

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Internazionale

**SVILUPPO SOSTENIBILE E NUOVI ACCORDI
DI INVESTIMENTO**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Roberto Virzo

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Pietro Pustorino

CANDIDATO

Francesca Palazzini

Matr.143703

Anno Accademico 2020/2021

INDICE

<i>INTRODUZIONE</i>	5
---------------------------	---

<i>CAPITOLO PRIMO: IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI E LA TUTELA DEGLI INVESTIMENTI STRANIERI</i>	8
--	---

1. Introduzione	8
2. L'evoluzione storica del diritto internazionale degli investimenti	9
3. Le fonti del diritto internazionale degli investimenti	15
3.1. Gli accordi bilaterali di investimento	16
3.2. Gli accordi regionali e settoriali in materia di investimenti	19
3.3. Gli accordi multilaterali di investimento	25
4. Gli standard di trattamento degli investimenti esteri	27
5. Conclusione	37

<i>CAPITOLO SECONDO: IL RAPPORTO PROBLEMATICO TRA DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI E SVILUPPO SOSTENIBILE</i>	39
--	----

1. Introduzione	39
2. La crisi di legittimità del regime giuridico degli investimenti e la questione del riconoscimento dei valori non commerciali	41
3. La nozione di sviluppo sostenibile	48
4. Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale	53
5. Il legame tra lo sviluppo sostenibile e la disciplina internazionale degli investimenti	58
6. Lo sviluppo sostenibile nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali	64
7. Conclusioni	70

CAPITOLO TERZO: I NUOVI ACCORDI DI INVESTIMENTO E LE CLAUSOLE A FAVORE DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE	73
1. Introduzione	73
2. La tendenza al riconoscimento esplicito dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento	74
3. Le clausole a tutela dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento	80
3.1. La previsione del “ <i>not lowering standards</i> ”	80
3.2. Il mantenimento di spazi di regolazione interna	82
3.3. L’esclusione dell’espropriazione indiretta.....	83
3.4. Le previsioni di cooperazione.....	86
3.5. Gli obblighi a carico dell’investitore.....	89
4. Le ulteriori modalità di tutela dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento	91
4.1. Le relazioni tecniche nella risoluzione delle controversie	91
4.2. La responsabilità sociale d’impresa	92
4.3. L’ <i>Amicus curiae</i>	96
4.4. L’utilizzo di un linguaggio più chiaro.....	97
5. Conclusione	99
 CONCLUSIONE	 101
 BIBLIOGRAFIA	 103

INTRODUZIONE

Il diritto internazionale degli investimenti è una branca specializzata del diritto internazionale che si occupa della protezione degli investimenti esteri. La disciplina si basa su vari tipi di accordi internazionali di investimento, norme consuetudinarie, principi generali di diritto, diritto nazionale e strumenti di soft law.

Gli accordi internazionali di investimento costituiscono la componente principale del moderno diritto internazionale degli investimenti, e includono *Bilateral Investment Treaties* (BITs), capitoli di investimento nei *Free Trade Agreements* (FTAs) e alcuni trattati multilaterali, come la Convenzione del 1965 per la risoluzione delle controversie riguardanti gli investimenti tra uno Stato contraente e un cittadino di altro Stato contraente (Convenzione ICSID) e la Convenzione 1985 istitutiva dell'Agenzia multilaterale per la garanzia degli investimenti (Convenzione di Seul). Da quando è stato concluso il primo BIT tra Germania e Pakistan negli anni '50, il mondo ha assistito a una proliferazione degli accordi di investimento, soprattutto negli ultimi decenni. Secondo le statistiche della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD), gli Stati di tutto il mondo hanno concluso più di 3000 BIT.

Le attività di investimento transnazionali possono non solo produrre prosperità economica allo Stato che ospita l'investimento, ma possono anche determinare un impatto profondo che va al di là dell'area economica. Infatti, è stato riportato che tali attività spesso danno luogo a significativi problemi ambientali, di diritti umani, di interesse pubblico o di sviluppo sostenibile.¹

Sebbene gli accordi d'investimento non siano negoziati principalmente ai fini della promozione dello sviluppo sostenibile, molte disposizioni ivi contenute presentano un collegamento con il tema, tale per cui sono in grado di influire sulla sua implementazione. La *ratio* di tali disposizioni risiede nell'esonerare gli Stati contraenti dalla responsabilità per l'adozione di misure di regolazione altrimenti incompatibili con i loro obblighi pattizi.

Tuttavia, alcuni ritengono che la struttura del diritto internazionale degli investimenti sia tale da non tenere sufficientemente in considerazione simili risvolti. Il deficit sarebbe da attribuire innanzitutto a squilibri sistemici all'interno della materia: la disciplina di riferimento viene elaborata e decisa dagli Stati nel corso

¹ MABEY, N., MCNALLY, R., *Foreign Direct Investment and Environment: from pollution havens to sustainable development*, WWF-UK Report, 1999.

delle negoziazioni degli accordi in modo tale da promuovere la crescita economica degli stessi. Pertanto, quanto più si renderanno favorevoli le condizioni dell'investimento, tanto più lo Stato potrà sperare di ottenere la fiducia dell'investitore.

Inoltre, può anche ritenersi conseguenza della frammentazione del diritto internazionale.² Il diritto internazionale è visto come la combinazione di una serie di regimi normativi specializzati, ciascuno avente un oggetto diverso e operante in modo autonomo, al di fuori del diritto internazionale generale. Ad esempio, il diritto internazionale degli investimenti e la tutela internazionale dei diritti umani sono percepiti come rami diversi del diritto internazionale, che non presentano sostanziali sovrapposizioni. Tuttavia, tale separazione impedisce al diritto internazionale degli investimenti di affrontare i problemi non strettamente connessi con il suo oggetto, compresi i problemi di sviluppo sostenibile.

Il concetto di sviluppo sostenibile è stato definito in maniera celebre dalla Commissione di Brundtland del 1986 quale capacità degli Stati di soddisfare i propri bisogni senza precludere alle generazioni future la possibilità di soddisfare i propri.³ Molti Stati hanno gradualmente spostato il paradigma dello sviluppo dall'enfasi sulla crescita economica all'enfasi sullo sviluppo complessivo nelle dimensioni economica, ambientale e sociale. Vi è un crescente consenso sul fatto che gli investimenti esteri non dovrebbero solo contribuire alla crescita economica, ma dovrebbero anche contribuire alla promozione dello sviluppo sostenibile dello Stato ospitante.

Inoltre, attraverso il funzionamento degli accordi e dei sistemi arbitrali di risoluzione delle controversie Stato-investitore, diversi Paesi hanno preso coscienza del fatto che le previsioni contenute negli accordi sono in grado di limitare indebitamente il loro potere normativo, ostacolando l'adozione di misure variamente rivolte al perseguimento dell'interesse pubblico.

Il sistema internazionale degli investimenti si trova a un bivio storico. Alcuni Stati hanno rivisto i propri modelli di BIT in modo tale da porre rimedio alle anzidette criticità nei futuri BITs, alcuni hanno denunciato la Convenzione ICSID e deciso di terminare i propri accordi e altri hanno chiesto una profonda riforma del meccanismo ISDS esistente. Tale contesto evidenzia l'urgente necessità di introdurre dei meccanismi idonei a bilanciare il panorama degli investimenti con le nuove esigenze di sostenibilità.

² Report of the Study Group of the International Law Commission, finalizzato da Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and Expansion of International Law*, 2006.

³ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987.

Il presente elaborato si propone di esplorare i problemi di cui sopra, non solo discutendo degli aspetti normativi degli accordi di investimento, ma analizzando lo status quo e il possibile miglioramento delle varie disposizioni in materia di sviluppo sostenibile.

L'elaborato si compone di tre parti.

Il capitolo primo descrive le caratteristiche generali del diritto internazionale degli investimenti, alla luce delle sue evoluzioni storiche, soffermandosi sulle fonti della disciplina e sul funzionamento dei principali standard di trattamento degli investitori stranieri.

Successivamente, al capitolo secondo, la tesi tratta l'origine e l'oggetto della crisi di legittimità che ha interessato il settore in tempi recenti. Nello specifico, si sofferma sulla progressiva inclusione degli interessi non commerciali, fra i quali può annoverarsi il diritto allo sviluppo sostenibile. Proseguendo con una dettagliata analisi del concetto, in modo tale da approfondirne il legame di fondo con il settore degli investimenti, si svolgerà un esame della rilevanza data ai suoi principi nelle controversie Stato-investitore più recenti.

Infine, l'ultimo capitolo è dedicato alla descrizione delle soluzioni avanzate dalla dottrina e dalla prassi alle criticità riscontrate, focalizzando l'attenzione sugli accordi di ultima generazione e sulle clausole che favoriscono lo sviluppo sostenibile.

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI E LA TUTELA DEGLI INVESTIMENTI STRANIERI

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'evoluzione storica del Diritto internazionale degli investimenti; 3. Le fonti del diritto internazionale degli investimenti; 3.1. Gli accordi bilaterali di investimento; 3.2. Gli accordi settoriali e regionali in materia di investimenti; 3.3. Gli accordi multilaterali di investimento; 4. Gli standard di trattamento degli investimenti esteri; 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il diritto internazionale degli investimenti è una branca del diritto relativamente recente, che si è occupata di fornire tutele e garanzie agli investitori operanti in uno Stato straniero. La finalità del seguente capitolo è fornire gli strumenti di base per comprendere le nozioni fondamentali della disciplina.

Il capitolo si aprirà con un'esposizione degli aspetti chiave della materia, partendo da una breve introduzione sul panorama storico in cui nasce e si evolve il diritto internazionale degli investimenti, si comprenderà lo scopo con il quale esso è stato creato: proteggere gli interessi degli investitori in modo tale da incentivarne l'attività nel proprio territorio. A tal proposito, la disciplina si è sviluppata attraverso la creazione di principi convenzionali e consuetudinari.

Successivamente verranno presentate le fonti, le quali rappresentano la base giuridica dei rapporti Stato-investitore e che serviranno a fornire un quadro puntuale della normativa di riferimento. Queste si articolano in norme consuetudinarie e in diverse tipologie di accordi internazionali, fra i quali predominano gli accordi bilaterali.

Infine, verranno approfonditi gli standard di tutela degli investitori che si sono affermati fino ad ora grazie alla crescente importanza degli investimenti per gli Stati. Alcuni di questi hanno ormai acquisito il rango

di principi consuetudinari, come ad esempio quello dello standard minimo internazionale, mentre altri hanno mantenuto la loro rilevanza convenzionale, come ad esempio il trattamento giusto ed equo.

2. L'evoluzione storica del diritto internazionale degli investimenti

Il diritto internazionale degli investimenti è il settore del diritto internazionale che riunisce le norme ed i principi posti a tutela degli investimenti effettuati nel territorio di uno Stato da investitori privati nazionali di un altro Stato, definiti «investimenti esteri» o «stranieri»⁴. Lo Stato nel cui territorio viene effettuato l'investimento è detto «Stato ospite» in quanto, appunto, è sede dell'investimento e titolare di una serie di obblighi di natura convenzionale e consuetudinaria finalizzati a tutelarlo e garantirlo.

Ciascuno strumento adotta una propria definizione di «investimento» o «investitore», tuttavia è possibile indicare alcuni dei criteri generalmente utilizzati per identificare ciò che costituisce investimento: a) una certa durata nel tempo dell'operazione; b) una aspettativa di profitto e di remunerazione dell'investimento; c) l'assunzione di un certo rischio da parte dell'investitore; d) un certo valore delle risorse apportate dall'investitore; e) il contributo dell'operazione allo sviluppo economico dello Stato ospite.⁵

La nascita del diritto internazionale degli investimenti può essere collocata nel XVII secolo, in concomitanza con l'espansione dell'attività europea di investimento e commercio.

Precedentemente le questioni relative agli investimenti venivano semplicemente ricondotte alla disciplina del trattamento dello straniero e dei suoi beni. Quest'ultima prevedeva che, sebbene gli stranieri che si trovino nel territorio nazionale altrui siano sottoposti all'autorità dello Stato territoriale, questi debbano comunque vedersi garantiti alcuni diritti fondamentali in accordo con il diritto internazionale. Pertanto, ciascuno Stato era tenuto a predisporre un sistema normativo idoneo a garantire protezione allo straniero e reprimere le offese contro la sua persona o i suoi beni. Nell'ipotesi in cui un Paese fosse venuto meno a tale

⁴ MAURO, M. R., *Diritto Internazionale Dell'Economia: Teoria e Prassi Delle Relazioni Economiche Internazionali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.

⁵ Preambolo della Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati, Washington, 18 marzo 1865.

obbligo si sarebbe reso responsabile di un illecito internazionale, consentendo allo Stato nazionale dell'investitore di intervenire attraverso la protezione diplomatica.⁶

La sua evoluzione nel tempo come branca autonoma del diritto è da attribuire sia allo sviluppo dei traffici commerciali e della loro disciplina, base anche della materia degli investimenti, sia ai cambiamenti storici e sociali che determinano il sorgere di nuove istanze nel panorama del diritto internazionale.

Nei primi decenni del XIX secolo le attività di investimento all'estero divennero particolarmente propizie: in Europa si respirava un clima di pace, successivamente alle guerre napoleoniche del 1815, e la Rivoluzione Industriale aveva moltiplicato la capacità produttiva delle fabbriche, ponendole di fronte all'esigenza di esportare il *surplus*. La tendenza nascente fu quella di sottoporre gli investitori stranieri alla giurisdizione nazionale per evitare che quella locale tutelasse unicamente gli interessi dello Stato ospite.⁷

Da questo presupposto iniziò a diffondersi l'idea per cui non fosse possibile espropriare o nazionalizzare beni stranieri. A tal proposito gli esperti di diritto si adoperarono alla ricerca di un fondamento giuridico. Il filosofo olandese Ugo Grozio sostenne che il principio del dominio riservato degli Stati sul proprio territorio, e conseguentemente sulla comunità di persone in esso stanziate, non riguardasse in alcun modo la proprietà dello straniero, bensì esclusivamente quella dei sudditi.⁸ La maggiore risonanza venne ottenuta dal giurista svizzero Emer de Vattel, il primo ad introdurre l'idea di una disciplina *ad hoc* a tutela degli investitori stranieri, attraverso la concezione per cui un danno ad un cittadino estero è un danno alla sovranità del suo Stato d'appartenenza. Famosa è la formula di Vattel per cui «*quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen*»⁹. Pertanto, Vattel fece un passo ulteriore, arrivando ad affermare che la proprietà dello straniero rappresentasse quasi un'estensione del suo territorio nazionale e di conseguenza qualsiasi misura attuata verso la stessa si sarebbe tradotta in un affronto alla sovranità territoriale altrui.

⁶ SCISO, E., *Appunti Di Diritto Internazionale Dell'Economia*, Terza, Giappichelli, 2017.

⁷ Ad esempio, all'Art. 4 dell'accordo 1861 tra lo Sceicco di Bahrain ed il Governo britannico si legge: «*All offences which they may commit or which may be committed against them, shall be reserved for the decision of the British Resident. Provided the British agent of Bahrain shall fail to adjust them satisfactorily*». Per approfondimenti si veda SUTTON, S. D., *Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power*, in *Arbitration International*, Vol. 21, 2005.

⁸ GROZIO, U., *De iure belli ac pacis*, 1625.

⁹ DE VATTEL, E., *Les droit des gens*, Londra, 1758.

Tale disciplina specifica non era ancora stata creata in quanto gli investimenti avvenivano per lo più in un contesto di espansione coloniale, dove la tendenza a vedere il cittadino e i suoi beni come estensione del territorio statale venne attuata in maniera particolarmente rigida: molti sostennero che ai commercianti stranieri non venissero applicate le norme locali vigenti, bensì quelle dello Stato di provenienza, poiché proprie della madrepatria e in quanto tali gerarchicamente superiori. Pertanto, gli unici problemi che potevano sorgere erano legati agli investimenti effettuati al di fuori delle dominazioni coloniali, i quali venivano comunque risolti per via diplomatica, attraverso la minaccia dell'uso della forza o di sanzioni economiche. Era frequente il ricorso alla cd. diplomazia delle cannoniere, una pratica molto diffusa fra i principali Paesi europei consistente nello stanziamento delle proprie navi ai confini marittimi del Paese ospite, in modo tale da fargli pressione e costringerlo a corrispondere il risarcimento.¹⁰

Tuttavia, man mano che le colonie acquisirono indipendenza, l'istituto della protezione diplomatica iniziò a mostrare i suoi limiti. Il primo risiede nell'ampia discrezionalità dello Stato nazionale circa la possibilità di esercitarla o meno, poiché il diritto internazionale tradizionale non inquadra la protezione diplomatica come un diritto facente capo all'individuo, bensì come una facoltà dello Stato.¹¹ Peraltro, la decisione di quest'ultimo dipende da una valutazione avente carattere politico, fra i parametri presi in considerazione emerge non solo la fondatezza dell'istanza del privato, ma anche la coerenza dell'azione diplomatica con la politica estera perseguita. Un secondo limite è, invece, a carattere temporale, la possibilità per l'investitore di rivolgersi alle proprie autorità nazionali è subordinata al previo esaurimento dei rimedi locali interni, i quali sono spesso ben lontani dal potersi definire imparziali, trasformando così la richiesta di risarcimento del danno in un lungo e difficoltoso processo.

Anche la materia degli investimenti iniziò a mutare le sue sembianze, da diritto nato per regolare le attività espansionistiche fra paesi europei divenne lo strumento a tutela degli interessi dei Paesi esportatori di capitale. Infatti, questi ultimi sostennero con vigore la necessità di una disciplina autonoma di diritto internazionale, la quale individuasse uno standard minimo di protezione verso gli investitori e creasse un meccanismo apposito di risoluzione delle controversie, in modo tale da facilitare il riconoscimento dei diritti spettanti ai privati.

¹⁰ Un episodio famoso fu quello che vide coinvolte Gran Bretagna, Germania e Italia, le quali, nel 1902, inviarono le loro flotte sulle coste del Venezuela chiedendo le riparazioni dovute ai propri cittadini a causa della guerra civile venezuelana. Per approfondimenti si veda: REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2004.

¹¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v Spain)*, ICJ Rep 1970.

Dall'altro lato, gli ex Paesi coloniali si dimostrarono contrari ad una normativa internazionale, considerando gli investimenti come una nuova forma di colonialismo che si basava sul monopolio dei mezzi di produzione e su un eccessivo sfruttamento dei territori e delle risorse dei propri Paesi. Così tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo nei Paesi dell'America Latina si sviluppò la dottrina di Calvo (ndr. Carlos Calvo)¹², la quale sosteneva che gli stranieri avessero diritto ad un trattamento uguale a quello garantito ai cittadini dello Stato ospite, ma che non fosse in alcun modo maggiormente vantaggioso. A tal proposito, i privati si sarebbero dovuti impegnare a non richiedere la protezione diplomatica o comunque far intervenire nella giurisdizione il proprio Stato nazionale, accettando le leggi e la giurisdizione degli Stati in cui le loro operazioni commerciali venivano effettuate. Qualsiasi controversia fosse sorta in merito al trattamento dello straniero o della sua proprietà si sarebbe dovuta risolvere ordinariamente, dinanzi ai tribunali locali ed in applicazione della legge locale, la protezione diplomatica sarebbe comunque tornata ad operare se il regolare accesso agli organi locali di giurisdizione fosse stato negato.¹³ Il punto di partenza nel ragionamento di Calvo era che tutti i Paesi dovessero porsi su un piano di uguaglianza ed indipendenza reciproca, pertanto ingerenze indebite non sarebbero state viste con favore.¹⁴

Questa dicotomia di ideologie sarà il punto di partenza di una contrapposizione tra gli ex Paesi coloniali, da un lato, ed i Paesi industrializzati, dall'altro, che continuerà per molto tempo e che sarà il motore del cambiamento del diritto internazionale degli investimenti.

L'avvento delle due guerre mondiali contribuì a rendere la regolamentazione ancora più intricata. Con la Prima Guerra Mondiale si diffuse un generalizzato approccio nazionalista che perdurò fino al termine del secondo conflitto mondiale, portando molti Paesi a adottare un atteggiamento di chiusura verso gli stranieri.

In particolare, negli anni '20, tale tendenza condusse ad una serie di nazionalizzazioni ed espropriazioni su vasta scala, le quali aprirono un lungo dibattito sul tema della legittimità dell'espropriazione degli

¹² CALVO, C., *Le Droit International Théorique et Pratique*, Parigi, 1870.

¹³ JUILLARD, P., *Calvo Doctrine/Calvo Clause*, Oxford Public International Law.

¹⁴ La compatibilità della clausola di Calvo con il diritto internazionale fu da subito dubbia, la discussione venne approfondita in numerose pronunce arbitrali, la più famosa è quella del caso *North American Dredging Company*. Qui la Commissione sembrò trovare un punto d'incontro tra il pensiero dell'America Latina da un lato e quello degli Stati Uniti e dell'Europa dall'altro, affermando che la protezione diplomatica è un mezzo facente capo non all'individuo, bensì al suo Stato d'appartenenza, e pertanto egli non ha alcun potere per rifiutarla. Pertanto, è vero che i reclami inerenti al contratto Stato-investigatore dovevano essere indirizzati alle Corti locali, però è anche vero che una volta esauriti tali rimedi lo Stato d'appartenenza avrebbe sempre potuto ricorrere all'istituto della protezione diplomatica. Ciononostante, la dottrina di Calvo è parte della tradizione legale dell'America Latina ed è tuttora presente in alcune costituzioni moderne.

investimenti esteri e della necessità di corresponsione di un indennizzo. Nonostante il riconoscimento di un indennizzo fosse un principio molto diffuso, il più delle volte era poco soddisfacente, soprattutto nel settore degli investimenti dove spesso si faceva ricorso ai *lump-sum agreements* o accordi di compensazione globale, accordi attraverso i quali lo Stato che aveva attuato la misura corrispondeva una somma forfettaria allo Stato nazionale degli investitori che avessero subito la nazionalizzazione.¹⁵ Una delle posizioni fatte proprie dalla dottrina moderna fu quella formulata dal segretario di Stato americano, Cordell Hull, caratterizzata dal riconoscimento della legittimità dell'espropriazione per motivi di pubblica utilità, che però fosse compensata dal riconoscimento di un indennizzo "pronto, adeguato ed efficace".

Al termine del secondo conflitto mondiale, la comunità internazionale, fortemente provata dalle atrocità della guerra, da subito si impegnò in due sensi: porre al centro della nuova normativa internazionale l'individuo in quanto soggetto direttamente titolare di diritti e ricostruire un ordine economico ispirato alle teorie liberiste.

A guidare la nuova cooperazione internazionale fu un'organizzazione politica a carattere mondiale, l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), creata il 26 giugno 1945 con l'impegno di 51 Stati Membri. Gli Stati si impegnarono a garantire la pace, la sicurezza e la promozione dei diritti umani, attraverso un'indagine sull'evoluzione storica delle sue esigenze. La disciplina si è in parte sostituita a quella dello standard minimo internazionale, il quale ha assunto una connotazione preminentemente economica.

Dal punto di vista economico gli Stati vincitori si dedicarono alla creazione di un mercato ispirato al libero scambio, l'obiettivo era di disciplinare gli scambi commerciali tra gli Stati in un'ottica di abolizione progressiva delle barriere doganali, dei dazi e degli altri ostacoli alla libera circolazione delle merci. Per fare ciò era necessario creare attori che operassero sia nella sfera economica che finanziaria. Già nel 1944 ci si preparò alla ricostruzione del sistema monetario e finanziario con la Conferenza di Bretton Woods, durante la quale fu costituito il Fondo Monetario Internazionale e la Banca per la Ricostruzione e lo Sviluppo, poi diventata la Banca Mondiale.

