specie in pericolo, della fauna selvatica, del rumore e il cambiamento climatico. Inoltre la legislazione UE affronta la valutazione

d'impatto, l'accesso alle informazioni, l'etichettatura ecologica e ha stabilito strumenti finanziari ed economici per la gestione ambientale. La politica agricola comune dell'UE prevede ingenti somme di denaro per la protezione della natura nelle aree rurali. La gestione ambientale è una responsabilità condivisa tra l'UE e gli Stati membri, mentre il commercio riguarda esclusivamente l'UE. Questa asimmetria ha reso l'equilibrio tra ambiente e degli interessi commerciali più difficile dato che le funzioni degli attori chiave sono differenti nei due settori.

## **1.11 II MERCOSUR**

Il MERCOSUR, *Mercado Común del Sur* o il Mercato comune del Sud, è un accordo di integrazione sub regionale che coinvolge Brasile, Argentina, Uruguay e Paraguay, mentre il Cile e la Bolivia detengono lo status di associati. Ora è un'unione doganale (tutti i membri hanno le stesse tariffe con il mondo esterno) ed è impegnato al fine di diventare un mercato comune pieno. In questo senso si aspira all'integrazione regionale come l'Unione europea, piuttosto che ad una zona di libero scambio, come nel NAFTA.

La struttura del MERCOSUR, anche se ancora in evoluzione, fornisce diverse innovazioni correlate all'ambiente. Meccanismi di partecipazione pubblica sono stati forniti nel Protocollo originario di *Ouro Preto*, attraverso un *Foro Consultivo Economico y Social* o un Consiglio Sociale ed Economico Consultivo, che esiste come parte della struttura istituzionale del MERCOSUR. Questo forum riceve informazioni da lavoro, affari e rappresentanti dei consumatori. Anche gli esperti del pubblico partecipano alle riunioni di molti sottocomitati tecnici del MERCOSUR. Legami più espliciti tra l'ambiente e il commercio sono realizzati attraverso vari meccanismi legali che combinano più elementi di un regime di sviluppo. Diverse risoluzioni del *Grupo Mercado Común* e decisioni del *Consejo de Mercado Común* hanno toccato temi come i pesticidi, le politiche energetiche e trasporto di prodotti pericolosi. Inoltre,

le riunioni dei Ministri dell'Ambiente dei quattro Paesi, hanno posto un fondamento per la cooperazione nella subregione su questi problemi.

Come risultato, la Dichiarazione Canela del 1992 creò un informale gruppo di lavoro, la *Reunion Especializada en Medio Ambiente*, per studiare leggi ambientali, norme e pratiche nei quattro paesi. Questo organismo si è evoluto nella creazione di un *Sub-Grupo No. 6* in materia di ambiente, che è uno degli organismi tecnici di lavoro riconosciute del Mercosur. Questo gruppo discute temi sull'ambiente e la competitività, le barriere non tariffarie al commercio e sistemi comuni di informazione ambientale.

Il *Sub-Grupo No. 6* è stato coinvolto per oltre due anni nella negoziazione di un nuovo Protocollo ambientale che viene aggiunto al Trattato di Asuncion del MERCOSUR. Questo progetto di accordo prevede il rialzo e l'armonizzazione dei sistemi di gestione ambientale e una maggiore cooperazione sugli ecosistemi condivisi, oltre a meccanismi di partecipazione sociale. Esso comprende disposizioni in materia di strumenti per la gestione ambientale, compresi gli standard di qualità, i metodi di valutazione di impatto ambientale, il monitoraggio ambientale e di costo, i sistemi informativi ambientali e processi di certificazione. Esso comprende anche una sezione sulle aree protette e uno sulla conservazione e l'uso sostenibile delle risorse naturali, tra cui la diversità biologica e la proposta sulla biosicurezza, fauna, foreste, suolo, atmosfera e la conservazione dell'acqua. Esso comprende anche disposizioni per la tutela della salute e qualità della vita, la partecipazione sociale, la cooperazione e altri meccanismi regionali generali di attuazione del protocollo.

Il regime è ancora in evoluzione, e la sfida attuale è garantire che la promessa del protocollo sia efficace per la cooperazione regionale e l'azione su questi temi ed obiettivi.

## 1.12 Il NAFTA e il suo *side agreement* sull'ambiente

Il NAFTA rappresenta la tappa iniziale di un regime del Trattato sulle questioni ambientali nel contesto di un Trattato economico ambientale le cui preoccupazioni sono incluse sia nel preambolo che nel testo del NAFTA, e in misura più significativa in uno dei due *side agreements* del NAFTA, il NAAEC. Esempi di disposizioni che concernono questioni ambientali nel NAFTA che sono rilevanti per i nostri scopi sono l'articolo 104 (si tratta di possibili conflitti del Trattato con alcuni trattati ambientali individuati) e l'articolo 1114 (dissuadere gli Stati dal abbassare i loro standard ambientali come mezzi per indurre gli investitori a trasferirsi)<sup>45</sup>.

Il NAAEC, da parte sua, è interamente dedicato all'ambiente. E' il primo strumento del suo genere, è stato elogiato come "innovativo" e la sua conclusione ha avuto luogo a seguito di pressioni esercitate da organizzazioni non governative (ONG) circa le presunte minacce all'ambiente che deriverebbero dalla conclusione del NAFTA<sup>46</sup>. Quando Bill Clinton è diventato Presidente degli USA, i negoziati del NAFTA erano già stati compiuti sotto la precedente Amministrazione degli Stati Uniti, ma il Congresso non aveva ancora adottato il Trattato. La nuova amministrazione ha convinto le due parti del Trattato a perseguire negoziati per la formalizzazione di un *side-agreement* sull'ambiente che accompagnasse il NAFTA e che alla fine è stato firmato nel settembre 1993 per entrare in vigore il giorno stesso del NAFTA il 1° gennaio 1994.

L'obbligo principale che gli Stati firmatari si sono impegnati a rispettare attraverso la NAAEC è di far rispettare efficacemente le loro leggi ambientali. Mentre il NAAEC impone loro di far valere i propri standards ambientali esistenti, per questo scopo, il Trattato stabilisce due processi separati per controllare il rispetto con l'obbligo di far rispettare le leggi ambientali. Il primo meccanismo è un processo di risoluzione delle

---

<sup>45</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 48.

<sup>46</sup> Viñuales J. E., *Conflit de normes en droit international: normes environnementales vs. protection des investissements*, in Société française pour le droit international, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, Paris 2010.

controversie tra Stati tradizionale, che uno Stato parte può mettere in moto sostenendo che vi è stato un *"modello persistente di fallimento"* da una parte *"per far rispettare efficacemente la sua legge ambientale"*. Questo meccanismo può portare un collegio arbitrale ad assegnare sanzioni pecuniarie contro lo Stato che non riesce a far valere la sua legge ambientale. In certe circostanze, il mancato rispetto della pronuncia può inoltre dare il diritto alla parte ricorrente di sospendere i benefici commerciali contro la parte convenuta. Questo tipo di meccanismo di risoluzione delle controversie non è stato utilizzato fino ad oggi<sup>47</sup>.

Il secondo metodo progettato per monitorare il rispetto dell'ambiente coinvolge direttamente il cittadino. Ai sensi degli articoli 14 e 15 del NAAEC, i cittadini e le ONG hanno il diritto di rivolgersi al Segretariato NAAEC, uno dei tre organi che compongono la Commissione sulla cooperazione ambientale (CEC) stabilita dall'accordo, qualora una parte non abbia *"fatto rispettare efficacemente"* le leggi ambientali. L'affermazione di un cittadino che una parte NAAEC sta fallendo per far rispettare efficacemente le sue leggi ambientali non deve necessariamente essere collegata al commercio (o all'investimento): non è quindi necessario che la mancanza di applicazione fornisca un vantaggio sul commercio o investimento. Dopo un primo screening effettuato dalla Segreteria su alcuni requisiti di base, essa può decidere di chiedere una risposta da parte dello Stato interessato. Alla luce della risposta dello Stato, la Segreteria può decidere di approvare un verbale dei fatti, per il quale è necessaria l'approvazione da parte di 2/3 della maggioranza del Consiglio. Il verbale, che è il risultato finale del processo, contiene una sintesi delle osservazioni pervenute in relazione alla denuncia, una sintesi delle altre informazioni fattuali pertinenti, oltre ai fatti considerati dal Segretariato relativi alle questioni sollevate nella denuncia. La maggior parte degli osservatori sono d'accordo tuttavia, che probabilmente non può

---

<sup>47</sup> *North American Free Trade Agreement (NAFTA) US-Canada-Mexico*, 17 Dicembre 1992, entrato in vigore il 1 Gennaio 1994.



includere una valutazione o giudizio del Segretariato o di qualunque raccomandazione per azioni correttive<sup>48</sup>.

Benché la struttura di una procedura simile che consente ai privati e alle ONG di monitorare l'applicazione delle leggi ambientali sia stata elogiata in via preliminare, nel corso degli anni l'effettiva l'efficacia del processo da parte del cittadino è stata messa in dubbio. La critica si è in particolare focalizzata da un lato sul risultato della procedura che, lungi dall'essere una sentenza o un premio, è stata visto come un "*vicolo cieco*", mentre, dall'altra parte, il ruolo del Consiglio del CEC nella procedura il suo ruolo, sembrano voler erodere l'indipendenza del Segretariato<sup>49</sup>.

Per riassumere, l'eredità del NAAEC consiste sia nell'introduzione, negli Stati contraenti, dell'obbligo di far rispettare le leggi ambientali, sia di integrare tale obbligo di un quadro procedurale. Nella successiva pratica degli Stati Uniti, l'obbligo di far rispettare le leggi ambientali è sempre stato replicato, non però senza subire un'evoluzione interessante. Nell'ambito procedurale, nei post-NAFTA PTIAs, è il meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stati, piuttosto che la procedura di presentazione del cittadino, che ha mostrato le più promettenti caratteristiche per la costruzione di collegamenti tra il commercio, gli investimenti e l'ambito ambientali.

### **1.13 Gli PTIA**

Se si considera il contenuto commerciale preferenziale e accordi di investimento (PTIAs), si osserverà che nella maggior parte dei casi la gran parte degli obblighi in essa contenuti riguardano le questioni commerciali e, in misura minore, gli investimenti nelle materie, che sono di solito

---

<sup>48</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.173.

<sup>49</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., pp. 49-50.

affrontate in un capitolo specifico del Trattato<sup>50</sup>. In un numero di regimi PTIA, tuttavia, si può assistere a una crescente attenzione verso preoccupazioni di natura non economica, come il lavoro, le questioni ambientali e la salute. Tra queste preoccupazioni di natura non economica, le questioni ambientali spiccano come quelle che hanno ottenuto particolare importanza per il modo in cui sono cresciute all'interno dei PTIAs<sup>51</sup>.

Bisogna comprendere quindi la dimensione ambientale dei PTIAs, nel tentativo di valutare come tali trattati contribuiscono a colmare il divario tra commercio / investimenti e gli obblighi che gli Stati possono assumere stipulando trattati ambientali, in particolare gli accordi ambientali multilaterali (MEA). Mentre la questione della integrazione della dimensione ambientale è raggiunta solo in misura molto limitata in trattati bilaterali di investimento (TBI), dove il riferimento a tali preoccupazioni è di solito scarso e in genere interessa un linguaggio esortativo o morbido, l'approccio adottato da alcuni PTIAs recenti è stato di includere obblighi più significativi e di progettarne di più elaborati attraverso i trattati. L'incorporazione delle problematiche ambientali così fornisce un punto di vista privilegiato per osservare come gli PTIAs integrano il commercio e l'investimento in una prospettiva di governance più ampia.

A tal proposito gli PTIAs presenti negli Stati Uniti hanno manifestato una chiara evoluzione e una sofisticazione crescente nel corso degli anni. Nella pratica degli Stati Uniti, le questioni ambientali hanno trovato o trovano il loro posto entro un *side-agreement* separato sull'ambiente, sia pure parte del PTIA (come è il caso del North American Free Trade Agreement, NAFTA), oppure, più spesso, vengono affrontati in un capitolo (in genere dal titolo "Ambiente") nell'ambito del Trattato stesso<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p. 169.

<sup>51</sup> L'analisi si basa sul saggio dell'Organisation of Economic Cooperation and Development (OECD): OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovation*, in OECD 2008 Study.

<sup>52</sup> Viñuales J.E., *Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship*, cit., p. 50.

Dal momento che il NAFTA è entrato in vigore, gli Stati Uniti hanno concluso 12 PTIAs, sia bilaterali che multilaterali. Quando vengono analizzati dal punto di vista delle problematiche ambientali, questi PTIAs mostrano una evoluzione sia dal modello NAFTA, che da altri modelli, in modo tale che si possa individuare una prima generazione di post- NAFTA PTIAs (comprendente i PTIAs con la Giordania, Singapore, Cile, Australia, Marocco, CAFTA, Bahrain e Oman) e un gruppo di PTIAs di seconda generazione (comprendente i PTIAs con il Perù, la Colombia, Panama e Corea). Vi sono due aspetti particolari di questa evoluzione. Il primo aspetto riguarda il modo in cui i recenti US PTIAs si mettono in dialogo con altri regimi, in particolare con gli accordi ambientali bilaterali e multilaterali. Il secondo aspetto riguarda invece la questione della applicazione da parte degli Stati e delle loro leggi ambientali, delle norme nel settore nel quale l'obbligo Trattato ora copre misure in adempimento di obblighi previsti da alcuni MEA<sup>53</sup>.

Lo scenario in cui un conflitto deriva tra alcuni obblighi contenuti negli PTIA e quelli eventualmente derivanti dalla procedura internazionale degli accordi sull'ambiente è stato affrontato in un certo numero di modi diversi nella pratica degli PTIA negli Stati Uniti. L'articolo 104 del NAFTA può essere considerato una vera e propria "*clausola di risparmio*" (o "*clausola di conflitto*"), nel senso dell'articolo 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Ai sensi dell'articolo 104 del NAFTA: "*In caso di incoerenza tra [ il NAFTA ] e gli obblighi commerciali specifici di cui la Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna selvatiche minacciate di estinzione e flora (CITES), il Protocollo di Montreal sulle sostanze che riducono lo strato di ozono, la Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento e altri due trattati bilaterali , questi obblighi prevalgono nella misura del contrasto, a condizione che la parte abbia scelto un mezzo ugualmente efficace e ragionevolmente disponibile per rispettare tali*

---

<sup>53</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.169.

*obblighi , la parte sceglie l'alternativa che è il meno in contrasto con altre disposizioni del presente accordo”<sup>54</sup>.*

Mentre una tale clausola è di indubbia importanza perché permette qualsiasi delle tre parti dello Stato a dare priorità agli obblighi contenuti in una di questi trattati ambientali oltre a quelli derivanti dalla loro partecipazione al NAFTA, il suo significato non va sopravvalutato. Infatti, il NAFTA resta subordinato solo ai tre accordi ambientali multilaterali menzionati e ai due ulteriori accordi bilaterali<sup>55</sup>.

I trattati post-NAFTA di prima generazione non hanno alcuna disposizione analoga. Lo US- Jordan PTIA non fa riferimento a potenziali conflitti con i MEA, mentre lo USA-Singapore PTIA prevede semplicemente che le parti possano consultarsi tra loro circa il rapporto tra MEA e gli obblighi commerciali alla luce delle discussioni in corso all'interno dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Tuttavia, a partire dallo US-Cile PTIA, la pratica degli Stati Uniti ha cominciato a includere un riferimento al principio del sostegno reciproco tra gli accordi commerciali ed i MEAs di cui gli Stati contraenti sono parte. L'allusione al principio del sostegno reciproco è rilevante<sup>56</sup>.

L'emergere di questo principio è da far risalire alle discussioni sulla relazione tra commercio e obbligazioni ambientali. In particolare, negli ultimi anni, il sostegno reciproco è diventato un principio fondamentale che disciplina i rapporti tra l'OMC e regimi concorrenti, trovando riconoscimento giuridico all'interno dello stesso sistema OMC. A causa della presenza costante in diversi strumenti internazionali (principalmente i MEA), alcuni hanno parlato della nascita di un "*generale principio di*

---

<sup>54</sup>North American Free Trade Agreement (NAFTA) US-Canada-Mexico, 17 Dicembre 1992, entrato in vigore il 1 Gennaio 1994.

<sup>55</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p.40.

<sup>56</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.170.

*diritto internazionale che regola l'interfaccia tra l'aspetto economico e il diritto commerciale e di altre norme [ ... ] come [ ... ] l'ambiente"*<sup>57</sup>.

Il principio di sostegno reciproco è radicato all'interno dei "*principi giuridici in grado di razionalizzazione frammentazione*", ma la linea di demarcazione precisa con concetti vicini come il principio di armonizzazione, integrazione sistemica e presunzione contro i conflitti, è ancora materia di dibattito, rimanendo poco chiaro l'esatto contenuto del reciproco rafforzamento<sup>58</sup>.

Il principio del sostegno reciproco ha generalmente trovato la sua strada più spesso nel discorso relativo al rapporto tra commercio/ambiente quanto non abbia fatto, almeno per il momento, nel discorso parallelo investimento/ambiente. I trattati relativi all'investimento (come i BIT) non ne parlano. All'interno degli US-PTIAs, a partire dallo US- Cile PTIA, il riferimento al principio del sostegno reciproco fa la sua comparsa nel capitolo ambientale del Trattato, sia nella sua parte introduttiva che definisce gli obiettivi, che in una disposizione specifica relativa al rapporto con gli accordi ambientali<sup>59</sup>.

Si deve osservare che la correlazione di solito si cerca solo tra ambiente e politiche/pratiche/accordi (mentre gli investimenti solitamente non vengono menzionati in questo senso), con la conseguenza che il coordinamento tra il capitolo ambientale e il capitolo degli investimenti non è sempre interamente chiaro. Ciò può essere dovuto al fatto che l'oggetto di questo tipo di accordi preferenziali è stato tradizionalmente solo la regolamentazione della cooperazione transfrontaliera del commercio, con i capitoli di investimento che sono solo un'aggiunta recente. A titolo di esempio, lo chapeau introduttivo del capitolo

---

<sup>57</sup> OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovation*, in OECD 2008 Study.

<sup>58</sup> Per un'analisi sullo sviluppo storico del diritto ambientale internazionale, si veda: Fitzmaurice M A, *International Protection of the Environment*, Recueil des cours 2001.