Successivamente si tennero anche le negoziazioni per un progetto ben più ambizioso, quello della creazione dell'Organizzazione Internazionale del Commercio (OIC), un'organizzazione a vocazione universale che creasse un mercato comune a livello internazionale. Tuttavia, le negoziazioni non andarono a buon fine, concludendosi unicamente con l'adozione del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) nel 1947, un accordo che incontrò un grande consenso e tutt'oggi rimane il punto di riferimento in materia di

¹⁵ MAURO, M. R., *Diritto Internazionale Dell'Economia: Teoria e Prassi Delle Relazioni Economiche Internazionali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.

abolizione delle barriere commerciali. Nel 1994 gli subentrerà l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

Le tendenze liberiste non riuscirono a coinvolgere veramente tutti i Paesi, ma per lo più quelli aventi un'economia di mercato e maggiormente industrializzati. Una posizione particolare era occupata dai Paesi in via di sviluppo (PVS), che pur essendo ricchi in risorse, non disponevano né delle conoscenze né delle tecnologie idonee per la loro affermazione a livello economico

Nella convinzione che il raggiungimento dell'indipendenza economica fosse *conditio sine qua non* per poter avere voce in materia di regolamentazione economica, ed anche in materia di investimenti, l'ONU si adoperò per la creazione di un Nuovo Ordine Economico che puntasse al riconoscimento della sovranità permanente sulle proprie risorse naturali, come mezzo per il raggiungimento dello sviluppo e benessere sociale¹⁶ e implicante il diritto per lo Stato di utilizzarle e disporne in totale libertà. Attraverso l'approvazione di una serie di risoluzioni¹⁷, l'ONU tentò di creare un ordine internazionale nuovo, il quale garantisse la completa uguaglianza degli Stati sovrani nella Comunità internazionale e dei loro popoli, liberi di affermarsi al di fuori di regimi di dominio coloniale e *apartheid*. La libertà di ciascuna Nazione di scegliere il sistema economico che gli è proprio e di disporre delle proprie risorse naturali, anche attraverso l'adozione di misure di *taking*, era condizione necessaria per lo sviluppo di tutti gli Stati e il mantenimento della pace.¹⁸

Le tensioni ancora esistenti tra i PVS, sostenitori della dottrina di Calvo da un lato, e i Paesi industrializzati, sostenitori dello standard minimo internazionale dall'altro, arrivarono al loro culmine nel 1973, con la crisi energetica. I maggiori Paesi esportatori di petrolio rivendicarono la sovranità sulle proprie risorse, decidendone autonomamente il prezzo, che finora era stato controllato dai Paesi occidentali in modo tale da mantenerlo basso, a discapito degli azionisti arabi. Il prezzo del greggio triplicò, tuttavia le conseguenze

¹⁶ UN General Assembly Res. 1803 (XVII), 1962, "Permanent sovereignty over natural resources", all'art. 1 si legge: «*The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned*».

¹⁷ UN General Assembly Res. 1803 (XVII), 1962, "Permanent sovereignty over natural resources"; UN General Assembly Res. 3201 (S-VI), 1974, "Declaration on the Establishment of New Economic Order"; UN General Assembly Res. 3202 (S-VI), 1974, "Program of Action on the Establishment of a New International Economic Order"; UN General Assembly Res. 3281 (XXIX), 1974, "Charter of Economic Rights and Duties of States".

¹⁸ La Dichiarazione si apre con l'enunciazione: «*Solemnly proclaim our united determination to work urgently for the Establishment of a New International Economic Order based on equity, sovereign equality, interdependence, common interest and cooperation among all States, irrespective of their economic and social systems which shall correct inequalities and redress existing injustices, make it possible to eliminate the widening gap between the developed and the developing countries and ensure steadily accelerating economic and social development and peace and justice for present and future generations.[...]*».

non furono disastrose come ci si aspettava: i Paesi europei si concentrarono sullo sfruttamento di altre forme di energia, tra cui il nucleare, mentre gli Stati Uniti iniziarono a sfruttare maggiormente i propri giacimenti. Ancora una volta i PVS si resero conto della minima influenza che potevano determinare sul mercato.

Il progetto del Nuovo Ordine Economico Internazionale non venne realizzato poiché agli occhi della comunità internazionale sembrò sostenere maggiormente i PVS, ponendo numerosi obblighi unilaterali in capo ai soli Paesi industrializzati, motivo per cui molti di loro non vi aderirono. Tuttavia, le iniziative dell'ONU sono state decisive per lo scopo del diritto internazionale degli investimenti, in quanto ne hanno rimesso in discussione la finalità, portando la comunità internazionale ad interrogarsi sul ruolo svolto dalla materia.

Inoltre, hanno avuto notevole rilevanza nell'affermazione del principio della sovranità permanente sulle proprie risorse naturali, da cui se ne svilupperà uno ulteriore, ossia quello di sviluppo. Le risoluzioni adottate fissano nuove regole di condotta all'interno delle relazioni economiche, le quali devono d'ora in poi basarsi sul principio per cui la tutela e valorizzazione dell'ambiente nell'interesse delle generazioni presenti e future è una responsabilità dell'intera comunità internazionale. A tal proposito lo sfruttamento delle risorse naturali deve avvenire in maniera equilibrata e rispettosa del pianeta. Non solo, il nuovo concetto di sviluppo ha messo in luce la relazione esistente tra crescita economica e valori aventi diversa natura, espandendo le funzioni e responsabilità degli operatori del settore.

Poco dopo iniziarono ad apparire i primi *Bilateral Investment Treaties* (BITs), ossia degli accordi bilaterali stipulati per tutelare e promuovere gli investimenti. L'assoluta incertezza verso i principi di diritto internazionale tradizionali, pieni di lacune e contrasti interpretativi, portò gli Stati a rifugiarsi in un riferimento normativo più stabile come quello fissato nei BITs, il quale era deciso di comune accordo tra le parti contraenti in modo tale da avvicinarsi il più possibile al proprio ordinamento giuridico. Tale strumento rappresentò la vera base di sviluppo del diritto internazionale degli investimenti, infatti vennero accolti favorevolmente anche dai PVS, in quanto espressione della propria sovranità. A differenza dei tentativi di regolamentazione fatti finora, ai quali si erano sempre dimostrati ostili, gli accordi bilaterali gli permettevano loro di determinare il contenuto e la durata. Pertanto, le intese non sarebbero state espressione dei soli Paesi industrializzati, bensì direttamente della volontà congiunta dei Paesi che avrebbero vincolato.

3. Le fonti del diritto internazionale degli investimenti

Le fonti principali che disciplinano il diritto internazionale degli investimenti sono essenzialmente due: i contratti internazionali di investimento e gli accordi di investimento, i quali, a loro volta, si dividono in accordi bilaterali, regionali o settoriali e multilaterali. Oltre a tali accordi, rivestono particolare importanza anche i contratti internazionali di investimento, o *host government agreements* (HGA), i quali sono contratti direttamente stipulati tra l'investitore straniero e lo Stato ospite e hanno ad oggetto i termini dell'investimento come, ad esempio, la natura del medesimo, il suo valore, la legge applicabile, speciali diritti dell'investitore oppure obblighi non previsti dalla semplice legge nazionale. Solitamente tali contratti vengono conclusi quando si tratti di un investimento a lungo termine o che implichi l'impiego di un capitale elevato, così da garantire una disciplina più dettagliata e garantista. Pertanto, questi si considerano come un supplemento o una deroga della disciplina più generale prevista dal semplice diritto nazionale o contenuta negli accordi di investimento.

3.1. Gli accordi bilaterali di investimento

Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti, meglio noti come BITs (*Bilateral Investment Treaties*), sono accordi internazionali tra due Stati che stabiliscono i termini e le condizioni degli investimenti privati fatti da persone fisiche o giuridiche di uno Stato in un altro.

Il contenuto dei BITs solitamente copre cinque macro aree sostanziali: la definizione di investitore e di investimento, le condizioni per l'ammissione degli investimenti, il trattamento da garantire agli investitori, la compensazione in caso di espropriazione e i metodi di risoluzione delle controversie.¹⁹ Nella fattispecie concreta quest'ultimo viene concordato dai Paesi contraenti nell'ambito delle negoziazioni, occorre comunque specificare che è una pratica frequente per gli Stati quella di avere un modello nazionale standard di riferimento, periodicamente modificato.

I BITs iniziarono a proliferare in maniera repentina negli anni '90, in risposta alle incertezze e lacune contenute nella disciplina internazionale e oggi rappresentano lo strumento principale di regolamentazione.

¹⁹ SUBEDI, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Bloomsbury Publishing, 2020.

Basti pensare che il primo trattato bilaterale di investimento fu stipulato nel 1959 tra Germania e Pakistan²⁰, già nel 1989 ne furono conclusi più di trecento²¹ e nel 2015 l'ONU è arrivato a contarne tremila in esistenza.²²

Storicamente i predecessori dei moderni BITs furono i Trattati di amicizia, commercio e navigazione (FCNs), accordi conclusi dai Paesi più ricchi nel corso del XIX e XX secolo e aventi ad oggetto la creazione e regolamentazione delle relazioni commerciali. Rappresentano le prime norme convenzionali in materia²³, il loro contenuto toccava i vari aspetti del commercio in maniera ampia e generale con lo scopo di instaurare privilegi per le parti contraenti e i propri cittadini, comprendendo anche l'ambito degli investimenti.

Come si evince dal nome, le finalità principali di questi trattati erano tre: l'amicizia, consistente nell'instaurazione di relazioni diplomatiche amichevoli e in quest'ottica dovevano interpretarsi le norme ivi contenute; il commercio, cioè l'instaurazione di una rete duratura di scambi commerciali; la navigazione, cioè l'impegno al mantenimento della libertà di transito e navigazione nei mari territoriali altrui.

In questa fase vennero formulati dei principi contenuti ancora oggi nei moderni BITs, quali ad esempio il principio della nazione più favorita e quello della *neutrality in naval warfare*. Specialmente nelle ultime generazioni di FCNs si affrontò anche il tema dell'espropriazione, prevedendo che fossero mosse da motivi di pubblica necessità, eseguite in maniera non discriminatoria e compensate da un indennizzo pronto, adeguato ed efficace.

Pertanto, il contenuto dei primi BITs e degli ultimi FCNs era affine, ciò che li distingueva era però l'idea con la quale erano stati concepiti: mentre i BITs sono degli accordi che affrontano specificamente la materia, gli FCNs sono accordi volti alla definizione generale dei rapporti commerciali e delle loro diverse declinazioni pratiche. Questa differenza appare in maniera evidente nel linguaggio utilizzato, solitamente termini quali 'investitore' e 'investimento' vengono preferite a 'persone fisiche e giuridiche', 'proprietà'.²⁴

²⁰ GUNAWARDANA, A., *The Inception and Growth of Bilateral Investment Promotion and Protection Treaties*, in Proceedings of the ASIL Annual Meeting, Vol. 82, 1988, riguardo al ruolo particolare svolto dalla Germania nell'affermazione degli accordi bilaterali di investimento afferma che: "*the German investors, having lost their foreign assets in the two world wars, were particularly concerned about investment protection.*"

²¹ PAPPAS, A. J., *References on Bilateral Investment Treaties*, in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 4, 1989.

²² UNCTAD, World Investment Report, United Nations Publication, 2016.

²³ Uno dei primi fu il Trattato per la Pace e il Commercio tra gli Stati Uniti d'America e la Francia, firmato il 6 febbraio 1778.

²⁴ Si veda il Trattato di Amicizia, Commercio e Navigazione tra Italia e Stati Uniti, firmato il 2 febbraio 1948.

Il modello degli FCNs è stato abbandonato non soltanto perché si è preferito adottare una disciplina *ad hoc*, ma anche per depoliticizzare i rapporti di investimento: i nuovi accordi esprimevano unicamente l'esigenza di fissare una base di regole certe.

La disciplina contenuta negli accordi bilaterali riflette la volontà degli Stati contraenti e, pertanto, ricalca fortemente le norme previste a livello nazionale. Oltre a fissare in maniera chiara i vincoli reciproci, questi prevedono una lunga durata (solitamente dai dieci ai vent'anni), impegnando così le parti a mantenere stabile una certa regolamentazione nei confronti degli investitori dell'altro Stato indipendentemente da cambiamenti dell'assetto politico. La durata degli accordi era un aspetto che finora non aveva mai ricevuto particolare attenzione, tuttavia gli investimenti moderni spesso comportano un impegno a lungo termine, che riguardi un notevole apporto di capitale e ciò non sarebbe possibile senza delle garanzie di altrettanta durata.

Frequentemente, i modelli adottati da ciascuno Stato contengono gli standard maggiormente affermati a livello convenzionale e consuetudinario, il che rende gli accordi di investimento molto simili tra di loro ed in una certa misura prevedibili. Questo fenomeno prende il nome di standardizzazione del contenuto dei BITs, e ha fatto sorgere in dottrina la domanda se tali accordi possano provare l'esistenza di norme consuetudinarie o comunque contribuire alla loro formazione.

Per comprendere la questione è necessario iniziare l'analisi dalla natura degli accordi. Il presupposto della fortuna dei BITs è da individuare nell'incertezza delle norme di diritto internazionale in materia, se così non fosse gli Stati non avrebbero interesse ad individuare una serie di principi guida. Gli accordi bilaterali, pertanto, rappresentano una *lex specialis*, che può contenere dei principi variamente diffusi e accettati, ma anche una tutela diversa rispetto a quella generalmente riconosciuta. Le zone grigie ancora esistenti sono diverse, ad esempio non vi è univocità circa le modalità di espropriazione e compensazione, così come nella risoluzione delle controversie, e il risultato di tutto ciò è che ogni BIT presenta un contenuto singolare.

In ragione di quanto detto, in linea di principio è da escludere un legame tra formulazione dei BITs e consuetudine internazionale e questa è stata anche l'opinione espressa dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Barcelona Traction*, dove si è riconosciuta l'impossibilità dei *lump-sum agreements* e di qualsiasi altro accordo bilaterale di costituire un indice del diritto consuetudinario in quanto *lex specialis*.²⁵ La giurisprudenza prevalente ha fatto propria questa interpretazione.²⁶ A ciò si è aggiunto un altro

²⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v Spain)*, ICJ Rep 1970.

²⁶ Si vedano *American Independent Oil Co v. The Government of the State of Kuwait (AMINOIL)*, Arbitral Award, (1982) ILM; *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3 (Award, 1990);

interessante spunto di riflessione espresso nel caso *Sedco*, il quale ha posto in luce la rilevanza dei giudizi di opportunità effettuati nei suddetti accordi: attraverso valutazioni non giuridiche le parti perseguono ciò che è più vantaggioso per loro e non ciò che ritengono intrinseco al sistema degli investimenti.²⁷ A tal proposito le osservazioni di Alvarez, consulente legale del team USA di negoziazione dei BITs, sono sufficientemente esplicative:

« *BIT partners turn to the US BIT with the equivalent of an IMF gun pointed at their heads ; others may feel that, in the absence of a rival superpower, economic relations with one that remains are inevitable. For many, a BIT relationship is hardly a voluntary, uncorked transaction. They feel that they must enter into arrangement, or that they would be foolish not to, since they have already made the internal adjustments required for BIT participation in order to comply with demands made by, for example, the IMF... a BIT negotiation is not a discussion between sovereign equals*». ²⁸

Pertanto, gli accordi bilaterali costituiscono una disciplina singolare, la cui finalità è proprio quella di creare un regime distinto da quello esistente a livello consuetudinario. Conseguentemente questi devono essere necessariamente formulati come strumenti semplici per far fronte all'incertezza del diritto internazionale generale, però allo stesso tempo tale connotazione preclude loro di affermarsi come base universale, poiché non riportano i principi definiti e accettati.²⁹ Ciononostante, è innegabile che il ricorso a formule estremamente diffuse nei BITs possa essere indice, se non di *opino iuris*, quantomeno di *diuturnitas*, ed influenzare in minima parte i principi già parzialmente affermati nel diritto internazionale generale.

3.2. Gli accordi regionali e settoriali in materia di investimenti

AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, 2005 (Award on tribunal's competence, 2005).

²⁷ *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 128-129 (Second Interlocutory Award, 1986).

²⁸ Osservazioni fatte da J.E. Alvarez, presidente del comitato presso l'incontro annuale dell'American Society of International Law (ASIL), *Proceeding of the ASIL 86th Annual Meeting*, 1992.

²⁹ SORNARAJAH, M., *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of World Trade Law*, n. 1, 1986.

Il gran numero di accordi bilaterali ancora in vigore non esaurisce la rete degli *International Investment Agreements* (IIA), ossia l'insieme degli accordi volti a proteggere e promuovere gli investimenti transfrontalieri, a questi si sommano i trattati regionali e settoriali attualmente in vigore. Possono essere accordi specificamente dedicati alla materia degli investimenti oppure limitarsi ad includere alcuni principi disciplinanti la materia.

Tali accordi, solitamente, sono *Free Trade Agreements* (FTAs) e sono caratterizzati da uno spiccato intento di liberalizzazione, perseguito attraverso l'eliminazione o la riduzione di qualsiasi barriera posta all'ingresso. Tramite l'adozione di una regolamentazione dei dazi unica i Paesi perseguono la libertà di movimento di capitali e merci in modo tale da realizzare un'integrazione economica regionale più estesa. Sono espressione della tendenza a concludere trattati di più ampio respiro, che si occupino in maniera sinergica dei diversi aspetti dei rapporti economici fra i Paesi, sorta di pari passo con la proliferazione dei BITs.

La loro nascita va collocata nel secondo dopoguerra, sotto forma di regionalismo economico, ossia la propensione dei Paesi ad accordarsi vicendevolmente con i Paesi confinanti per il riconoscimento di vantaggi economici. La differenza tra BITs e FTAs risiede proprio nella natura dell'accordo, mentre i primi sono trattati dedicati in via esclusiva agli investimenti, gli ultimi sono dei veri e propri accordi commerciali, contenenti almeno un capitolo sugli investimenti. Nonostante la loro diversa natura i principi espressi nei capitoli interessati sono analoghi a quelli inseriti nei BITs.

La cooperazione a livello di accordi regionali o settoriali è stata incoraggiata sia dall'Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC), che dalle previsioni del GATT, il quale definisce una *free trade area*, o area di libero scambio, come: "*A free trade area shall be understood to mean a group of two or more customs territories in which the duties and other restrictive regulations of commerce [...] are eliminated on substantially all the trade between the constituent territories in products originating in such territories.*"

30

Prima di proseguire con l'analisi di alcuni esempi di trattati regionali e settoriali, occorre precisare che il fondamento giuridico su cui si basa il trattamento preferenziale disposto dagli accordi risiede nell'art. XXIV:5 del GATT, che consente di derogare al principio della nazione più favorita, e più in generale alle disposizioni contenute nel GATT, se necessario alla formazione di un'area di libero scambio.

³⁰ Art. XXIV (8) (b), General Agreement on Tariff and Trade, Ginevra, 1994.

a) Il *North American Free Trade Agreement* (NAFTA)

Il NAFTA è stato uno dei *free trade agreements* più rilevanti in materia di investimenti, firmato il 17 dicembre 1992 da Canada, Stati Uniti e Messico per la creazione di una zona di libero scambio.

L'attenzione del NAFTA verso la materia degli investimenti fu rivoluzionaria negli anni '90 e aprì la strada all'affermazione di numerosi principi che ancora non si erano imposti a livello consuetudinario.³¹ Non solo la trattazione avveniva in maniera particolarmente approfondita in ben sei capitoli, ma anche con un approccio estremamente garantista. Lo studioso Appleton ha osservato che trattati plurilaterali come il NAFTA si spingono ben oltre il diritto internazionale consuetudinario.³² La protezione offerta convenzionalmente era più ampia rispetto agli standard allora garantiti, spingendo anche i successivi trattati regionali a fare lo stesso.

All'art. 1102 viene fissato il principio del trattamento nazionale, il quale garantisce all'investimento un pari trattamento rispetto a quelli effettuati dai cittadini. Al successivo art. 1103 è contenuto il principio della nazione più favorita, pertanto il medesimo trattamento va riconosciuto anche a tutti i Paesi firmatari, o che si trovino nelle medesime condizioni. In merito alle intromissioni indebite nella proprietà straniera, l'art. 1110 (1) prevede:

“No party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such investment except: (a) for public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.”

L'approccio garantista dell'accordo emerge anche all'art. 1105(1), dove si legge: *“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with International law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”*

I principi di *fair and equitable treatment* e di *full protection and security* fecero la loro comparsa in via convenzionale una delle prime volte qui. Il trattamento giusto ed equo ricalca il più antico concetto di standard minimo internazionale, ossia l'insieme delle tutele minime che vanno riconosciute da ciascuno

³¹ KINNEAR, M., ROBIN H., *The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape*, in U.C. Davis Journal of International Law and Policy, Vol. 12, 2005.

³² APPLETON, B., MACKENZIE, D., LEGUM, B., SIQUEIROS, E., DODGE, W.S., *Investment Disputes and Nafta Chapter 11*, in Proceedings of the Annual Meeting - American Society of International Law, 2001.

Stato allo straniero. Il suo contenuto va determinato tenendo conto delle pronunce giurisprudenziali, dei lodi arbitrali e delle opinioni della dottrina.

Infine, occorre segnalare l'attenzione verso le sempre più rilevanti tematiche di tutela ambientale, all'art.1114 viene fissata la preminenza delle misure ambientali su quanto altro disposto dall'accordo, lo Stato parte rimane libero di adottare le regole più idonee al perseguimento della tutela della salute e dell'ambiente.

I principi finora illustrati non fanno che costituire una base solida per la costruzione di una fitta rete di investimenti provenienti dagli altri Paesi firmatari, attraverso l'espreso impegno di questi a riconoscere formule già parzialmente accettate nella Comunità Internazionale.

Oggi il NAFTA è stato sostituito dal *United States-Canada-Mexico Agreement (USMCA)*.³³

b) Il *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*

Il CETA è un accordo commerciale di libero scambio entrato in vigore il 21 settembre 2017 tra l'Unione Europea e il Canada. Si classifica come un *mega-regional trade agreement*, ossia un accordo commerciale tra nazioni geograficamente molto lontane, spesso appartenenti a continenti diversi, per il raggiungimento di un'integrazione economica.

Anche il CETA non fa eccezione al diffuso riconoscimento della clausola del trattamento nazionale e della nazione più favorita, rispettivamente agli artt. 8.6 e 8.7. Più interessanti sono le disposizioni in materia di espropriazione, di cui si occupa l'art. 8.12. Quest'ultimo si apre come una tradizionale clausola di espropriazione, per cui l'espropriazione deve essere motivata da esigenze di interesse pubblico, avvenire in maniera non discriminatoria e sulla base di un giusto processo, essendo seguita da un indennizzo pronto, adeguato ed efficace; segue la parte più innovativa, ossia l'elencazione di una serie di criteri attraverso i quali monetizzare l'indennizzo "adeguato":

“The compensation referred to in paragraph 1 shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset

³³ Le negoziazioni per il nuovo accordo sono state iniziate dal Presidente americano Donald Trump nel 2017 e il 1° luglio 2020 l'accordo è entrato in vigore. Il nuovo accordo affronta i bisogni del nuovo secolo, introducendo previsioni a tutela ad esempio della proprietà intellettuale, del commercio digitale e dell'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili.

*value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.”*³⁴

Il criterio del valore di mercato non è una novità, era già stato espresso in sede di procedimenti arbitrari.³⁵ Trattandosi anch'essa di una formula generale, vi sono state interpretazioni oscillatorie, la Banca Mondiale l'ha definita come:

*“An amount that a willing buyer would normally pay to a willing seller after taking into account the nature of the investment, the circumstances in which it would operate in the future and its specific characteristics, including the period in which it has been in existence, the proportion of tangible assets in the total investment and other relevant factors pertinent to the specific circumstances of each case.”*³⁶

Sia nella definizione della Banca Mondiale, che nella disposizione del CETA, sembra che non sia rilevante solamente il danno emergente, ai fini della quantificazione dell'indennizzo, bensì anche il lucro cessante. Ad ogni modo tale parametro, a differenza della più generale formula di Hull, presenta il vantaggio di essere matematicamente calcolabile, fuggendo in tal modo la possibilità di interpretazioni eccessivamente distanti tra loro.³⁷

c) Il Trattato sulla Carta dell'Energia

Il trattato sulla Carta dell'Energia è un accordo internazionale firmato il 17 dicembre 1994 per la protezione e promozione degli investimenti stranieri nel settore energetico. Rappresenta uno dei maggiori esempi di trattamento multilaterale nel settore degli investimenti, seppur limitato al settore energetico. La tutela viene apprestata attraverso l'estensione del trattamento più favorevole tra quello nazionale e quello della nazione più favorita e la protezione avverso i rischi non commerciali.³⁸ A ciascuno Stato è riconosciuta la sovranità

³⁴ Art.8.12 (2), Canada - European Union: The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 2017.

³⁵ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID case No. ARB(AF)/11/2 (Award, 2016), para. 853; *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID case No. ARB/08/4, (Award on Jurisdiction, 2010), para. 482.

³⁶ Art. IV (5), World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Investment, 1992.

³⁷ MBENGUE, M. M., SCHACHERER, S., *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer International Publishing, 2019.

³⁸ In base all'art. 12, Trattato sulla Carta dell'Energia, lo Stato Ospite è tenuto a compensare l'investitore per le perdite subite a causa di emergenze nazionali o conflitti.

sulle proprie risorse energetiche nei limiti previsti dal diritto internazionale, mantenendo quindi i loro poteri di accesso e regolamentazione; una volta consentito l'accesso, il godimento di queste risorse deve avvenire in maniera non discriminatoria.³⁹ Lo standard della tutela apprestata è di nuovo quello del trattamento giusto ed equo.

d) *L' Investment Agreement of the Organisation of Islamic Cooperation (OIC)*

L'Accordo di Investimento OIC è un accordo internazionale adottato dagli Stati parte dell'Organizzazione per la cooperazione islamica nel giugno 1981 al fine di proteggere, promuovere e garantire gli investimenti. Lo standard di protezione degli investitori stranieri è quello nazionale e in caso di espropriazione deve essere corrisposto un indennizzo adeguato, pronto ed efficace in accordo con la legge dello Stato ospite.⁴⁰ La sua caratteristica è proprio quella di porre l'accento sulla normativa vigente a livello locale, prevedendo altresì degli obblighi in capo all'investitore. L'art. 9 prevede: "*Investors should be bound by the laws and regulations in force in the host State and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest.*" Pertanto, gli investitori non sono gli unici a poter lamentare un'inadempienza dinanzi ai tribunali locali o arbitrali, anche l'autorità statale può far valere gli obblighi della controparte.

La sempre crescente rilevanza di accordi regionali e settoriali ha sottolineato come, mentre in passato l'esigenza era quella di una disciplina dedicata agli investimenti, oggi la necessità sembra essere quella di una regolamentazione più ampia, che non progredisca in maniera autonoma e isolata dagli altri settori del diritto ma che vi comunichi, inglobando la materia degli investimenti in quella del commercio in generale. Il nuovo indirizzo del diritto internazionale degli investimenti sembra sempre più incline a seguire l'orientamento per cui commercio e investimento non vadano visti più come sostituti, ma come complementi.⁴¹ Non si può considerare la materia del commercio transfrontaliero senza affrontare anche quella degli investimenti esteri, in quanto estremamente interconnesse tra di loro.

³⁹ Art. 18, Trattato sulla Carta dell'Energia, 1994.

⁴⁰ Art. 10, Agreement for Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference, 1981.

⁴¹ VANDEVELDE, K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, Oxford University press, 2010.

3.3. Gli accordi multilaterali di investimento

Verso la metà degli anni '90 il sistema di protezione degli investitori esteri era particolarmente abbondante, i Paesi continuavano a concludere accordi bilaterali di investimento e le clausole garantiste contenute negli stessi ricevevano un sempre crescente riconoscimento. Questo spinse l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) a pensare di creare un corpo di norme internazionali a garanzia degli investitori, il cui consenso fosse globale e che spezzasse la connessione tra la nazionalità dell'investitore e il livello di garanzia assicurato. Così nel 1995 iniziano i negoziati per la creazione dell'Accordo multilaterale sugli investimenti (AMI).

Il progetto doveva essere quello di un accordo incentrato unicamente sulla materia degli investimenti, che avesse però anche un intento di liberalizzazione e incentivazione dei medesimi, attraverso la discussione di aspetti ulteriori rispetto a quelli trattati nei classici BITs, ad esempio i monopoli, gli incentivi statali agli investimenti, la partecipazione a programmi di privatizzazione promossi dallo Stato Ospite.⁴² L'intento era quello di dare alla disciplina una base uniforme, trasparente, in modo tale da tutelare a pieno le aspettative degli investitori e rendere le disposizioni esecutorie. Pertanto, l'accordo sarebbe stato successivamente aperto alla firma anche degli Stati al di fuori dell'OCSE.

Tuttavia, i negoziati furono sospesi per valutare i problemi che il progetto avrebbe lasciato irrisolti. Dal vaglio effettuato emerse il timore che l'accordo lasciasse campo libero a pratiche di *dumping* in ambito ambientale e sociale, o comunque in generale si sacrificasse la tutela della sicurezza, della salute e dell'ambiente. La stessa diretta esecutorietà delle previsioni aveva generato molte critiche, il timore era che i poteri di regolamentazione degli Stati sarebbero stati compressi eccessivamente. Le negoziazioni vennero così interrotte definitivamente.

Da allora, non vi sono stati altri tentativi di creare un trattato multilaterale in materia di investimenti dal carattere generale. Tuttavia, si possono citare alcune iniziative della Banca Mondiale che hanno riscosso un consenso particolarmente esteso.

L'intento di promozione degli investimenti internazionali, contenuto nel mandato della Banca Mondiale, è stato dalla stessa perseguito attraverso la creazione di istituti utili per il buon funzionamento del sistema e

⁴² MAURO, M. R., *Diritto Internazionale Dell'Economia: Teoria e Prassi Delle Relazioni Economiche Internazionali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.

che non imponessero obblighi in capo agli Stati aderenti. La Convenzione di Washington⁴³ del 1965 ha portato all'istituzione dell'ICSID (*International Centre for the Settlement of the Investment Disputes*), ossia un Centro deputato alla risoluzione delle controversie in materia di investimenti. Riconoscendo l'inefficienza della protezione diplomatica, la Banca Mondiale volle dare più sicurezze agli investitori ed incoraggiarli ad operare anche in contesti politici instabili, attraverso la creazione di un istituto che garantisse indipendenza e imparzialità e al quale fosse semplice accedere. Su queste premesse venne strutturato il Centro, con la finalità di porsi come un meccanismo di arbitrato internazionale indipendente, deputato alla risoluzione delle controversie e al controllo dell'esecutività delle decisioni.

La legittimazione del Centro è su base volontaria, nessuno Stato aveva l'obbligo di aderire alla Convenzione, né tantomeno, una volta aderitovi, di sottoporgli le proprie controversie. Infatti, l'art. 25 (1) stabilisce:

“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designed to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

Ciascun investitore che si ritenga danneggiato da un intervento dello Stato nel cui territorio avvenga l'investimento può avere accesso al Centro, a condizione che lo Stato nazionale e quello ospite siano parti contraenti della Convenzione. Attualmente gli Stati firmatari sono 163.

Per quanto riguarda il rapporto con la protezione diplomatica o altri rimedi arbitrari, viene fatta salva la possibilità di ricorrere ad altri mezzi di risoluzioni delle controversie al di fuori dell'ICSID, tuttavia una volta che la controversia gli venga sottoposta il ricorso alla protezione diplomatica è da escludere. Le parti possono accordarsi sulla legge da applicare, in mancanza di accordo si farà riferimento alla legge locale.⁴⁴

Peraltro, al meccanismo avevano accesso diretto le imprese private, le quali tradizionalmente usufruiscono dei meccanismi internazionali solo tramite i propri Stati nazionali, in quanto non riconosciute come soggetti di diritto internazionale. Le clausole di risoluzione delle controversie tramite l'ICSID ebbero l'effetto di

⁴³ Il suo nome ufficiale fu *Convenzione per la risoluzione delle controversie riguardanti gli investimenti tra uno Stato contraente e un cittadino di altro Stato contraente*.

⁴⁴ Art. 42 (1), Washington Convention: *«The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable»*.

catalizzatore per la conclusione degli accordi di investimento, iniziando quella che fu definita una rivoluzione silenziosa all'interno della disciplina degli investimenti.⁴⁵ Anche Stati inizialmente contrari, quali il Messico e l'Argentina, finirono con accogliere le nuove tendenze nei loro successivi accordi di investimento.

Sempre su iniziativa della Banca Mondiale, nel 1985, durante la Convenzione di Seul, venne creato il MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), un'agenzia che si occupa di incentivare gli investimenti all'estero fornendo una garanzia contro i rischi non commerciali, ossia legati a variabili non economiche, come ad esempio crisi politiche. L'agenzia concede un contratto assicurativo solamente dopo aver vagliato le caratteristiche principali del progetto di investimento. La corresponsione materiale della garanzia avviene nei casi di violazione dell'accordo da parte dello Stato ospite ed in presenza delle seguenti circostanze: “(a) *the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced.*”⁴⁶

L'obiettivo principale era di incoraggiare i flussi di investimento in modo tale da contribuire allo sviluppo dei Paesi ed in particolare dei PVS.⁴⁷

4. Gli standard di trattamento degli investimenti esteri

Allo scopo di attrarre nuovi investimenti esteri, gli Stati iniziarono immediatamente ad adottare alcuni standard di trattamento, alcuni dei quali hanno avuto una così ampia condivisione da affermarsi come principi consuetudinari. Fra i più diffusi vi sono la *Most Favored Nation clause* (MFN) e la *National Treatment clause* (NT), entrambe espressione del principio di non discriminazione, mentre la prima garantisce che all'investitore non venga applicato uno standard di trattamento inferiore rispetto ad altri investitori stranieri provenienti da altre Nazioni, il secondo fissa una parità di garanzie tra investimenti fatti

⁴⁵ SUBEDI, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Bloomsbury Publishing, 2020.

⁴⁶ Art.11 (a) (iii), MIGA Convention, 1985.

⁴⁷ Art.2 (1), MIGA Convention: «*The objective of the Agency shall be to encourage the flow of investments for productive purposes among member countries, and in particular to develop member countries*».

da cittadini e stranieri. Un'altra clausola tipica è quella del *Fair and Equitable Treatment* (FET) che esprime il principio di correttezza e giustizia che deve guidare il comportamento dello Stato ospite nei confronti dell'investitore straniero. Da non confondere con quest'ultima è il principio di *Full Protection and Security*, che mira invece ad assicurare il bene interessato dall'investimenti nella sua integrità fisica. Infine, è ampiamente diffusa la previsione della formula di Hull, circa le condizioni che rendono legittima l'espropriazione.

a) Most Favored Nation (MFN)

La *Most Favored Nation clause*, o clausola della nazione più favorita, è uno dei principi convenzionali più antichi e rilevanti sia in materia di investimenti esteri che di commercio internazionale.⁴⁸ All' art. I del GATT, rubricato proprio *General Most Favored Nation Treatment*, si legge: “[...] *any advantage, favor, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.*”⁴⁹

In sua osservanza uno Stato si obbliga a concedere ad un altro tutti i benefici e i vantaggi che ha concesso o concederà in futuro a qualsiasi Stato terzo, salvo nei casi e nelle situazioni in cui il trattato o il costume internazionale dispongano diversamente.⁵⁰

La sua finalità, come affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia, è quella di “*establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination as between the countries concerned.*”⁵¹ Pertanto tale standard è espressione del principio di non discriminazione applicato all'ambito commerciale, nessun

⁴⁸ Una delle sue prime comparse fu in un trattato del 1417 tra il Re Enrico IV d'Inghilterra e il Duca Giovanni di Borgogna, dove gli inglesi venivano garantiti nell'utilizzo del porto nella stessa misura dei francesi, olandesi e scozzesi. Per approfondimenti si veda SUTTON, S. D., *Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power*, in *Arbitration International*, Vol. 21, 2005.

⁴⁹ Art. I (1), General Agreement on Tariff and Trade (GATT), 1947.

⁵⁰ SACERDOTI, G., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2004.

⁵¹ *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, ICJ Rep 1952, pag.192.

Paese può godere di vantaggi che metterebbero gli altri in una posizione concorrenziale sfavorevole, tranne che in casi eccezionali. Allo stesso modo non deve essere fatta alcuna distinzione tra gli investitori stranieri provenienti da un Paese o da un altro.⁵²

Il contenuto della clausola dipende dall'oggetto del trattato e dall'estensione che le parti hanno voluto conferirgli. Nel noto caso *Maffezzini*, il tribunale ne diede una definizione ampia, che si estendeva non soltanto ai diritti sostanziali più favorevoli, ma anche a quelli procedurali.⁵³ Il caso di specie prendeva in esame il BIT tra Spagna e Argentina, il quale prevedeva l'applicazione della clausola "to all matters"⁵⁴ e sulla base di ciò il tribunale ha confermato la possibilità dell'investitore di accedere al tribunale arbitrale secondo i parametri maggiormente favorevoli del BIT tra Spagna e Cile. Mentre il primo prevedeva, ai fini del ricorso all'arbitrato, la necessità di previo esperimento dei rimedi locali ed il passaggio di 18 mesi dal momento della richiesta, il secondo non sottoponeva l'accesso ad alcuna condizione.

Di avviso completamente opposto sono state altre pronunce successive, in cui il tribunale ha ritenuto che la clausola avesse un contenuto puramente sostanziale e che il ragionamento del caso *Maffezzini* dovesse essere capovolto: la clausola non deve intendersi applicabile ai metodi di risoluzioni delle controversie se non è previsto altrimenti, ma deve esserlo solo se le parti lo hanno espressamente stabilito.⁵⁵

Il principio della nazione più favorita non è esente da eccezioni. Sono numerosi i casi in cui le garanzie e i vantaggi che alcuni Paesi si riconoscono reciprocamente siano di tipo esclusivo, ossia non possano essere estesi a Stati terzi senza compromettere suddetto rapporto, un esempio è quello delle zone di libero scambio, su cui si approfondirà in seguito. La *ratio* di una tale limitazione risiede nell'intento degli Stati contraenti di creare un mercato comune, le cui condizioni vantaggiose non possano essere estese se non insieme agli obblighi connessi.

b) National Treatment (NT)

⁵² UNCTAD, *Most Favored Nation Treatment*, in Series on Issues in International Investment Agreements, New York e Ginevra, United Nations, 1999.

⁵³ *Emilio Augustin Maffezzini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/77 (Award, 2000).

⁵⁴ Art. IV (2), Agreement Between the Argentine Republic and The Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1991.

⁵⁵ *Plama Construction v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24 (Award, 2005); *Salini Costruttori SPA v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13 (Award, 2006).

La *National Treatment clause* o clausola del trattamento nazionale è una delle clausole che meglio esprime il principio di non discriminazione. Il trattamento nazionale può essere definito come il principio per cui lo Stato ospite è tenuto ad estendere agli investitori stranieri un trattamento che è almeno altrettanto favorevole del trattamento che accorda agli investitori nazionali in circostanze simili.⁵⁶ L'art. III del GATT lo fissa con la seguente formulazione: *“The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be exempt from internal taxes and other internal charges of any kind in excess of those applied directly or indirectly to like products of national origin.”*⁵⁷

Inizialmente un tale trattamento venne sostenuto con vigore dai seguaci della dottrina di Calvo, in contrapposizione allo standard minimo internazionale di trattamento, che spesso prevedeva una tutela maggiore in capo agli stranieri. Oggi la sua accezione è completamente cambiata, la *ratio* è quella di neutralizzare la tendenza degli Stati di adottare politiche protezionistiche volte a favorire i propri investitori, garantendo un certo grado di uguaglianza competitiva tra investitori nazionali ed esteri. Non solo, nell'ottica di un mercato globale l'eliminazione di una discriminazione economica è condizione necessaria.

Il concetto di *“likeness”* svolge a tal proposito un ruolo decisivo e va valutato in base alle specifiche del caso. Nel caso *Japan Alcoholic Beverages* questo venne descritto efficacemente con l'immagine della fisarmonica:

*“The concept of ‘likeness’ is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of ‘likeness’ stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied. The width of the accordion in any one of those places must be determined by the particular provision in which the term ‘like’ is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which the provisions may apply.”*⁵⁸

Questa immagine è stata successivamente accolta anche dai tribunali arbitrali esterni al sistema WTO, in quanto in grado di descrivere l'efficacia del principio come ancorata al particolare contesto in cui è contenuto.

⁵⁶ UNCTAD, *National Treatment*, in Series on Issues in International Investment Agreements, New York e Ginevra, United Nations, 1999.

⁵⁷ Art. III (1), General Agreement on Tariff and Trade (GATT), 1947.

⁵⁸ *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body WT/DS8, 10, 11/AB/R (1996).

La disciplina del trattamento nazionale può essere derogata attraverso eccezioni espressamente previste dall'accordo oppure dal diritto internazionale. Talvolta si tratta di settori strategici, come avviene per la *development clause* o clausola di sviluppo, la quale condiziona l'accesso dell'investimento straniero alla sua conformità ai piani di sviluppo economico dello Stato ospite. Ad ogni modo, anche quando la clausola non trovi applicazioni, l'autorità statale si impegna a garantire un trattamento non inferiore a quello previsto dal diritto internazionale o dalla disciplina nazionale.

c) Lo standard minimo internazionale

Lo Standard Minimo Internazionale è uno standard risalente nel tempo e che oggi ha acquisito natura consuetudinaria. In accordo con quest'ultimo, lo Stato ospite avrebbe il dovere di garantire allo straniero un livello standard di tutela in accordo con le norme di diritto internazionale generale. L'idea era quella di una base minima di diritti da riconoscere come imprescindibili e che rendesse la distinzione tra cittadini e stranieri di scarsa rilevanza. Il fondamento giuridico di tale trattamento venne individuato proprio nel diritto internazionale generale, ad esempio il giurista americano Eliuh Root sostenne l'esistenza di uno standard minimo di trattamento incardinato nel diritto consuetudinario: "*If any Country's system of law does not conform to that standard, although the people of the Country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens.*"⁵⁹

Anche il tedesco Georg Schwarzenberger si espresse in tal senso, aggiungendo che il livello di tutela garantito dallo Stato ai propri cittadini non avrebbe avuto alcuna influenza sul trattamento applicato agli stranieri, tantomeno quando un basso livello di garanzia del cittadino potesse rappresentare una scusa dietro cui nascondersi per sottrarsi alle proprie obbligazioni all'interno della comunità internazionale.⁶⁰

Il principio della sovranità dello Stato non deve essere interpretato come un *escamotage* per sfuggire le norme vigenti a livello internazionale, ciascuna nazione rimane libera di ammettere o meno stranieri sul proprio territorio, però una volta ammessi a questi devono essere garantiti alcuni diritti imprescindibili. Il trattamento dei cittadini non deve influire sul riconoscimento di tali diritti, Rousseau sosteneva uno standard

⁵⁹ ROOT, E., *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 4, 1910, pagg. 517-528.

⁶⁰ SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, in *American Journal of International Law*, Vol. II, 1968.

minimo internazionale secondo il quale gli Stati avrebbero dovuto riconoscere agli stranieri certi diritti anche quando questi stessi diritti venivano negati ai propri cittadini.⁶¹

Il contenuto dello standard minimo internazionale tutt'oggi non presenta dei confini delineati, tuttavia è possibile affermarne l'essenza principale nei principi di giustizia, equità, di proprietà privata, e tutti quelli ritenuti essenziali in un dato momento storico.

Tradizionalmente venne applicato in maniera restrittiva, nelle sole ipotesi di trattamento "oltraggioso", nel caso *Neer* la commissione arbitrale lo definì nei seguenti termini: "*The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficient of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognise its insufficiency.*"⁶²

Così per molto tempo si applicò il cd. *Neer standard*, ossia la condanna dei comportamenti che sarebbero riconosciuti oltraggiosi da qualsiasi uomo ragionevole e imparziale. Un altro caso rilevante fu il caso *Roberts*, dove la Commissione applicò lo standard minimo internazionale piuttosto che quello del trattamento nazionale in quanto disse che il punto rilevante nel caso di specie non era se applicare una disciplina pari o superiore rispetto a quella garantita ai cittadini, bensì se agli stranieri fosse accordato un trattamento in linea con il normale livello di civilizzazione.⁶³

In assenza di uno strumento convenzionale che fissasse il contenuto dello standard minimo internazionale, le sue evoluzioni si basarono principalmente sulle pronunce arbitrali e la sua applicazione si fece meno rigida: venne gradualmente eliminata la necessità di provare la mala fede dello Stato nell'adozione di misure a danno dello straniero, ritenendo sufficiente la sussistenza del rapporto di causalità tra misura regolamentare e danno.

Dall'altro lato la volatilità del principio ha il vantaggio di supplire alla mancanza o incertezza di una disciplina più ampia, come riconosciuto dal tribunale competente nel caso *SD Myers*: «*the inclusion of a minimum standard provision is necessary to avoid what might otherwise be a gap*».⁶⁴

⁶¹ ROUSSEAU, C., *Droit International Public*, Parigi, 1970.

⁶² *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, USA - Mexican General Claims Commission, 1926.

⁶³ *Harry Roberts (USA) v. United Mexican States*, USA - Mexican General Claims Commission, (1926).

⁶⁴ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada* (Partial Award, 2000), para. 259.

Il principio dello standard minimo di trattamento rappresentò il passaggio della regolamentazione degli investimenti da una dimensione europea ad una internazionale e il suo carattere di reciprocità si trasformò in uno di imposizione. La storica americana Benton identifica proprio nel potere economico, politico e sociale il presupposto del potere di definizione del diritto e dei suoi organi, pertanto i Paesi esportatori di capitale diressero l'evoluzione della disciplina verso un meccanismo che proteggesse unicamente gli investitori.⁶⁵ La protezione garantita a questi ultimi a partire da tale momento sarà considerata la base del moderno diritto internazionale degli investimenti.

d) Fair and Equitable Treatment (FET)

Il *fair and equitable treatment* o trattamento giusto ed equo è uno dei maggiori principi nella moderna disciplina degli investimenti, la quasi totalità dei BITs attualmente in vigore ne prevede l'applicazione e le presunte violazioni dello stesso rappresentano una parte sostanziosa delle istanze presentate ai tribunali arbitrali.

Il trattamento giusto ed equo consiste approssimativamente nella garanzia di un livello base di protezione degli investitori esteri in base ai criteri di 'giustizia' ed 'equità', tuttavia sulla precisione del suo contenuto si sono interrogati molti studiosi, come appare evidente i due termini richiamano dei concetti ampi e generali che hanno lasciato adito a numerose incertezze e ad interpretazioni divergenti. Ad esempio, Palombino, definendo il FET come nucleo degli standard sostanziali di diritto internazionale degli investimenti, ne individua i tre principi costitutivi nel giusto processo, nella tutela delle legittime aspettative e nella proporzionalità.⁶⁶

Occorre immediatamente segnalare i due orientamenti prevalenti: il primo sostiene che il trattamento giusto ed equo non sia un principio autonomo, ma legato agli altri principi di diritto internazionale generale, in particolare quello dello standard minimo internazionale; il secondo, al contrario, sostiene un valore autonomo del principio, che aggiunga qualcosa a quelli già esistenti e non possa esserne sostituito.

⁶⁵ BENTON, L. A., *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁶⁶ PALOMBINO, F. M., *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press, 2018.

L'esigenza di riempire di contenuto suddetto concetto emerge perché gli accordi di investimento, e le clausole ivi contenute, sono nati per dare compiutezza alla materia degli investimenti e questo stesso desiderio di chiarezza, di una disciplina *ad hoc*, si scontra invece con la vaghezza dei parametri adottati.

Nel senso del primo filone di pensiero si è pronunciata la Commissione NAFTA, che ha interpretato la clausola FET qui contenuta come un'applicazione dello standard minimo di trattamento accordato dal diritto internazionale, senza riconoscere alcun elemento distintivo rispetto a quest'ultimo.⁶⁷ Più genericamente si era pronunciato l'organo giudicante nel caso *SDMI Myers*, dicendo che il riferimento al trattamento giusto ed equo richiama le garanzie da accordare all'investitore straniero in base al diritto internazionale consuetudinario, senza aggiungere alcun apporto ulteriore.⁶⁸

Di segno opposto sono state altre pronunce, tra le quali il caso *Pope Talbot*, l'UNCITRAL qui ha riconosciuto un impegno maggiore degli Stati contraenti rispetto a quello già previsto a livello di diritto internazionale generale, invero non si vedrebbe la ragione di introdurre una clausola apposita per richiamare un livello di tutela già affermato a livello di diritto internazionale generale. Il contenuto autonomo della clausola va ricercato nel testo dell'accordo e nell'intenzione delle parti.⁶⁹

In dottrina si è cercato di porre rimedio a tale incertezza ricorrendo al *plain meaning* delle parole, al loro significato letterale, in accordo con la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.⁷⁰ Anche se tale approccio presenta altresì ambiguità, permette di individuare delle situazioni in cui sicuramente si è al di fuori dei margini della 'giustizia' ed 'equità': questo è il caso del diniego di giustizia in materia civile, penale o amministrativa, di atti fraudolenti o di trattamenti arbitrari e discriminatori verso l'investitore straniero.⁷¹ Su tale criterio si è basato il recente *Central America Free Trade Agreement (CAFTA)*, il quale ha voluto fornire una più ampia assistenza possibile nell'interpretazione del principio:

*“Fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the due process embodied in the principal legal systems of the world.”*⁷²

⁶⁷ NAFTA Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 2001.

⁶⁸ UNCITRAL, *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada* (Partial Award, 2000), paragg. 262- 263.

⁶⁹ UNCITRAL, *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* (Second Award, 2001).

⁷⁰ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 22 maggio 1969.

⁷¹ SCHREUER, C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *The Journal of World Investment and Trade*, n. 3, 2005.

⁷² Art. 10.5 (2) (a), *Central America Free Trade Agreement*, 2004.