<sup>59</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.171.

ambientale dell'US-Marocco FTA, precisa gli «obiettivi» e facendo riferimento al sostegno reciproco, afferma che:

*“Gli obiettivi del presente capo contribuiscono contribuire agli sforzi delle parti per garantire che il commercio e le politiche ambientali si sostengano reciprocamente , per promuovere l' uso ottimale delle risorse in conformità con l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile , e di cercare di rafforzare i legami tra il commercio delle parti e le politiche e le pratiche ambientali , anche attraverso attività di cooperazione ambientale”<sup>60</sup>.*

Ciò detto, non vi è nulla nel testo di questi accordi che suggerisca che i capitoli ambientali non si applichino in relazione alla parte di investimento degli accordi, e quindi i riferimenti al commercio (restrizioni al commercio, politiche commerciali, accordi commerciali ecc...) dovrebbero probabilmente essere intesi in termini più ampi nel senso che comprende anche le preoccupazioni di investimento. Un altro esempio è costituito dal CAFTA, il quale contiene la seguente disposizione dal titolo "*Rapporto con gli Accordi ambientali*":

*“Le parti riconoscono che gli accordi ambientali multilaterali di cui questi sono tutti parte svolgono un ruolo importante nella protezione dell'ambiente a livello globale e nazionale e che la loro rispettiva attuazione di questi accordi è fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi ambientali di questi accordi. Le parti riconoscono inoltre che questo Capitolo e [l'accordo di cooperazione ambientale] possono contribuire a realizzare gli scopi di tali accordi. Di conseguenza, le parti continuano a cercare i mezzi per migliorare il sostegno reciproco di accordi ambientali multilaterali di cui sono tutti parte e gli accordi commerciali di cui sono tutti parte”<sup>61</sup>.*

---

<sup>60</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 41.

<sup>61</sup> *Dominican Republic, Central America, United States Free Trade Agreement*, del 5 Agosto 2004 (firmato il 28 Maggio 2004, dagli USA, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua, in seguito dalla Repubblica Dominicana ('CAFTA-DR'), riprodotta in: *OECD 2008 Study*, cit..

Tale disposizione rispecchia un approccio piuttosto minimalista. Oltre al linguaggio puramente di programmazione, che indebolisce il riferimento al sostegno reciproco, la difficile condizione che tutte le parti contraenti siano allo stesso tempo parte di MEA e gli accordi commerciali presenta un ulteriore ostacolo per il significato di questo regola, almeno in un contesto multilaterale come il CAFTA. La seconda generazione di PTIAs americani fanno un passo più notevole oltre al mero riferimento al sostegno reciproco.

Un'ulteriore disposizione prevede che: *“In caso di contrasto tra gli obblighi di una Parte ai sensi del presente Accordo e [alcuni MEA elencati in un allegato], il partito deve cercare di bilanciare i suoi obblighi ai sensi di entrambi gli accordi , ma questo non preclude la Parte di prendere una misura particolare di rispettare i suoi obblighi ai sensi del [MEA], a condizione che lo scopo primario della misura non sia quello di imporre una restrizione dissimulata al commercio”*<sup>62</sup>.

La tecnica di redazione utilizzata qui assomiglia, ma non è identica, alla norma di conflitto contenuta nell'articolo 104 NAFTA, secondo cui l'obbligo nel Trattato ambientale rilevante *“prevarrà nella misura dell'incoerenza”*. In quelle più recenti PTIAs, lo Stato ha un primario obbligo di *“cercare di bilanciare i suoi obblighi sotto entrambi gli accordi”*, si potrebbe dire che tale *“sforzo di bilanciamento”* ricorda da vicino gli sforzi di coordinamento che il sostegno reciproco cerca forse di promuovere. Tuttavia, nel caso di conflitto insanabile, il partito non sarà preclusa rispetto dell'obbligo ambientale, a condizione che *“lo scopo principale della misura sia non imporre una restrizione dissimulata al commercio”*. Così, come con il NAFTA , quando lo Stato ha una scelta tra mezzi ugualmente efficaci, il dovere di bilanciare i pertinenti obblighi dovrebbe portare lo Stato ad optare per l'alternativa meno in contrasto con gli obblighi derivanti dal commercio (e gli investimenti) dello PTIA.

---

<sup>62</sup> *Dominican Republic, Central America, United States Free Trade Agreement*, del 5 Agosto 2004 (firmato il 28 Maggio 2004, dagli USA, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua, in seguito dalla Repubblica Dominicana ('CAFTA-DR'), riprodotta in: *OECD 2008 Study*, cit.

Una seconda importante caratteristica degli US PTIAs riguarda l'obbligo per gli Stati parte far rispettare le loro leggi ambientali. Tale obbligo è stato originariamente incluso nel NAAEC e da allora è stato replicato in tutti i post-NAFTA PTIA statunitensi. Come afferma l'Art. 5 del NAAEC, tale obbligo riguarda solo le leggi ambientali esistenti. Per questo, ogni PTIA inizia ricordando che ogni Stato parte ha *"il diritto [...] per stabilire i propri livelli di protezione ambientale nazionale e politiche ambientali di sviluppo e le priorità, e di adottare o modificare di conseguenza le sue leggi e le politiche ambientali"*<sup>63</sup>.

Mentre PTIAs non impongono agli Stati parte di raggiungere precisi livelli di standard ambientali, tentano almeno di indurre le parti dello Stato al fine di garantire che le leggi ambientali non sono dei mezzi per attrarre maggiori investimenti o difetti commerciali. La preoccupazione a questo riguardo è che gli standard ambientali più elevati possono indurre le imprese situate in paesi con alti standard a passare a giurisdizioni con standard più bassi, come se gli Stati venissero trascinati in un inesorabile *"corsa al fondo"*, per allentare i loro standard ambientali nel tentativo di attrarre più investimenti diretti esteri. La paura relativa a questo scenario è la creazione dei cosiddetti *"paradisi dell'inquinamento"*, particolarmente acuta quando erano in corso i negoziati NAFTA<sup>64</sup>.

Per affrontare questi problemi, il NAFTA comprende una disposizione, l'articolo 1114 (2) (non – abbassamento degli standard), in base al quale le parti riconoscono che non è opportuno incoraggiare gli investimenti allentando le misure domestiche su salute, sicurezza o le misure ambientali. Di conseguenza, una parte non deve rinunciare o altrimenti derogare, o offrirsi di rinunciare o altrimenti derogare, a misure quali un incoraggiamento per la creazione, l'acquisizione, l'espansione o il mantenimento nel proprio territorio o di un investimento. Se una Parte

---

<sup>63</sup> *Dominican Republic, Central America, United States Free Trade Agreement*, del 5 Agosto 2004 (firmato il 28 Maggio 2004, dagli USA, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua, in seguito dalla Repubblica Dominicana ('CAFTA-DR'), riprodotta in: *OECD 2008 Study*, cit.

<sup>64</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.171.



ritiene che l'altra ha offerto un incoraggiamento in tal senso, può chiedere consultazioni con l'altra parte al fine di evitare qualsiasi incoraggiamento<sup>65</sup>.

Questa disposizione è stata replicata in tutti post- NAFTA US PTIAs, con alcune variazioni linguistiche. Come risultato, per essere stato spostato dal capitolo degli investimenti (nel modello NAFTA) ai capitoli ambientali, è ora così formulato per tenere conto del commercio e della dimensione dell'investimento dietro l'abbassamento degli standard ambientali. E' importante che gli PTIAs di seconda generazione siano soggetto tale disposizione per la risoluzione delle controversie, mentre gli PTIAs della prima generazione siano previsti solo per la possibilità di ricorrere a consultazioni a tal proposito.

Per quanto riguarda l'obbligo degli Stati parte a far rispettare le leggi ambientali, una interessante innovazione sta nella estensione delle norme che tale obbligo è destinato a coprire. Negli PTIAs prima generazione la disposizione riguardante gli obblighi delle parti, afferma: *“Nessuna delle Parti dovrebbe fallire nel far valere efficacemente le proprie leggi in materia ambientale, attraverso una sostenuta o ricorrente azione o inazione , in modo da incidere sugli scambi tra le parti [ ... ]”*<sup>66</sup>.

Il "Diritto ambientale" è quindi definito per includere fondamentalmente gli statuti nazionali il cui scopo principale è la tutela dell'ambiente. Come risultato del Trade Deal bipartisan del maggio 2007, il quadro sotto gli PTIAs di seconda generazione (cioè, dall'US- Perù PTIA in poi) diventa più complesso. Tra le novità principali, i nuovi trattati collegano l'obbligo di rispettare le leggi ambientali con l'obbligo di rispettare certe misure. Più in particolare, viene inserita una nuova disposizione secondo cui una *“Parte adotta, per mantenere e applicare le leggi, i regolamenti e tutte le altre misure degli obblighi che le incombono in forza degli accordi*

---

<sup>65</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 51.

<sup>66</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.175.

*ambientali multilaterali di cui in [un certo allegato, definito come "covered agreement"]*<sup>67</sup>.

In relazione a questa nuova disposizione, gli obblighi di far rispettare le leggi ambientali vengono modificati di conseguenza, e la disposizione relativa quindi afferma che: *“Una parte non mancherà di far rispettare efficacemente le leggi ambientali, e le sue leggi, regolamenti, e altre misure per l'assolvimento degli obblighi derivanti dagli accordi contemplati, attraverso una prolungata o ricorrente azione o inazione, in modo da influire sugli scambi o investimenti tra le parti [ ... ]”*.<sup>68</sup>

In confronto alla prestazione esecuzione di prima generazione, i trattati più recenti in tal modo si ampliano significativamente sulla portata dell'obbligo da applicare, quale ora comprende anche *"leggi , regolamenti e altre misure per soddisfare gli obblighi dello Stato"* nell'ambito dei sette MEA identificati.

In altre parole, gli PTIA di seconda generazione riconoscono che un fallimento nell'emanazione di misure al di sotto dei MEA può tradursi in una distorsione degli scambi tra le parti, che lo PTIA mira a evitare. Ancora più interessante, gli PTIA forniscono un elaborato quadro di risoluzione delle controversie, al fine di rendere tale obbligo effettivo. Il quadro creato dallo PTIA per affrontare tali violazioni si basa su una controversia tra Stati. La procedura di presentazione del cittadino descritto sopra gioca, al contrario, un ruolo minore in questo contesto.

Infatti, in molti post - NAFTA PTIA quest'ultima procedura è eliminata.

Laddove venga mantenuta, la sua portata è limitata alla *"applicazione delle leggi ambientali "*, che secondo le definizioni PTIA non comprende misure in adempimento di un MEA. I meccanismi di risoluzione delle

---

<sup>67</sup> Rousseau Ch, *Droit international public* (9th edn, Dalloz, Paris, 1979) 3-16; Cassese A, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 162-171; Triepel H, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des cours, 1923, p. 77.

<sup>68</sup> Sasson M., *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer, The Hague, 2010.

controversie tra Stati, invece, sono aperti a reclami se una parte PTIA ha mancato di attuare misure in adempimento di certi doveri.

Il nuovo quadro trovato degli PTIA di seconda generazione può essere abbozzato come segue: in primo luogo, la PTIA specifica le circostanze in cui la mancata adozione dei provvedimenti in adempimento di un MEA sarà rilevante ai fini della Capitolo ambientale dello PTIA. Questo significa che non tutti i fallimenti aprirebbero la strada ad una risoluzione delle controversie tra Stati ma, come specifica una nota, per stabilire una violazione dell'articolo 20, *“una parte deve dimostrare che l'altra parte ha ommesso di adottare, mantenere o applicare leggi, regolamenti o altre misure per soddisfare un obbligo ai sensi di un accordo ambientale in modo da influire sugli scambi investimenti tra le parti”*<sup>69</sup>.

Il mancato rispetto di una certa MEA deve quindi *“incidere sugli scambi o investimenti tra le parti”*, un requisito che non è definito nel PTIA e che di conseguenza va verificato in contenzioso. Quando una parte dello PTIA ritenga che l'altra parte abbia ommesso di adottare, mantenere o attuare misure per rispettare un MEA in maniera da influire sugli scambi o gli investimenti, bisogna prima richiedere consultazioni. Lo PTIA specifica che la priorità dovrebbe essere data a qualsiasi *“comune accordo consultivo o altra procedura, se del caso, con il corrispondente MEA”* Tuttavia, lo PTIA esenta dall'obbligo di seguire la procedura consultiva MEA se ciò potrebbe comportare un irragionevole ritardo. Una nota specifica che gli Stati parte hanno una comprensione condivisa, secondo cui *“dove un accordo contemplato richiede una decisione da adottare per consenso, un tale requisito potrebbe creare un ritardo irragionevole”*<sup>70</sup>.

Si deve tener presente che lo PTIA prevede un arco di tempo di 60 giorni entro il quale le consultazioni devono essere perseguite. Successivamente, se non si perviene ad un risultato, la parte può procedere alla fase successiva. Questo breve lasso di tempo può, in pratica, dimostrare che la

---

<sup>69</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 53.

<sup>70</sup> Anzilotti D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, vol. 1, Cedam, Padova, 1956; Anzilotti D., *Cours de droit international*, Sirey, Paris, 1929, p. 49.

disponibilità di una più lunga procedura di consultazione sotto la MEA possa essere solo di interesse teorico. In caso di fallimento nella risoluzione della controversia attraverso consultazioni dirette, una parte può chiedere che un corpo speciale istituito sotto la PTIA, il *Consiglio per gli Affari Ambientali*, composto anche dai rappresentanti equivalenti delle parti, o da loro designate. Il Consiglio può tentare di risolvere la controversia attraverso buoni uffici, o conciliazione o mediazione. Le PTIA prevedono inoltre che il Consiglio *"attraverso un meccanismo che il Consiglio stabilisce, possa consultarsi pienamente con qualsiasi ente autorizzato per affrontare la problematica con il corrispondente accordo ambientale"*<sup>71</sup>.

Qui gli PTIA hanno a disposizione un organo (il Consiglio Affari Ambientale) per mantenere i contatti con un organo sotto un regime di un Trattato diverso. I MEA forniscono quadri istituzionali eterogenei e varie procedure di non conformità. Questo potrebbe spiegare perché gli PTIA sono piuttosto vaghi in riferimento al *"soggetto autorizzato per affrontare la questione"* sotto i MEA, senza ulteriori specificazioni. Queste entità MEA possono essere sia l'attuazione di Comitati o più gruppi di lavoro sotto- commissioni specializzate o che agiscono sotto l' accordo ambientale rilevante. In ogni caso, gli PTIA fanno riferimento ad un meccanismo che il Consiglio PTIA avrà la responsabilità di stabilire, e che potrebbe variare in relazione a ciascun differente MEA<sup>72</sup>.

È interessante notare che, secondo gli PTIA, il Consiglio *"rinvia a orientamenti interpretativi"* sulla questione sotto il MEA, in misura adeguata alla luce della sua natura e del suo stato, includendo anche le leggi rilevanti delle parti, i regolamenti e le altre misure che sono in accordo con i suoi obblighi ai sensi dell'accordo. Nel caso in cui i mezzi diplomatici non riescano a raggiungere un risultato di comune accordo,

---

<sup>71</sup> Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

<sup>72</sup> Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013, p.176.

una parte può possono adire la questione prima dell'aggiudicazione di terzi<sup>73</sup>.

Gli PTIA fanno riferimento a questo per quanto riguarda la procedura del collegio arbitrale ai sensi del contenzioso tra Stati. Forniscono inoltre un'opportunità per interfaccia cross-regime. Se la controversia riguarda una questione relativa ad un MEA, il collegio arbitrale (come il Consiglio nella fase preliminare della procedura) dovrebbe, nel fare i suoi risultati e la determinazione, consultarsi pienamente con l'entità autorizzata ad affrontare la questione con il corrispondente accordo ambientale. Ancora una volta, il panel è esplicitamente indirizzato a rinviare a qualsiasi orientamento pertinente e interpretativo del MEA<sup>74</sup>.

La disposizione finale stabilisce una regola in favore della parte convenuta. Si precisa infatti che *"dove il [MEA] ammetta più di una interpretazione ammissibile rilevante per un problema della controversia e la parte convenuta si basa su una tale interpretazione"*, il panel deve *"accettare il fatto che l'interpretazione è ai fini delle sue constatazioni e determinazione"*. Le interpretazioni favorevoli alla parte convenuta *"prevalgono su qualsiasi altro orientamento interpretativo"*, che presumibilmente include una guida rilasciata da un ente MEA in base al Trattato ambientale. Infine, i rimedi disponibili per quelle violazioni correlate ai MEA sono le stesse come per una violazione di qualsiasi altra disposizione PTIA. Questo significa concretamente che una violazione MEA, forzata attraverso gli PTIA, può provocare sanzioni commerciali contro la parte convenuta.

Nel complesso, le disposizioni articolate di risoluzione delle controversie previste dalla seconda generazione di PTIA statunitensi permettono di visualizzare un notevole grado di cross connections con il mondo parallelo degli accordi ambientali. E' stato avviato di recente dagli Stati Uniti contro

---

<sup>73</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 54.

<sup>74</sup> Kelsen H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*, Recueil des cours 1926, p.231; Kelsen H., *La transformation du droit international en droit interne*, Revue Générale de Droit International Public, 1936.

il Guatemala nell'ambito del capitolo sul lavoro del CAFTA un arbitrato nel quale gli Stati Uniti sostengono che il Guatemala non è riuscito a *"far rispettare efficacemente le sue leggi sul lavoro, attraverso una prolungata o ricorrente azione o inazione, in modo da incidere sugli scambi tra le parti"*. E' il primo nel suo genere e può fornire interessanti spunti di riflessione sulle prospettive di utilizzo PTIA nella risoluzione delle controversie tra Stati<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 52.

## CAPITOLO II

### 2.1 La trasparenza delle politiche commerciali

La trasparenza delle politiche commerciali è costituita da due elementi fondamentali: in primo luogo, il tempestivo, facile e pieno accesso alle informazioni per tutti gli interessati; e, in secondo luogo, la partecipazione del pubblico al processo decisionale. La trasparenza delle politiche commerciali è ampiamente riconosciuta come preziosa, dal momento che rende la burocrazia più reattiva e responsabile, apportando maggiori e migliori informazioni per il processo decisionale. Il risultato della pratica aperta è pervenire a decisioni migliori, in particolare nelle aree quali le politiche del commercio, l'ambiente e lo sviluppo.

La trasparenza nel fare politica commerciale è importante a livello ambientale per almeno due aspetti, uno domestico, uno multilaterale. A livello domestico, lo scenario ideale sarebbe che tutte le parti interessate fossero informate e consultate sulle modalità con le quali i governi cercano di definire i loro interessi nazionali. Il risultato di questi lavori sarebbe informare le prese di posizione dei negozianti commerciali del paese. A livello multilaterale invece, le due principali aree di interesse sono il documento del WTO sulle politiche di de-restrizione e i meccanismi di risoluzione delle controversie. Una decisione dell'OMC nel 1996 ha sensibilmente migliorato il documento di de-restrizione, mentre il WTO ha costruito un sito web eccezionale con accesso a tutti i documenti e diffuso pubblicamente, cosa che sarebbe stata inconcepibile fino a pochi anni fa. Ma una serie di restrizioni importanti ancora restano in vigore.