A *contrario*, si può affermare che il trattamento giusto ed equo consista in un obbligo di vigilanza dell'investimento da parte dello Stato ospite, di protezione avverso pratiche discriminatorie e di rispetto delle ragionevoli aspettative dell'investitore.

Ad ogni modo resta ferma l'idea per cui il principio assuma caratteristiche peculiari a seconda dell'ipotesi di specie, in quanto fa riferimento a concetti in grado di espandersi e restringersi a seconda di come vengono utilizzati. Resta ferma, pertanto, la divisione tra gli studiosi che ritengono l'indeterminatezza del parametro indice del suo mero richiamo a standard contenuti nel diritto internazionale, e quelli che invece ritengono che proprio i suoi confini labili gli permettano di avere un significato proprio, tale da espandere lo scopo dei principi a cui è legato.

e) Full protection and Security

Un'altra norma spesso contenuta negli accordi di investimento è quella della *full protection and security*, ossia l'obbligo di piena protezione e sicurezza. Anche in questo caso il significato del principio non è univoco, genericamente può definirsi come il dovere dello Stato ospite di controllare e garantire l'investimento straniero da qualsiasi evento lesivo possa occorrere. Pertanto, si tratta di un'obbligazione di mezzo e non di risultato, ciò che è necessario è la condotta diligente dell'autorità statale e non il mancato verificarsi di danni concreti. Sarà sufficiente per lo Stato aver adottato il giusto grado di diligenza in riferimento alle circostanze per essere esente da responsabilità.⁷³

Tradizionalmente è stata concepita come una forma di tutela contro ogni tipo di violenza che mini l'integrità fisica del bene e degli individui legati all'investimento attraverso l'uso della forza.⁷⁴ Interpretazioni più recenti sono arrivate ad allargarne lo spettro d'azione fino a ricomprendere anche la sicurezza legale, prevedendo in capo allo Stato l'obbligo di garantire l'investitore circa atti che possano interferire nella stabilità del suo standard di protezione.⁷⁵ Tale interpretazione estensiva, tuttavia, non è stata esente da critiche, in particolar modo si è detto che far ricadere nella *full protection and security* la sicurezza legale avrebbe comportato una sovrapposizione con il principio del trattamento giusto ed equo.⁷⁶ Pertanto ad oggi

⁷³ REINISCH, A., *Standards on Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁷⁴ Si veda ad esempio UNCITRAL, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (Settlement Agreement, 2006); *Eurotunnel UK v. France*, PCA Case No. 2003-06 (Final Award, 2007).

⁷⁵ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award, 2006).

⁷⁶ Si veda *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Award, 2003); *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. UN 3467 (Award, 2014).

sembra preferibile guardare al principio con un'accezione prettamente legata all'integrità fisica e riservare interpretazioni evolutive ad un momento successivo, in cui anche il principio di trattamento giusto ed equo avrà contorni più netti.

e) La formula di Hull

Con tale espressione si richiama la formula con cui il segretario di Stato americano, Cordell Hull, definì la condizione per cui all'espropriazione deve seguire una “*prompt, adequate and effective compensation*”. Per indennizzo “pronto” si intende che sia corrisposto al più presto dal momento in cui avvenga l'espropriazione, nazionalizzazione o confisca, per “adeguato” che rispecchi il valore di mercato dell'investimento e, infine, “effettivo” cioè effettuato attraverso una valuta convertibile.

Hull illustrò il suo pensiero come segue:

“The taking of property without compensation is not expropriation. It is confiscation. It is no less confiscation because there may be an expressed intent to pay at some time in the future. If it were permissible for a government to take the private property of the citizens of other countries and pay for it as and when, in the judgement of the government, its economic circumstances and local legislation may perhaps permit, the safeguards which the constitutions of most countries and established international law have sought to provide would be illusory. Governments would be free to take property far beyond their ability or willingness to pay, and the owners thereof would be without recourse. We cannot question the right of a foreign government to treat its own nationals in this fashion if it so desires. This is a matter of domestic concern. But we cannot admit that a foreign government may take the property of American nationals in disregard for the rule of compensation under international law. Nor can we admit that any government unilaterally and through its domestic legislation can, as in his instant case, nullify this universally accepted principle of international law, based as it is on reason, equity and justice.”⁷⁷

Il riconoscimento di un indennizzo avente le suddette caratteristiche non determina una cristallizzazione del diritto di proprietà, negando i cambiamenti che possano occorrere, al contrario permette allo Stato di espropriare la proprietà privata al fine di tutelare il pubblico interesse. Ordinarie mutazioni del diritto di proprietà sono da considerare perfettamente in linea con il diritto internazionale, l'indennizzo ha la funzione di garantire che non venga scalfito l'interesse legittimamente acquisito da ciascun individuo all'estero.

⁷⁷ Lettera del Segretario di Stato U.S.A. all'Ambasciatore Messicano presso gli Stati Uniti, 21 luglio 1938.

Questa formulazione ha avuto un notevole seguito, soprattutto negli accordi di investimento conclusi dai Paesi industrializzati, tuttavia, proprio a causa delle divergenze ideologiche con i Paesi in via di sviluppo, non è possibile affermarne la natura di principio consuetudinario. In particolare, questi non contestavano la natura dell'indennizzo, ma la sua misura, che doveva comunque tenere conto delle esigenze e degli interessi dei Paesi che avessero adottato la misura di espropriazione, nazionalizzazione o confisca. Non solo, la quantificazione dello stesso doveva tener conto anche dell'indebito arricchimento che l'investitore straniero avesse conseguito nel tempo attraverso lo sfruttamento delle risorse naturali dello Stato ospite.

5. Conclusione

Nei precedenti paragrafi si è analizzato il progressivo mutamento del diritto internazionale degli investimenti, da diritto nato con il generale intento di regolare l'espansione coloniale fra paesi europei, si è successivamente affermato nella sua funzione tradizionale di garanzia e promozione degli investimenti. Tale evoluzione è stata determinata da fattori commerciali, storici e sociali, ed in particolare dalla costante antitesi tra i Paesi economicamente potenti e quelli più svantaggiati, a partire dalla contrapposizione Stati colonizzatori-colonie fino alla moderna distinzione Paesi industrializzati-Paesi in via di sviluppo.

Per lungo tempo questi ultimi hanno concepito la disciplina degli investimenti come una nuova forma di sottomissione, alcuni studiosi hanno persino sostenuto che la dottrina legale venne modulata in modo tale da fornire la base di legittimazione ad una pratica che continuava ad essere oppressiva. Con l'apporto dell'ONU e delle altre organizzazioni internazionali si è avuto un consenso maggiormente diffuso, tale per cui oggi quasi tutti i Paesi sono firmatari di almeno un accordo internazionale di investimento.

Nonostante l'interesse degli Stati verso la creazione di uno strumento a carattere generale, i tentativi di creazione di un accordo multilaterale onnicomprensivo si sono rivelati fallimentari. In ragione di ciò oggi la fonte principale è costituita dal sistema di accordi internazionali di investimento. Questi ultimi ricomprendono gli accordi bilaterali, estremamente diffusi a partire dagli anni '90 e principale riferimento di ciascun rapporto di investimento, e gli accordi regionali o settoriali, i quali sono caratterizzati per avere una struttura più ampia che coinvolge tematiche più ampie dei soli investimenti.

I principi legati alla materia degli investimenti hanno attirato l'attenzione dei giuristi, i quali hanno alimentato lunghi dibattiti dottrinali su temi diversi, dal livello di trattamento da accordare all'investitore

alle condizioni di legittimità dell'espropriazione, fino ad arrivare alla fissazione di alcuni standard che oggi rappresentano la base normativa degli accordi conclusi dagli Stati.

Così, le fonti citate e gli standard di trattamento fissano l'assetto normativo degli investimenti.

CAPITOLO SECONDO

IL RAPPORTO PROBLEMATICO TRA DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI E SVILUPPO SOSTENIBILE

Sommario: 1. Introduzione; 2. La crisi di legittimità del regime giuridico degli investimenti e la questione del riconoscimento dei valori non commerciali; 3. La nozione di sviluppo sostenibile; 4. Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale; 5. Il legame tra lo sviluppo sostenibile e la disciplina internazionale degli investimenti; 6. Lo sviluppo sostenibile nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel capitolo precedente si è analizzata la *ratio* con cui nacque il diritto internazionale degli investimenti, ossia garantire e tutelare gli investitori dal potere autoritario degli Stati, in modo tale da incentivare i flussi di capitale provenienti dall'estero. Il presente capitolo si propone di illustrare il cambiamento di direzione assunto dalla materia, che, partendo da una disciplina fortemente isolata, è arrivata ad una progressiva apertura verso interessi ulteriori a carattere non economico, fra i quali spicca il diritto allo sviluppo sostenibile.

Il capitolo si aprirà con l'analisi della crisi di legittimità che ha interessato la materia negli ultimi decenni. Partendo dalla ricostruzione delle critiche più rilevanti, si ragionerà sui punti deboli dell'attuale disciplina, arrivando a comprendere l'importanza di principi di diritto internazionale, che tradizionalmente non erano presi in considerazione nella disciplina, ma che ora vengono rivendicati con forza. Fra questi principi possiamo annoverare il diritto di sviluppo sostenibile.

A tal proposito si chiarirà la portata della nozione di sviluppo sostenibile quale capacità degli Stati di soddisfare i propri bisogni senza precludere alle generazioni future la possibilità di soddisfare i propri ⁷⁸, proseguendo con una ricostruzione delle evoluzioni storiche e delle iniziative di Stati e organizzazioni internazionali. Si ripercorrerà il processo attraverso il quale la nozione si è modificata nel tempo, per arrivare a delinarsi come sviluppo economico compatibile con l'equità sociale e la capacità delle risorse naturali di riprodursi in maniera indefinita, nel rispetto della cosiddetta regola dell'equilibrio delle tre "E": Ecologia, Equità, Economia.

Successivamente, verrà presentato il legame intercorrente tra sviluppo sostenibile e investimenti. Infatti, il primo ha esteso la propria influenza in numerosi settori del diritto, assumendo autonoma rilevanza anche nel diritto internazionale degli investimenti. Il legame tra i due è stato evidenziato in numerose occasioni da parte di Stati e Organizzazioni Internazionali: un ambiente di favore per gli investimenti diretti stranieri è la preconditione necessaria per gettare le basi dello sviluppo sostenibile. Con una tale consapevolezza, la comunità internazionale ha adottato alcuni strumenti di regolamentazione, volti a rendere il settore più sostenibile.

Occorre specificare che gli strumenti sopracitati, però, sono tutti strumenti di *soft law*, e in quanto tali inidonei a creare obblighi cogenti. Pertanto, seguirà un ragionamento più approfondito sull'inquadramento dello sviluppo sostenibile all'interno delle fonti di diritto internazionale, al fine di indagare il suo valore giuridico. Dalla presentazione delle opinioni dottrinali, tramite un doveroso raffronto con l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, riferimento normativo delle fonti del diritto internazionale, si vedrà come sussistono alcune incertezze circa la portata giuridica del principio, ma si sosterrà anche che esse non sono comunque in grado di svilirne la portata normativa.

Infine, verranno presentate le possibilità fornite dalla giurisprudenza per poter attuare lo sviluppo sostenibile allo stato attuale, con i soli mezzi interpretativi. Tali interpretazioni, inoltre, analizzeranno il profondo legame dello sviluppo sostenibile con i poteri di regolazione dello Stato e gli altri settori del diritto quali la tutela dei diritti umani e dell'ambiente.

⁷⁸ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987.

2. La crisi di legittimità del regime giuridico degli investimenti e la questione del riconoscimento dei valori non commerciali

Negli ultimi tempi, il fenomeno dei BITs, principale strumento di disciplina internazionale degli investimenti, ha subito una battuta d'arresto: basti pensare che nel 2017, per la prima volta, il numero degli accordi estinti ha superato quello dei nuovi.⁷⁹ Gli studiosi hanno parlato, a tal proposito, di una crisi di legittimità del regime giuridico internazionale degli investimenti.⁸⁰ Per legittimità deve intendersi l'accettazione di una regola o di un'istituzione regolatrice da parte dei destinatari che intende vincolare, nella convinzione che la regola o l'istituzione sia stata creata ed operi con i principi del giusto processo.⁸¹ Pertanto, la dottrina e la società civile hanno iniziato a dubitare dell'adeguatezza degli attuali accordi di investimento nel fornire una disciplina in linea con i principi di diritto internazionale. Le perplessità sollevate sono dovute ad un insieme complesso di fattori.⁸²

Un primo fattore è stato la specificità dei BITs, i quali sono strumenti settoriali, che si occupano esclusivamente della materia degli investimenti. Tale caratteristica, insieme al carattere bilaterale di tali accordi, ha dato luogo ad un sistema frammentario, dove le interpretazioni sono poco prevedibili e di difficile coordinamento con gli altri settori del diritto.

Il problema della frammentazione del diritto internazionale è ben noto nella prassi e consiste nel rischio che il diritto si divida in vari settori normativi isolati, ciascuno avente un oggetto diverso e operante in modo autonomo. La conseguenza di un simile fenomeno che i diversi compartimenti non comunicano fra di loro, rendendo incoerente il sistema stesso.⁸³

⁷⁹ UNCTAD, World Investment Report 2018, 2018.

⁸⁰ FRANCK, S. D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in Fordham Law Review, Vol. 73, 2005; WAIBEL, M., KAUSHAL, A., CHUNG, K., BALCHIN, C., *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010; BINDER, C., KRIEBAUM, U., REINISCH, A., WITTICH, S., *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁸¹ ALVAREZ, J. E., *The Quest for Legitimacy: An Examination of 'the Power of Legitimacy among Nations' by Thomas M. Franck*, in New York University Journal of International Law & Politics, n. 1, 1991.

⁸² MAURO, M. R., *Diritto Internazionale Dell'Economia: Teoria e Prassi Delle Relazioni Economiche Internazionali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.

⁸³ Report of the Study Group of the Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and Expansion of International Law*, 2006.

Un secondo fattore è stato il malfunzionamento dei sistemi di *Investor-State dispute Settlement* (ISDS), i quali sono stati talvolta accusati di dimostrare poca trasparenza e imparzialità, a fronte di una grande spesa sostenuta dagli Stati. Fra gli elementi di disfunzione si è indicato la particolare legittimazione degli arbitri: si tratta di esperti di diritto individuati dalle parti interessate, spesso in considerazione di una favorevole predisposizione degli stessi verso la causa, e che possono essere nuovamente nominati in futuro, anche in veste di consulenti. Tali caratteristiche hanno contribuito a creare una percezione esterna di parzialità. Inoltre, spesso il risultato di tali meccanismi sono interpretazioni divergenti, che, in assenza di un sistema di appello, non sono suscettibili di essere riviste in un'ottica di coerenza del sistema, dando adito a rappresentazioni dissonanti delle previsioni normative. Infine, gli elevati costi necessari a finanziare i meccanismi, nonché – a giudizio di alcuni – una troppo scarsa considerazione verso il bilanciamento degli interessi pubblici, hanno disincentivato gli Stati a dare applicazione ai lodi arbitrali, attraverso l'invocazione della propria immunità.⁸⁴

Un terzo fattore è stato il grande interesse da sempre rivolto alla garanzia dell'investitore estero, un'attenzione che ha creato un rapporto profondamente squilibrato con lo Stato ospite. L'asimmetria di obbligazioni contenuta negli accordi di investimento è stata un tema di discussione ricorrente, in quanto il loro contenuto si protrae a lungo sulle obbligazioni facenti capo allo Stato ospite, ma rimane silente sulle pari responsabilità degli investitori. La sensazione che si ha è quella di un diritto sostanzialmente diretto a limitare la libertà di azione degli Stati nel settore economico.⁸⁵ In sostanza, il regime non fa che redistribuire i poteri dagli Stati alle imprese transnazionali, e dalle corti domestiche ai sistemi di arbitrato.

Infatti, operando il mercato di capitali in un sistema politico, non può escludersi la possibilità che lo Stato intervenga tramite politiche a tutelare i valori che una certa comunità, in un certo periodo storico, considera di interesse pubblico. Tuttavia, tali interventi determinano un'intrusione nel naturale corso del mercato e frustrano le originarie aspettative degli investitori.

L'attuale assetto della disciplina innesca un conflitto tra investitori e Stato dalla morfologia peculiare, sulla quale merita soffermarsi in termini analitici. Il tema viene affrontato muovendo dal presupposto che i rimedi individuati dal rapporto negoziale contrastano, il più delle volte, con l'intenzione degli Stati di attuare politiche di sviluppo e con la ricerca di nuovi punti di equilibrio in grado di sostenere un approccio sconosciuto agli investimenti.

⁸⁴ FRANCIS J. N., SUCHARITKUL: *State Immunities and Trading Activities*, 1961.

⁸⁵ DOLZER, R., *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in *Journal of International Law and Policy*, n. 37, 2005.

A ben vedere, da un lato, l'investitore si è determinato ad effettuare l'investimento estero in considerazione delle condizioni di garanzia assicurategli dai vecchi accordi bilaterali, costruendosi delle aspettative legittime, degne di tutela da parte dell'ordinamento.

Dall'altro lato, nel contesto in discussione lo Stato risulta gravato dalle eventuali conseguenze negative dell'investimento nella misura in cui, avendo previsto una disciplina estremamente garantista in un momento storico in cui non erano avvertite altre esigenze, se non quella di espansione economica, non può disattendere il dettato dell'accordo. Se così facesse, non solo disincentiverebbe gli investimenti stranieri diretti nel proprio territorio, ma creerebbe anche eccessivi oneri di risarcimento a proprio carico.⁸⁶

Un esempio pratico è il fenomeno dell'*arbitration without privity*, ossia la prassi per cui un investitore straniero può iniziare un procedimento arbitrale nei confronti dello Stato ospite semplicemente in forza della clausola arbitrale contenuta nell'accordo di investimento.⁸⁷ Occorre ricordare che normalmente, essendo il processo la regola e l'arbitrato l'eccezione, il consenso espresso da entrambe le parti è condizione necessaria per iniziare un procedimento arbitrale, mentre nel caso anzidetto i tribunali ormai desumono il consenso dello Stato ospite da interpretazioni molto ampie della clausola arbitrale.

Anche dal punto di vista procedurale, il numero dei ricorsi all'ISDS ha rivelato un quasi esclusivo ricorso da parte degli investitori al fine di mettere in discussione le misure di regolazione adottate dagli Stati a tutela del pubblico interesse. Esempi di questo tipo sono il caso *Vattenfall v. Germania*⁸⁸ e quello *Philip Morris v. Australia*⁸⁹, i quali chiaramente vedono gli Stati ospiti con le mani legate nel tentativo di perseguire la cura dell'interesse pubblico e l'attuazione del diritto allo sviluppo sostenibile.

⁸⁶ Il conflitto viene racchiuso in maniera esauriente nel caso *ADC v. Hungary* (ICSID Case n. ARB/03/16), dove il tribunale ha argomentato: “A sovereign state possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries ... the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a state enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment-obligations it undertook therein must be honored rather than be ignored by a later argument of the State's right to regulate.”

⁸⁷ PAULSSON, J., *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, n. 2, 1995.

⁸⁸ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12 (Notice of the Arbitration, 2012).

⁸⁹ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12 (Award on Jurisdiction and Admissibility, 2015).

La stessa definizione di investitore ed investimento è stata considerata eccessivamente ampia e discrezionale, tale da permettere ad un soggetto di godere delle agevolazioni contenute negli accordi di investimento incorporando un'entità nel suo Paese di origine, senza che sia richiesta una sostanziale attività commerciale o un controllo di gestione in quel Paese. Il rischio è che il soggetto si trovi nella posizione di scegliere la disciplina che gli garantisce il trattamento più favorevole.

Il risultato di tutto ciò è un sistema frammentato, in cui la disciplina effettivamente applicabile è messa in dubbio dai confliggenti interessi in gioco. Questa non sembra in grado di fare ordine attraverso gli strumenti a sua disposizione, in quanto, come autorevole dottrina ha sostenuto, nel caso di specie non si tratta di un conflitto di norme, bensì delle ripercussioni negative della pratica applicazione delle previsioni pattizie.⁹⁰

Un quarto fattore è stato la messa in discussione della correlazione esistente tra aumento dei flussi di investimento e accordi stipulati. Infatti, l'UNCTAD dopo un'attenta analisi dell'impatto dei BITs conclusi nella metà degli anni '90, ha concluso che esiste solo una debole legame fra questi e l'aumento degli investimenti.⁹¹ Allo stesso modo, l'economista Hallward-Dreimeier ha notato che i trattati agiscono più come supplemento, che non come sostituto alla presenza di un buon governo e alla tutela del diritto di proprietà.⁹² Tale correlazione può individuarsi anche semplicemente osservando il panorama internazionale: il Giappone, secondo Paese destinatario del maggior ammontare di investimenti stranieri diretti, ha concluso solamente quattro BITs; così come il Brasile, che non ha ratificato alcun accordo bilaterale, ma rimane comunque sede di una notevole attività di investimento.

Uno studio di Tobin e Rose-Ackerman ha evidenziato un nesso debole tra BITs e investimenti, sulla base dei flussi di investimenti stranieri verso 63 paesi nel periodo 1975-2000. Lo studio ha anche rilevato che, invece di incoraggiare un aumento degli stessi in contesti maggiormente rischiosi, i BITs hanno un'efficacia positiva in questo senso solamente nei Paesi che abbiano un ambiente imprenditoriale già stabile. Nel complesso, i BIT sembrano avere uno scarso effetto benefico, sia sugli investimenti esteri che sulla percezione degli investitori esterni dell'ambiente di investimento nei Paesi a basso e medio reddito.⁹³

⁹⁰ CORDONIER SEGGER, M., NEWCOMBE, A., GEHRING, M.W., *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.

⁹¹ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. Geneva, 1998.

⁹² HALLWARD-DREIMEIER, M., *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite*, Research working paper series, World Bank Group, 2003.

⁹³ TOBIN, J., ROSE-ACKERMAN, S., *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, in Yale Center for Law, Economics and Policy, 2004.

Nel suo studio del 2010, Yackee ha concluso che: "*Countries that refuse to sign BITs, or who allow their BITs to lapse, will probably not see a meaningful reduction in investment flows... BITs are not magic wands, the wave of which produces, with a poof and a cloud of smoke, a foreigner with pockets stuffed with cash. If developing countries wish to attract foreign investment, they probably need to do something other than sign and ratify BITs.*"⁹⁴

Infine, una menzione a parte merita la critica relativa all'inadeguata salvaguardia dei valori non commerciali. Per valori non commerciali si intendono quei principi non economici, la cui rilevanza non si esplica in termini monetari, bensì è afferente ad altri valori rilevanti per la persona, quali ad esempio la tutela della salute, dell'ambiente e dell'identità culturale. La loro realizzazione è oggetto di altri settori del diritto, tuttavia è innegabile che le diverse discipline siano tutte interconnesse fra di loro e che anche il settore degli investimenti debba fare la sua parte nel garantirli.

Gli accordi internazionali di investimento per lo più rimangono silenziosi sul tema dei diritti umani, dei diritti sociali e ambientali, ad esempio appena il 5.5% fa riferimenti ai diritti dei lavoratori.⁹⁵

Per almeno due decenni, la dottrina aveva mosso delle preoccupazioni circa lo scarso raggio d'azione lasciato agli Stati per tutelare gli interessi non economici, di fronte ad accordi di investimento che non ne prendevano in considerazione la rilevanza e pronunce arbitrali nella medesima direzione.⁹⁶ Mann e Moltke dicono che "*the most important of host State rights - the right to regulate - is not in the gift of an investment agreement.*"⁹⁷ Molti Stati hanno riaffermato con forza tale prerogativa dinanzi ai tribunali internazionali, argomentando che l'investitore che decide di operare nel territorio altrui deve assumersi il rischio di essere regolato.

I tribunali arbitrali si sono dimostrati spesso riluttanti nel pronunciarsi in favore di un coinvolgimento in tematiche, quali la tutela ambientale e i diritti umani. Nella maggior parte dei casi in cui lo Stato ospite

⁹⁴ YACKEE, J. W., *Do Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints at Alternative Evidence*, Legal Studies Research Paper Series No. 1114, Wisconsin Law University, 2010.

⁹⁵ CASTILLO, Y., *The appeal to human rights in Arbitration and International Investment Agreements*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012.

⁹⁶ KOMORI, T., WELLENS, K., *Public Interest Rules of international Law: Toward Effective Implementation*, Routledge, 2009; ACCONCI, P., *The Integration of non-Investment Concerns as an Opportunity for the Modernisation of International Investment Law: is the Multilateral Approach Desirable?*, 2014.

⁹⁷ MANN, H., VON MOLTKE, K., *A Southern Agenda on Investment? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, International Institute for Sustainable Development, 2005.

aveva adottato misure proprie del suo potere di regolazione, finalizzate a limitare i danni derivanti dall'attività dell'investitore, gli arbitri hanno preferito pronunciarsi in favore di quest'ultimo.