Tutti i documenti del WTO sono diffusi pubblicamente ad eccezione di qualsiasi documento presentato da uno Stato membro che chiede di essere limitato e di tutti i documenti di lavoro (progetti di bilancio, proposte, relazioni): questi sono considerati di de-restrizione quando viene adottato

il suo rapporto, la sua proposta o un suo elemento, oppure sei mesi dopo la sua messa in circolazione. I documenti di lavoro da alcuni organismi vengono trattati in modo diverso e sono considerati di de-restrizione in un regolare ciclo di sei mesi. Hanno una diffusione limitata anche: i verbali delle riunioni di qualsiasi organo dell'OMC (ad eccezione di quelli del meccanismo di revisione delle politiche commerciali); i report di pannelli di risoluzione delle controversie, a meno che una delle parti della controversia chieda un ritardo, queste sono diffuse pubblicamente 10 giorni dopo la circolazione; gli argomenti che i membri sottopongono ai panels di risoluzione.

Le procedure di risoluzione delle controversie sono un'area di particolare interesse. Un certo numero di controversie commerciali legate all'ambiente sono passate attraverso le procedure da essi istituite nel 1995. Le regole qui sono restrittive rispetto alle norme di diritto internazionale: gli argomenti che le parti sottopongono ai panels sono limitati e in effetti vi è la chiusura del processo di controllo pubblico fino a quando una sentenza è stata pronunciata. Esso non può essere completamente chiuso dalla partecipazione pubblica tuttavia, come ha dimostrato la recente decisione dell'organo di appello nel caso *gamberetti-tartarughe*, dove si è scelto di considerare non problematiche le richieste presentate da organizzazioni non governative di prendere parte al processo. Questa decisione potrebbe costituire un precedente per l'accettazione dei cosiddetti *amicus curiae*, ma i critici hanno sostenuto che l'utilità di tali memorie è compromessa se gli intervenienti non sono autorizzati a leggere gli argomenti delle parti della controversia.

L'apertura alla trasparenza a livello nazionale e multilaterale richiede di prestare attenzione a due aspetti: in primo luogo, politiche a livello multilaterale che limitano i documenti possono compromettere la capacità del pubblico a fornire contributi significativi ai dibattiti a livello nazionale; in secondo luogo, la resistenza di apertura a livello multilaterale da parte di alcuni Stati si è verificata in parte perché i loro processi interni di livello



sono relativamente chiusi e sono attenti a concedere maggiori diritti al pubblico a livello multilaterale di quello che concedono ai propri cittadini.

Il benessere di un Paese è influenzato non solo dagli impatti economici degli accordi commerciali, ma anche da come tali accordi riguardano le strutture ambientali e sociali. In tal modo, vi è un crescente interesse per una valutazione che considera le implicazioni per l'ambiente. Forse il dato più importante delle valutazioni ambientali è che esse apportano una grande varietà di prospettive alle analisi fin qui condotte, comprese quelle dei ministeri governativi non commerciali, delle ONG con esperienza in questioni ambientali e sociali. I confini del campo di applicazione e la messa a fuoco di tali valutazioni, tuttavia, dovranno essere determinati da parte dei paesi in base alle loro priorità di sviluppo e le considerazioni socio-economiche.

Per quanto riguarda le valutazioni ambientali degli accordi commerciali, occorre dire che nel 1993 il Consiglio dei ministri OCSE raccomanda che *"i governi dovrebbero esaminare o rivedere il commercio e le politiche ambientali e gli accordi con effetti potenzialmente significativi sull'altra area politica all'inizio del loro sviluppo per valutare le implicazioni per l'altro settore e di individuare alternative alle opzioni politiche per affrontare le preoccupazioni"*<sup>76</sup>. Inoltre, gli Stati Uniti e il Canada hanno intrapreso valutazioni degli impatti ambientali sia per il NAFTA e per l'Uruguay Round e stanno intraprendendo *ex ante* valutazioni dei possibili negoziati futuri. La Commissione nordamericana per la Cooperazione Ambientale deve valutare gli effetti ambientali del NAFTA, mentre l'UE ha commissionato una *"valutazione d'impatto della sostenibilità"* in merito alla sua posizione negoziale per la proposta di Millennium Round sui negoziati commerciali. Un numero crescente di economisti ambientali stanno prendendo in esame le questioni ambientali nelle valutazioni indipendenti delle liberalizzazioni in particolari settori.

---

<sup>76</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., pp. 3-6.

Le valutazioni ambientali in molti Paesi in cui è richiesto di effettuare valutazioni d'impatto di certi tipi di progetti e politiche, crescono al di fuori di un istituto giuridico stabilito. In altri invece, le procedure sono invece spiegate dettagliatamente. Solitamente, essi comprendono un'ampia partecipazione da parte del pubblico come parte del processo.

Un certo numero di opzioni sono disponibili per la sincronizzazione di tali valutazioni: possono essere condotti prima dell'inizio dei negoziati e si svolgono per aiutare la forma negoziale; possono verificarsi continuamente durante i negoziati; oppure possono essere successivi ai negoziati, per cercare di individuare e valutare all'istante gli effetti di un accordo. Le valutazioni spesso si sforzano di individuare non solo i potenziali problemi, ma anche le politiche che potrebbero risolvere questi problemi. Queste potrebbero essere le cosiddette politiche di "accompagnamento" o misure per mitigare gli impatti attesi attraverso l'adozione di provvedimenti (o atti normativi complementari), volti ad una maggiore tutela ambientale. Infine, misure di valutazione dell'impatto ambientale di un accordo commerciale potrebbero anche essere incorporate nel contratto di liberalizzazione in sé, oppure potrebbero essere modifiche per il campo di applicazione proposto o la profondità della liberalizzazione intesa<sup>77</sup>.

## **2.2 Investimenti**

I legami tra gli investimenti e il commercio di beni coperti dal GATT, dal TBT e altri accordi dell'OMC sono semplici. In base a come un produttore straniero acquisisce quote di un mercato nazionale, può avere senso investire e vendere a livello locale, piuttosto che continuare ad esportare

---

<sup>77</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., pp. 8-10. Muchlinsky, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, capitolo 14; Morgera E, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford 2009); Richardson B J, *Climate Finance and its Governance: Moving to a Low Carbon Economy through Socially Responsible Financing?*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2009; Richardson B J, *Financing Sustainability: The New Transnational Governance of Socially Responsible Investment*, *Yearbook International Environmental Law* 2009; Ong D M, *The Contribution of State-Multinational Corporation "Transnational" Investment Agreements to International Environmental Law*, *Yearbook International Environmental Law* 2006; Fauchald O K, *International Investment Law and Environmental Protection*, *Yearbook International Environmental Law* 2006; P-M Dupuy, F Francioni, E U Petersmann (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009.

all'estero. L'investimento in un paese straniero è spesso basato sulla previsione di scambi, compresa la possibilità di importazione di merci nel Paese di residenza dell'investitore. I legami sono anche più forti quando riguarda gli scambi di servizi.

Infatti, l'Accordo generale sullo scambio di servizi (GATT), concluso nel quadro dell'Uruguay Round, contiene disposizioni abbastanza prolungate in materia di investimenti sotto il titolo di "diritto di stabilimento". Alcuni paesi hanno voluto includere gli investimenti nell'ambito dell'Uruguay Round, ma non erano in grado di ottenere un ampio consenso per farlo. Il risultato è stato un accordo molto stretto, concentrato su misure relative al commercio di investimento conosciuto come l'accordo TRIM. La questione di includere gli investimenti in ulteriori negoziazioni è di nuovo sul tavolo, con l'Unione Europea e il Giappone che sostengono quest'approccio. E, rispetto a quello che è stato durante l'Uruguay Round, la resistenza da parte dei Paesi in Via di Sviluppo (PVS) è ora meno energica.

Il dibattito internazionale sulla partecipazione è stato a lungo polarizzato. Un gruppo di paesi, in generale quelli dell'OCSE, ha cercato di promuovere un accordo sui diritti degli investitori e la loro protezione. Con l'UNCTAD invece, un altro gruppo di paesi ha cercato di sviluppare norme che disciplinano gli obblighi dell'investitore, senza che i due aspetti venissero però trattati insieme. L'investimento è di vitale importanza per le prospettive di sviluppo sostenibile e il massimo obiettivo di politiche volte a promuovere lo sviluppo sostenibile è quello di trasformare la struttura delle economie supportando attività sostenibili e scoraggiando le non sostenibili. Molte sono le nostre attività note per essere insostenibili, così come la maggior parte della nostra produzione tecnologica dovrà essere modificata o sostituita. Per farlo, però, sono necessari grandi investimenti e, in particolare, la più efficiente disposizione delle limitate risorse di capitale. Un accordo di investimento

interno opportunamente strutturato potrebbe aiutare a raggiungere questi obiettivi<sup>78</sup>.

Dopo la positiva conclusione dell'Uruguay Round, si è cercato di negoziare un accordo multilaterale sugli investimenti nell'ambito dell'OCSE. Il progetto dell'AMI è stato modellato sul GATT e su molti accordi bilaterali di investimento. Esso prevedeva di elaborare una serie di diritti degli investitori per una risoluzione delle controversie, al fine di tutelarli. Volutamente l'AMI è rimasto ambiguo nelle sue disposizioni istituzionali per facilitare il suo trasferimento definitivo in sede di OMC. Ma i negoziati AMI sono stati interrotti dopo che un'opposizione ambientale di ampio respiro aveva focalizzato l'attenzione alle carenze del progetto e dopo che diversi altri interessi si erano uniti nell'opporre al progetto AMI. E' anche vero che i Paesi hanno cercato tante altre eccezioni alle discipline imposte da quest'ultimo, che di fatto si è reso il tutto molto meno significativo.

I problemi di un accordo di investimento vanno oltre i problemi ambientali, stando alle obiezioni che sono state sollevate. Gli investitori stranieri, a differenza dei commercianti, possono acquisire ampi diritti nel paese ospitante, come, ad esempio, il diritto di impiegare le persone, di utilizzare le risorse ambientali, di beneficiare di infrastrutture, dei trasporti per l'esportazione e l'importazione. Un accordo di investimento deve pertanto bilanciare i diritti degli investitori con la responsabilità di questi ultimi su tutte le fasi del processo di investimento. Il che richiede un regime con caratteristiche che si differenziano nettamente da quelle del GATT / OMC, che si occupa delle attività dei beni o servizi, che vengono introdotti all'interno di un paese. In particolare, deve essere in grado di operare giudizi discrezionali caso per caso all'interno di un ampio quadro. In altre parole, mentre un regime di investimento deve essere basato su

---

<sup>78</sup> Dupuy P-M., *L'invocation de l'état de nécessité écologique. Les enseignements tirés d'une étude de cas in Société française pour le droit international-La nécessité en droit international*, Pedone, Paris, 2007; Stern B, *Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes*, 22 *ICSID Review* 2007; Dobos D., *The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, *Fordham Environmental Law Journal* 2002.

regole, come il regime commerciale, questo deve invece essere più dinamico e più disposto a impegnarsi in discussioni con gli Stati e investitori<sup>79</sup>.

### **2.3 Investimenti secondo norme ambientali**

L' influenza di considerazioni ambientali nel determinare l'esistenza di un investimento protetto può assumere almeno due forme. In primo luogo, i contorni specifici di ciò che il ricorrente asserisce come investimento non possono essere coperti da un Trattato di investimento. In secondo luogo, un investimento altrimenti coperto può essere in contrasto con le leggi nazionali ambientali e quindi escluso dalla protezione di un Trattato.

### **2.4 Investimenti privi di copertura di un Trattato**

Il primo scenario può essere illustrato con riferimento al caso *Bayview v Messico*, in cui si supposeva che i diritti sull'acqua dei ricorrenti statunitensi nel territorio degli Stati Uniti avrebbero potuto costituire un investimento protetto ai sensi NAFTA<sup>80</sup>. Tuttavia, in una presentazione fatta davanti al Tribunale in base all'articolo 1128 del NAFTA, il governo degli Stati Uniti si è pronunciato contro questa interpretazione. Alla fine, il Tribunale ha concluso che i diritti sull'acqua di quel genere non erano protetti ai sensi dell'articolo 1101 del NAFTA. Il Tribunale ha notato, a questo proposito, che: *“Al fine di essere un 'investitore' ai sensi del NAFTA art. 1101, l'impresa deve effettuare un investimento in un altro Stato NAFTA, e non nel proprio”*.

Adottando la terminologia del *Methanex v Stati Uniti Tribunal*, è necessario che le misure di cui è fatto il reclamo pregiudichino un investimento che ha un *'collegamento giuridicamente rilevante'* con lo Stato, come la creazione e l'applicazione di tali misure. Il semplice fatto

---

<sup>79</sup> Neuman J, Turk E, *Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, Journal of World Trade 2003; Viñuales J. E., *Access to Water in Foreign Investment Disputes*, Georgetown International Environmental Law Review 2009.

<sup>80</sup> Viñuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 13.

che un'impresa di uno Stato NAFTA subisca l'effetto di misure prese in un altro Stato NAFTA non è sufficiente a stabilire il diritto di tale impresa alla tutela ai sensi del capitolo 11 del NAFTA: è la relazione, la connessione giuridicamente rilevante con lo Stato che prende determinate misure e che stabilisce il diritto alla protezione, non il semplice fatto che l'impresa è sottoposta a quelle misure<sup>81</sup>.

Il ragionamento del Tribunale su questo punto potrebbe essere rilevante per i casi potenziali intentati in seguito a leggi ambientali ad ampio raggio, che influenzano fortemente gli investimenti effettuati sia in Canada o in Messico, ma il cui mercato principale è negli Stati Uniti.

## **2.5 Investimenti in contrasto con il diritto ambientale**

Il secondo scenario è stato più spesso discusso nei casi di investimento, anche se non in relazione alla violazione di leggi ambientali nazionali. Un certo numero di trattati di investimento, subordina la definizione degli investimenti protetti alla loro conformità con le leggi del paese ospitante. Come risultato, le leggi nazionali ambientali possono avere un impatto sul se un investimento possa essere protetto<sup>82</sup>. Tale caratterizzazione può, in determinate circostanze, essere rilevante per la determinazione della competenza di un Tribunale. La maggior parte dei tribunali hanno ritenuto che un siffatto riferimento alle leggi dello Stato di accoglienza riguardi la validità di un investimento e non la definizione di investimento stesso. Come ha rilevato il Tribunale nel caso *Salini v Marocco*, le disposizioni contenute nei BIT che richiedono la conformità degli investimenti con le leggi dello Stato ospitante si riferiscono 'alla validità dell'investimento e non alla sua definizione. Più in particolare, tali disposizioni cercano di prevenire che il Trattato Bilaterale protegga investimenti che potrebbero rivelarsi illegali. Tuttavia, in almeno due casi, la legittimità di un investimento è stata considerata come un ostacolo giurisdizionale<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

<sup>82</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., pp. 14-15.

<sup>83</sup> Bishop D, Crawford J, Reisman M, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer International, The Hague 2005, pp. 255 e ss..

L'importanza delle decisioni nei casi *Inceysa e Fraport* per le relazioni tra investimenti esteri e la protezione dell'ambiente, non dovrebbe essere sottovalutata. Si potrebbe immaginare, ad esempio, un caso in cui una discarica o un impianto di produzione di sostanze chimiche è stata stabilita in un Paese in Via di Sviluppo in violazione delle leggi locali che richiedono lo svolgimento di una valutazione di impatto ambientale, in particolare se l'investitore ha fatto ricorso alla corruzione o altri mezzi inaccettabili proibiti dalla *international public policy* o dall' *ordre public international*. Anche se l'accertamento dei fatti in questi casi potrebbe essere difficile, in pratica il trattamento di questi problemi nella fase giurisdizionale aumenterebbe l'efficienza del procedimento arbitrale di investimento, risparmiando alcune delle scarse risorse che i Paesi in Via di Sviluppo possono dedicare a tale procedimento<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 16.

## CAPITOLO III

### 3.1 Potenziali Conflitti

La dimensione potenzialmente conflittuale delle relazioni tra investimenti e tutela ambientale richiede una varietà di tecniche giuridiche attraverso le quali i conflitti possano essere gestiti. Per analizzare queste tecniche, è utile introdurre una distinzione tra due tipi fondamentali di conflitti derivanti dalle interazioni tra gli investimenti stranieri e di regolazione ambientale. Da un lato, possono sorgere conflitti tra un obbligo internazionale derivante dalla legge sugli investimenti internazionali e un altro obbligo internazionale derivante dal diritto internazionale dell'ambiente. Tale scenario deve essere indicato come un 'conflitto normativo'. D'altra parte, possono sorgere conflitti tra le norme o misure derivanti da diversi sistemi giuridici. Anche se molti scenari sono possibili, nel contesto degli investimenti esteri il conflitto più comune è quella di una misura / regolamento adottato dallo Stato membro ospitante per motivi ambientali che incide negativamente sugli interessi di un investitore straniero che sostiene che la misura / regolamentazione sia in violazione di un obbligo di investimento internazionale dello Stato ospitante. Questo tipo di conflitto deve essere indicato come un “conflitto di legittimità” tra la protezione degli investimenti e di considerazioni di carattere ambientale<sup>85</sup>. Una misura / regolamentazione ambientale adottata da uno Stato può anche essere basata su una norma (che si tratti di un obbligo o di altro tipo di norma) del diritto internazionale dell'ambiente. Tuttavia, una tale ipotesi sarà trattata come un conflitto normativo solo quando l'argomento è chiaramente formulato come un conflitto tra due o più obblighi internazionali.

---

<sup>85</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 10.



### 3.2 Questioni giurisdizionali

Ci sono due ipotesi principali in cui le considerazioni ambientali possono avere un impatto sulle questioni di giurisdizione: in relazione cioè alle dichiarazioni che possono essere giudicate da un Tribunale di investimento; e in relazione alla portata degli investimenti, protetti da un determinato Trattato<sup>86</sup>.

Uno standard di protezione degli investimenti può essere violato dal comportamento dello Stato ospite in violazione di una norma ambientale, sia nazionale che internazionale. Ciò può accadere quando l'investimento dipende fortemente dalla implementazione del diritto ambientale dello Stato ospitante. Un esempio è fornito dal bando di arbitrato presentato da un cittadino canadese, Peter A. Allard, contro Barbados, per la mancata applicazione del diritto ambientale internazionale e nazionale applicabile in relazione alla protezione delle zone umide di un ecosistema naturale. Queste e altre azioni e omissioni avrebbero presumibilmente costituito violazioni del trattamento giusto ed equo, della completa protezione e sicurezza, così come delle clausole di espropriazione del BIT Canada-Barbados. Altre illustrazioni potenziali sono i due casi *Unglaube v Costa Rica* portati dinanzi ICSID, nel quale gli investitori non erano concordi con il Costa Rica sui mezzi utilizzati per salvaguardare i siti di riproduzione delle tartarughe<sup>87</sup>.