La materia ambientale è quella su cui dottrina e giurisprudenza hanno posto maggiore attenzione, esprimendo una tendenza diffusa a subordinare i principi a tutela dell'ambiente a quelli di tipo economico. Uno dei casi più noti è quello *Santa Elena*⁹⁸, avente ad oggetto l'indennizzo da corrispondere per l'espropriazione di un territorio che era destinato ad essere trasformato in una località turistica, motivato dalla necessità di tutelare la flora e la fauna della regione. In questa occasione il tribunale, stabilendo che l'indennizzo dovesse essere adeguato, aveva argomentato che un'espropriazione legata a ragioni ambientali può essere classificata come una misura di interesse pubblico, e pertanto legittima, però ciò non incide affatto sul carattere legale dell'indennizzo, che deve essere corrisposto.

Lo stesso riscontro si è avuto da parte dell'UNCITRAL, nel caso *Glamis Gold*.⁹⁹ L'oggetto del giudizio erano i progetti minerari da realizzare nell'immediata prossimità di un luogo sacro per le popolazioni indigene locali, il tribunale si pronunciò con le seguenti parole:

“The tribunal is aware that the decision in this proceeding has been awaited by private and public entities concerned with environmental regulation, the interests of indigenous people, and the tension sometimes seen between private rights in property and the need of the State to regulate the use of property. However given the Tribunal’s holdings, the Tribunal is not required to decide many of the most controversial issues raised in this proceeding. The tribunal observes that a few awards have made statements not required by the case before it. The Tribunal does not agree with this tendency; it believes that its case specific mandate and the respect demanded for the difficult task faced squarely by some future tribunals instead argues for it to confine its decision to the issues presented.”

Inoltre, l'opposizione delle popolazioni indigene non è stata minimamente considerata ai fini della violazione dell'accordo di investimento e dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo.

In materia di diritti umani, i tribunali si sono spinti ad affermare in maniera inequivocabile che considerazioni sui diritti umani non sono parte del loro mandato.¹⁰⁰ Ad esempio nel caso *Biloune c. Ghana*,

⁹⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1 (Award, 2000).

⁹⁹ UNCITRAL, *Glamis Gold, Ltd v. United States of America* (Final Award, 2009).

¹⁰⁰ *Border Timbers Ltd, Border Timbers International (Private) Ltd and Hangani Development Co (Private) Ltd v Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/25 (Award, 2015).

l'attore ha denunciato l'espropriazione subita ad opera del governo del Ghana, dicendo che questa aveva determinato una violazione dei diritti umani per la quale si richiedeva una compensazione.¹⁰¹ In tale occasione, il tribunale arbitrale si dichiarò competente a decidere sulla legittimità dell'espropriazione, ma non sulla sua qualificazione della medesima come violazione dei diritti umani, ritenendo l'oggetto estraneo alla propria giurisdizione.¹⁰²

La pratica fin qui illustrata evidenzia una insufficiente considerazione del possibile impatto negativo dell'attività degli investitori, mettendo in luce una grande fragilità della disciplina degli investimenti.¹⁰³ Infatti, sebbene da un lato gli accordi di investimento tradizionalmente nascono per garantire l'investitore, e dall'altro il diritto internazionale degli investimenti sia stato concepito come una disciplina *ad hoc*, è innegabile che questa non può sottrarsi al confronto con le altre branche del diritto: gli obiettivi cui esse mirano non possono realizzarsi concretamente, se non tramite un riconoscimento degli stessi a tutto tondo, da parte dell'intero ordinamento giuridico internazionale. Se così non fosse, la loro rilevanza sarebbe estremamente fragile e avvolta nel dubbio.

Alla luce delle criticità del sistema, a livello internazionale si è registrata una tendenza diffusa al riordino del sistema di investimenti da parte di ciascuno Stato, tramite tecniche diverse: alcuni hanno sostituito il linguaggio utilizzato con uno più chiaro, in modo tale da rendere la materia maggiormente uniforme, altri hanno terminato i trattati ancora in vigore, altri ancora denunciato le convenzioni multilaterali in materia di arbitrato.

¹⁰¹ *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Ad Hoc Tribunal, 1989.

¹⁰² Il tribunale si espresse come segue: “*Long-established customary international law requires that a State accord foreign nationals within its territory a standard of treatment no less than that prescribed by international law. Moreover, contemporary international law recognizes that all individuals, regardless of nationality, are entitled to fundamental human rights (which, in the view of the Tribunal, include property as well as personal rights), which no government may violate. Nevertheless, it does not follow that this Tribunal is competent to pass upon every type of departure from the minimum standard to which foreign nationals are entitled, or that this Tribunal is authorized to deal with allegations of violations of fundamental human rights.*” Ibid., at 203.

¹⁰³ Report of the Study Group of the International Law Commission, finalizzato da Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and Expansion of International Law*, 2006; KOSKENNIEMI, M., PÄIVI, L., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in *Leiden Journal International Law*, 2002.

3. La nozione di sviluppo sostenibile

Fra i valori non economici la cui tutela ha acquisito crescente rilievo a seguito della crisi di legittimità del sistema internazionale degli investimenti possiamo annoverare anche il diritto allo sviluppo sostenibile. Mentre l'introduzione del concetto di sviluppo sostenibile può essere fatta risalire alle leggi forestali dell'Europa centrale del XVII secolo¹⁰⁴, la sua evoluzione nel diritto internazionale è un fenomeno estremamente recente, che continua a svilupparsi ed essere regolato tramite accordi internazionali, dichiarazioni e statuti.

In concomitanza con la proliferazione dei BITs, nei primi anni '90, nel diritto internazionale venne creato il concetto di sviluppo sostenibile. Quest'ultimo può definirsi come la tutela e salvaguardia delle risorse dell'umanità, il raggiungimento di una migliore qualità della vita, la diffusione di una prosperità crescente ed equa, il conseguimento di un livello di uso e conservazione ambientale non dannoso per l'uomo e per le altre specie viventi e nel quale sia possibile una più equa accessibilità alle risorse.¹⁰⁵ Il concetto di sviluppo sostenibile fa riferimento agli sforzi di ciascuno Stato per raggiungere il progresso (sviluppo), in un modo che possa essere mantenuto nel tempo (sostenibile).¹⁰⁶

Dal punto di vista giuridico, il diritto allo sviluppo era già emerso quale diritto inalienabile "*to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.*"¹⁰⁷ Come presupposto, veniva riconosciuta la responsabilità degli Stati per la creazione di condizioni favorevoli alla realizzazione del diritto, sia a livello nazionale che internazionale. La sua titolarità appartiene a tutti i popoli.

Successivamente, la nozione di diritto allo sviluppo si è arricchita del termine "sostenibile", accentuando così l'aspetto di conciliazione dello sviluppo economico con la protezione dell'ambiente.¹⁰⁸ Ora "l'umanità

¹⁰⁴ CORDONIER SEGGER, M., NEWCOMBE, A., GEHRING, M.W., *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.

¹⁰⁵ TENUTA, P., *Indici e modelli di sostenibilità*, Franco Angeli Editore, 2009.

¹⁰⁶ GEHRING, M.W., CORDONIER SEGGER, M., *Sustainable Development in World Trade Law*, Kluwer Law International, 2005.

¹⁰⁷ Art. 1, UNGA Res. 41/128, 1986, "Declaration on the Right to Development".

¹⁰⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Rep 1997.

ha la possibilità di rendere sostenibile lo sviluppo, cioè di far sì che esso soddisfi i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere la possibilità di soddisfacimento dei bisogni di quelle future.”¹⁰⁹

L’evoluzione è collegata in via principale ai progressi intervenuti nel diritto internazionale circa la materia della tutela ambientale: gradualmente si è formato un diritto autonomo all’ambiente, riconosciuto espressamente all’interno di taluni strumenti giuridici e dalle corti tramite la sua sussunzione al diritto di tutela della vita privata e familiare.

Infine, la nozione si è ampliata ulteriormente del profilo sociale: allo sfrenato sviluppo economico deve essere contrapposta l’attenzione verso le sue ripercussioni sociali, quali l’impoverimento di specifici Paesi e popolazioni.

Oggi lo sviluppo sostenibile è considerato un concetto pluridimensionale, teso a garantire equilibrio fra una dimensione ambientale, una economica e una sociale, nel tentativo di superare la visione economicistica che voleva, invece, definire il benessere esclusivamente come paniere di beni a disposizione di una persona. La dimensione ambientale si preoccupa di conservare gli spazi naturali e la diversità delle specie, di monitorare il consumo delle risorse rinnovabili e non, con lo scopo di ridurre l’inquinamento e le ripercussioni delle catastrofi naturali. La dimensione economica, invece, vigila sulla distribuzione dei redditi e sull’occupazione, con il proposito di soddisfare le esigenze sociali e territoriali, conservando per quanto possibile le risorse disponibili. Infine, la dimensione sociale detiene il compito di preservare e incentivare la salute e la sicurezza delle persone, garantendo l’accesso alla formazione e allo sviluppo dell’umanità, anche attraverso la promozione dei valori culturali e del rispetto dell’uguaglianza.

In sostanza, viene richiamato un concetto di cambiamento in cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l’orientamento dello sviluppo tecnologico, ed i cambiamenti istituzionali sono in armonia tra di loro e contribuiscono al soddisfacimento dei bisogni e delle aspirazioni dell’uomo.¹¹⁰

È opportuno sottolineare che i valori ivi racchiusi avevano un’autonoma rilevanza già prima della creazione della nozione di sviluppo sostenibile, e continuano a mantenerla ancora oggi. Tuttavia, la comunità internazionale ha riconosciuto dapprima una forte interconnessione tra crescita economica e tutela ambientale, e successivamente anche il legame con la giustizia sociale, tale per cui non potrebbero essere realizzati in maniera piena e soddisfacente se non attraverso un’azione sinergica, che li coinvolga simultaneamente.

¹⁰⁹ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987.

¹¹⁰ ELLISON, K., *Rio+20: How the Tension between Developing and Developed Countries Influenced Sustainable Development Efforts*, in *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, n.27, 2014.

Ciò implica che ciascun Paese non solo assuma obblighi negativi, di astensione dal ledere il godimento e l'equilibrio dell'*habitat* e delle sue risorse, ma soprattutto si faccia carico di obblighi positivi, consistenti in misure concrete tese a garantirne la realizzazione e a porre rimedio laddove la condotta di un consociato vi abbia creato turbamento.

Ripercorrendo le tappe che hanno portato all'affermazione dello sviluppo sostenibile, la prima a cui si può risalire si colloca nel 1972, in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, meglio nota come conferenza di Stoccolma. La sua promozione avvenne al fine di riconoscere a livello globale l'importanza della cooperazione fra gli Stati per la tutela dell'ambiente che ospita ciascun essere umano vivente. Al momento della discussione delle sfide ambientali, si decise di affrontarle tramite un'accettazione generalizzata dello sviluppo sostenibile come strumento al servizio del progresso, che non sacrifichi la capacità della terra di sostenere la vita. Inoltre, venne creato il *United Nations Environmental Programme* (UNEP), un'organizzazione internazionale avente il mandato di promuovere lo sviluppo rispettoso dell'ambiente.

Tuttavia, il riconoscimento più rilevante si è avuto nel rapporto "*Our common Future*", realizzato dalla Commissione di Brundtland nel 1986, dove si trova la celebre definizione di sviluppo sostenibile come soddisfacimento dei bisogni odierni senza che ciò precluda alle generazioni future di soddisfare i propri.

*"Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. The concept of sustainable development does imply limits - not absolute limits but limitations imposed by the present state of technology and social organization on environmental resources and by the ability of the biosphere to absorb the effects of human activities. But technology and social organization can be both managed and improved to make way for a new era of economic growth. The Commission believes that widespread poverty is no longer inevitable. Poverty is not only an evil in itself, but sustainable development requires meeting the basic needs of all and extending to all the opportunity to fulfil their aspirations for a better life. A world in which poverty is endemic will always be prone to ecological and other catastrophes."*¹¹¹

La commissione ne evidenziò la natura organica, permettendogli di diffondersi in numerosi settori del diritto. Tale definizione venne poi completata da quella del successivo rapporto "*Caring for the Earth*", il

¹¹¹ Para. I (3), World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987.

quale aggiunse rilievo al rispetto della capacità di rigenerazione della Terra nel perseguimento di un miglioramento nella qualità di vita dell'uomo.¹¹²

La creazione di un regime legale a livello globale avvenne con la Conferenza di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992. Essa portò il tema ad acquisire rilevanza autonoma e primaria nell'agenda internazionale, e si concluse con l'adozione di due strumenti: la Dichiarazione di Rio¹¹³, con la quale i Paesi partecipanti riconobbero la responsabilità degli Stati a che ognuno faccia la sua parte in proporzione alle proprie capacità, e l'Agenda 21¹¹⁴, consistente in una pianificazione delle azioni da intraprendere a livello mondiale. Da questo momento, la promozione di tale principio iniziò a tradursi nella promozione di politiche nel settore economico, ambientale, dei diritti umani e dei diritti dei lavoratori.

Nella Dichiarazione di Johannesburg del 2002, in occasione del Summit Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile, avvenne il riconoscimento dello sviluppo sostenibile come arricchito di un un'ulteriore pilastro, quello dello sviluppo sociale.¹¹⁵ Pur essendo nato da un discorso ambientale, non è più da intendersi solamente in quanto "serve the needs of the environment".¹¹⁶ Comunque il piano di Johannesburg merita di essere citato in quanto identifica in un ambiente favorevole agli investimenti la base solida su cui gettare le fondamenta dello sviluppo sostenibile.

Nello stesso anno, l'*International Law Association* (ILA) ha voluto fare maggiore chiarezza sui principi di diritto internazionale legati alla nozione di sviluppo sostenibile pubblicando la Dichiarazione di Nuova Delhi.¹¹⁷ Lo strumento presenta una visione ampia, in linea con l'intento di creare un panorama di riferimento per il tema nel diritto internazionale generale. I principi individuati sono: (1) l'obbligo di ciascuno Stato di assicurare un utilizzo sostenibile delle risorse naturali, (2) equità ed eliminazione della povertà, (3) responsabilità comuni ma differenziate, (4) un approccio precauzionale alla salute umana, risorse naturali ed ecosistemi, (5) partecipazione e accesso alle informazioni e alla giustizia, (6) buon

¹¹² UNEP, IUCN and WWF, *Caring for the Heart, A Strategy for Sustainable Living*, 1980.

¹¹³ UNCED, *Rio Declaration on Environment and Development*, 1992.

¹¹⁴ UNCED, *Agenda 21*, 1992.

¹¹⁵ WSSD, *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*, 2002.

¹¹⁶ BIRNIE, P., BOYLE, A., *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹¹⁷ ILA, *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, 2002.

governo, (7) interazione ed integrazione dei diritti umani con gli obiettivi di tipo economico, sociale ed ambientale.¹¹⁸

Il primo principio costituisce uno dei maggiormente radicati nel concetto di sviluppo sostenibile: l'utilizzo delle risorse naturali attraverso ritmi e tecniche che tengano in considerazione il tempo necessario alla loro rigenerazione. Sul piano degli investimenti ciò vuol dire che gli Stati hanno l'onere di fare un piano di valutazione dell'impatto oppure riservarsi un potere di regolamentazione per disciplinare tali risorse.

Il secondo principio, quello di equità ed eliminazione della povertà, implica che i flussi di investimenti generino ricchezza economica, la quale debba essere impiegata, almeno in parte, per l'attuazione di piani di regolazione sociale.

Il terzo principio, quello delle responsabilità comuni ma differenziate, tende a riprendere le conclusioni a cui si era giunti con l'adozione della Dichiarazione di Rio e dell'Agenda 21: ciascuno Stato deve impegnarsi in proporzione alle proprie capacità.

Il quarto principio, quello di precauzione, mira a mettere gli Stati nella posizione di calcolare preventivamente quale impatto avrà una certa attività sull'ambiente, sulla salute umana o sugli ecosistemi. Pertanto, lo Stato ospite dovrebbe condurre dei piani di valutazione sull'impatto degli investimenti, ammettendoli solamente se non dannosi per l'uomo ed il territorio.

A partire dal quinto principio, quello della partecipazione e accesso alle informazioni e alla giustizia, la Dichiarazione inizia a delineare una nozione di sviluppo sostenibile che si espande e allontana dai tradizionali tre pilastri della tutela ambientale, giustizia sociale e crescita economica. Questo prevede che i privati vengano coinvolti nelle valutazioni di sostenibilità svolte dallo Stato e possano, eventualmente, ricorrere al sistema giudiziario per metterle in discussione. Successivamente, il principio di buon governo si lega agli standard di trattamento dell'investitore quali lo standard minimo internazionale, quello di trattamento giusto ed equo e quello di piena sicurezza e giustizia. Infine, il principio di interazione ed integrazione dei diritti umani con gli obiettivi di tipo economico, sociale ed ambientale, il quale mira ancor più ad estendere lo sviluppo sostenibile.

¹¹⁸ILA, New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2002, nel preambolo si legge: “ [...] *the objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations*”.

Nel 2012, la comunità internazionale che si era riunita a Rio de Janeiro si riunì nuovamente per la Conferenza delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile, anche conosciuta come Rio+20 in quanto ricalcò quella avvenuta vent'anni prima. La conferenza si concentrò principalmente su due temi: sviluppare un contesto istituzionale e una green economy, in un contesto di sviluppo sostenibile ed eliminazione della povertà. Il risultato fu un documento intitolato “*The Future We Want*”.

Da ultimo, nel 2015, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato il piano d'azione “*Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*.” Quest'ultimo fissa 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs), obiettivi necessari al raggiungimento dello sviluppo sostenibile, fra i quali alcune questioni che hanno recentemente catturato l'attenzione della comunità internazionale, come ad esempio il cambiamento climatico, le disuguaglianze economiche, la pace e la giustizia.

4. Il valore giuridico dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale

La mole degli interventi, delle enunciazioni normative e delle interpretazioni dottrinali offerte in relazione al principio dello sviluppo sostenibile sembra tale da consentire una riflessione sul rango che lo stesso ha assunto nel quadro delle fonti del diritto. Si ritiene opportuno, quindi, soffermarsi per svolgere un ragionamento analitico più approfondito, anticipando da subito che la sua valenza normativa viene considerata da molti incerta.

I critici tendono ad escludere che il principio abbia il carattere dell'obbligatorietà, tipico delle norme di legge, motivando la propria affermazione con un rimando all'art.38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, il quale elenca le fonti di diritto internazionale: (a) i trattati internazionali; (b) la consuetudine internazionale; (c) i principi di diritto generalmente riconosciuti dalle nazioni civili.

Per quanto riguarda la possibilità di riconoscere la valenza normativa dello sviluppo sostenibile riconducendolo ai trattati in cui è inserito, le previsioni contenute negli accordi sono ancora piuttosto scarse.

Spesso la materia è inserita nel preambolo dei trattati, il quale, però, tradizionalmente non si considera in grado di creare nuovi diritti e doveri in capo alle parti contraenti. Ciononostante, può influenzare in maniera significativa l'interpretazione dell'accordo ai sensi dell'art.31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei

trattati.¹¹⁹ Quest'ultimo, nel secondo paragrafo prevede che: "Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: [...]"¹²⁰ Tale autorevole statuizione conferisce al preambolo una rilevanza nell'opera interpretativa del trattato: quest'ultimo non deve essere interpretato considerandolo come uno strumento isolato dal resto, ma va letto alla luce di quanto stabilito nel preambolo, negli allegati, in ogni altro strumento disposto dalle parti in occasione della sua conclusione, di ogni norma pertinente del diritto internazionale e più generalmente del contesto in cui si colloca.

Ad esempio nel caso *Compañía de Aguas c. Argentina*, il tribunale sostenne che l'intento delle parti espresso nel preambolo, ossia quello di creare un contesto di protezione e promozione degli investimenti in modo tale da incoraggiare il trasferimento di capitali e tecnologie e promuovere lo sviluppo economico, fosse da tenere in stretta considerazione nella risoluzione della controversia.¹²¹ Di diverso avviso sono altri tribunali arbitrali, ad esempio quello del caso *Bayindir c. Pakistan*.¹²² Considerando che il preambolo da solo non costituisce uno strumento idoneo a creare obbligazioni, si dice che "*it is doubtful that, in the absence of a specific provision in the BIT itself, the sole text of the preamble constitutes a sufficient basis for a self-standing fair and equitable treatment obligation under the BIT*". Senza un riferimento nella parte operativa del trattato, appare difficile orientare l'interpretazione verso un oggetto che compare solo genericamente nel preambolo.

La seconda possibilità è di ricondurlo alla consuetudine di diritto internazionale. Alcuni Stati e Organizzazioni non governative hanno argomentato che lo sviluppo sostenibile sia un nuovo principio di diritto consuetudinario in fase di affermazione.¹²³

Senonché, la consuetudine richiede la coesistenza di due elementi: l'elemento oggettivo, la *diuturnitas*, che consiste nella reiterazione di un determinato comportamento da parte della collettività, e dell'elemento soggettivo, l'*opinio iuris ac necessitatis*, che consiste nella convinzione diffusa che tale comportamento sia

¹¹⁹ Per approfondimenti si veda: CANNIZZARO, E., *Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018; RONZITTI, N., *Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, 2019; SOREL, J., *A Proposito Dell'Interpretazione Dell'Articolo 31 Della Convenzione Di Vienna Del 1969 e Sulla Sua Applicazione Giurisprudenziale*, in *Ragion Pratica*, n. 22, 2004.

¹²⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 1969, Art. 31(2): "The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes [...]"

¹²¹ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentina*, ICSID Case No. ARB 97/3 (Award, 2007).

¹²² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S., v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29 (Award, 2005).

¹²³ HUNTER, D., ZAELKE, D., SALZMAN, J., *International Environmental Law and Policy*, New York, Foundation Press, 2001; SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

giuridicamente obbligatorio.¹²⁴ La sussistenza di tali elementi è discussa nell'attuale panorama giuridico internazionale, dove il diritto allo sviluppo sostenibile viene spinto per lo più da interventi di promozione da parte delle organizzazioni internazionali.

L'internazionalista Vaughan Lowe ha argomentato che la mancanza degli elementi necessari per potersi parlare di un principio consuetudinario sia resa palese dal fatto che tuttora la dottrina si interroga sulla natura del principio: un tale dubbio sembra già contenere in sé la conclusione negativa.¹²⁵ Inoltre, sia gli strumenti di diritto sia la giurisprudenza fanno costante riferimento al “concetto di sviluppo sostenibile” e già tale formulazione dovrebbe fornire uno spunto di riflessione, poiché non figura mai, ad esempio, un “dovere degli stati allo sviluppo”.

Considerando che, tradizionalmente le consuetudini si formano poiché la costanza nella condotta degli Stati porta alla convinzione che tale condotta sia diventata obbligatoria, non sorprende che per quanto riguarda lo sviluppo sostenibile un tale riconoscimento faticosi ad avvenire. Infatti, così come la maggior parte del diritto ambientale internazionale, gli Stati arrivano prima a credere nella necessità di creare la regola, e solo in un secondo momento ad applicarla nella sostanza. Proprio con riferimento all'inversione del momento creativo con quello applicativo René-Jean Dupuy ha parlato di “*wild custom*” cioè di una consuetudine selvaggia, anomala.¹²⁶

La terza possibilità è la sua identificazione come principio di diritto generalmente riconosciuto. È necessario che vi sia un'ampia ricognizione dello stesso da parte delle corti o commissioni arbitrali internazionali, oppure all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali. Anche in questo caso, non sembrano essere presenti i requisiti richiesti, poiché la disciplina dello sviluppo sostenibile è contenuta quasi esclusivamente in strumenti aventi natura di *soft law*.¹²⁷

¹²⁴ Per approfondimenti si veda: International Law Commission, *Draft conclusions on identification of customary international law*, 2018; CONFORTI, B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

¹²⁵ BOYLE, A., FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

¹²⁶ Per l'autore un *wild custom* è quello che risulta da politiche legali piuttosto che da una reale credenza; per approfondimenti si veda DUPUY, R., *Coutume sage et coutume sauvage*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau: La communauté internationale*, 1974.

¹²⁷ FIEVET, G., *Réflexions sur le concept de développement durable: prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux*, in *Revue belge de droit international*, 2001; BAXTER, R., *International Law “In Her Infinite Variety”*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, 1980.