Un altro esempio potrebbe essere una situazione in cui l'applicazione non uniforme delle norme ambientali tra diversi investitori stranieri e/o domestici all'esportazione sarebbe in contrasto con la clausola di nazione più favorita e/o clausole di trattamento nazionali contenute in un trattato di investimento. Per esempio, si potrebbe pensare ad un caso in cui gli obiettivi di emissione vincolanti per le aziende nella generazione di

---

<sup>86</sup> *Peter A. Allard v. Government of Barbados*, Notice of Dispute ('*Allard v. Barbados*'). The text of the notice of arbitration is available at <http://graemehall.com/legal/papers/BIT-Complaint.pdf>.

<sup>87</sup> *Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20; *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1.

energia elettrica non sono equamente applicate. In questa ipotesi, l'investitore interessato può presentare un ricorso per violazione delle norme di protezione degli investimenti, sostenendo che lo Stato ospitante non stia facendo rispettare le leggi ambientali ai concorrenti dell'investitore.

### 3.3 Contestazioni ambientali indipendenti

La situazione è diversa quando una controversia ambientale è condotta come controversia a se stante, ovvero quando l'investitore sostiene che il comportamento dello Stato ospitante viola una norma ambientale, indipendentemente da qualsiasi violazione di una norma di protezione degli investimenti. Un esempio è il caso *Biloune v Ghana*, in cui la decisione del Tribunale indica che, di norma, un Tribunale d'investimento non ha competenza nei casi di controversie presentate esclusivamente per violazione di una norma ambientale. Questa conclusione appare coerente con l'approccio seguito da alcuni trattati secondo i quali la disponibilità di arbitrato è limitata a determinati campi di azione. Ad esempio, l'articolo 1116 del Nord-American Free Trade Agreement (NAFTA) prevede che *'Un investitore può sottoporre ad arbitrato ai sensi della presente sezione un reclamo ritenendo che un'altra parte abbia violato un obbligo previsto dalla...Sezione A'*. La Sezione A del capitolo 11 del NAFTA prevede le consuete norme di protezione degli investimenti. Così come, analogamente, l'articolo 26 della Carta dell'energia (ECT) limita la disponibilità di arbitrato a dispute tra una Parte contraente e un investitore di un'altra Parte contraente relativa ad un investimento di quest'ultimo nella area del precedente, che riguardano una *“presunta violazione di un obbligo del primo ai sensi della Parte III”*<sup>88</sup>.

La Parte III del Trattato ECT contiene degli standard di protezione degli investimenti. Gli esempi precedenti suggeriscono che la questione relativa

---

<sup>88</sup> Energy Charter Treaty, 17 Dicembre 1994, 2080 UNTS 95 (in vigore dal 16 Aprilee 1998) ('ECT'). Sia il NAFTA che l'ECT sono citate in: Reiner C, Schreuer C, *Human Rights and International Investment Arbitration* in Dupuy P-M, Francioni F, Petersmann E U (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

al fatto che un Tribunale di investimento possa avere o meno giurisdizione su una controversia ambientale dipende dal campo di applicazione della clausola compromissoria e dalle disposizioni sostanziali contenute nella convenzione applicabile. La congiunzione di questi due elementi è stata discussa dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Pulp Mills*, dove la Corte ha respinto la tesi dell'Argentina sulla base del fatto che gli articoli 1 e 41 di detto Statuto non potrebbero operare come *referral clauses*. Tuttavia, il ragionamento della Corte suggerisce *a contrario* che, operando sotto una clausola del Trattato che le conferisce un ampio margine giurisdizionale, un investitore potrebbe sollevare una controversia indipendente per l'ambiente se il Trattato in questione contenesse una clausola di riferimento. I trattati bilaterali di investimento ("BITs") e gli accordi di libero scambio ('FTAs') possono includere norme di tutela ambientale sia nel loro testo che in accordi paralleli. Tuttavia, se un investitore dovesse sollevare una controversia in tali circostanze, essa opererebbe come una controversia sugli investimenti. Allo stesso modo, se in un Trattato è presente la clausola di nazione più favorita, che introduce una clausola di trattamento giusto ed equo, la violazione di quest'ultima porterebbe all'insorgere di una controversia basata tecnicamente sulla prima<sup>89</sup>.

### **3.4 Diritto Applicabile**

La questione del diritto applicabile alle controversie relative agli investimenti è diversa, pur essendovi collegata, dalla questione del campo di applicazione della giurisdizione stessa. Anche nei casi in cui una controversia indipendente per i diritti umani o per i diritti ambientali sia stata considerata al di fuori dell'ambito di competenza del Tribunale, i diritti umani o le norme ambientali possono rimanere rilevanti per l'esame di una controversia di investimento. La potenziale confusione tra giurisdizione e legge applicabile deriva *inter alia* dalla diversità delle disposizioni dalle quali la legge applicabile può essere determinata e il fatto che, in alcuni trattati, le stesse disposizioni si occupano sia della

---

<sup>89</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 12.

competenza giurisdizionale che delle leggi applicabili<sup>90</sup>. Il quadro giuridico potenzialmente applicabile ad una controversia d'investimento è costituito da tre fondamenti principali, vale a dire: le disposizioni contrattuali (se l'investimento è stato fatto per mezzo di un contratto con lo Stato ospitante o dei suoi strumenti); il diritto interno (dello Stato ospitante o, potenzialmente, di un altro Stato ); e il diritto internazionale (diritto dei trattati o diritto internazionale consuetudinario).

Le considerazioni ambientali possono essere incluse in una clausola del contratto di investimento e/o di un accordo connesso, come ad esempio un "*contratto di credito*" (Credit Facility Agreement), nei regolamenti nazionali o nel trattato di investimento applicabile. Standard di protezione ambientale possono derivare anche da un trattato ambientale applicabile o, in via eccezionale, dalla legge internazionale generale. Il corpo specifico di norme (contrattuali, nazionali, internazionali) che sarà applicabile per la determinazione di una data controversia, nonché la precisa articolazione di tali norme, dipende dalla legge eventualmente scelta dalle parti o indicata in altro modo, per lo più come "*clausola di default*" (*default clause*), e la rilevanza delle norme potenzialmente applicabili alla luce della portata della controversia<sup>91</sup>.

Per quanto riguarda la scelta del diritto applicabile, indicazioni a riguardo possono apparire in forme diverse: in una clausola attributiva di legge (*choice of law clause*) contenuta in un contratto di investimento tra un investitore straniero e lo Stato ospitante; in una disposizione di legge (*choice of law provision*) contenuta in un trattato di investimento tra lo Stato ospitante e lo Stato dell'investitore (scelta che l'investitore accetta in avvalendosi della clausola compromissoria del Trattato)<sup>92</sup>; in un riferimento 'indiretto' alla legge applicabile, sotto forma di una disposizione di un Trattato o in un codice di investimento specificando che solo gli investimenti effettuati in conformità con le leggi dello Stato di

---

<sup>90</sup> Joubin-Bret A, *Admission and Establishment in the Context of Investment Protection* in Reinisch A (ed), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

<sup>91</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Rep 226 ('*Legality of Nuclear Weapons*'), 1996, paragrafo 29.

<sup>92</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p.20.

accoglienza sono protetti; in una clausola di default contenuta nelle norme che disciplinano il procedimento arbitrale<sup>93</sup>.

#### *Le clausole attributive del diritto*

Il posto occupato dalle norme ambientali in questa scelta solleva una serie di domande. La prima è se la normativa ambientale è inclusa nell'ambito della scelta, e in genere la risposta è affermativa quando si opta per la legge dello Stato ospitante. La situazione è meno chiara quando le leggi prescelte sono quelle dello Stato di appartenenza dell'investitore o di uno Stato terzo, nella misura in cui il diritto ambientale potrebbe assumere la forma o di diritto privato o pubblico, il che comporta anche limitazioni nell'applicazione del diritto pubblico estero (*foreign public law*). Laddove le parti abbiano scelto una legge straniera per disciplinare le questioni contrattuali, potrebbe essere fatta valere l'applicazione delle leggi in materia ambientale dello Stato ospitante nella misura in cui essi possono essere considerate come "*lois de police*". L'applicazione delle leggi ambientali dello Stato dell'investitore o di uno Stato terzo potenzialmente interessato è molto più difficile da valutare. In pratica, il carattere prioritario delle *lois de police* e la loro applicazione da parte dei tribunali arbitrali sembra essere in declino. Come risultato, l'applicazione delle *lois de police* straniere (o anche locali) dipenderà dalle particolarità del caso<sup>94</sup>.

#### *Disposizioni di legge in un Trattato di investimento*

La scelta della disposizione di legge all'interno di un Trattato di investimento è frequente nella pratica. Infatti i trattati sugli investimenti multilaterali e bilaterali spesso contengono disposizioni che specificano la legge applicabile per la risoluzione delle controversie. Ad esempio, l'articolo 1131 del NAFTA stabilisce che: "*Un Tribunale istituito ai sensi della presente sezione decide sulle questioni oggetto di controversia in*

---

<sup>93</sup> Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 265 ss.

<sup>94</sup> Bishop D, Crawford J, Reisman M, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer International, The Hague 2005, pp. 255 ss.

*conformità del presente accordo e le norme applicabili del diritto internazionale". Allo stesso modo, l'articolo 26 dell'Energy Charter Treaty recita: "Un Tribunale istituito ai sensi del paragrafo IV [ Tribunale arbitrale] decide sulle questioni oggetto di controversia in conformità con le norme di questo Trattato e sulle norme e principi applicabili del diritto internazionale"<sup>95</sup>.*

Per quanto riguarda i trattati bilaterali di investimento, si possono citare, tra gli altri, il Canadian Model BIT 2004, il quale prevede, all'articolo 40, che: *'Un Tribunale istituito ai sensi della presente sezione decide sulle questioni oggetto di controversia in conformità del presente accordo e delle norme applicabili del diritto internazionale'*. Allo stesso modo, il Chinese Model BIT 2003 afferma all'articolo 9, che *"il lodo arbitrale [del Tribunale di investimento] si basa sulla legge della Parte Contraente parte della controversia comprese le sue norme in materia di conflitto di leggi, le disposizioni del presente accordo, nonché i principi universalmente riconosciuti del diritto internazionale"*<sup>96</sup>.

Ancora un altro esempio è l'articolo 30 del United States Model BIT 2004, che è molto più dettagliato della maggior parte degli altri BIT:

*"1. Fatto salvo il paragrafo 3, quando una domanda è presentata ai sensi dell'articolo 24 comma 1(a)(i)(A) , o dell'articolo 24 comma 1(b)(i)(B) o (C), per le [controversie per violazione di una protezione degli investimenti apportate, rispettivamente, da un soggetto estero o da un ente locale sotto il controllo straniero], il Tribunale decide sulle questioni oggetto di controversia in conformità del presente Trattato e delle norme del diritto internazionale.*

*2. Fatto salvo il paragrafo 3 e le altre condizioni della presente sezione, se la richiesta è presentata ai sensi dell'articolo 24 (1) (a) (i), (B) o (C), o dell'articolo 24 (1) (b) (i) (B) o (C) [vale lo stesso, tranne che per la causa*

---

<sup>95</sup> Energy Charter Treaty, 17 Dicembre 1994, 2080 UNTS 95 (in vigore dal 16 Aprilee 1998) ('ECT').

<sup>96</sup>Chinese Model BIT 2003, citato in Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 265 ss.

*di azione, che è, rispettivamente, violazione di un di autorizzazione agli investimenti o un accordo di investimento] ed il Tribunale applicherà:*

*(a) le norme di diritto di cui all'autorizzazione di investimento pertinente o contratto di investimento, o in base ai diversi accordi presi dalle parti in causa, oppure*

*(b) Se le norme di legge non sono state specificate o diversamente concordate si applica:*

*(i) il diritto del convenuto, comprese le leggi in materia di conflitto di leggi, e*

*(ii) le norme di diritto internazionale eventualmente applicabili.*

*3. La decisione congiunta delle parti, ciascuna delle quali agisce attraverso il suo rappresentante designato ai fini del presente articolo, che dichiara la loro interpretazione di una disposizione del presente Trattato è vincolante per un Tribunale, e qualsiasi decisione o sentenza emessa da un Tribunale deve essere coerente con quella comune decisione”<sup>97</sup>.*

In tutti questi esempi, un certo spazio è lasciato per la potenziale applicazione delle norme ambientali derivanti sia dal diritto nazionale che internazionale. Come notato da due commentatori in riferimento alla potenziale applicazione della legge sui diritti umani, “*i diritti umani [e anche, per analogia, le disposizioni ambientali] si applicano nella misura in cui sono inclusi nella scelta della legge delle parti*”<sup>98</sup>.

Una questione potenzialmente importante derivante dal campo di applicazione della clausola di diritto in un BIT si riferisce alla possibilità per uno Stato di proporre una domanda riconvenzionale nei confronti di un investitore per violazione delle leggi interne ambientali. La ricevibilità di questo tipo di domande riconvenzionali dipenderà da una serie di fattori, tra cui il campo di applicazione della giurisdizione e la scelta di leggi clausole così come i fatti del caso di specie. Assumendo *ratio arguendi*

---

<sup>97</sup> *North American Free Trade Agreement (NAFTA) US-Canada-Mexico*, 17 Dicembre 1992, entrato in vigore il 1 Gennaio 1994.

<sup>98</sup> Reiner C, Schreuer C, *Human Rights and International Investment Arbitration* in Dupuy P-M, Francioni F, Petersmann E U (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

che né la clausola di giurisdizione, né i fatti precludano tale possibilità, una domanda riconvenzionale ambientale indipendente potrebbe essere proposta solo se il Trattato applicabile impone al Tribunale arbitrale di applicare il diritto ambientale interno. Questa ipotesi sarebbe simile a un caso in cui un Trattato con una clausola attributiva di giurisdizione di ampio respiro dirigesse il Tribunale ad applicare le disposizioni dei contratti di investimento.

In entrambi i casi, l'investitore potrebbe essere soggetto a obblighi sostanziali (derivanti, rispettivamente, dal diritto dello Stato ospitante o da un Trattato) in grado di fondare una domanda riconvenzionale di Stato. Tali obblighi sostanziali non sarebbero presenti se la legge applicabile fosse limitata alle disposizioni del Trattato e/o al diritto internazionale, in quanto gli investitori privati non hanno obblighi né in base ai trattati né in base al diritto internazionale. In pratica, invece di proporre una domanda riconvenzionale, gli Stati proporranno le proprie pretese contro gli investitori dinanzi ai tribunali dello Stato. Uno Stato può tuttavia decidere di proporre una domanda riconvenzionale nell'ambito di un investimento creato per facilitare la compensazione delle rivendicazioni opposte o di beneficiare del più sofisticato regime internazionale per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni arbitrali<sup>99</sup>.

#### *Riferimenti alla validità di un investimento*

In sostanza, il riferimento in un Trattato di investimento per investimenti effettuati *'in conformità con le leggi'* dello Stato ospitante è, in linea di principio, considerato attraverso la teoria della *"validità"*<sup>100</sup>. Pertanto, qualora lo svolgersi di un investimento sia (o si trovi ad essere), in violazione delle leggi ambientali dello Stato di accoglienza, i tribunali di investimento tendono a riconoscere che lo Stato ospitante potrebbe avvalersi di questa circostanza, sotto forma di una difesa sostanziale. Il

---

<sup>99</sup> Crawford J, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, Arbitration International 2008; Kahn P, Waelde T (eds), *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007; Laborde G, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, Journal of International Dispute Settlement 2010.

<sup>100</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 19.



funzionamento tecnico di tale difesa non è del tutto chiaro e potrebbe essere spiegato in almeno tre modi, a seconda delle circostanze del caso di specie.

Supponiamo, ai fini dell'analisi, che a seguito della violazione di un investitore della normativa ambientale nazionale, lo Stato adotti un atto lesivo degli interessi di tale investitore. Supponiamo anche che quest'ultimo avanzi solo rivendicazioni sul Trattato nel quadro di un Trattato che impone che la controversia sia decisa esclusivamente sulla base delle sue disposizioni e altre norme pertinenti del diritto internazionale. In questo primo caso, la non conformità degli investimenti alle norme ambientali locali sarebbe un mero fatto rilevante per valutare se le misure avverse imposte all'investitore siano giustificate o meno, che è a sua volta importante per determinare se una clausola di protezione degli investimenti nel Trattato sia stata violata o meno.

Una seconda situazione si porrebbe se il Trattato non contiene una disposizione che escluda l'applicabilità della legge domestica o in cui la scelta della disposizione di legge menzioni espressamente l'applicabilità della legislazione interna dello Stato di accoglienza. In tale ipotesi, le leggi nazionali ambientali potrebbero essere applicate come diritto e non come fatti. In *Maffezini contro Spagna* la clausola di scelta di legge nel BIT Argentina – Spagna menzionava espressamente l'applicabilità della *'legge della Parte contraente nel cui territorio l'investimento è stato effettuato'*. Dopo aver esaminato gli argomenti delle parti, il Tribunale ha concluso che le autorità spagnole avevano rigorosamente rispettato le vigenti leggi nazionali ed europee ambientali su questo punto<sup>101</sup>.

La terza situazione si porrebbe se la violazione delle leggi nazionali da parte dell'investitore fosse così grave da richiedere l'applicazione delle norme di politica pubblica internazionale (*International public policy*) (o

---

<sup>101</sup> Lalive P, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Revue de l'arbitrage 1986; Matray L, *Arbitrage et ordre public transnational* in Schultsz J C, van den Berg A-J (eds), *The Art of Arbitration—Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1967.

*ordre public International*). Naturalmente non è chiaro se talune norme ambientali sono o potrebbero essere parte della politica pubblica internazionale. Tuttavia, questo non è affatto impossibile, alla luce della crescente coscienza ambientale nella popolazione di molti paesi, nonché degli effetti moralmente inaccettabili che una violazione di talune norme ambientali, quali il divieto di smaltimento indiscriminato radioattivo o altri rifiuti altamente tossici, potrebbe avere sulla popolazione locale<sup>102</sup>.

### *Regolamenti arbitrari utilizzati*

I regolamenti arbitrari più frequentemente utilizzati nei procedimenti di investimento, vale a dire il regolamento d'arbitrato ICSID e UNCITRAL, così come le altre norme sempre più in uso, come ad esempio quelli del LCIA, ICC, PCA o della Camera di Commercio di Stoccolma, contengono disposizioni che indicano come la legge applicabile debba essere determinata, in mancanza di una clausola di scelta di legge ad opera delle parti. L'articolo 42 (1) della Convenzione ICSID fa un passo avanti, perché, a differenza delle altre disposizioni citate, identifica espressamente la legge applicabile: *“Il Tribunale giudicherà una controversia in conformità con tali norme di legge che possono essere concordate fra le parti. In mancanza di tale accordo, il Tribunale applica la legge dello Stato Contraente parte della controversia (comprese le norme in materia di conflitto di leggi) e le norme del diritto internazionale che possono essere applicabili”*<sup>103</sup>.