Dall'altro lato, però, la natura di *soft law* non necessariamente determina la menomazione del valore legale di un principio.¹²⁸ Anche sulla sua formulazione ampia e generica, sotto forma di concetto di sviluppo sostenibile e di impegno degli Stati parte ad adoperarsi per la realizzazione dello stesso, tale obbligazione non deve considerarsi inferiore ad una che indichi le specifiche misure da adottare: si tratta di due obbligazioni diverse, ma aventi la stessa vincolatività. Quella in questione può essere inquadrata come un'obbligazione di mezzi, cioè un'obbligazione che si ritiene soddisfatta non quando il risultato sperato sia stato realizzato, bensì quando i comportamenti ritenuti necessari allo scopo vengono posti in essere.¹²⁹ La conclusione è che tali previsioni possono chiaramente garantire allo sviluppo sostenibile la sua normatività.

Sulla consistenza del principio, la dottrina ha evidenziato un ostacolo principale nella possibilità di inquadrare lo sviluppo sostenibile come immediatamente precettivo: la difficile ed incerta identificazione di un punto di equilibrio tra sviluppo e compatibilità ambientale, tra bisogni delle generazioni presenti e future.¹³⁰ Un principio, o una norma, si considera precettiva quando di per sé contiene già un precetto, così che non vi è bisogno di ulteriori norme per la sua applicabilità e giustiziabilità. La preconditione di un simile effetto, però, è che il precetto in questione sia identificato, mentre lo sviluppo sostenibile è un valore in continuo divenire.¹³¹

Ciò non costituisce, invece, ostacolo al riconoscimento della sua natura programmatica, permettendo di inquadrarlo come principio guida di portata generale.¹³²

Tale conclusione è sostenuta anche da un'autorevole pronuncia della Corte internazionale di giustizia, che nel caso relativo al progetto Gabčíkovo-Nagymaros di diga sul Danubio, per la prima volta si è occupata del principio in esame.¹³³ La Corte evita di riconoscere espressamente allo sviluppo sostenibile il carattere di principio obbligatorio, limitandosi ad affermare che il "concetto" di sviluppo durevole traduce in maniera corretta la necessità di conciliare la crescita economica con la tutela ambientale. Tuttavia, la strada viene

¹²⁸ WEIL, P., *Observations de M. Prosper Weil, Annexe: Observations des membres de la Commission sur le rapport provisoire*, 1983.

¹²⁹ TORRENTE, A., SCHLESINGER, P., ANELLI, F., GRANELLI, C., *Manuale Di Diritto Privato*. Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

¹³⁰ PORENA, D., *Il 'rango' del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*. 2016.

¹³¹ PENNASILICO, M., *Sviluppo Sostenibile, Legalità Costituzionale e Analisi "Ecologica" del Contratto*, in *Persona e Mercato*, 2015.

¹³² BROWNIE, I., *Principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2003; CASSESE, A., *International law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

¹³³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Rep 1997.

lasciata aperta a diverse interpretazioni nella giurisprudenza internazionale, grazie all'opinione dissidente dell'allora vicepresidente della Corte, Christopher Gregory Weeramantry, che sostiene l'idea per cui lo sviluppo sostenibile è da considerarsi molto più di un concetto, avvicinandosi maggiormente ai caratteri di valore normativo.¹³⁴

Nel caso *Pulp Mill*, la Corte di Giustizia fa un passo ulteriore, riprendendo il riconoscimento del "concetto di sviluppo sostenibile" fatta nel caso anzidetto, e sostenendo che questo sia ormai molto di più, sia un obiettivo, un obiettivo con il quale le condotte statali devono essere in linea.¹³⁵

Il primo riconoscimento giurisprudenziale come principio consuetudinario è avvenuto da parte di un tribunale arbitrale, nel caso *Iron Rhine*. Il tribunale si è espresso dicendo che al giorno d'oggi il diritto internazionale "requires the integration of appropriate environmental measures in the design and implementation of economic development activities" e che l'integrazione degli stessi requisiti voglia dire che "where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm, which has now become a principle of general international law".¹³⁶

Pertanto, nonostante le argomentazioni alquanto persuasive avanzate dalla critica, non può escludersi la rilevanza giuridica del principio. Basti pensare che c'è anche chi ha suggerito che sullo stesso dovesse fondarsi la nascita di una nuova branca del diritto internazionale.¹³⁷

Le previsioni di sviluppo sostenibile variano, a volte notevolmente, da uno strumento all'altro, tuttavia, presentano una struttura sufficientemente simile, poiché il principio è quasi sempre definito come un obiettivo a cui aspirare. Perciò i comportamenti finalizzati al raggiungimento di sviluppo sostenibile, anche se privi di uniformità, possono ancora costituire validi precedenti dell'esistenza di una prassi generale degli Stati. È possibile concludere che lo sviluppo sostenibile, come obiettivo, costituisce già un principio di diritto consuetudinario, anche se la sua portata è molto generale e richiede un fondamento caso per caso.¹³⁸

Occorre inoltre ricordare che il diritto allo sviluppo sostenibile si configura come un ampio contenitore di principi quali ad esempio la tutela dei diritti umani e dell'ambiente, che, al contrario del primo sono principi

¹³⁴ CURTI GIALDINO, C., *L'Unione Europea ed il Principio dello Sviluppo Sostenibile*, Venezia, 2007.

¹³⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Rep 2010.

¹³⁶ *Kingdom of Belgium v. Kingdom of the Netherlands*, PCA Case No. 2003-02 (Final Award, 2005).

¹³⁷ SCHRIJVER, N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law*, Martinus Nijhoff, 2008.

¹³⁸ BARRAL, V., *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23, 2012.

ben affermati nel diritto internazionale e regolati da strumenti di *hard law*.¹³⁹ Pertanto, sebbene la loro protezione sotto la nuova nozione di sviluppo sostenibile sia meno diffusa, la sua portata sostanziale è parte integrante del diritto internazionale e la rilevanza giuridica che ne scaturisce è innegabile.

5. Il legame tra lo sviluppo sostenibile e la disciplina internazionale degli investimenti

Una volta che si è compreso il concetto di sviluppo sostenibile, è possibile chiedersi quale legame vi sia tra questo e il diritto internazionale degli investimenti. Nel rapporto “*Our Common Future*” si legge:

“Lo sviluppo sostenibile, lungi dall’essere una definitiva condizione di armonia, è piuttosto un processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l’orientamento dello sviluppo tecnologico e i cambiamenti istituzionali siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre che con gli attuali.”¹⁴⁰

In quanto cambiamento, l’attuazione dello sviluppo sostenibile richiede innanzitutto mutamenti economici, i quali possono raggiungersi solo attraverso investimenti in nuove forme di produzione energetica, trasporto, manifattura ed estrazione delle risorse.

Le organizzazioni economiche internazionali, come ad esempio l’OMC, hanno a loro volta abbracciato il concetto di sviluppo sostenibile. Infatti, questo venne dapprima inserito nel Preambolo dello Statuto OMC del 1995 ¹⁴¹, per poi essere nuovamente ripreso e sottolineato in successive dichiarazioni, come ad esempio in occasione della Conferenza Ministeriale a Ginevra del 1998, dove i ministri si sono espressi dicendo:

¹³⁹ DUPUY, P., *Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?*, in *Revue générale de droit international public*, n. 4, 1997.

¹⁴⁰ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987.

¹⁴¹ Nel Preambolo dell’Accordo OMC si legge: “*while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.*”

*“We shall also continue to improve our efforts towards the objectives of sustained economic growth and sustainable development.”*¹⁴²

Il legame tra investimenti stranieri diretti e sviluppo sostenibile ha una duplice natura: da un lato, l'attività delle imprese transnazionali è in grado di promuovere grandemente i principi legati allo sviluppo sostenibile, dall'altro è anche capace di avere un grande impatto sull'impovertimento e la degradazione dei Paesi meno sviluppati. Ad esempio la Rappresentanza Speciale del Segretario Generale presso le Nazioni Unite, ha rilevato la violazione di un'ampia gamma di diritti umani da parte delle imprese transnazionali.¹⁴³ In linea con tale ottica, gli Stati, nella conclusione dei loro accordi di investimento, dovrebbero abbandonare il classico approccio quantitativo, volto ad attrarre un alto numero di investimenti, in favore di un approccio qualitativo, che valorizzi l'apporto che questo può dare alla crescita dello Stato ospite.

Gli investimenti esteri sono stati, e continuano ad essere, fattori indispensabili di promozione dello sviluppo economico per molti Paesi, specialmente per quelli in via di sviluppo. Ciononostante, non tutti gli investimenti stranieri determinano lo sviluppo del Paese che li ospita, in molti casi alla crescita economica si affianca un grave danneggiamento dell'ambiente e delle comunità locali.

Come accentuato dalla Conferenza ONU sull'ambiente e lo sviluppo nell'Agenda 21:

*“Investment is critical to the ability of developing countries to achieve needed economic growth to improve the welfare of their populations and to meet their basic needs in a sustainable manner, all without deteriorating or depleting the resource base that underpins development. Sustainable development requires increased investment, for which domestic and external financial resources are needed. Foreign private investment and the return of flight capital, which depend on a healthy investment climate, are an important source of financial resources.”*¹⁴⁴

In maniera analoga, l'Agenda 2030 sottolinea l'importante ruolo svolto dagli investimenti stranieri diretti nella realizzazione degli SDGs.

¹⁴² Para. 4, WTO, Geneva Ministerial Declaration, 1998.

¹⁴³ RUGGIE, J., *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*, in Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 2008.

¹⁴⁴ United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 1992.

La conclusione è che lo sviluppo economico dato dagli investimenti stranieri diretti è un fattore fondamentale nell'attuazione delle politiche di sviluppo in materia ambientale e sociale, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, dove la loro urgenza si fa maggiormente sentire.¹⁴⁵

Numerose iniziative internazionali sono intervenute tramite strumenti di *soft law*, per indirizzare il sistema verso accordi inclusivi dei nuovi valori.

L' *International Institute for Sustainable Development* (IISD) ha riconosciuto che gli accordi attualmente in vigore sono incapaci di dare attuazione allo sviluppo sostenibile, poiché continuano a percepire quale preoccupazione principale quella di proteggere l'investitore straniero da atti discriminatori da parte dello Stato ospite. A tal proposito, ha elaborato un modello di accordo di investimento il cui obiettivo fosse quello di accrescere investimenti stranieri a lungo termine.¹⁴⁶ La maggiore novità introdotta dal modello è la previsione di obblighi in capo agli investitori stranieri, in modo tale da assicurare che i loro investimenti non siano lesivi del territorio e delle comunità locali. Per raggiungere tale obiettivo sono previste due strade: la prima, è prevedere che gli Stati nazionali si assumano la responsabilità di regolarne l'attività all'estero; la seconda è che gli accordi di investimento contengano specifici richiami ai codici di condotta in materia di responsabilità sociale di impresa.

La *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) nel 2012 ha promosso l'*Investment Policy Framework for Sustainable Development* (IPFSD), volto a delineare i criteri attraverso i quali costruire un quadro politico degli investimenti comprensivo dello sviluppo sostenibile.¹⁴⁷ Il piano mira ad individuare i principi chiave delle politiche di investimento, sia sotto forma di regolamentazione nazionale, che come linee guida nel panorama internazionale, in modo tale da rendere il sistema equilibrato e trarne un reale beneficio in termini di sviluppo.

Innanzitutto, si parla di una "nuova generazione" di politiche di investimento caratterizzate dal riconoscimento degli investimenti come forma principale di crescita economica e sviluppo, e conseguentemente, dall'incentivazione a perseguire lo sviluppo sostenibile tramite investimenti responsabili. Seguirà una breve analisi dei principi identificati.

a) *Investment for sustainable development*

¹⁴⁵ OECD, Committee on International Investment and Multinational Enterprises, *Foreign Direct Investment for Development: Maximising Benefits, Minimising Costs*, 2002.

¹⁴⁶ IISD, *Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development*, 2004.

¹⁴⁷ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2012.

Il primo principio consiste nella promozione degli investimenti per uno sviluppo che non sia solo economico, ma comprensivo di altri principi. Per la realizzazione di un tale progresso è necessario che siano coinvolti soprattutto i Paesi più poveri.

Il principio è posto all'inizio dell'esposizione proprio perché è quello che racchiude l'intento dello strumento normativo e deve guidare l'interpretazione delle altre previsioni.

b) *Policy coherence*

Il secondo principio consiste nella coerenza politica: l'investimento è riconosciuto come strumento per realizzare un fine e pertanto deve, non solo far parte di un disegno di sviluppo generale, ma essere funzionale alla sua realizzazione. Le diverse politiche adottate dagli Stati devono coordinarsi l'una con l'altra in modo tale da soddisfare tale fine e non creare inefficienze del sistema.

c) *Public governance and institutions*

Il terzo principio riconosce come fattore chiave per la creazione di un clima favorevole agli investimenti quello di una gestione amministrativa ispirata a principi di chiarezza, trasparenza, prevedibilità, giustizia e assenza di corruzione. Tale assunto è coerente non solo con alcuni degli studi condotti dalla dottrina, ma anche con la semplice logica: l'investimento costituisce un'attività potenzialmente rischiosa, pertanto potendo scegliere un investitore preferirà investire in territori che gli garantiscano maggiore sicurezza.

d) *Dynamic policymaking*

Il quarto principio prescrive politiche nazionali ed internazionali flessibili, affinché possano adattarsi a circostanze spesso in cambiamento. L'eterogeneità delle fattispecie concrete richiede un contenuto elastico della normativa, così da non lasciare sforniti di tutela gli investitori.

e) *Balanced rights and obligations*

Il quinto principio consiste nel fissare un equilibrio tra diritti ed obblighi dell'investitore: come si è visto nel capitolo precedente, lo squilibrio tra le parti contrattuali è uno dei principali motivi che ha portato al collasso del sistema internazionale degli investimenti. Da un lato vi è la necessità di attirare nuovi investimenti, e a tal fine sono previste politiche di liberalizzazione, dall'altro, quella di tutelare il territorio e la popolazione locale da investimenti dannosi. Pertanto, si auspica che gli Stati abbandonino l'approccio tradizionale a tutela esclusiva dell'investitore, il quale va invece riconosciuto come pienamente responsabile dell'attività che svolge.

f) *Right to regulate*

Il sesto principio prescrive il diritto di regolare, quale prerogativa di ciascuno Stato in quanto espressione del principio di sovranità. Ricollegandosi al precedente principio, l'equilibrio nel rapporto Stato-investitore deve innanzitutto essere riscritto tenendo a mente che ciascun Paese mantiene il diritto ad esprimere l'autorità che gli è propria nel territorio nazionale. Il potere di regolazione, sempre esercitato secondo criteri di proporzionalità e non discriminazione, è funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico.

g) *Openness to investment*

Il settimo principio è quello di apertura agli investimenti: per apertura non si intende soltanto l'adozione di politiche che formalmente incoraggino gli investimenti, ma anche della sussistenza delle condizioni concrete per farlo. Fra gli elementi che garantiscono apertura vi sono quelli positivi, come ad esempio procedure d'investimento definite in maniera chiara, e quelli negativi, come l'assenza di barriere all'ingresso.

h) *Investment protection*

L'ottavo principio è quello di tutela dell'investimento, che avviene a livello nazionale e internazionale. A livello nazionale, la tutela può avvenire tramite il principio di autonomia contrattuale e di accesso al sistema giudiziale; a livello internazionale, invece, tramite la garanzia degli standard di trattamento, quali il principio di non discriminazione, il trattamento giusto ed equo e la protezione in caso di espropriazione.

i) *Investment promotion and facilitation*

Il principio si riferisce alle agevolazioni economiche che spesso vengono previste dagli Stati come incentivazione agli investimenti. Questa pratica può essere attuata, ma con alcune cautele: le facilitazioni non devono essere a discapito di altri interessi fondamentali ed in ogni caso occorre considerare che comportano un elevato tasso di rischio, poiché la loro adozione generalizzata determina una certa competitività, la quale non deve tradursi in una corsa al ribasso che finirebbe con il danneggiare il sistema economico.

j) *Corporate governance and responsibility*

Il principio si rivolge ai governi, affinché promuovano attivamente gli standard di responsabilità sociale d'impresa, ad oggi attuabili solo su base volontaria, anche attraverso la loro previsione in strumenti di regolazione, a carattere obbligatorio. Infatti, le imprese transnazionali, non essendo direttamente vincolate da obblighi di diritto internazionale, possono dotarsi di codici di condotta aventi valore di *soft law*. Questi ultimi, nel tempo sono risultati estremamente influenti per le politiche d'investimento.

k) *International cooperation*

A chiusura viene enunciato il principio di cooperazione internazionale. Tale principio opera in due sensi: il primo, come monito all'interno dello stesso settore degli investimenti, che essendo estremamente frammentato e disomogeneo necessita di un riordino; il secondo, come indirizzo da seguire nella realizzazione dei principi finora esposti, alcuni dei quali non possono essere realizzati dai singoli Stati in via autonoma, ma necessitano di un'azione coordinata.¹⁴⁸

Ad ogni modo, nella lettura e interpretazione dei singoli principi, occorre sempre guardare al disegno finale tracciato dai Paesi, in modo tale da inquadrarli correttamente nel quadro d'insieme.

Qualche anno più tardi il *Policy Framework* è stato rivisto e aggiornato in modo tale da conferirgli maggiore concretezza.¹⁴⁹ In particolare, sono state individuate quattro aree da sviluppare nei trattati: (1) la previsione di impegni concreti per promuovere e facilitare gli investimenti per lo sviluppo sostenibile; (2) l'equilibrio tra impegni assunti dallo Stato e obblighi degli investitori e la promozione di investimenti responsabili; (3) l'equilibrio tra la tutela dell'investitore e il mantenimento di spazi di regolazione dello Stato; (4) riforma del sistema ISDS.

Sempre nel 2012, il segretariato del Commonwealth delle nazioni ha emanato una guida pratica alla stipulazione degli accordi internazionali in materia di investimento.¹⁵⁰ Il documento parte da due presupposti: il primo è che l'attuale sistema internazionale degli accordi di investimento non considera in maniera adeguata la finalità di sviluppo, dando preminenza a quella di tutela degli investimenti; il secondo è che vi è un rapporto inclusivo tra investimenti e sviluppo, in virtù del quale questi elementi possono notevolmente influenzarsi a vicenda. Ciò considerato, vengono delineati diversi sentieri da seguire in modo tale da modificare i tradizionali accordi d'investimento e renderli comprensivi della tutela dello sviluppo sostenibile. Fra questi possiamo citare la conclusione di una collaborazione con lo Stato nazionale dell'investitore per promuovere lo sviluppo sostenibile, la tutela della flessibilità dei poteri regolamentari interni e lo svolgimento di valutazioni del livello di sostenibilità.

L'OCSE ha pubblicato una relazione che analizza più di duemila accordi di investimento, per rilevare le inadeguatezze del sistema dal punto di vista dello sviluppo e correggerle.¹⁵¹ Dall'inchiesta emerge che l'inidoneità dei principali accordi è da ricondursi al fatto che questi prevedono unicamente diritti in capo

¹⁴⁸ Ad esempio, nel caso degli incentivi, senza coordinazione internazionale si rischia una sfida al rialzo, che finisce con il ledere i benefici derivanti dagli investimenti.

¹⁴⁹ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015.

¹⁵⁰ Commonwealth Secretariat, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries*, 2012.

¹⁵¹ GORDON, K., POHL, J., BOUCHARD, M., *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2014.

agli investitori e conseguentemente ciò determina un'ingiustificata restrizione dei poteri dello Stato nella cura dei propri interessi.

Nel corso dell'incontro del G20, tenutosi in Cina nel 2016, i ministri delle maggiori potenze economiche si sono accordati su alcuni Principi Guida per la definizione delle politiche in materia di investimenti, finalizzate alla promozione di una crescita economica inclusiva dello sviluppo sostenibile.

Data la recente elaborazione delle soventi politiche, è difficile prevedere come queste saranno in grado di influenzare i trattati d'investimento a livello mondiale. Tuttavia, seppur non obbligatori, tali documenti dimostrano quantomeno un consenso diffuso da parte della comunità internazionale nella creazione di un sistema internazionale d'investimenti che tenga in debita considerazione il perseguimento del principio.

6. Lo sviluppo sostenibile nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali

In assenza di uno strumento obbligatorio e comprensivo sulla tutela dello sviluppo sostenibile, un ruolo preminente è stato svolto dalla giurisprudenza, che tramite l'interpretazione ha indicato delle possibili vie di bilanciamento tra la garanzia degli investimenti e il mantenimento del potere di regolazione degli Stati. Infatti, il vivo interesse della comunità internazionale sul tema è innegabile: in una formulazione o nell'altra, lo sviluppo sostenibile viene sancito come esplicito scopo di più di cinquanta trattati internazionali a carattere vincolante.¹⁵² Inoltre, è centrale nel mandato di molte organizzazioni internazionali, ed è il tema su cui numerose dichiarazioni e standard sono stati elaborati. A tal proposito, le Corti hanno mostrato una tendenza parallela a quella degli Stati, di adeguarsi alle nuove esigenze, proponendo delle interpretazioni evolutive e progressiste del diritto, anche se in alcuni casi, non ancora sufficienti.

Riguardo al potere di regolazione degli Stati, uno dei casi più noti è quello *Philip Morris c. Uruguay*.¹⁵³ L'Uruguay ha uno dei tassi di consumo di tabacco più alti dell'America Latina, il quale ha enormi

¹⁵² CORDONIER SEGGER, M., KHALFAN, A., *Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

¹⁵³ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (Award, 2016).

implicazioni sulla salute della popolazione e sull'economia. In questo contesto, l'Uruguay si è impegnato ad adottare importanti misure politiche volte a disincentivare il consumo di tabacco. In particolare, ha adottato alcuni regolamenti che stabiliscono che i produttori di tabacco non potessero più vendere diverse tipologie del proprio prodotto e che l'80% del pacchetto dovesse contenere avvertenze per la salute, consentendo di inserire il marchio e ulteriori informazioni in appena il 20% dello stesso.

La procedura arbitrale era stata attivata sulla base del BIT Uruguay-Svizzera, luogo di registrazione delle società attrici, tutte riconducibili alla Philip Morris S.A., che lamentano la violazione della clausola di trattamento giusto ed equo e delle loro legittime aspettative a seguito dell'adozione delle misure suindicate, dalle quali è scaturita una notevole riduzione del valore dell'investimento.

Il tribunale ha respinto tutte le richieste degli attori, dichiarando la legalità delle misure attuate dall'Uruguay a tutela della salute pubblica. In particolare, le misure non violano il FET, né tantomeno le legittime aspettative dell'investitore "*if they did not exceed the exercise of the host State's normal regulatory power in pursuance of a public interest and did not modify the legal framework relied upon by an investor at the time of its investment outside of an acceptable margin of change.*"¹⁵⁴ Inoltre, ha sottolineato che affinché le misure prese da uno Stato per curare l'interesse pubblico siano lecite, è sufficiente che riflettano un tentativo ragionevole di tutelare lo stesso e che siano adottate in buona fede.

Il tribunale ha seguito la giurisprudenza prevalente in materia di tutela della salute pubblica, come delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: trattandosi di una materia per la quale il governo dello Stato è direttamente responsabile, i tribunali di investimento devono avere una maggiore attenzione e deferenza verso le misure nazionali, limitandosi a verificare che non siano manifestamente irragionevoli.¹⁵⁵

Tuttavia, l'apparente linearità con cui è condotto il raffronto con l'interesse alla salute pubblica non rispecchia l'approccio adottato verso gli altri interessi. In tema di tutela ambientale, i tribunali arbitrali presentano ancora una tendenza a prediligere la tutela delle legittime aspettative degli investitori.

Ad esempio, riguardo la gestione delle proprie risorse naturali, dovrebbe essere prerogativa di ciascuno Stato concedere o negare i permessi necessari al loro sfruttamento, come aspetto importante della propria sovranità. Infatti, le condizioni alle quali vengono concessi detti permessi si pongono come filtro per garantire che le attività di investimento siano conformi agli obiettivi di sviluppo sostenibile. Come

¹⁵⁴ Para. 423, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (Award, 2016).

¹⁵⁵ Per approfondimenti si veda il caso *Glamis Gold, Ltd v. United States of America*, UNCITRAL (Final Award, 2009).

affermato nel caso *Crystallex*, un investitore straniero non può essere legittimato o far valere un diritto ad ottenere il permesso, anche perché le decisioni interne dovrebbero essere guardate, come nel caso della tutela della salute pubblica, con un alto grado di deferenza: il governo nazionale è il soggetto che meglio di tutti può valutare l'interesse allo sfruttamento delle risorse naturali, in quanto in possesso delle necessarie competenze e in virtù della vicinanza con la situazione in esame.¹⁵⁶

Il caso verteva sul diniego da parte del Venezuela di concedere a *Crystallex* il permesso ambientale necessario a condurre un progetto riguardante una miniera d'oro ivi locata. La successiva risoluzione del contratto di esercizio minerario, ha portato *Crystallex* ad avviare un arbitrato basato sul BIT Canada-Venezuela, lamentando un'espropriazione illegittima del proprio investimento e una violazione della clausola FET e della *full protection and security*. Le motivazioni allegate sono state che i funzionari venezuelani avevano tenuto una condotta arbitraria, frustrando le loro legittime aspettative.

In maniera sorprendente, il tribunale ha condiviso le conclusioni del tribunale *Mondev c. Stati Uniti*¹⁵⁷, per cui la condotta statale non deve necessariamente raggiungere il livello di oltraggio o malafede per aversi violazione dello standard FET. Non solo, ha anche dato ragione all'attore dichiarando gli atti adottati dal Venezuela come forme di espropriazione, condannando quest'ultimo al risarcimento del danno subito dall'investitore. Il tribunale, come molti altri tribunali per gli investimenti hanno fatto in precedenza, finisce quindi con l'entrare nel merito delle motivazioni addotte dallo Stato ospite nel rigettare un determinato progetto di investimento. In particolare, ha ritenuto che, per i dinieghi di autorizzazione basati su motivi ambientali, gli Stati dovrebbero garantire che le proprie decisioni siano basate su studi tecnici e ricerche scientifiche, invocati in modo tempestivo e trasparente.

Una vicenda analoga è quella del caso *Bilcon c. Canada*, che ha riportato a galla tutte le critiche mosse verso un sistema squilibrato.¹⁵⁸ Il caso ha ad oggetto il rigetto di un progetto di cava in Nuova Scozia: dopo un'approvazione preliminare, il *joint review panel* è stato incaricato di condurre una valutazione ambientale, la quale si è conclusa con una raccomandazione volta a negare l'accoglimento del progetto poiché avente un impatto ambientale negativo sui "valori fondamentali della comunità". La maggioranza del tribunale ha ritenuto che tale rifiuto violasse le legittime aspettative degli investitori, che si basavano sulla legge federale e provinciale, nonché su specifiche rappresentazioni di funzionari governativi che hanno ripetutamente incoraggiato il perseguimento del progetto, mettendo in dubbio la stessa legalità del

¹⁵⁶ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2 (Award, 2016).

¹⁵⁷ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award, 2002).

¹⁵⁸ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04 (Final Award, 2015).

criterio nei “valori fondamentali della comunità”. La sua conclusione è stata una violazione da parte del Canada dello standard minimo di trattamento ai sensi dell'accordo di libero scambio nordamericano (NAFTA).

Il tribunale, pertanto, non tiene affatto in considerazione le più ampie preoccupazioni di ordine pubblico o ambientale, antepoendo le aspettative degli investitori agli obiettivi di sviluppo sostenibile. La deferenza accordata alle aspettative degli investitori va in una direzione problematica e certamente opposta rispetto alle attuali tendenze di riforma. Nella migliore delle ipotesi, il giudizio ricorda che le regole di investimento sostanziali devono essere modificate in modo che i trattati rispondano in modo più adeguato all'equilibrio tra interessi degli investitori e potere di regolazione statale. In particolare, gli standard generali e onnicomprensivi, come lo standard minimo di trattamento e il trattamento giusto ed equo, continueranno a porre problemi, soprattutto se manterranno i riferimenti a termini come arbitrarietà e legittime aspettative.

Come se fosse consapevole del carattere controverso della propria conclusione e dei suoi potenziali impatti negativi, la maggioranza del tribunale ha aggiunto in un obiter dictum secondo il quale “*the Laws of Canada and Nova Scotia, as well as the NAFTA itself, expressly acknowledge that economic development and environmental integrity can not only be reconciled but can be mutually reinforcing.*”¹⁵⁹

Anche in materia di diritti sociali, la tendenza non si discosta di molto. Ad esempio, in tema di tutela delle popolazioni locali, l'arbitrato *Bear Creek c. Perù* ha affrontato l'importanza del ruolo svolto dallo stato ospitante nel condurre consultazioni pubbliche e contatti con la popolazione locale in modo tale da garantire che i progetti di investimento siano ben accolti.¹⁶⁰

Il contenzioso verteva, ancora una volta, sul diniego dello Stato ospite, il Perù, di concedere la licenza necessaria per lo sfruttamento della miniera d'argento di Santa Ana, a causa della significativa sfiducia della popolazione locale nei confronti del progetto e dell'investitore, che è culminata in proteste violente e disordini sociali. *Bear Creek* ha presentato un reclamo contro il Perù ai sensi dell'accordo di libero scambio Canada-Perù (FTA), sostenendo che quest'ultimo aveva violato i propri doveri di tutela degli investitori, procedendo con un'espropriazione illecita e violando lo standard FET. Il Perù, dall'altro lato, si è difeso richiamando la dottrina del *power to regulate*, ovvero il potere di regolamentazione proprio di ciascuno Stato e funzionale alla cura dell'interesse pubblico, per garantire la sicurezza pubblica.

Come anticipato, la maggioranza del tribunale ha convenuto che spetta principalmente allo Stato Ospite stabilire un quadro normativo che consenta efficienti processi di consultazione con la popolazione locale.

¹⁵⁹ Paragg. 595-601 *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04 (Final Award, 2015).

¹⁶⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case N. ARB/14/2 (Award, 2017).

Tuttavia, un'opinione dissenziente ha sostenuto che anche l'investitore straniero svolge un ruolo determinante nel processo volto ad ottenere la fiducia locale. Tramite tale ragionamento, l'arbitro dissenziente sembra seguire la tendenza contraria, quella che ripartisce equamente la responsabilità internazionale rispetto agli obblighi di carattere sociale e ambientale.

Riguardo all'eccezione inerente all'esercizio del potere di regolazione, il tribunale ha adottato un approccio estremamente letterale del FTA, verificando che questa fosse espressamente prevista fra le eccezioni contenute nell'accordo e concludendo con un rigetto della stessa.

Dalla prassi analizzata emerge ancora una svalutazione nella rilevanza delle considerazioni ambientali e sociali fatte dagli Stati. Un'altra strada, allora, potrebbe essere quella di presentare una domanda riconvenzionale nei confronti degli investitori, volta a far dichiarare una violazione, da parte di questi ultimi, delle previsioni in materia di tutela dei diritti umani e diritto ambientale internazionale. La presentazione di domande riconvenzionali potrebbe mitigare in una certa misura l'asimmetria nei sistemi di arbitrato Stato-investitori permettendo allo Stato chiamato in causa di allegare, nello stesso procedimento, obblighi nei confronti di un investitore.

Questa strategia è stata tentata per la prima volta dall'Argentina, nel caso *Urbaser*.¹⁶¹ La procedura arbitrale era stata attivata sulla base del BIT Spagna- Argentina, da alcune società azioniste della società AGBA, erogatrice di servizi idrici integrati nella provincia di Buenos Aires. Queste lamentavano che misure di emergenza adottate dall'Argentina, nell'ambito della crisi finanziaria, avevano portato a perdite finanziarie del concessionario, con conseguente insolvenza. Da parte sua, l'Argentina ha presentato una domanda riconvenzionale in cui asseriva che la mancata fornitura da parte del concessionario del livello di investimento necessario nei servizi di fornitura aveva portato a violazioni del diritto umano all'acqua.

La decisione presenta particolare interesse sotto il profilo del diritto internazionale. Innanzitutto, pur non accogliendo nel merito la domanda riconvenzionale dell'Argentina, il tribunale arbitrale l'ha ritenuta ammissibile; inoltre, ha condotto un'analisi approfondita e progressista della rilevanza dei diritti umani nel settore degli investimenti e, più in generale, dell'idoneità degli investitori ad essere titolari di obblighi, oltreché diritti.

Per quanto riguarda la prima questione, ossia l'ammissibilità di un *counterclaim* da parte dello Stato convenuto, è interessante notare come sia stata ritenuta sufficiente l'esistenza di un legame di ordine fattuale

¹⁶¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26 (Award, 2016).

con la controversia principale ai fini dell'ammissibilità della stessa.¹⁶² Il fatto che lo stesso si riferisca a una disciplina al di fuori di quella contenuta nel BIT non è un fattore ostativo, fintanto che sia il BIT stesso a prevedere riferimenti ad altre fonti del diritto. Nel caso di specie vi era un riferimento espresso ai “*general principles of international law*”, pertanto il tribunale ha concluso che l'accordo bilaterale non potesse essere interpretato come un sistema isolato.

Per quanto riguarda il riconoscimento di obblighi in capo agli investitori stranieri, il tribunale si è espresso dicendo che sarebbe sbagliato intendere i BIT come esclusiva fonte di tutele per gli investimenti, escludendo il riconoscimento di pari responsabilità. Per di più, respinge espressamente l'idea per cui le imprese transnazionali, per loro natura, non possono essere soggetti di diritto internazionale, ritenendola come concezione legata unicamente al passato: al contrario, alla luce dei recenti sviluppi di diritto internazionale non si esclude che l'immunità di questi soggetti stia per arrivare al suo capolinea.

Pertanto, pur non accogliendo la domanda riconvenzionale dell'Argentina, in quanto quest'ultima aveva la responsabilità di garantire il diritto all'acqua della popolazione tramite l'esercizio della sua autorità sul concessionario, il tribunale sviluppa diversi argomenti interessanti in favore della tutela del *power to regulate* e di una comprensione del diritto internazionale degli investimenti come inclusiva dei principi rilevanti negli altri settori del diritto.

Sulla stessa scia si sono collocati i casi *Burlington*¹⁶³ e *Perenco*¹⁶⁴, riguardanti la medesima fattispecie concreta: l'adozione di una “*windful tax*” da parte dell'Ecuador sui profitti in eccesso derivanti dallo sfruttamento del petrolio, la quale, gli investitori sostengono essere una forma di espropriazione. In entrambi i casi, l'Ecuador ha presentato domanda riconvenzionale asserendo che le attività delle società hanno provocato un danno ambientale significativo.

Il tribunale ha escluso che una misura simile potesse essere ricompresa nella nozione di espropriazione, in quanto, per sua natura, la tassa ha un impatto non sull'investimento in sé, bensì su parte degli utili. Riguardo alle domande riconvenzionali, mentre nel caso *Perenco* la decisione è ancora pendente, il tribunale di *Burlington* si è pronunciato ritenendo responsabile l'investitore. Pertanto, il tribunale ha considerato il comportamento dell'investitore attraverso la domanda riconvenzionale del convenuto. Anche se gli obblighi

¹⁶² Nel caso di specie, l'art. X del BIT fra Spagna e Argentina non pone limitazioni *ratione personae* alla parte che può proporre una domanda, né limita espressamente l'oggetto delle controversie sottoponibili ad arbitrato a quelle relative ad asserite violazioni del BIT stesso.

¹⁶³ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case n. ARB/08/5 (Decision's on Ecuador Counterclaims, 2017).

¹⁶⁴ *Perenco Ecuador Ltd. v. the Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6 (pendente).

dell'investitore si trovano principalmente nel diritto interno, il caso *Burlington* potrebbe essere rilevante in futuri procedimenti internazionali in materia di obblighi dell'investitore.

Non solo, emerge una chiara intenzione dei tribunali di fornire un'interpretazione sistematica delle disposizioni contenute all'interno dei BITs: il sistema internazionale degli investimenti è stato concepito come un settore chiuso, ma non deve e non può essere per forza così. I diversi settori del diritto non sono sistemi chiusi e non comunicanti fra loro, al contrario, necessitano gli uni degli altri per realizzare il loro fine ultimo, ossia servire all'utilità dei soggetti di diritto. L'interpretazione sistematica di una norma, che non deve porsi contro il dato letterale e quello logico, ha lo scopo di determinare il significato della disposizione in quanto inserita in un sistema legislativo complessivo.

7. Conclusioni

L'architettura tradizionale del sistema degli investimenti ha resistito fino al primo decennio del nuovo secolo, quando la sua *ratio*, e conseguentemente la sua struttura normativa, è stata messa in dubbio da numerose critiche, che l'hanno portata ad una crisi di legittimità e ad un calo repentino nella conclusione degli accordi di investimento. Fra le principali cause si possono annoverare l'eccessiva specificità dei BITs, il rapporto squilibrato Stato-investitore, l'inefficienza dei sistemi ISDS e la mancata attenzione verso i valori non commerciali.

Quest'ultimo punto ha assunto una rilevanza preminente, dando adito ad un ampio dibattito all'interno della dottrina. Viñuales ha osservato che:

*“The environmental measures adopted by host States were thus seen as ‘suspicious’ and in all events ‘sub-ordinated to international (investment) law (by virtue of the rule that international law prevails over domestic law). This view, which may have reflected the specific factual configurations of some early cases, has sometimes been extrapolated to the assessment of genuinely environmental and even internationally-induced measures, with the unfortunate result that environmental considerations remained legally subordinated to purely economic considerations.”*¹⁶⁵

¹⁶⁵ Pag. 14, Viñuales, J. E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Il diritto internazionale degli investimenti, pertanto, non può più essere concepito come un sistema isolato e necessita di un cambiamento strutturale che gli consenta di affrontare le sfide del nuovo millennio.

Fra queste deve sicuramente ricomprendersi quella dello sviluppo sostenibile. Si tratta di un tema relativamente nuovo, che all'interno del sistema internazionale degli investimenti trova spazio in quello più ampio degli interessi non economici. Per sviluppo sostenibile si intende una crescita economica dei Paesi in maniera equilibrata con preoccupazioni di tipo ambientale e sociale, ad esempio tramite l'incentivazione all'utilizzo di energie prodotte da fonti rinnovabili, oppure il riconoscimento diffuso di un livello minimo di benessere da garantire ai lavoratori. È la ricerca di un modello di sviluppo economico che consenta di mantenere una particolare prospettiva di continuità nel tempo. Le tappe più importanti nel riconoscimento della nozione sono state: la Conferenza di Stoccolma del 1972, la Dichiarazione di Rio del 1992, il piano di Johannesburg sull'implementazione dello sviluppo sostenibile del 2002 e l'adozione del documento "The Future We Want" del 2012.

L'introduzione del concetto nella materia degli investimenti è avvenuta nel momento in cui si è realizzato che, essendo gli investimenti la fonte principale della crescita di un Paese, questi sono anche la base su cui lo sviluppo sostenibile deve affondare le sue radici. La comunità internazionale ha dimostrato vivo interesse nella tematica, tramite l'adozione di diversi strumenti, fra i quali il principale è sicuramente l'*Investment Policy Framework for Sustainable Development*, attraverso il quale si mira a guidare concretamente la strategia di azione adottata dagli Stati nell'individuazione dei criteri chiave per la sostenibilità.

Essendo gli strumenti sopracitati strumenti di *soft law*, e in quanto tali inidonei a creare obblighi cogenti, occorre chiedersi che valore abbia il diritto allo sviluppo sostenibile *per se*. Ebbene, si prospettano tre possibili strade: le fonti di tipo pattizio, consuetudinario oppure i principi generali di diritto internazionale.

Sia dottrina che giurisprudenza hanno mostrato approcci non univoci nelle loro opere interpretative, facendo comunque emergere un vivo interesse e attenzione al riguardo. È bene anche considerare che l'emergere dello sviluppo sostenibile, come tema urgente a cui gli Stati devono dare una risposta quanto più immediata, è stato sviluppato nel giro di pochissimo tempo.

Non solo, gli Stati esportatori di capitale, che sono anche quelli aventi un maggiore potere negoziale in sede di stipulazione degli accordi, sono da sempre maggiormente propensi alla sola tutela dell'investitore e pertanto dimostrano uno scarso interesse nel far permeare il tema della sostenibilità nel diritto internazionale degli investimenti. Pertanto, nonostante l'apparente impatto avuto dallo sviluppo sostenibile sulla disciplina degli investimenti, la sua attuazione rimane un'ardua sfida.

La difficoltà maggiore rimane l'assicurarsi che le nuove regole domestiche e internazionali siano elaborate in modo tale da abbandonare almeno in parte la protezione aggiuntiva agli investitori che ha da sempre

caratterizzato il settore, per lasciare spazio a politiche flessibili e vantaggiose volte ad accrescere la sostenibilità.

A tal proposito, gli sforzi interpretativi da parte dei tribunali arbitrali non appaiono sufficienti, poiché, come si è visto nel caso *Bilcon c. Canada*, l'ultima parola sembra essere sempre quella dell'investitore a causa di un sistema costruito in maniera squilibrata. Anche quando gli arbitri si sono pronunciati in maniera maggiormente aperta alle nuove istanze di tutela dei valori non commerciali, come ad esempio nei casi *Urbaser e Burlington*, lo hanno fatto sulla base di una connessione degli stessi con il dettato del trattato. Pertanto, si è prospettato come necessario che i cambiamenti richiesti avvengano a livello pattizio, conferendo loro una tutela normativa chiara e puntuale tramite clausole inserite all'interno dei BITs. Tale evoluzione è proprio ciò che sta avvenendo nella prassi odierna e se ne darà conto nel capitolo che segue.

CAPITOLO TERZO

I NUOVI ACCORDI DI INVESTIMENTO E LE CLAUSOLE A FAVORE DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE

Sommario: 1. Introduzione; 2. La tendenza al riconoscimento esplicito dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento; 3. Le clausole a tutela dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento; 3.1. La previsione del “not lowering standards”; 3.2. Il mantenimento di spazi di regolazione interna; 3.3. L’esclusione dell’espropriazione indiretta; 3.4. Le previsioni di cooperazione; 3.5. Gli obblighi a carico dell’investitore; 4. Le ulteriori modalità di tutela dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento; 4.1. Le relazioni tecniche nella risoluzione delle controversie; 4.2. La responsabilità sociale d’impresa; 4.3. L’*amicus curiae*; 4.4. L’utilizzo di un linguaggio più chiaro; 5. Conclusione.

1. Introduzione

Il capitolo precedente ha analizzato la fase critica attraversata dal sistema internazionale degli investimenti sul finire del XX secolo a causa della sua caratteristica specificità e chiusura verso interessi diversi dalla mera tutela dell’investitore. Questa ha rappresentato il punto di svolta nel mutamento nella materia: come conseguenza sono nati i cd. accordi di ultima generazione, degli accordi che superano la tradizionale funzione di garanzia dell’investitore per tutelare interessi diversi e ulteriori. Il presente capitolo si propone di analizzare come lo sviluppo sostenibile è riuscito a raggiungere una posizione autonoma nel panorama così venutosi a delineare, con la finalità di valutare la sostenibilità dell’attuale sistema.

Il capitolo si aprirà proprio con l’analisi dei nuovi accordi di investimento. Partendo da un esame delle novità introdotte con il recente modello, si approfondiranno le evoluzioni rilevanti in materia di inclusione del diritto allo sviluppo sostenibile e le potenzialità assunte dagli accordi nella realizzazione degli obiettivi di sostenibilità.

Successivamente, verranno presentate delle soluzioni di clausole mirate alla realizzazione di una maggiore inclusione del tema nei nuovi accordi. Infatti, un espresso riferimento al tema nel testo dei trattati è condizione imprescindibile per la sua efficace applicazione: le soluzioni più diffuse sono state quelle di clausole di collaborazione fra gli Stati, quelle di mantenimento di spazi di regolazione interna, quelle di “*not lowering standards*” e di esclusione dell’espropriazione indiretta; un numero più esiguo di Paesi ha introdotto dei veri e propri obblighi in capo all’investitore.

Infine, si farà cenno a disposizioni ulteriori dei nuovi accordi di investimento idonee a favorire lo sviluppo sostenibile, fra cui assume particolare rilevanza il tema della responsabilità sociale d’impresa. Inoltre, fra i rimedi più strettamente procedurali figurano le valutazioni tecniche d’impatto e l’istituto dell’*amicus curiae*.

2. La tendenza al riconoscimento esplicito dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento

La realizzazione dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale degli investimenti deve necessariamente passare dagli accordi internazionali di investimento, e più nello specifico dai BITs, che rappresentano il principale strumento su cui ad oggi si basa la disciplina.

Come riconosciuto anche dall’UNCTAD, in occasione della revisione dell’IPFSD:

*“New generation investment policies place inclusive growth and sustainable development at the heart of efforts to attract and benefit from investment. Sustainable development issues as well as investor responsibility in these areas, are not “new” in and by themselves. However, to date, the myriad of solutions and options developed over the years to address sustainable development concerns to have to been part and parcel of mainstream investment policymaking, and the international consensus on sustainable development is not reflected in it.”*¹⁶⁶

¹⁶⁶ UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, cap.4.

La tradizionale struttura dei BITs per lungo tempo ha negato agli Stati di considerare la tutela di altri interessi oltre a quelli di garanzia dell'investitore. Gli accordi di investimento erano ritenuti non adatti alla cura di interessi diversi, quali ad esempio lo sviluppo sostenibile, e sono ancora numerosi coloro i quali credono in tale inidoneità, sostenendo che tale processo debba avvenire piuttosto tramite accordi specifici, come ad esempio i trattati internazionali sull'ambiente, oppure quelli in materia di diritti umani.¹⁶⁷ Questa considerazione si è fatta ancora più forte con l'ampiezza che il concetto ha assunto negli anni, arrivando ad includere temi spesso molto vicini ai diritti umani, che rischiano di sovrapporsi con gli stessi, come ad esempio la parità di genere.

Oggi, in risposta alle difficoltà applicative riscontrate e alle nuove esigenze degli Stati, sono nati i cd. accordi di ultima generazione, ossia degli accordi di investimento che spostano la loro attenzione da una forte garanzia dell'investitore verso la ricerca di un nuovo equilibrio in grado di dare spazio anche agli interessi pubblicistici dello Stato ospite, soprattutto attraverso la valorizzazione dei valori non economici. Tale conclusione richiama in un certo modo la dottrina di Calvo, la quale combatteva vigorosamente il riconoscimento di un trattamento più vantaggioso all'investitore straniero, con la differenza che mentre prima le stesse considerazioni si basavano su un rapporto Stato-investitore di contrapposizione, oggi lo stesso assume i caratteri della collaborazione: i singoli interessi pubblici si avvicinano sempre più agli interessi dell'intera comunità internazionale, interessi che non possono essere conseguiti se non tramite una cooperazione rafforzata.

Fra le novità introdotte dai nuovi BITs vi sono innanzitutto delle clausole di eccezione variamente riconducibili all'art. XX del GATT¹⁶⁸, ad esempio a tutela dell'ambiente o della salute. Inoltre, spesso vengono previsti dei *joint committee*, composti da rappresentanti di entrambe le parti, a vigilare sulla corretta interpretazione ed implementazione dell'accordo, nonché sulla promozione di metodi amichevoli di risoluzione delle controversie. Tuttavia, l'innovazione più rilevante è stata la previsione di obblighi a carico dell'investitore: si può citare ad esempio il BIT firmato il 3 dicembre 2016 dal Marocco e dalla Nigeria. Quest'ultimo prevede l'obbligo degli investitori di rispettare i processi di screening e valutazione ambientale e dell'impatto sociale, nonché di sostenere i diritti umani e i diritti fondamentali dei lavoratori. Su questo presupposto, l'accordo prosegue sancendo la responsabilità degli investitori: "*Investors should be subject to civil actions for liability in the judicial process of their home state for the acts or decisions*

¹⁶⁷ SCHNEIDERMAN, D., *Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self- Restraint*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011.

¹⁶⁸ L'articolo prevede una lista di misure eccezionali che possono essere adottate dagli Stati parte, anche in deroga alle disposizioni del GATT, purché queste non vengano utilizzate in maniera arbitraria o comunque discriminatoria.

and in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state.”¹⁶⁹

A queste nuove necessità alcuni BITs affiancano l’eliminazione o la modifica di alcune clausole tradizionali. Ad esempio, il nuovo modello adottato dalla Southern African Community (SADC)¹⁷⁰ all’art. 4 prevede il principio del trattamento nazionale, tuttavia non include anche quello della nazione più favorita, realizzando una tutela dell’investitore che si limita ad un livello base del principio di non discriminazione e lasciando un più ampio margine di azione al potere di regolazione dei governi. Ancora, all’art. 5 si parla di “*fair administrative treatment*”, una formulazione che richiama quella del classico *fair and equitable treatment* e che proprio a tal proposito si propone di evitare la pratica per cui gli arbitri danno un’interpretazione eccessivamente ampia alla clausola del trattamento giusto ed equo. Infine, alla classica clausola arbitrale che prevede il ricorso ai sistemi di ISDS viene sostituita la competenza delle corti locali, o comunque di altra autorità indipendente nel territorio dello Stato.