Perciò, in mancanza di una clausola attributiva di diritto, le leggi dello Stato ospitante e le norme di diritto internazionale saranno applicabili. Ci sono state alcune discussioni sul significato del termine 'e' di cui all'articolo 42(1). La risposta dipende in larga misura dalla specifica questione giuridica in questione. Tre scenari di base possono essere identificati. Nel primo scenario, i due corpi di legge possono essere applicati separatamente, ad esempio, quando l'investitore porti avanti

---

<sup>102</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 20.

<sup>103</sup> Reisman M, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Threshold*, ICSID Review 2000.

rivendicazioni contrattuali che saranno poi risolte attraverso il contratto e le leggi dello Stato di accoglienza, sia rivendicazioni sul Trattato, che saranno decise sulla base del Trattato, nonché di altre norme pertinenti del diritto internazionale, come ha rilevato il comitato ad hoc in *Vivendi v Argentina*<sup>104</sup>.

In questo primo scenario potrebbe essere applicato il diritto internazionale dell'ambiente per valutare una controversia su di un Trattato (ad esempio, se il comportamento di uno Stato ritenuto in violazione di una norma di protezione degli investimenti è stato richiesto da un obbligo internazionale di questo Stato a seguito di un Trattato ambientale), mentre il diritto nazionale ambientale potrebbe essere applicato per risolvere una controversia contrattuale (ad esempio, se la rescissione di un contratto di investimento da parte dello Stato ospitante è stata giustificata dalla violazione da parte dell'investitore del diritto nazionale ambientale). Nel secondo scenario, nel giudicare le controversie sui trattati (anche se non sono state unite con rivendicazioni contrattuali), il Tribunale può dover prendere in considerazione il funzionamento delle leggi nazionali<sup>105</sup>. Le leggi ambientali nazionali possono quindi essere indirettamente rilevanti per risolvere una controversia su di un Trattato. Per esempio, in *Azurix v Argentina*, la rivendicazione di Azurix è stata avanzata nell'ambito del BIT e, come dichiarato dal comitato di annullamento nel caso *Vivendi II*, l'indagine del Tribunale è disciplinata dalla convenzione ICSID, dal BIT e dal diritto internazionale applicabile. Mentre l'indagine del Tribunale sarà guidata da questa affermazione, ciò non significa che la legge argentina debba essere ignorata. Al contrario, la legge argentina dovrebbe essere di aiuto per lo svolgimento dell'indagine del Tribunale nelle presunte violazioni dell'Accordo di Concessione al quale si applica il diritto argentino, ma è solo un elemento dell'indagine dovuto alla natura di Trattato delle rivendicazioni in esame.

---

<sup>104</sup> Schreuer C, *Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration*, Austrian Review of International and European Law 2002.

<sup>105</sup> Spiermann O, *Applicable Law* in Muchlinsky P, Ortino F, Schreuer C (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

### 3.5 Controversie normative

Come questo passo suggerisce, vi è una certa ambiguità circa l'esatto status del diritto interno. Tradizionalmente, il diritto internazionale vede le leggi nazionali come fatti, anche se molto particolari, in quanto possono essere necessari per lo svolgimento del diritto internazionale. Per esempio, nel caso *Pulp Mills*, dopo aver concluso che l'obbligo di effettuare una valutazione di impatto ambientale prima della realizzazione di un progetto è parte del diritto internazionale generale, la Corte Internazionale di Giustizia ha aggiunto che il diritto internazionale generale non specifica il campo di applicazione e il contenuto di una valutazione di impatto ambientale. Per questa ragione, in mancanza di una clausola del Trattato predisposta a tale scopo, *'spetta ad ogni Stato determinare nella sua legislazione nazionale o nel processo di autorizzazione per il progetto, il contenuto specifico della valutazione di impatto ambientale in ogni caso subordinato'*. Un punto di vista alternativo è che i tribunali selezionino un dato insieme di norme sia da leggi nazionali e internazionali e quindi applichino tale insieme come un corpo di legge distinto. In questo modo sembra aver proceduto il Tribunale di CMS vs Argentina, circoscrivendo la legge applicabile nel modo seguente: *“C'è una stretta interazione tra la legislazione e le normative che disciplinano la privatizzazione del gas, la Licenza e il diritto internazionale, come sancito sia dal Trattato e nel diritto internazionale consuetudinario. Tutte queste regole sono inseparabili e, nella misura giustificata, saranno applicate dal Tribunale”*<sup>106</sup>.

Terzo, nei casi in cui è regolata la stessa questione giuridica sia dal diritto nazionale che internazionale, può essere necessario stabilire la gerarchia relativa di ciascun corpo giuridico o anche di norme diverse all'interno dello stesso corpo giuridico<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 20.

<sup>107</sup> Ivi, p. 21.

### *Rilevanza e limiti della controversia*

La portata della controversia stabilisce dei “*confini di rilevanza*” sulla selezione delle norme applicabili. Il fatto che una disposizione di un contratto d’investimento o di un BIT o di una regola di default contenuta nelle norme che disciplinano l’arbitrato possa indicare il diritto internazionale come legge applicabile non vuol dire che qualsiasi norma di diritto internazionale sia rilevante per la determinazione del caso. La rilevanza è un concetto complesso, in quanto vi sono diversi modi di caratterizzarla e ci possono essere anche diversi gradi di rilevanza. I tribunali arbitrali, così come altre giurisdizioni internazionali, hanno un ampio potere discrezionale nel determinare se e in che misura una data norma sia rilevante. Il punto di partenza per la determinazione dei limiti di rilevanza è la definizione della controversia su cui un Tribunale ha affermato la propria giurisdizione. Per esempio, se la controversia è sorta da un Trattato (piuttosto che da un contratto), la rilevanza del livello contrattuale, nonché delle norme nazionali che disciplinano il contratto, sarà inferiore. Come ha rilevato il Tribunale *Bayindir v Pakistan*: “*Come caso limite, il Tribunale ricorda che la propria competenza copre rivendicazioni derivanti da trattati e non da contratti*”. Questo non significa che non possa prendere in considerazione le questioni contrattuali. Essa può e deve farlo nella misura necessaria a pronunciarsi sulla controversia riguardante il Trattato. Le questioni contrattuali, compreso il diritto locale che disciplina l’applicazione del contratto, vengono prese in considerazione come fatti nella misura in cui sono rilevanti per la soluzione delle rivendicazioni concernenti il Trattato. In questo modo, esercita la sua giurisdizione sul Trattato non sul contratto<sup>108</sup>.

### *Le memorie delle parti*

Un’altra indicazione della rilevanza di una norma o dato quadro normativo è fornito, ovviamente, dalle memorie delle parti. Per esempio,

---

<sup>108</sup> Crawford J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, Arbitration International, 2008.

in *Chemtura v Canada*, il Tribunale ha accolto la tesi del convenuto, considerando che il Protocollo di Aarhus era stato realmente all'origine del processo di revisione speciale. Al di là di questa ipotesi di base, l'effetto delle memorie delle parti sull'istanza del Tribunale (per orientarlo) è difficile da determinare concettualmente<sup>109</sup>. Nel caso *Klöckner v Camerun*, il comitato istituito *ad hoc* ha stabilito una distinzione tra argomenti che sono nel '*quadro giuridico stabilito dal Attore e Convenuto*' e quelli che sono '*oltre*':

*“Per quanto riguarda il Tribunale stesso [quello che aveva emesso il lodo in esame], quando, nel corso delle sue deliberazioni ha raggiunto la conclusione provvisoria che la vera base giuridica per la sua decisione potesse essere diversa da uno dei rispettivi argomenti delle parti, non gli è stato vietato di scegliere la propria tesi. Resta in dubbio se per formulare la sua teoria sull' argomento, il Tribunale vada al di là del 'quadro normativo' stabilito dal Richiedente e Convenuto”*<sup>110</sup>.

Il Tribunale ha dato un esempio di questo '*hors sujet*' facendo riferimento ad un caso ipotetico in cui il Tribunale avrebbe "*reso la propria decisione sulla base di illecito, mentre i motivi delle parti erano basati su di un contratto*". A parte questi casi estremi, il Tribunale ha ritenuto che "*gli arbitri devono essere liberi di fare affidamento sugli argomenti che li colpiscono come i migliori, anche se tali argomenti non sono Stati sviluppati dalle parti*". Pertanto, un Tribunale ha una certa libertà di introdurre questioni ambientali, anche se le parti non si sono concentrate su tali questioni nelle loro memorie. Al contrario, quando tali questioni sono state sollevate ma il Tribunale non le ritiene rilevanti per la risoluzione del caso, avrebbe anche margine di manovra per lasciarle da parte. In pratica, tuttavia, un Tribunale farebbe bene a dare alle parti la possibilità di esprimersi su tali questioni e/o per spiegare il motivo per cui

---

<sup>109</sup> Spiermann O, *Applicable Law* in Muchlinsky P, Ortino F, Schreuer C (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

<sup>110</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 24.

non ritiene certi argomenti rilevanti<sup>111</sup>. Quest'ultimo problema può essere illustrato facendo riferimento alla decisione del Tribunale di *Glamis v. Stati Uniti*, Diversi gruppi hanno cercato di intervenire invocando norme nazionali e internazionali ambientali e di altri settori. Questi argomenti sono stati in una certa misura ripresi nelle memorie del rispondente. Era quindi comprensibile che, fino al momento in cui il Tribunale ha emesso il lodo, alcuni commentatori sottolineassero il potenziale di tale decisione per chiarire le relazioni tra investimenti esteri e l'ambiente. Per quei gruppi e commentatori, è stata una delusione vedere le spiegazioni del Tribunale sul motivo per cui preferì non esprimersi su molte delle questioni più controverse relative alle dimensioni ambientali e sui diritti umani della controversia<sup>112</sup>.

Il Tribunale ha dato la seguente spiegazione per procedere come ha fatto:

*“In primo luogo, un Tribunale deve limitare la propria decisione alle questioni presentate dalla controversia sottopostagli. Il Tribunale è consapevole del fatto che la decisione nel presente procedimento è stata attesa da soggetti pubblici e privati che si occupano di regolamentazione ambientale, gli interessi delle popolazioni indigene, e la tensione a volte sentita tra diritti privati sulla proprietà e la necessità dello Stato di disciplinare l'uso della proprietà. Tali questioni sono state ampiamente dibattute in questo caso e considerate dal Tribunale. Tuttavia, dato il mandato del Tribunale, il Tribunale non è tenuto a decidere molte delle questioni più controverse sollevate nel presente procedimento. Il Tribunale osserva che altri lodi hanno reso dichiarazioni non richieste dal caso di specie. Il Tribunale non è d'accordo con questa tendenza, ma ritiene che il suo mandato sia caso-specifico e che il rispetto richiesto per il compito difficile di fronte al quale si troverà un qualche futuro Tribunale cui sia demandato esattamente questo compito gli richiede di limitare la sua decisione alle sole questioni presentate”*<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Dupuy P.M., Francioni F., Petersmann E.U. (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

<sup>112</sup> Crawford J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, Arbitration International, 2008.

<sup>113</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p.25.

Una via alternativa per gestire le considerazioni che il Tribunale ritiene di scarsa rilevanza sarebbe di menzionarle senza, però, integrarle nell'analisi. Una data norma potrebbe essere rilevante per diversi scopi: sia come norma che disciplina un particolare comportamento, sia come strumento di interpretazione che come semplice guida ispiratrice. Un esempio del primo aspetto è fornito dal caso *SPP v Egitto*, in cui il Tribunale ha ritenuto che la Convenzione sul Patrimonio Mondiale dell'UNESCO aveva guidato il comportamento del rispondente. Il Tribunale ha osservato, a questo proposito, che non vi era alcun dubbio che “*la Convenzione UNESCO [fosse] rilevante: gli stessi Richiedenti ammisero, nel corso del procedimento dinanzi alla Cour d'Appel francese che la Convenzione obbligasse il Richiedente ad astenersi da atti o contratti in contrasto con la Convenzione*”. Anche in *Chemtura v Canada* il Tribunale ha ritenuto che il Protocollo di Aarhus, e più in particolare l'impegno a riesaminare gli usi limitati di lindano previsti nell'allegato II del presente protocollo, obbligassero il Canada al comportamento da esso previsto.

Per quanto riguarda invece il secondo aspetto della questione, le norme ambientali possono anche essere rilevanti al fine di interpretare la portata di una clausola di protezione degli investimenti. Per esempio, in *Parkerings v Lituania*, il Tribunale ha interpretato la clausola della “nazione più favorita” del Trattato bilaterale di investimento applicabile alla luce della Convenzione del patrimonio mondiale dell'UNESCO per concludere che i due investitori stranieri non si trovavano in una posizione simile. Allo stesso modo, nel caso *Pulp Mills*, la Corte Internazionale di Giustizia ha escluso l'applicazione in quanto tale degli accordi ambientali multilaterali e dei principi di diritto internazionale generale invocati dall'Argentina, sottolineando che tali accordi e principi rimanevano pertinenti per interpretare le disposizioni dello Statuto del Fiume Uruguay. Infine la legge ambientale o dei diritti umani può essere rilevante come fonte di ispirazione. Un esempio potrebbe essere il caso *Tecmed v Messico*, in cui il Tribunale si rivolse verso la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (ECHR), nonostante il fatto che il Messico



non facesse parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ECHR), per ottenerne una guida intellettuale per l'applicazione della clausola di espropriazione del BIT applicabile<sup>114</sup>.

La gamma di questioni procedurali potenzialmente influenzate dall'annessione di questioni ambientali nei procedimenti internazionali è sufficientemente ampia da aver sollevato la necessità di istituire un Tribunale internazionale dell'ambiente, dopo la creazione, nel 1990, di una speciale camera della Corte internazionale di giustizia dedicata alle questioni ambientali o l'adozione da parte del PCA, nel 2001, di uno specifico insieme di regole arbitrali per le dispute sulle risorse naturali e ambientali.

*Il ruolo delle terze parti e l'introduzione di questioni ambientali all'interno di una controversia sugli investimenti*

Prima di valutare le ragioni che spiegano l'intervento della terza parte nei procedimenti di investimento e il quadro giuridico applicabile a tale intervento, è utile esaminare come le considerazioni ambientali possono essere introdotte in una controversia sugli investimenti esteri. E' prerogativa delle parti di una controversia riferirsi a tutte quelle considerazioni di diritto ambientale che ritengono opportune a sostegno della loro tesi. In genere, sono gli Stati ospiti che trovano sostegno per le loro argomentazioni di carattere ambientale, ma tali considerazioni possono anche sostenere la causa di un investitore. Come già accennato, in *Allard v Barbados* l'investitore si riferisce, per dare credito alla sua controversia d'investimento, sia al diritto nazionale che internazionale in campo ambientale, ivi comprese la *Convenzione Ramsar sulle zone umide* e la *Convenzione sulla Diversità Biologica*. In alternativa, le considerazioni ambientali potrebbero essere introdotte dal Tribunale stesso, oppure (terzo e ultimo punto di accesso procedurale) da parte di parti estranee alla controversia: tali sottoposizioni sono notevolmente

---

<sup>114</sup> Dupuy P.M., Francioni F., Petersmann E.U. (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

aumentate negli ultimi anni sia nelle procedure di investimento che nelle altre procedure internazionali<sup>115</sup>.

Le motivazioni sottostanti l'intervento di terze parti possono essere meglio comprese facendo riferimento alle radici storiche di questo fenomeno, che si può far risalire alla storia iniziale del sistema legale Inglese. Questa affiliazione ha due implicazioni interessanti per la comprensione del ruolo della questa istituzione. Primo, l'intervento dell'*amicus* forniva una via per portare i punti di diritto o di fatto a conoscenza dei tribunali in un'epoca caratterizzata da notevole incertezza per quanto riguarda i contenuti del legge. Al giorno d'oggi, il centro di gravità di tale funzione sarebbe invece sugli elementi di fatto (ad esempio, informare il Tribunale sulle conseguenze ambientali specifiche di un determinato progetto), o in misura minore, su questioni giuridiche che richiedono conoscenze specifiche (ad esempio, l'applicazione di alcune convenzioni in materia ambientale alle questioni in esame). Una difficoltà legata a tale funzione deriva, tuttavia, dalla potenziale inclinazione degli *amici curiae* a rinunciare all'oggettività per perseguire una causa più ampia. La seconda implicazione derivante dalle origini storiche dell'intervento dell'*amicus* riguarda il suo potenziale contributo alla legittimità delle decisioni dei tribunali: nella misura in cui, nella tradizione di common law, certe decisioni hanno forza di legge e, di conseguenza, possono modificare la situazione giuridica di terze parti, l'intervento dell'*amicus* aveva lo scopo dare una voce a queste terze parti. Nel attuale diritto degli investimenti stranieri, questa funzione può essere illustrata con riferimento all'articolo 1128 del NAFTA, che consente agli Stati membri NAFTA di intervenire nei procedimenti di investimento contro uno di essi, o come nel caso *Foresti v South Africa*, dove il Tribunale ha avuto cura di dare ai gruppi della società civile l'opportunità di esprimere le loro opinioni, e persino richiedendo un feedback a tali gruppi sull'adeguatezza del quadro di intervento<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Shelton D, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, American Journal of International Law 1994.

<sup>116</sup> Ruiz Fabri H, Sorel J-M (eds), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2005.

Lo studio del caso *Foresti v South Africa* ci porta ad analizzare il quadro giuridico per l'intervento dell'*amicus*. La controversia nasceva da un investimento nel settore minerario da parte di cittadini italiani, che hanno sostenuto *inter alia* di essere Stati espropriati dal Sud Africa a seguito delle misure adottate da quest'ultimo nell'ambito delle politiche del *Black Economic Empowerment* (BEE) intese a eliminare le conseguenze del regime di apartheid. Date le ramificazioni pubbliche della controversia, il Tribunale prevede che diversi gruppi della società civile avrebbero probabilmente cercato di intervenire. Predispose quindi, in accordo con le parti, una breve sintesi della controversia, nonché delle norme che disciplinano l'intervento dell'*amicus*. Nonostante derivasse tecnicamente dall'articolo 41 della Struttura Aggiuntiva di Regole Arbitrali (Additional Facility Arbitration Rules) dell' ICSID, il documento preparato dal Tribunale può probabilmente essere visto come un resoconto attuale dei requisiti di base per la presentazione delle memorie dell'*amicus*: *“Le terze parti che desiderino fare una comunicazione scritta, dovrebbero presentare una petizione con il Tribunale per ottenere il permesso di presentare una memoria scritta e tale petizione dovrebbe includere le seguenti informazioni:*

- *L'identità e la provenienza del firmatario, la natura dei suoi membri se si tratta di una organizzazione, e la natura dei suoi rapporti, se del caso, con le parti della controversia;*
- *La natura dell'interesse del firmatario nel caso;*
- *Se il firmatario abbia ricevuto un sostegno finanziario o materiale da una delle Parti o da qualsiasi persona collegata con le parti in questo caso;*
- *Le ragioni per cui il Tribunale dovrebbe accettare una comunicazione scritta del firmatario”<sup>117</sup>.*

In seguito al documento furono presentate due petizioni, una della *Commissione internazionale dei giuristi*, un'organizzazione per i diritti umani, e un'altra da un gruppo di quattro organizzazioni non governative (ONG), di cui due dedicate alla salvaguardia dell'ambiente.

---

<sup>117</sup> Boisson de Chazournes L, Mbengue M, 'L'Amicus Curiae devant l'organe de règlement des différends de l'OMC' in Maljean-Dubois S(ed), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant/CERIC, Brussels, 2003.

Nella sua decisione di concessione di possibilità di intervento, il Tribunale ha autorizzato i firmatari non solo a presentare memorie scritte, ma anche ad accedere a versioni redatte dei documenti del fascicolo del caso e ha anche lasciato aperta la possibilità di concedere loro l'accesso all'udienza (*hearing*)<sup>118</sup>.

Ancora più interessante è il sistema istituito dal Tribunale per ricevere feedback da parte degli *amici curiae*: “*In vista della novità della procedura NDP (Non-Diputing Parties o terze parti), dopo che tutte le osservazioni, scritte e orali, sono state fatte, il Tribunale inviterà le parti e le NDPS ad offrire brevi commenti sulla correttezza e l'efficacia delle procedure adottate per la partecipazione delle NDP in questo caso. Il Tribunale includerà quindi una sezione in sede di aggiudicazione, contenente i punti di vista, positivi e negativi, sulla correttezza e l'efficacia della partecipazione delle NDP in questo caso e su eventuali insegnamenti tratti essa*”<sup>119</sup>.

L'introduzione da parte del Tribunale di questo ulteriore passo è stato con ogni probabilità dovuta al contesto eccezionalmente sensibile del caso, in cui la pubblicità della procedura poteva senza dubbio dare maggiore legittimità a qualsiasi decisione futura presa dal Tribunale nel merito della disputa<sup>120</sup>. Si deve rilevare, inoltre, che la procedura stabilita dal Tribunale non era esattamente una novità: sebbene né l'accesso al fascicolo, né la possibilità di accesso all'udienza erano state precedentemente concesse a organizzazioni non governative che agissero come *amici curiae*, i requisiti stabiliti dal Tribunale per l'intervento dell'*amicus* sono fondamentalmente gli stessi stabiliti precedentemente sia da tribunali che da strumenti internazionali. In sostanza, l'intervento dell'*amicus* è consentito se il firmatario può dare un contributo sostanziale (elementi di diritto o di fatto) e procedurale (dando maggiore legittimità) al procedimento, senza gravare eccessivamente sui diritti delle parti ad un giusto processo e alla

---

<sup>118</sup> Kearney J D, Merrill T W, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, University of Pennsylvania Law Review 2000.

<sup>119</sup> Stern B, *L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur*, Revue de l'arbitrage 2002.

<sup>120</sup> Harper F V, Etherington E D, *Lobbyists before the Court*, University of Pennsylvania Law Review 1953.

proporzionalità. Mentre i primi due requisiti sono gli stessi per i tre tipi di richieste (intervento scritto, l'accesso ai documenti, l'accesso all'udienza) di solito fatte dagli *amici curiae*, il terzo requisito è più esigente per quanto riguarda due di queste richieste (l'accesso ai documenti e all'udienza)<sup>121</sup>.

Le controversie legate a questioni ambientali, quali quelle in materia di servizi idrici, di estrazione delle risorse naturali, di impianti di trattamento dei rifiuti, o di sostanze regolamentate sono particolarmente inclini a presentare più ampie considerazioni pubbliche, delle quali un Tribunale dovrebbe tener conto nel raggiungere una decisione. Una funzione importante dell'intervento dell'*amicus* in questo contesto è quindi quello di aiutare il Tribunale a comprendere tali più vaste ripercussioni pubbliche, nonché di rafforzare la legittimità del procedimento arbitrale presentando il punto di vista della società civile. Per svolgere tale funzione, tuttavia, gli *amici curiae* devono essere sia competenti che rappresentativi delle componenti rilevanti. La rappresentatività presuppone inoltre l'assenza di pregiudizi derivanti da qualsiasi rapporto rilevante con una delle parti, in particolare le relazioni finanziarie. Queste sono le basi concettuali dei requisiti fissati per l'intervento dell'*amicus*<sup>122</sup>.

Le controversie correlate a tematiche ambientali presentano alcune sfide specifiche in termini di elementi di prova, a causa sia della natura altamente tecnica che della notevole incertezza scientifica spesso associata alle questioni ambientali. Al fine di deliberare la fondatezza di una controversia in materia d'investimento con componenti ambientali, i tribunali non devono solo capire in dettaglio complessi processi ambientali, ma possono anche essere costretti a prendere posizione su un dibattito scientifico in cui i punti di vista degli esperti presentati dalle parti sono spesso in contrasto. Questo può risultare difficile per giudici e arbitri, che, di norma, non hanno un background scientifico sufficiente per comprendere le interconnessioni di processi così complessi. Per affrontare

---

<sup>121</sup> Van Harten G, *Investment Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

<sup>122</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 29.

una tale sfida i tribunali internazionali possono seguire quattro tipologie principali di approcci: minimizzare la necessità di una decisione esplicita sulla fondatezza scientifica di ciascuna posizione; nominare un esperto indipendente per assistere il Tribunale; regolare l'onere o lo standard della prova; rinviare alla valutazione scientifica fatta da agenzie specializzate.

Il primo approccio può essere illustrato facendo riferimento ad una serie di procedimenti internazionali in cui è stato chiesto ai giudici in modo esplicito o in modo implicito di prendere posizione su un dibattito scientifico. Nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, l'Ungheria ha sostenuto, per giustificare le sue mancate prestazioni rispetto ad un Trattato con la Slovacchia per la costruzione di un sistema di dighe, che se avesse condotto i lavori come previsto *“l'ambiente e in particolare le risorse acquifere dell'area interessata sarebbero stati esposti a gravi pericoli”*. Nel corso del procedimento, sia l'Ungheria che la Slovacchia hanno presentato quello che la Corte stessa ha descritto come una quantità impressionante di materiale scientifico per sostenere le loro rispettive argomentazioni. Nella sua decisione, tuttavia, la Corte ha ritenuto che *“non era necessario per rispondere ai quesiti ad essa posti nell'Accordo Speciale determinare quali di questi punti di vista fosse scientificamente più fondato”*<sup>123</sup>.

Questa potrebbe apparire come una soluzione eccezionale nella misura in cui la Corte era in grado di decidere la questione per la quale le prove scientifiche erano state fornite sulla base di diversi motivi di diritto. Ma un tale modo di procedere non è affatto raro. Per fare un altro esempio, il gruppo di esperti del panel stabilito dall'OMC per decidere il caso *EC Asbestos* ha rilevato, nello stesso spirito, che: *“In relazione alle informazioni scientifiche presentate dalle parti e gli esperti, il gruppo sente il dovere di sottolineare che non è la sua funzione di risolvere un dibattito scientifico, non essendo composto da esperti del settore e dei possibili rischi per la salute umana derivanti da amianto. Di conseguenza,*

---

<sup>123</sup> Viñuales J E, *Legal Techniques for Dealing with Scientific Uncertainty in Environmental Law*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2010; Savadogo L, *Le recours des juridictions internationales à des experts*, Annuaire français de droit international 2004.

*il gruppo non intende porsi come arbitro delle opinioni espresse dalla comunità scientifica*”<sup>124</sup>.

Sembra ragionevole non richiedere a giudici internazionali di prendere una posizione in un dibattito scientifico irrisolto, o almeno in discussione. Ma il problema di questo approccio è che a volte è impossibile decidere una controversia senza formare un giudizio generale sul dibattito scientifico alla base, ed i giudici, in pratica, si formano una tale opinione, anche se ciò non è precisato nella decisione finale. Un modo alternativo di procedere sarebbe quello di fornire ai giudici l'assistenza di cui hanno bisogno per formarsi un'opinione ragionevole e informata sulla scienza alla sottostante la legge.

Un certo numero di norme procedurali e di arbitrato contengono disposizioni specifiche che consentono al giudice di nominare un proprio esperto. Ad esempio, l'articolo 27 del Regolamento di arbitrato UNCITRAL stabilisce:

*“Il Tribunale arbitrale può nominare uno o più esperti che gli riferiscano, per iscritto, su temi specifici la cui determinazione è demandata al Tribunale. Una copia dei termini di riferimento del perito, stabilito dal Tribunale arbitrale, è comunicata alle parti”* <sup>125</sup>.

Allo stesso modo, le Regole IBA sull'assunzione delle prove negli Arbitrati Internazionali in materia di Commercio (*International Commercial Arbitration*), spesso utilizzate nei casi di investimento, stabiliscono all'articolo 6: *“Il Tribunale arbitrale, previa consultazione con le parti, può nominare uno o più periti indipendenti per riferire su temi specifici designati dal Tribunale Arbitrale. Il Tribunale Arbitrale deve stabilire i termini di riferimento per ogni carica dal Tribunale-Perizia previa consultazione con le parti. Una copia delle condizioni*

---

<sup>124</sup> Orellana M, *The Role of Science in Investment Arbitrations Concerning Public Health and the Environment*, Yearbook of International Environmental Law 2006.

<sup>125</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Arbitration Rules, 1976 ('UNCITRAL Rules').

*definitive di riferimento sono inviate dal Tribunale Arbitrale alle Parti*”<sup>126</sup>.

Ancora un altro esempio di questa possibilità è prevista dall'articolo 27 del Regolamento dell'ambiente del PCA: “*Dopo aver ottenuto il parere delle parti il Tribunale arbitrale può, previa comunicazione alle parti, nominare uno o più esperti di riferire ad esso, per iscritto, su temi specifici demandati al Tribunale. Una copia dei termini di riferimento del perito, stabilito dal Tribunale arbitrale, è comunicata alle Parti*”<sup>127</sup>.

Le Regole per l’Ambiente PCA forniscono anche un metodo alternativo per assistere i tribunali, vale a dire la possibilità di chiedere alle parti di fornire riassunti non tecnici o spiegazioni delle questioni scientifiche o tecnologiche rilevanti al fine di valutare la fondatezza della dispute. Sebbene tale possibilità non sia espressamente menzionata in altri arbitrati e norme procedurali, può discutibilmente essere intesa come compresa nei poteri generali di procedura dei tribunali.

Questo approccio è più controverso, perché deviazioni dalle regole di base che disciplinano l'onere e lo standard di prova a livello delle aggiudicazioni internazionali dovrebbero essere ammesse solo in circostanze particolari. Le difficoltà connesse allo stabilire il rischio o il danno ambientale in procedure a livello internazionale possono tuttavia giustificare alcuni adeguamenti di queste regole di base. A questo proposito, due strade principali possono essere percorse. La prima possibilità sarebbe quella di spostare l'onere della prova dal ricorrente al convenuto per mezzo di una disposizione del Trattato. Ad esempio, secondo la *London Dumping Convention*, come modificata dal protocollo del 1996, sta alla parte che scarica rifiuti industriali in mare il dimostrare che tale scarico non danneggi l’ambiente. Uno spostamento convenzionale dell'onere della prova è stato anche proposto dalla Comunità europea nel

---

<sup>126</sup> Creig L, Park W W, Paulsson J, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd edn, Oceana/Oxford University Press, New York, 2000), pp. 300 ss.; Caron D, Caplan L M, Pellonpaa M, *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 25 ss.

<sup>127</sup> Schreuer C, Malintoppi L, Reinisch A, Sinclair A, *The ICSID Convention. A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2009), 672 ss.



quadro del ciclo di Doha (*Doha round*) in connessione ai rapporti tra restrizioni commerciali in accordi ambientali multilaterali e la clausola generale di eccezioni di cui all'articolo XX del GATT. Secondo questa proposta, una restrizione del commercio sulla base di un accordo ambientale multilaterale deve presumersi rientrare nell'ambito della clausola sulle eccezioni generali di cui all'articolo XX se non diversamente stabilito dalla parte danneggiata dalla misura. Tale soluzione può essere vista come una applicazione di una delle le formulazioni della principio precauzionale. In assenza di un accordo sul modello degli esempi precedenti, uno spostamento dell'onere della prova sembra improbabile allo stato attuale del diritto internazionale. Nel caso *Pulp Mills*, l'Argentina ha sostenuto che lo Statuto del fiume Uruguay aveva implicitamente adottato un approccio precauzionale in base al quale l'onere di provare che le imprese non avrebbero causato danni significativi per l'ambiente spettava all'Uruguay. La Corte internazionale di giustizia ha respinto questa tesi affermando che: “*Sebbene un approccio precauzionale possa essere rilevante per l'interpretazione e l'applicazione della disposizioni dello statuto, non ne consegue che essa operi come un' inversione dell'onere della prova*”<sup>128</sup>.

La seconda possibilità sarebbe quella di mantenere l'onere della prova sulla parte che deduce un fatto allentando contemporaneamente gli standard per l'accettazione del fatto. Per esempio, nel caso *EC-Hormones*, l'organo d'appello dell'OMC ha confermato che, ai sensi dell'accordo SPS, il ricorrente deve solo fare una prima rimostranza che dimostri che il convenuto ha violato i suoi obblighi, dopo di che l'onere di provare l'eccezione si sposta al convenuto. Il Tribunale internazionale sul diritto del mare (ITLOS) ha seguito un approccio apparentemente simile nei casi sul *Tonno rosso del sud (Southern Bluefin Tuna)*, infatti sembra aver applicato un ragionamento precauzionale per compensare parzialmente “*per l'assenza di indicazioni conclusive su un fatto presentato dal*

---

<sup>128</sup> General Agreement on Tariffs and Trade, 1947, incorporated into the General Agreement on Tariffs and Trade, of 15 Aprile 1994 ('GATT'), Article XX(b) and (g), <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm)>.

*richiedente*". Tuttavia questo approccio non è stato seguito in maniera consistente<sup>129</sup>.

La precedente analisi dei problemi che possono sorgere in un procedimento di investimento in relazione alle componenti ambientali di una controversia porta alle seguenti conclusioni: le controversie ambientali possono essere presentate dinanzi a un Tribunale di investimento, sotto forma di una controversia d'investimento o potenzialmente anche come capo autonomo della controversia, sotto una clausola giurisdizionale di ampio respiro, per violazione sia delle leggi ambientali dello Stato di accoglienza o del diritto internazionale dell'ambiente, se la convenzione applicabile contiene una clausola di rinvio; i riferimenti nei trattati di investimento applicabili per investimenti effettuati "in conformità con le leggi" dello Stato ospitante portano a doversi riferire alle leggi ambientali nazionali, e potenzialmente internazionali, per definire la portata degli investimenti protetti per motivi giurisdizionali nei casi in cui, per esempio, un investimento sia stata inizialmente volontariamente, anche se nascostamente, fatto in violazione di tali leggi; le leggi ambientali nazionali e/o internazionali possono essere applicabili ad una controversia di investimento, attraverso una clausola di scelta di diritto contenuta in un contratto di investimento o in un Trattato di investimento, con un riferimento indiretto in un Trattato o un codice nazionale sugli investimenti limitando la portata della protezione degli investimenti agli investimenti fatti, *'secondo la legge'* dello Stato ospitante, o attraverso una clausola di default nelle regole che disciplinano il procedimento arbitrale; se il diritto ambientale è rilevante per la risoluzione di una controversia in materia di investimento dipenderà *inter alia* dalla portata della controversia su cui il Tribunale si dichiara competente, dalle norme invocate dalle parti nelle loro memorie o identificate dal Tribunale *ex officio* o, ancora, presentate da una parte non-disputante, e tali norme possono essere rilevanti in forme diverse, anche come norme primarie che disciplinino il comportamento dello Stato di accoglienza, come strumento

---

<sup>129</sup> D Bodansky, *Deconstructing the Precautionary Principle*, in Caron D, Scheiber H N (eds), *Bringing New Ocean Waters*, Brill, The Hague 2004, p. 381.

di interpretazione o come mera fonte di ispirazione; l'utilità di un intervento delle parti non-disputanti in controversie in materia di investimenti che riguardino l'ambiente è condizionata dalla loro capacità di dare un contributo in termini di sostanza e legittimità e sottoposto ad un test di proporzionalità; le componenti ambientali di una controversia in materia di investimenti possono porre problemi specifici in termini di procedure probatorie, che in pratica potrebbero essere gestite *inter alia* minimizzando la necessità di una decisione esplicita nel merito del dibattito scientifico alla base della controversia, (attraverso la nomina di un esperto indipendente per assistere il Tribunale, o la regolazione dell'onere o standard di prova<sup>130</sup>).

### 3.6 Conflitti normativi e di legittimità

Il diritto internazionale fornisce una serie di tecniche giuridiche per determinare quali norme prevalgano nel caso in cui per adempiere ad un obbligo in ambito di legge internazionale sull'ambiente si entra potenzialmente in violazione del diritto internazionale sugli investimenti. Essa stabilisce anche regole di conflitto per i casi in cui una legge nazionale o una misura adottata per ragioni ambientali entri in conflitto con uno standard di protezione degli investimenti. Le tecniche applicabili in caso di "*conflitti normativi*" non sono le stesse di quelle applicate ai "*conflitti di legittimità*". Al fine di comprendere i rispettivi ambiti di applicazione di queste "norme di conflitto", è necessario guardare prima gli aspetti concettuali della distinzione tra questi due tipi di conflitti. Infine, le considerazioni ambientali possono avere un impatto sulla valutazione della compensazione<sup>131</sup>.

Perché possa esistere un '*conflitto normativo*', una norma ambientale internazionale deve imporre ad uno Stato di adottare un determinato comportamento. In altre parole, esso deve essere obbligo internazionale sufficientemente preciso. Ci sono gradi diversi in cui una norma

---

<sup>130</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 34.

<sup>131</sup> Ivi, p.35.

internazionale ambientale può *'richiedere'* l'adozione di determinati comportamenti. Ad esempio, ai sensi dell'articolo 4 della *Convenzione di Basilea* sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento: *“Il contraente non permette che rifiuti pericolosi o altri rifiuti siano esportati a un non-contraente o da importati da un non-contraente”*<sup>132</sup>.

Se uno Stato ospite emanasse regolamenti che impediscono tali esportazioni verso Stati non aderenti, tale comportamento potrebbe essere caratterizzato esattamente come applicazione di un obbligo internazionale dell'ambiente. Allo stesso modo, una disposizione come quella di cui all'allegato II del Protocollo di Aarhus richiede chiaramente il comportamento di una nuova valutazione di alcuni usi di lindano, sebbene tale revisione possa essere causata anche dalla salute nazionale e considerazioni di carattere ambientale. Tuttavia, molte convenzioni in materia ambientale contengono requisiti meno stringenti. Ad esempio, l'articolo 3 del protocollo di Kyoto prevede quanto segue:

*“Le Parti incluse nell'Allegato I, individualmente o congiuntamente, assicurano che le loro emissioni antropiche aggregate biossido di carbonio equivalenti dei gas ad effetto serra elencati nell'allegato A, non superino le quantità assegnate, calcolate ai sensi delle loro limitazioni quantificate e dei loro impegni nella riduzione scritti nell'allegato B e in conformità con le disposizioni del presente articolo, al fine di ridurre il totale delle emissioni di tali gas di almeno il 5 per cento rispetto ai livelli del 1990 nel periodo di adempimento 2008-2012”*<sup>133</sup>.

In questo caso, anche se vi è un obiettivo specifico di emissioni per gli Stati che hanno adottato target quantificati, i mezzi per il raggiungimento

---

<sup>132</sup> Article 4(5), *Basle Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*, of 22 March 1989, 1673 UNTS 57 (in vigore dal 5 Maggio 1992) ('Basle Convention').

<sup>133</sup> Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Kyoto, 11 Dicembre 1997, 2303 UNTS 148 (entrato in vigore il 16 Febbraio 2005), arts 6 e 12. Wara M, *Measuring the Clean Development Mechanism's Performance and Potential*, UCLA Law Review 2008; Viñuales J E, *El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: Perspectivas y prospectivas*, in "Organization of American States (OAS)/Inter-American Juridical Committee", Annual Course on International Law. Universalism and Regionalism at the Beginning of the 21st Century, 2010.

di tali obiettivi sono lasciati ai singoli Stati. Sarebbe quindi meno chiaro se una specifica misura adottata da uno Stato a sostegno dei suoi obblighi ai sensi del protocollo di Kyoto potrebbe essere descritta come strettamente richiesta da un obbligo internazionale ambientale. Questa variante certamente meno rigorosa è presente in una serie di trattati internazionali che si occupano della protezione degli habitat e della diversità biologica. Per esempio, i paragrafi 1 e 4 dell'articolo 2 della *Convenzione di Ramsar* impongono agli Stati di designare (almeno) una o più zone umide adatte sul loro territorio per l'inclusione nella lista delle zone umide di importanza internazionale. Un certo numero di conseguenze derivano dall'atto volontario di designazione, inclusa la formulazione e l'attuazione di piani per promuovere la conservazione delle zone umide presenti o la creazione di riserve naturali sulle zone umide. Nonostante la designazione di una zona umida nel suo territorio sia obbligatoria ai sensi della Convenzione, lo Stato ha una notevole discrezionalità nella scelta di particolari aree come zone umide protette, nonché nelle misure specifiche da adottare per la loro protezione. Se uno Stato dovesse selezionare una zona vicino alla posizione di un impianto industriale di proprietà di un investitore straniero e, successivamente, adottare rigorose normative che limitano le attività di tale investitore, non sarebbe chiaro se tale comportamento sarebbe considerabile come comandato dal diritto internazionale ambientale. Di converso, se uno Stato non è riuscito a adottare o applicare severe normative ambientali, o stabilisse solo un quadro limitato di protezione, non sarebbe chiaro se tale condotta fosse in violazione del diritto internazionale dell'ambiente.

Ancora meno stringenti sono i requisiti stabiliti dalla *Convenzione sulla diversità biologica* o dalla *Convenzione emisfero occidentale*. L'articolo 6 della convenzione sulla diversità biologica, afferma che: “*Ciascuna Parte contraente si impegna, conformemente alle proprie condizioni e capacità particolari: (a) ad elaborare strategie nazionali, piani o programmi per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica oppure ad adattare a questo fine strategie , piani o programmi che riflettano, tra l'altro, le misure di cui alla presente Convenzione rilevanti per la Parte*

*contraente interessata, e (b) a integrare, per quanto possibile e opportuno, la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica in piani pertinenti settoriali o intersettoriali, programmi e politiche”<sup>134</sup>.*

La Convenzione dell'emisfero occidentale è ancora più imprecisa per gli obblighi specifici assunti dagli Stati contraenti: *“I Governi contraenti si impegnano ad esplorare immediatamente la possibilità di istituire nei loro territori parchi nazionali, riserve nazionali, monumenti naturali, riserve naturali integrali come definito nel precedente articolo. In tutti i casi in cui tale istituzione è fattibile, la realizzazione della stessa sarà iniziato il più presto possibile dopo la data reale di attuazione della presente Convenzione ... [I] governi contraenti convengono di adottare, o di proporre tale adozione ai rispettivi organi legislativi, leggi adeguate e regolamentazioni per la protezione e la conservazione della flora e della fauna all'interno dei loro confini nazionali, ma non inclusa nei parchi nazionali, riserve nazionali, monumenti naturali, o riserve naturali integrali di cui all'articolo II della presente Convenzione. Tali regolamenti contengono disposizioni adeguate per il prelievo dei campioni di flora e fauna per lo studio scientifico e l'indagine da parte di soggetti opportunamente accreditati e agenzie”<sup>135</sup>.*

Così formulate, tali disposizioni lasciano un ampio potere discrezionale agli Stati, cosicché le misure adottate per ottemperare a tale convenzione possono essere ragionevolmente considerate, a seconda del punto di vista che si adotta, sia come comportamento richiesto da un obbligo internazionale o, al contrario, come un'iniziativa essenzialmente interna. Una simile analisi potrebbe essere condotta circa le norme di protezione degli investimenti. Dalle disposizioni specifiche in materia di espropriazione diretta ai requisiti di prestazioni, alle protezioni meno precise, come il trattamento nazionale e la clausola di nazione più favorita, fino alle disposizioni generali in materia di protezione e di un trattamento

---

<sup>134</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 37.

<sup>135</sup> *Convention on Biological Diversity*, of 5 Giugno 1992, 1760 UNTS 79 (in vigore dal 29 Dicembre 1993), art 6. *Convention on Nature Protection and Wild Life Preservation in the Western Hemisphere*, of 12 October 1940, 56 Stat. 1354, TS 981 (in vigore dal 1 Maggio 1942)(‘Western Hemisphere Convention’), arts II(1) and V(1).

giusto ed equo, le esigenze di protezione degli investimenti sono sempre più aperte al dibattito, e sarebbero in gran parte rimaste così, se non fosse stato per il contributo della casistica derivante dalle controversie relative agli investimenti.

Le osservazioni che precedono sono utili per comprendere meglio la distinzione tra conflitti normativi e di legittimità. Come risultato del diverso grado di precisione con cui vengono formulate diverse norme ambientali, come illustrato dagli esempi sopra menzionati, conflitti normativi e legittimità possono entrare in sottili interazioni. Per esempio, il conflitto derivante da una situazione in cui lo Stato ha adottato un provvedimento negativo sull'ambiente ai sensi dell'articolo 6 della *Convenzione sulla diversità biologica*, sarebbe di fatto molto simile a quello in cui la misura ambientale non fa alcun riferimento a tale articolo o, ancora, a uno in cui lo Stato ospite non è parte di tale convenzione. Allo stesso modo, il conflitto derivante quando una misura è stata adottata ai sensi dell'allegato II del protocollo di Aarhus sarebbe anche molto simile, nonostante il contenuto più specifico di cui all'allegato II, di un conflitto nascente in un caso in cui la misura è stata adottata sulla base di considerazioni nazionali in materia ambientale e sulla salute. A margine, la distinzione tra conflitti normativi e di legittimità concerne il fatto che una norma internazionale ambientale possa essere ragionevolmente invocata come una norma che disciplina il comportamento dello Stato ospitante, al contrario di una semplice fonte di ispirazione. In quest'ultimo caso, il diritto internazionale ambientale non sarebbe direttamente applicabile e il conflitto sarebbe di legittimità. Il confine tra conflitti normativi e di legittimità è ancora più sottile se una norma ambientale internazionale è invocata come strumento interpretativo: in questo caso interverrebbe come legge applicabile e non semplicemente come linea guida. Infatti, l'articolo 31 (3) (c), del VCLT fa riferimento a “*qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti*” quale strumento per l'integrazione sistemica<sup>136</sup>. Nonostante il confine sottile tra

---

<sup>136</sup> Dupuy P-M, Francioni F, Petersmann E U (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

conflitti normativi e di legittimità, la distinzione rimane importante perché le norme applicabili per risolvere i conflitti normativi sono diverse da quelle applicabili per risolvere i conflitti di legittimità. Nel primo caso l'insieme di regole consiste, in sostanza, di norme sulla risoluzione dei conflitti specifiche contenute nei trattati e norme generali sulla risoluzione dei conflitti derivanti dal diritto internazionale generale. Queste regole non sono tecnicamente applicabili ai conflitti di legittimità, in cui gli avversari sono uno strumento internazionale (il più delle volte un Trattato di investimento) e uno strumento nazionale (il più delle volte leggi interne e misure concernenti l'ambiente). Conflitti di legittimità richiedono un insieme più composito di norme sulla risoluzione dei conflitti, comprese le norme di conflitto specifiche contenute nei trattati, le norme che regolano i rapporti fra le legislazioni nazionali e internazionali, le norme sui conflitto di leggi *strictu sensu* (diritto internazionale privato), le norme che disciplinano la gerarchia delle norme all'interno di un ordinamento giuridico interno o le norme che definiscono la portata dei poteri di regolamentazione dello Stato.

### *Conflitti normativi*

Gli approcci disponibili per risolvere i conflitti normativi possono essere specifici, concentrati in modo esplicito sui rapporti tra investimenti e la tutela dell'ambiente, oppure generali, cioè applicabili a qualsiasi potenziale conflitto di obblighi internazionali. Le disposizioni ambientali contenute negli accordi su investimenti e libero scambio si concentrano principalmente sulla portata della normativa ambientale nazionale. Vi sono, tuttavia, alcuni accordi su investimenti e libero scambio che contengono linguaggio specifico sui rapporti tra diritto internazionale sugli investimenti e diritto internazionale ambientale.

Tra i primi trattati ad includere un simile linguaggio, bisogna menzionare il NAFTA. L'articolo 104 del NAFTA stabilisce che:

1. *In caso di contrasto tra il presente accordo e gli obblighi commerciali specifici di cui: a) la convenzione sul commercio internazionale delle*



*specie di fauna e flora selvatiche, fatto a Washington il 3 marzo 1973, modificato 22 Giugno, 1979, b) del protocollo di Montreal sulle sostanze che riducono lo strato di ozono, firmato a Montreal il 16 settembre 1987, come modificato 29 giugno 1990, c) la convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento, firmata a Basilea , 22 marzo 1989, alla sua entrata in vigore per il Canada, il Messico e gli Stati Uniti, o d) gli accordi di cui all'allegato 104,1, tali obblighi prevalgono nella misura del contrasto, a condizione che laddove una parte abbia una scelta tra mezzi ugualmente efficaci e ragionevolmente disponibili di rispettare tali obblighi, la parte scelga l'alternativa che è meno in contrasto con le altre disposizioni del presente accordo.*

2. *Le parti possono convenire per iscritto di modificare l'allegato 104,1 per includere qualsiasi emendamento a un accordo di cui al paragrafo 1, e di qualsiasi altro accordo dell'ambiente o della conservazione”<sup>137</sup>.*

L'allegato a cui tale disposizione si riferisce ha guidato le motivazioni del Tribunale in *S.D. Myers v Canada* per quanto riguarda le relazioni tra la convenzione di Basilea e il NAFTA.

Il Tribunale ha osservato a questo proposito:

*“Gli estensori del NAFTA hanno evidentemente considerato che i precedenti trattati sull’ambiente prevarrebbero sulle norme specifiche del NAFTA in caso di conflitto. L'allegato 104 stabilisce che la Convenzione di Basilea abbia la precedenza, se e quando sia ratificata dai membri del NAFTA (...) Anche se questi ratificassero la Convenzione di Basilea, non si deve presumere che il Canada sarebbe stato in grado di usarla per giustificare la violazione di una specifica disposizione NAFTA poiché... laddove una parte possa scegliere tra due alternative altrettanto efficaci e ragionevolmente attuabili per il rispetto (...) di un obbligo discendente*

---

<sup>137</sup> OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovation*, 2008 (‘OECD 2008 Study’).

*dalla convenzione di Basilea, si è tenuto a scegliere l'alternativa che è (...) meno incompatibile (...) con il NAFTA. Se esistesse un'alternativa che non creasse alcuna incoerenza con la Convenzione di Basilea, questa dovrebbe essere chiaramente l'alternativa scelta”<sup>138</sup>.*

Il NAFTA contiene anche altri riferimenti potenzialmente rilevanti per i rapporti tra diritto internazionale degli investimenti e diritto internazionale dell'ambiente. Nel preambolo si riferisce espressamente alla necessità di agire “*in modo coerente con la tutela dell'ambiente e la conservazione*”, a “*promuovere lo sviluppo sostenibile*” e “*rafforzare lo sviluppo e l'applicazione di leggi e regolamenti ambientali*”<sup>139</sup>.

Inoltre, gli Stati contraenti del NAFTA hanno concluso un accordo aggiuntivo dedicato in particolare alla cooperazione ambientale, accordo del quale sarà discusso più avanti in relazione ai conflitti di legittimità.

Un'altra disposizione dedicata ad affrontare un potenziale conflitto tra il diritto di internazionale sugli investimenti e del diritto internazionale ambientale, è l'articolo 72 del CARIFORUM-*European Union Economic Partnership Agreement* (EPA) firmato il 15 ottobre 2008, in cui si afferma nella parte pertinente: “*Gli Investitori non possono gestire o utilizzare i loro investimenti in modo da eludere obblighi internazionali in materia ambientale o di lavoro derivanti da accordi di cui sono parti contraenti la parte EC (EC party) e gli Stati firmatari del CARIFORUM*”<sup>140</sup>.

Questa disposizione è un po' meno chiara di quella dell'articolo 104 del NAFTA, perché non afferma che gli strumenti ambientali individuati prevalgano sugli obblighi degli Stati parti in materia di cooperazione economica. Piuttosto sottolinea l'importanza di alcuni trattati ambientali in relazione alle attività previste dall'accordo di partenariato (*Partnership Agreement*). Un approccio simile, anche se un po' meno assertivo, è

---

<sup>138</sup> *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) US-Canada-Mexico, 17 Dicembre 1992, entrato in vigore il 1 Gennaio 1994.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

seguito all'articolo 69 dell'Accordo UE-Russia di partenariato e di cooperazione, in cui si afferma, tra le altre cose, che: *“Basandosi sulla Carta europea per l'energia e sulla dichiarazione della conferenza di Lucerna del 1993, le Parti intensificano e rafforzano la loro cooperazione in materia di ambiente e salute umana. La cooperazione è intesa a combattere il degrado ambientale, e in particolare (...) riduzione, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti, l'attuazione della convenzione di Basilea; implementazione della convenzione di Espoo sulla valutazione dell'impatto ambientale in un contesto transfrontaliero”*<sup>141</sup>.

Il tema centrale di questa disposizione è l'attuazione dei trattati ambientali e non il risolvere i conflitti tra il diritto internazionale in materia di investimenti e il diritto internazionale dell'ambiente. Un obiettivo simile compare all'articolo 5 della BIT modello belga/lussemburghese, che enuncia quanto segue: *“Le Parti contraenti ribadiscono i loro obblighi in base agli accordi internazionali in materia ambientale, che hanno accettato. Essi si sforzano di garantire che tali impegni siano pienamente riconosciuti e realizzati dalla loro legislazione nazionale”*<sup>142</sup>.

Questo approccio non si limita alla pratica dei trattati dell'Unione europea o di alcuni Stati europei. Sembra anche caratterizzare la pratica degli Stati Uniti per quanto riguarda la conclusione di accordi di libero scambio (FTAs). Infatti diversi accordi di libero scambio conclusi dagli Stati Uniti, come il cosiddetto CAFTA-DR o quelli con l'Australia, il Cile, Marocco, Oman, Perù o Singapore, contengono una disposizione specifica sulle *'Relazioni con gli accordi ambientali'*. Con qualche variazione nel testo da un Trattato all'altro, questa disposizione sottolinea essenzialmente l'importanza degli accordi ambientali e la necessità di rafforzare il sostegno reciproco tra gli accordi ambientali e commerciali.

---

<sup>141</sup> OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovation*, 2008 ('OECD 2008 Study').

<sup>142</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 41.

Ad esempio, l'articolo 17.12.1 del CAFTA-DR afferma:

*“Le Parti riconoscono che gli accordi ambientali multilaterali di cui sono tutti contraenti svolgono un ruolo importante nella protezione dell'ambiente a livello globale e nazionale e che l'attuazione rispettiva di questi accordi è essenziale per il raggiungimento degli obiettivi ambientali di tali accordi. Le parti riconoscono inoltre che questo Chapter e la ECA [lato Accordo ambientale] possono contribuire alla realizzazione degli obiettivi di tali accordi. Di conseguenza, le parti continuano a cercare i mezzi per migliorare il sostegno reciproco ad accordi ambientali multilaterali di cui sono tutti contraenti”<sup>143</sup>.*

In questa stessa ottica, l'articolo 18,8 del accordo US-Singapore prevede che: *“Le Parti riconoscono il ruolo fondamentale degli accordi ambientali multilaterali per affrontare alcuni problemi ambientali, anche attraverso l'utilizzo di misure commerciali tagliate su misura per raggiungere specifici obiettivi e finalità ambientali. Riconoscendo che i membri dell'OMC hanno convenuto al paragrafo 31 della dichiarazione ministeriale adottata il 14 novembre 2001 a Doha ai negoziati sul rapporto tra le attuali norme e degli obblighi professionali specifiche stabilite negli accordi ambientali multilaterali, le Parti si consulteranno sulla misura in cui i risultati di tali negoziati si applicano a questo Accordo”<sup>144</sup>.*

Altri FTAs conclusi dagli Stati Uniti contengono disposizioni analoghe, con alcune variazioni minori nell'espressione. Senza minimizzare il significato normativo di tali disposizioni, dopo un attento esame la maggior parte di loro sembrano essere insufficienti a risolvere i potenziali conflitti tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto internazionale dell'ambiente. Se il loro campo di applicazione fosse valutato alla luce dei criteri stabiliti dal gruppo ILC sulla frammentazione per l'elaborazione di clausole di conflitto, probabilmente nessuna delle

---

<sup>143</sup> OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovation*, 2008 ('OECD 2008 Study').

<sup>144</sup> Ibidem.

disposizioni di cui sopra avrebbe raggiunto il limite minimo, tranne forse per l'articolo 104 del NAFTA. Al fine di integrare il funzionamento delle norme di conflitto tali tribunali possono rivolgersi a norme di conflitto più generali.

### *Norme generali di conflitto*

Ci sono diversi approcci, in generale, del diritto internazionale per risolvere i conflitti tra due o più obblighi internazionali. Tali approcci possono essere basati sulle seguenti considerazioni: l'ordine in cui vengono applicate le norme fondate su fonti diverse nella pratica; la gerarchia relativa esistente fra norme sostanziali diverse; le priorità in ragione del grado di specificità della diverse norme; le priorità in base alle relazioni temporali tra le norme; le tecniche di integrazione sistemica<sup>145</sup>.

Il primo approccio riguarda i rapporti tra norme fondate su differenti fonti formali del diritto internazionale. Sebbene nel diritto internazionale pubblico si ritiene generalmente che non vi sia alcuna gerarchia tra le fonti ufficiali, l'applicazione di norme derivanti da fonti diverse di segue una certa logica. Secondo questa logica, sia i trattati che il diritto consuetudinario sono considerati fonti principali del diritto internazionale, mentre i principi generali del diritto sono trattati come fonti sussidiarie. Nonostante la loro grande importanza nella pratica, specie in materia di investimenti, le decisioni giudiziarie e l'insegnamento dei pubblicisti più altamente qualificati sono solo sorgenti ausiliarie, in quanto aiutano a identificare il contenuto delle norme fondate su fonti formali. Infine, la possibilità per un Tribunale di giudicare *ex aequo et bono* dovrebbe essere considerata come una fonte formale alternativa del diritto internazionale, basata sul consenso delle parti ad un controversia. In questo modo, in pratica, sarebbe altamente improbabile, sebbene teoricamente possibile, che un conflitto normativo tra una norma derivante da un Trattato ed una derivante dai principi generali del diritto sia risolto in favore di quest'ultima. I conflitti normativi, in linea di principio, nasceranno o tra

---

<sup>145</sup> Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, cit., p. 42.

due norme di un Trattato (o consuetudini) o tra una norma del Trattato e una norma di diritto internazionale consuetudinario. Tali conflitti normativi più specifici potrebbero essere risolti con riferimento alla diversa gerarchia sostanziale delle norme in questione, al loro grado relativo di specificità o alla loro relazioni temporali<sup>146</sup>.

### **3.7 Strumenti giuridici e non**

In genere si pensa ai negoziati come strumenti che conducono all'adozione della normativa attraverso accordi vincolanti. Tuttavia, i negoziati possono anche produrre strumenti che non hanno uno status giuridico: dichiarazioni, risoluzioni, codici di condotta, linee guida, consigli, e simili. Gli esempi più evidenti di non-legali risultati comprendono la Dichiarazione di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992, e l'Agenda 21. Anche se gli ambientalisti spesso vedono la maggior forza di accordi giuridici come un bene senza riserve, gli accordi non vincolanti non rappresentano necessariamente la miglior soluzione. Essi hanno diversi vantaggi rispetto ai trattati: possono essere adottati e modificati in modo più rapido e flessibile rispetto ai trattati perché non richiedono ratifica; sono più facili da negoziare perché rappresentano un livello più debole di impegno. In sostanza, un approccio non vincolante rappresenta un tipo di strategia di gestione del rischio, riducendo il rischio di chi afferma di essere vincolato da norme che potrebbero rivelarsi indesiderabili.

In generale, gli strumenti giuridicamente vincolanti tra gli Stati sono indicati come trattati, ma a volte sono chiamati protocolli, convenzioni, statuti o accordi. Ciò che conta non è il titolo di un accordo, ma se gli Stati intendono creare diritti e obblighi giuridici. Nella maggior parte dei casi l'intento delle parti è chiaro dal contesto dell'accordo e dalla lingua. Per esempio, i trattati utilizzano in genere la lingua obbligatoria, mentre gli accordi utilizzano termini più esortativi. Allo stesso modo, i trattati sono

---

<sup>146</sup> Akehurst M, *The Hierarchy of the Sources in International Law*, British Yearbook of International Law (1974-1975).

"*clausole finali*" relative alla ratifica, l'entrata in vigore, e le altre formalità di legge, mentre gli accordi non vincolanti non lo fanno. Un ampio corpus di regole governa accordi giuridici tra gli Stati, affrontando all'applicazione, formazione, interpretazione, modificazione, cessazione e la validità dei trattati. Originariamente, queste regole si sono sviluppate attraverso la prassi degli Stati, ma ora sono codificate nella *Convenzione di Vienna* del 1969 sul diritto dei trattati, o come è comunemente noto, il "*Trattato sui trattati*".

Al contrario, non è ben definito il corpus normativo degli accordi non vincolanti come dichiarazioni o codici di condotta. Un'organizzazione internazionale che adotta uno strumento non-giuridico può avere norme interne che disciplinano come le decisioni siano adottate e modificate. Tuttavia, molti dei temi trattati nel diritto dei trattati non hanno una controparte per accordi non giuridici, ad esempio, le questioni relative alla data di entrata in vigore e l'invalidità. Altri problemi sono semplicemente non affrontati da tutti, come ad esempio le norme di interpretazione per i gli strumenti non giuridici. Insieme al principio *pacta sunt servanda* (che dice che gli accordi devono essere mantenuti), la regola fondamentale del diritto convenzionale è che i trattati dipendono dal consenso dello Stato. Questa è forse una delle ragioni per cui le norme del Trattato sono spesso caratterizzate come "*impegni*" piuttosto che "*obblighi*" e sottolineano la qualità auto vincolante del diritto dei trattati. Le norme del Trattato non sono obblighi imposti agli Stati, ma piuttosto sono gli impegni che uno Stato sceglie volontariamente di portare a termine. In alcuni casi, il consenso può essere più formale che reale, nel caso in cui uno Stato più potente di altri possa esercitare una certa pressione. Tuttavia, il consenso fornisce un utile punto di partenza dell'analisi. In contrasto, strumenti non vincolanti non hanno alcuna chiara limitazione consensuale, ma non legano gli Stati che li sostengono, né esonerano coloro che non lo fanno.

## **BIBLIOGRAFIA:**

Bodansky D., *The art and Craft of International Environmental Law*, Harvard University Press, 2009.

Dupuy P.-M., Vinuales J.E., *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, Cambridge 2013.

Fodella A., Pineschi L., *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino 2009.

Potestà M., *From Mutual Supportiveness to Mutual Enforcement? The Contribution of US Preferential Trade and Investments Agreement to the Effectiveness of Environmental Norms*, in: Hofmann, Schill & Tams: *Preferential Trade and Investment Agreements: From Recalibration to Reintegration*, Nomos 2013.

Potestà M., *Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements: How Far Have We Gone?* in "Foreign Investment and Common Concerns: An International Law Perspective", Tullio Treves & Francesco Seatzu eds., 2012.

United Nation Environmental Programme (UNEP), *Environment and Trade, a Handbook*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg (Canada) 2000.

Viñuales J.E., *Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship*, Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2012.

---

## **ALTRI TITOLI**

Akehurst M., *The Hierarchy of the Sources in International Law*, British Yearbook of International Law, 1974-1975.

Aldrich G.H., *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, American Journal of International Law 1994.

Angell E., *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, International & Comparative Law Quarterly, 1967.

Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, 2002.

Batiffol H., Lagarde P., *Droit international privé*, vol. I, 6th edizione, LGDJ, Paris, 1974.



Birnie P., Boyle A., Redgwell C., *International Law and the Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Bishop D., Crawford J., Reisman M., *Foreign Investment Disputes*, in: "Kluwer International", The Hague, 2005.

Bodansky D., Brunnée J., Hey E. (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Bonomi A., *Le norme imperative nel diritto internazionale private*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Zurigo 1998.

Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

Burgstaller M., *European Law and Investment Treaties*, Journal of International Arbitration, 2009.

Cadoux Ch., *La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats Membres*, Revue Générale de Droit International Public, 1959.

Caron D., Caplan L.M., Pellonpaa M., *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, Oxford University Press, New York 2006.

Caron D., Scheiber H.N. (eds), *Bringing New Ocean Waters*, Brill, The Hague, 2004.

Christie G.C., *What Constitutes a Taking of Property under International Law*, British Yearbook of International Law, 1962.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 'New York Convention', entrata in vigore il 7 Giugno 1959.

Crawford J., Pellet A., Olleson S. (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010.

Crawford J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, Arbitration International, 2008.

Creig L., Park W.W., Paulsson J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana/Oxford University Press, New York 2000.

Danilenko G.M., *International jus cogens. Issues of Law-Making*, European Journal of International Law 1991.

Dobos D., *The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, in: "Fordham Environmental Law Journal", 2002.

Dobson, *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford 1999.

Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

Dupuy P.M., Francioni F., Petersmann E.U. (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Dupuy P-M., *L'invocation de l'état de nécessité écologique. Les enseignements tirés d'une étude de cas in Société française pour le droit international-La nécessité en droit international*, Pedone, Paris, 2007.

ECT, *Energy Charter Treaty*, 17 December 1994, entrata in vigore il 16 April 1998.

Engel K. H., *State Environmental Standard-Setting: Is There a Race and Is It to the Bottom*, in "Hastings Law Journal", 1996-1997.

Equator Principles, disponibile su: <<http://www.equator-principles.com>>.

Fauchald O.K., *International Investment Law and Environmental Protection*, in: "Yearbook International Environmental Law", 2006.

Fitzmaurice M.A., *International Protection of the Environment, Recueil des cours*, 2001.

Fouret J., *CMS c/ LG&E ou l'état de nécessité en question*, Revue de l'arbitrage, 2007.

Friedman S., *Expropriation in International Law*, Stevens, London, 1953.

Gaillard E., Banifatemi Y., *The Meaning of “and” in Article 42(1), second sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, ICSID Review 2003.

Gaja G., *Jus cogens beyond the Vienna Convention*, Recueil des cours 1981.

Grisel F., Viñuales J.E., *L’amicus curiae dans l’arbitrage d’investissement*, ICSID Review, 2007.

Guedi T., *The Theory of the Lois de Police—A Functional Trend in Continental Private International Law—A Comparative Analysis with Modern American Theories*, “American Journal of Comparative Law”, 1991;

Harper F.V., Etherington E.D., *Lobbyists before the Court*, University of Pennsylvania Law Review 1953.

Hartley T.C., *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, Recueil des cours, 1997;

Henkin L., *Act of State Today: Recollections in Tranquility*, Columbia Journal of Transnational Law 1967.

Hey E., *Reflections on an International Environmental Court*, Kluwer, The Hague, 2000.

Hutchinson M., *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, International and Comparative Law Quarterly 1999.

ICSID Convention, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, (entrata in vigore il 14 October 1966).

International Finance Corporation (IFC), *Performance Standards on Social and Environmental Sustainability*, adopted on 21 February 2006, disponibile su: <http://www.ifc.org/sustainability>.

- International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006.
- Jasanoff S. (ed), *Learning from Disaster: Risk Management after Bhopal*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia PA, 1994.
- Juillard P., *L'évolution des sources du droit des investissements, Recueil des cours*, 1994.
- Kahn P., Waelde T. (eds), *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- Kearney J.D., Merrill T.W., *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, University of Pennsylvania Law Review, 2000.
- King B., *The UN Global Compact: Responsibility for Human Rights, Labour Relations, and the Environment in Developing Nations'*, Cornell International Law Journal 2001.
- Kinnear M., Bjorklund A.K., Hannaford J.F.G, *Investment Disputes under NAFTA. An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, The Hague, 2006.
- Kirgis F.L., *Understanding the Act of State Doctrine's Effect*, American Journal of International Law 1988.
- Kolb R., *Théorie du Ius Cogens international: Essai de relecture du concept*, PUF/IUHEI, Paris/Geneva, 2001.
- Koskeniemi M., *Hierarchy in International Law: A Sketch*, European Journal of International Law 1997.
- Krislov S., *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, Yale Law Journal, 1963.
- Krotoszynsky R.J., *Why Deference?: Implied Delegations, Agency Expertise, and the Misplaced Legacy of Skidmore*, Administrative Law Review 2002.

Laborde G., *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, Journal of International Dispute Settlement, 2010.

Lalive P., *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, in Revue de l'arbitrage, 1986.

Leben C., *L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement*, Les Cahiers de l'arbitrage 2005.

*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996.

Lowe V., Fitzmaurice M. (eds), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

Lowe V., *Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses*, European Journal of International Law 1999.

Maljean-Dubois S. (ed), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant/CERIC, Brussels, 2003.

Maljean-Dubois S. (ed), *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques: place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles*, Rapporto finale di ricerca, Maggio 2008, [http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/170-RF\\_Maljean-Dubois\\_Droit\\_Environ.pdf](http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/170-RF_Maljean-Dubois_Droit_Environ.pdf).

Marboe I., *Compensation and Damages in International Law. The Limits of "Fair Market Value"*, Journal of World Investment and Trade 2006.

Menétrey S., *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural?*, PhD dissertation (Université Panthéon-Assas, Paris—Université Laval, Québec), December 2008.

Morger E., *Significant Trends in Corporate Environmental Accountability: The New Performance Standards of the International Financial Corporation*, Colorado Journal of International Law and Policy, 2007.

Morgera E., *An Environmental Outlook on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Comparative Advantage, Legitimacy, and Outstanding Questions* in: “*The Lead Up to the 2006 Review*”, *Georgetown International Environmental Law Review*, 2006;

Morgera E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford 2009.

Muchlinsky P., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford 2007.

Muchlinsky P., Ortino F., Schreuer C. (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008.

NAFTA, *North American Free Trade Agreement*, US-Canada-Mexico, 17 December 1992, entrato in vigore il 1 Gennaio 1994.

Neuman J., Turk E., *Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law after Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, in: “*Journal of World Trade*”, 2003.

Newcombe A., *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, *ICSID Review* 2005.

OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovation*, OECD Study 2008.

Ong D.M., *The Contribution of State-Multinational Corporation-Transnational Investment Agreements to International Environmental Law*, in: “*Yearbook International Environmental Law*”, 2006.

Orakhelashvili A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006.

Orellana M., *The Role of Science in Investment Arbitrations Concerning Public Health and the Environment*, *Yearbook of International Environmental Law*, 2006.

*Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Guidelines for Multinational Enterprises*, 2000 ('OECD Guidelines');

Radicati di Brozolo L., *Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, Recueil des cours 2005.

Rajamani L., *From Berlin to Bali and Beyond: Killing Kyoto Softly?*, in: "International & Comparative Law Quarterly", 2008.

Reinisch A. (ed) *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008.

Reinisch A., *Necessity in International Investment Arbitration: An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?*, Journal of World Investment & Trade, 2007.

Reisman M., *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Threshold*, ICSID Review 2000;

*Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. 1), Resolution 1, Annex 2: Agenda 21 ('Agenda 21').

Report of the World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, UNGA Res A/42/427, Annex.

*Report of the World Summit on Sustainable Development*, A/CONF.199/20, Part I, item 2: Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development ('Plan of Implementation').

Revesz R.L., *Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation*, in: "New York University Law Review", 1992.

Richardson B.J., *Climate Finance and its Governance: Moving to a Low Carbon Economy through Socially Responsible Financing?* in: "International & Comparative Law Quarterly", 2009.

Richardson B.J., *Financing Sustainability: The New Transnational Governance of Socially Responsible Investment*, in: "Yearbook International Environmental Law", 2006.

Richardson B.J., *The Equator Principles: The Voluntary Approach to Environmentally Sustainable Finance*, *European Environmental Law Review*, 2005.

Ruiz Fabri H., Sorel J-M. (eds), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2005.

Santulli C., *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005.

Savadogo L., *Le recours des juridictions internationales à des experts*, *Annuaire français de droit international* 2004.

Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law*, *Duke Law Journal* 1989.

Schreuer C., *Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration*, *Austrian Review of International and European Law*, 2002;

Schreuer C., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention. A Commentary* (2nd edn), Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Schrijver N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, *Recueil des cours*, 2008.

Schultsz J.C., Van den Berg A-J. (eds), *The Art of Arbitration—Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer, 1967.

Shelton D., *Normative Hierarchy in International Law*, *American Journal of International Law*, 2006.

Shelton D., *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, *American Journal of International Law* 1994.

Simma B. (ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002.



Sohn L.B., Baxter R.R., *Draft Convention on the International Legal Responsibility of States for Injuries to Aliens*, American Journal of International Law, Harvard Draft 1961.

Stephens T., *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Stern B., *Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes*, ICSID Review, 2007.

Tienhaara K., *Unilateral Commitments to Investment Protection: Does the Promise of Stability Restrict Environmental Policy Development?*, Yearbook of International Environmental Law 2006.

Treves T., Pineschi L., Tanzi A., Pitea C., Ragni C., Romanin Jacur F. (eds), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, T M C Asser Press, The Hague, 2009.

Triantafilou E., *Amicus Submissions in Investor-State Arbitration after Suez v. Argentina*, Arbitration International, 2008.

Tschanz P-Y., Viñuales J.E., *Compensation for Non-Expropriatory Breaches of International Investment Law. The Contribution of the Argentine Award*, Journal of International Arbitration 2009.

Tully S., *The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, International & Comparative Law Quarterly, 2001.

UN Global Compact Office, *United Nations Guide to the Global Compact: A Practical Understanding of the Vision and the Nine Principles*;

UNEP Finance Initiative, *Statement by Financial Institutions on the Environment and Sustainable Development*, disponibile su: <http://www.unepfi.org/signatories/statements/fi/index.html>.

UNESCO Convention, *Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*, entrata in vigore il 17 December 1975.

United Nations Principles of Responsible Investment, disponible su: [www.unpri.org/principles](http://www.unpri.org/principles).

Van Hecke G., *Droit public et conflit des lois*, in “Travaux du Comité français de droit international privé” (1982-1984).

Verdross A., *Jus dispositivum and jus cogens in International Law*, American Journal of International Law, 1966.

Viñuales J.E., *Access to Water in Foreign Investment Disputes*, Georgetown International Environmental Law Review, 2009.

Viñuales J.E., *El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: Perspectivas y prospectivas* in *Organization of American States (OAS)/Inter-American Juridical Committee, Annual Course on International Law. Universalism and Regionalism at the Beginning of the 21st Century*, 2010.

Vinuales J. E., *Foreign Investment and the Environment*, British Yearbook of International Law, 2010.

Viñuales J.E., *La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional*, International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2008.

Viñuales J.E., *Las Cuestiones Medioambientales y el Concepto de Estado de Necesidad*, Universitas. Revista de derecho, 2009.

Viñuales J.E., *Legal Techniques for Dealing with Scientific Uncertainty in Environmental Law*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2010.

Viñuales J.E., *State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law*, NAFTA: Law and Business Review of the Americas, 2008.

Viñuales J.E., *The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment*, Fordham International Law Journal 2008.

Wara M., *Measuring the Clean Development Mechanism's Performance and Potential*, UCLA Law Review, 2008;

Wehland H., *Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?*, International & Comparative Law Quarterly, 2009;

Weiler J.H., Paulus A.L., *The Structure of Change in International Law or is there a Hierarchy of Norms in International Law?*, European Journal of International Law 1997.