Uno dei modelli più rilevanti adottati è il nuovo modello di BIT indiano, definito molto al di sotto dello standard internazionale in quanto si discosta di molto dalla classica tutela dell’investitore straniero. Fra le previsioni ivi contenute si ritrova, ad esempio, una definizione rigida del concetto di espropriazione, tale da escludere pratiche aventi i medesimi effetti (casi di cd. espropriazione indiretta) e negare la compensazione, o anche del concetto di trattamento giusto ed equo, riservando all’investitore una tutela piuttosto ristretta.

Cercando di tracciare le fila, ciò che i recenti accordi portano con sé è l’intenzione di realizzare nuovi e diversi obiettivi, tramite il perseguimento dei cd. interessi non commerciali. Questi ultimi non erano mai stati considerati in passato come oggetto autonomo dei trattati di investimento, tantomeno era previsto che il loro soddisfacimento potesse rappresentare la condizione necessaria per accedere alla tutela dell’investitore. Le critiche portate a galla dalla crisi di legittimità sono state la chiave di volta nella realizzazione di un simile cambiamento di prospettiva, rendendo il diritto internazionale degli investimenti un sistema più moderno, al passo con i tempi e capace di mantenere la sua efficacia nel tempo.

I nuovi accordi, pertanto, si spingono oltre la classica tutela dell’investitore, focalizzandosi sull’introdurre le dinamiche degli investimenti nel più ampio contesto dell’ordinamento giuridico internazionale: non sono

¹⁶⁹ Art. 20, Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016.

¹⁷⁰ SADC, Model Bilateral Investment Treaty Template, 2012

più gli altri settori a piegarsi alla tutela promessa agli investitori nei BITs, bensì questi ultimi a conciliare il punto di vista dei primi con gli altri interessi in gioco.

Fra le differenti novità apportate dai BITs di ultima generazione vi è anche una spiccata attenzione verso i temi legati alla sostenibilità. Il primo riferimento espresso alla materia avvenne nel 1999, con il BIT concluso tra Paesi Bassi e Costa Rica.¹⁷¹ Nel preambolo gli Stati esprimevano l'idea per cui gli investimenti possano essere visti come strumento atto al raggiungimento di due obiettivi paralleli: l'attrazione di flussi di investimento e nuove tecnologie, da un lato, e l'incoraggiamento della sostenibilità, dall'altro.¹⁷²

L'incorporazione dello sviluppo sostenibile all'interno degli accordi di investimento può avvenire in due modi: o inserendolo nel preambolo, e quindi rendendolo una delle finalità dell'accordo, oppure nella parte dispositiva, ad esempio tramite apposita clausola.¹⁷³

Iniziando con un'analisi della prima tecnica, le formule utilizzate solitamente sono *“the promotion and protection of investment as conducive to the promotion of sustainable development”* oppure *“recognizing the needs to promote investment based on the principles of sustainable development”*. Ci sono anche accordi che si spingono ben oltre questi semplici riferimenti, come ad esempio i BITs conclusi dall'Austria nel 2010¹⁷⁴, il cui preambolo prevede che gli *“investment agreements and multilateral agreements on the protection of environment, human rights or labour rights are meant to foster global sustainable development.”* In quest'ultimo caso gli investimenti vengono delineati come lo strumento necessario al raggiungimento dello sviluppo sostenibile inteso come intento globale.

Ancora, il BIT concluso tra Giappone e Papua Nuova Guinea riconosce che *“economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development”* e che la promozione degli investimenti *“can play an important role in enhancing*

¹⁷¹ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Republic of Costa Rica and the Kingdom of the Netherlands, 1999.

¹⁷² Il preambolo recita: *“Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded to such investments will stimulate the flow of capital and technology and sustainable economic development of the Contracting Parties and that fair and equitable treatment of investment is desirable.”*

¹⁷³ NEWCOMBE, A., *Sustainable Development and Investment Treaty Law*, in *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, 2007.

¹⁷⁴ Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan, 2010; Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Republic of Tajikistan, 2010.

sustainable development.”¹⁷⁵ Le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile sono riconosciute anche nel BIT tra Unione Europea e Singapore, dove si afferma che le parti contraenti si obbligano *“to strengthen their economic, trade, and investment relations in accordance with the objective of sustainable development, in its economic, social and environmental dimensions.”*¹⁷⁶

In generale, i riferimenti allo sviluppo sostenibile sono contenuti solo in una minima parte dei BITs attualmente in vigore: basti pensare che dei circa 3000 BITs in vigore nel 2015, appena l’1% vi faceva espresso riferimento.¹⁷⁷ La ragione di ciò può essere ritrovata nell’affermazione relativamente recente della materia, che nel giro di due decenni si è guadagnata un posto autonomo nell’agenda internazionale: contando che ciascun BIT ha una durata di circa 10-15 anni, a cui va sommato un periodo ulteriore di pari durata previsto attraverso le clausole di ultrattività dell’accordo, sono attualmente operanti molti accordi che rispecchiano una mentalità passata.

Tuttavia, si è visto che il regime degli investimenti non si esaurisce solo alla stipulazione degli accordi bilaterali, includendo anche altre tipologie di accordi regionali o settoriali dove si è altresì tentato di affermare il concetto di sviluppo sostenibile.

Uno degli esempi più diffusi è quello del NAFTA, su cui si è approfondito nel capitolo primo, che al Capitolo 11 affronta la promozione dello sviluppo sostenibile, stabilendo che gli standard nazionali in materia di salute, sicurezza e ambiente non devono essere abbassati ad un livello di tutela inferiore nel tentativo di incentivare gli investimenti.

Ancora, il preambolo dell’Accordo di Marrakech, istitutivo dell’Organizzazione Mondiale del Commercio, prevede:

“Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavor should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and

¹⁷⁵ Agreement between the Government of Japan and the Government of the Independent State of Papua New Guinea for the Promotion and Protection of Investment, 2011.

¹⁷⁶ Agreement for the Protection of Investment between the European Union and Singapore, 2018.

¹⁷⁷ Sulla base delle versioni in lingua inglese dei BITs contenuti nel database UNCTAD.

preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.”

Per quanto riguarda la seconda tecnica, sembra opportuno specificare che, mentre è possibile fare numerosi esempi dei riferimenti allo sviluppo sostenibile contenuti nel preambolo degli accordi, la loro previsione nella parte dispositiva è ben più rara. A tal proposito si può citare il BIT tra Mauritius ed Egitto, il quale indica gli investimenti che contribuiscono allo sviluppo sostenibile fra quelli oggetto di protezione dell'accordo.¹⁷⁸ Nel BIT firmato da Belgio e Oman, le parti hanno dedicato un'intera sezione all'incoraggiamento della reciproca capacità di proteggere l'ambiente al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile, prevedendo, inoltre, che la normativa in materia ambientale non può essere in alcun modo cambiata con l'intento di incoraggiare gli investimenti.¹⁷⁹

Si potrebbe osservare che, essendo lo sviluppo sostenibile un grande contenitore, la sua espressa menzione non sia necessaria quando il trattato sia comunque in grado di tutelare sostanzialmente i principi ivi racchiusi, e a tal proposito si parla di tutela indiretta dello sviluppo sostenibile. Quante più tipologie di *sustainable development provisions* (SDPs) sono contenute in un accordo di investimento, tanto più questo potrà definirsi “sostenibile”.

Ai fini dell'individuazione di questi principi ci si può aiutare con la Dichiarazione di Nuova Delhi, analizzata nel precedente capitolo, tenendo comunque in considerazione la sua natura di strumento di diritto internazionale generale. Infatti, essendo il diritto internazionale degli investimenti solo un settore del diritto internazionale, la sua applicazione sarà ristretta. Tuttavia, rappresenta comunque un'utile guida di carattere generale nell'approccio alla sostenibilità degli accordi di investimento.

Concludendo, quanto detto finora evidenzia che gli accordi di ultima generazione non hanno ancora una struttura chiara e precisa, ciononostante i tentativi sono numerosi e mettono in luce un sempre crescente interesse del settore economico verso interessi non commerciali, elementi che in passato avevano viaggiato su due binari distinti. Tale tendenza è stata riscontrata anche dall'UNCTAD nel 2017, che ha evidenziato, all'interno di questo orientamento, nuovi e spiccati riferimenti al tema dello sviluppo sostenibile e dei suoi principi.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Reciprocal Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2014.

¹⁷⁹ Agreement between the Belgium-Luxemburg Economic Union and the Sultanate of Oman on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 2008.

¹⁸⁰ UNCITRAL, Recent Developments in the International Investment Regime, 2018.

È ampiamente pacifico che gli accordi di investimento non siano stati creati per facilitare ed incentivare lo sviluppo sostenibile.¹⁸¹ Tuttavia, considerando il ruolo centrale da loro svolto nella disciplina e la preminenza del tema dello sviluppo sostenibile nella comunità internazionale, è richiesta un'integrazione di quest'ultimo anche negli accordi di investimento.

3. Le clausole a tutela dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento

Da un'analisi delle previsioni contenute negli accordi di investimento, si può risalire a diverse categorie di clausole volte a favorire il rispetto dei principi alla base dello sviluppo sostenibile. Di seguito ne verranno prese in considerazione alcune, con la precisazione che non si tratta di un elenco esaustivo. In effetti, la natura complessa di concetti come la *green economy* o lo sviluppo sostenibile richiede approcci differenziati, poiché ciò che è di ausilio per il cambiamento climatico non necessariamente funzionerà per la tutela della salute o della biodiversità. Tuttavia, la sezione seguente può essere utilizzata come punto di partenza, per l'elaborazione di soluzioni più complesse.

3.1. La previsione del “*not lowering standards*”

Tale previsione è volta ad evitare che gli Stati, al fine di attrarre o mantenere gli investimenti nel proprio territorio, abbassino il livello di tutela apprestata nel settore ambientale, della salute, della sicurezza o del lavoro. Infatti, la logica economica potrebbe indurli a fare una “corsa al ribasso”, garantendo condizioni di tutela eccessivamente competitive, le quali sacrificerebbero altri interessi fondamentali dello Stato.

¹⁸¹ HINDELANG, S., KRAJEWSKI, M., *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

La sua apparizione negli accordi di investimento risale già agli anni '90, con esempi come il BIT tra Messico e Svizzera del 1995¹⁸² e il FTA tra Canada e Chile del 1996¹⁸³.

Il Belgio e il Lussemburgo hanno iniziato ad introdurre la previsione nel 2004, si pensi che nel BIT concluso con l'Oman si legge: *"No Contracting Party shall change its current or future domestic environmental legislation based on the international laws and conventions in which these contracting parties are involved, to encourage, maintain or expand an investment that will be made in its territory."*¹⁸⁴ Ad essere protetto non è solo l'attuale livello di tutela ambientale, ma anche quello che verrà introdotto dalla legislazione futura, rimarcando la *ratio* di porre la tutela di alcuni interessi fondamentali prima dell'arricchimento economico.

Il Giappone è un altro caso di attuazione della previsione del "not lowering standards", avvenuta per la prima volta nel 2002, in occasione del BIT con la Corea del Sud¹⁸⁵, e mantenuta in quasi tutti gli accordi di investimenti successivi. Ad esempio, l'*Economic Partnership Agreement* con la Malaysia prevede: *"Each Country shall not encourage investments by investors of the other Country by relaxing its environmental measures."*¹⁸⁶

In realtà, l'esempio del Giappone è quasi isolato, poiché solitamente la previsione viene inclusa solo in alcuni degli accordi conclusi da un certo Paese: uno studio condotto dall'OCSE nel 2014 rileva che l'inserimento della previsione si riscontra in appena il 3,9% dei trattati revisionati.¹⁸⁷ Nonostante questo tipo di clausola non abbia ottenuto notevole risonanza, la sua portata è idonea a favorire la realizzazione di obiettivi di sviluppo sostenibile.

¹⁸² Art.3, Protocol to the Agreement between the Swiss Confederation and the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1995.

¹⁸³ Art. G-14, Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of Chile, 1996.

¹⁸⁴ Agreement between Belgium – Luxembourg Economic Union, on the one hand and the Sultanate of Oman, on the other hand on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2008.

¹⁸⁵ Art. 21, Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalisation, Promotion on Protection of Investment, 2002.

¹⁸⁶ Art. 90, Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for the Economic Partnership, 2005.

¹⁸⁷ GORDON, K., POHL, J., BOUCHARD, M., Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment, 2014.

Infine, anche il modello di BIT adottato dagli Stati Uniti d'America nel 2012 prevede espressamente l'impegno delle parti a garantire che le misure a tutela dell'ambiente, o di altri diritti a rilevanza internazionale, non siano indebolite al fine di incoraggiare gli investimenti.¹⁸⁸

Rimarcando l'impossibilità di sacrificare la tutela di certi interessi per la realizzazione di benefici economici, si riafferma proprio il nuovo concetto di progresso economico in linea con i temi di sostenibilità. Le previsioni di “*not lowering standards*” favoriscono gli obiettivi di sviluppo sostenibile in quanto fissano la rilevanza della cura di interessi ulteriori, tra cui lo sviluppo sostenibile.

3.2. Il mantenimento di spazi di regolazione interna

La tensione tra l'esigenza di protezione e promozione degli investimenti, da un lato, e quella di mantenimento dei poteri di regolazione dello Stato ospite dall'altro, rappresenta una delle maggiori critiche mosse al diritto internazionale degli investimenti. Solitamente, gli Stati si riservano degli spazi di intervento in contesti di valore chiave per l'organizzazione interna, quali ad esempio la sicurezza nazionale e i tributi. A questi “interessi tradizionali” nel tempo se ne sono aggiunti di nuovi, quali le preoccupazioni legate all'ambiente, alla salute e al sociale, i quali hanno conseguentemente acquisito un posto all'interno dei trattati di investimento sotto forma di clausole di eccezione

Le clausole di eccezione possono essere specificamente previste dal trattato, oppure possono prevedersi tramite un rinvio a clausole di eccezione generali, ad esempio l'art. XX del GATT.¹⁸⁹ Quest'ultimo rappresenta una delle eccezioni a cui i trattati in materia di commercio e investimento fanno più spesso riferimento ed è rubricato proprio “*General Exceptions*”. Stabilisce che quanto previsto nell'accordo non possa in alcun modo impedire a ciascuno Stato contraente di adottare le misure interne necessarie a proteggere determinati valori, ad esempio la vita e la salute di uomini, animali e piante. Si tratta di un elenco piuttosto vasto, motivo per cui è oggetto di così numerosi rinvii.

¹⁸⁸ Art. 8, United States of America Model BIT, 2012.

¹⁸⁹ Art. XX, General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1947.

Nuovamente, le clausole possono essere di matrice generale, sul modello del già citato art. XX del GATT, oppure specifica, focalizzandosi sulla protezione di interessi specifici.

Un caso molto famoso al riguardo è stato quello dell'Argentina. Quando, tra il 2001 e il 2002, l'Argentina fu travolta da una crisi finanziaria di ampia portata, per tutelarsi dal risarcimento richiesto da un gran numero di investitori statunitensi, invocò proprio l'eccezione di sicurezza contenuta nel BIT tra Argentina e Stati Uniti. Gli investitori sostenevano di aver subito un'espropriazione e/o una violazione della clausola di trattamento giusto ed equo. I tribunali competenti delle numerose cause iniziate contro l'Argentina, hanno dimostrato un consenso diffuso nel considerare la crisi finanziaria come interesse essenziale per la sicurezza pubblica. Il tribunale del caso *CSM c. Argentina* si è pronunciato dicendo: “*If the concept of essential security interests were to be limited to immediate political and national security concerns, particularly of an international character, and were to exclude other interests, for example, major economic emergencies, it could well result in an unbalanced understanding of art. 11 [of the Argentina - U.S. BIT].*”¹⁹⁰

Le eccezioni sono in grado di contribuire alla promozione degli obiettivi di sviluppo sostenibile, prevenendo i possibili conflitti tra le norme in materia di investimenti e quelle per lo sviluppo sostenibile. Le affermazioni del tribunale *Philip Morris c. Uruguay* a seguito delle normative antifumo, analizzate nel capitolo precedente, sono un eccellente esempio di un caso in cui le eccezioni generali sarebbero state utili.¹⁹¹ Tuttavia, l'utilizzo delle clausole in discussione deve essere fatto con cautela. Le eccezioni non dovrebbero essere largamente inclusive, poiché, nonostante la loro utilità, nei fatti rischiano di vanificare gli obiettivi di settore, come ad esempio il cambiamento climatico, in cui l'afflusso di investimenti privati è assolutamente necessario.¹⁹²

3.3. L'esclusione dell'espropriazione indiretta

¹⁹⁰ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/08 (Award, 2005).

¹⁹¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (Award, 2016).

¹⁹² BAETENS, F., *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Con il termine espropriazione indiretta si fa riferimento all'ipotesi in cui l'investitore che detiene un titolo di proprietà non sia direttamente colpito da una misura espropriativa dello Stato, tuttavia la portata sostanziale del titolo e i benefici ad esso connessi vengono svuotati a seguito dell'adozione di una misura di regolazione, equiparando gli effetti a quelli di una espropriazione.¹⁹³

I Paesi, con il tempo, hanno fatto sempre maggiormente riferimento a misure di espropriazione indiretta, e pertanto a fianco delle clausole di espropriazione diretta i trattati hanno previsto anche quelle di espropriazione indiretta. Un esempio è l'art. 1110 del NAFTA, che al paragrafo 1 prevede: *“No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment”*.

In alcuni casi alla semplice previsione del tipo appena visto, si affianca un'ulteriore clausola a chiarimento di cosa si intenda con il termine espropriazione indiretta.¹⁹⁴ Ebbene, ai fini della promozione dello sviluppo sostenibile, alcuni Stati hanno introdotto clausole che stabiliscono che le diverse misure adottate a tutela della società e dell'ambiente non possano considerarsi come forme di espropriazione indiretta. Tali misure devono comunque essere adottate in buona fede e in maniera non discriminatoria affinché possano considerarsi legittime.

Uno dei maggiori esempi è contenuto nell'accordo regionale COMESA, il quale ribadisce che l'adozione di misure in materie inerenti al benessere sociale, quali ad esempio la salute e lo sviluppo sostenibile, rientra nel diritto di regolazione degli Stati e più in generale nei principi di diritto internazionale consuetudinario, escludendo la loro classificazione come forme di espropriazione indiretta ai sensi del trattato.¹⁹⁵

Anche il modello di BIT adottato dal Canada dispone un'accezione restrittiva della nozione di espropriazione indiretta: *“Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect*

¹⁹³ MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

¹⁹⁴ Ad esempio, il modello di BIT degli Stati Uniti, adottato nel 2012, all'art. 6 prevede: *“Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization”*. E successivamente l'Allegato B approfondisce maggiormente sulle ipotesi di espropriazione diretta e indiretta.

¹⁹⁵ Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, 2007, Art. 20.8: *“Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article.”*

legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation.”¹⁹⁶

La *ratio* di tale clausola non si discosta di molto dall’opinione secondo cui l’adozione di misure volte alla promozione dello sviluppo sarebbe da ricondurre alla categoria dei cosiddetti *regulatory powers* appartenenti a ciascuno Stato, e che pertanto essa ricada automaticamente al di fuori dell’ambito applicativo dell’espropriazione e della corresponsione dell’indennizzo. Su questo punto, H. Mann e K. von Moltke hanno argomentato che:

*“Under the traditional international law concept of the exercise of policy powers, when a State acted in a non-discriminatory manner or protected public goods such as its environment, the health of its people or other public welfare interests, such actions were understood to fall outside the scope of what was meant by expropriation... Such acts are simply not covered by the concept of expropriation, were not a taking of property, and no compensation was payable as a matter of international law.”*¹⁹⁷

Nella pratica non è sempre agevole distinguere in quali casi una misura possa classificarsi come esercizio dei propri poteri di regolazione e quando, invece, come espropriazione indiretta. La nozione di poteri di regolazione può essere interpretata o in maniera restrittiva o estensiva. Nel primo caso ricadranno nella categoria delle misure di regolazione tutte quelle adottate nell’esercizio delle tradizionali funzioni dello Stato di custodia, sicurezza e protezione.¹⁹⁸ Nel secondo caso i poteri regolatori vengono interpretati in un’accezione tale da considerare il ruolo più ampio svolto in tempi odierni dallo Stato, che va ben oltre quello suindicato. Perciò, le misure adottate nell’esercizio delle normali funzioni di tutela ambientale, della salute umana, di sicurezza nazionale, non dovrebbero ricadere nell’espropriazione indiretta, e nessun indennizzo dovrebbe essere dovuto.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Annex B.13(1), Canada Model BIT, 2012.

¹⁹⁷ MANN, H., VON MOLTKE, K., *Protecting Investor Rights and Public Good: Assessing NAFTA’s Chapter 11*, International Institute for Sustainable Development, 2003.

¹⁹⁸ Baughen, Simon. “Expropriation and Environmental Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter Eleven”, *18 Journal of Environmental Law* 207, 2006.

¹⁹⁹ DHOOGHE, L., *The Revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement*, in *American Business Law Journal*, n.38, 2001.

MARLLES, J. K., *Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law*, in *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 16, 2006-2007.

Ciò non vuol dire che lo Stato possa abusare dei suoi poteri, i quali devono sempre essere esercitati in maniera ragionevole e circoscritta alle reali ipotesi di cura dell'interesse pubblico. Riguardo ciò, il tribunale nel caso *ADC c. Ungheria*, si è espresso dicendo:

*“A sovereign state possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries... the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment-protection obligations it undertook therein must be honored rather than be ignored by a later argument of the State’s right to regulate.”*²⁰⁰

La giurisprudenza, in generale, è sembrata riluttante a tracciare una linea netta tra poteri di regolazione ed espropriazione indiretta. Tuttavia, l'incertezza rimasta mina fortemente la libertà degli Stati di adottare le misure necessarie a tutelare i propri interessi e richiede una previsione in positivo da parte dei Paesi firmatari su cosa ricada nella nozione di espropriazione indiretta e cosa no.

Attualmente, esempi di tali previsioni si trovano in un sostanzioso numero di accordi, fra cui il CETA²⁰¹, il nuovo modello di BIT²⁰² adottato dagli Stati Uniti e l'*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*²⁰³.

3.4. Le previsioni di cooperazione

Un altro modo attraverso il quale lo sviluppo sostenibile può inserirsi all'interno del diritto internazionale degli investimenti sono le previsioni con cui gli Stati fissano il proprio impegno e la propria cooperazione per il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità. Ad esempio, Belgio e Lussemburgo hanno inserito delle clausole del genere in una parte dei BITs conclusi nel 2004, ritenendo che la cooperazione fra gli Stati avrebbe portato a opportunità migliori per incrementare i livelli di tutela dell'ambiente e dei lavoratori.

²⁰⁰ *ADC Affiliate Limited and ADC and ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16 (Award, 2006).

²⁰¹ Para. 2 dell'Allegato 8 (a), Cap. 8, CETA, 2017.

²⁰² Para. 5 (a) dell'Allegato B, U.S.A. Model BIT, 2012.

²⁰³ Para. 3 dell'Allegato 2, ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 1998.

Alcuni di questi accordi prevedono anche la possibilità di ricorrere a relazioni tecniche quando vengano in rilievo suddette materie.

Più che nei BITs, solitamente le previsioni di cooperazione possono ritrovarsi in accordi più ampi quali i FTAs oppure accordi settoriali di cooperazione in ambito ambientale e del settore del lavoro. Ad esempio, nel FTA tra Stati Uniti e Cile le parti riconoscono l'importanza di promuovere lo sviluppo sostenibile in maniera coordinata con il rafforzamento delle loro relazioni commerciali e di investimento.²⁰⁴ Pertanto gli obiettivi fissati nell'accordo sono: investimento, commercio e sviluppo sostenibile. A tal proposito viene inserita una lista delle iniziative da adottare, fra le quali spicca la promozione collaborativa dell'uso ottimale delle risorse. Un approccio simile, può ritrovarsi anche in altri FTAs conclusi dagli Stati Uniti, come ad esempio quello con l'Oman²⁰⁵ e quello con il Perù²⁰⁶.

Anche il FTA concluso tra Cina e Nuova Zelanda²⁰⁷ contiene una struttura fortemente cooperativa. Attraverso un *Memorandum of Understanding on Labour Cooperation* e un *Environment Cooperation Agreement*, le parti accettano di comune accordo di cooperare tramite lo svolgimento di iniziative comuni per controllare i rischi in materia di salute, ambiente e sicurezza.

Uno degli accordi di libero scambio più espliciti in tal senso è quello concluso nel 2010 tra Cina e Malaysia. Le parti riconoscono *"the importance of strengthening capacity to promote sustainable development with their three interdependent and mutually reinforcing components: economic growth, social development and environmental protection."*²⁰⁸

Anche l'Unione Europea ha preso una posizione forte in termini di cooperazione. In alcuni accordi, come ad esempio quello di associazione con il Cile, la promozione di un'economia sostenibile e di sviluppo sociale vengono fissati come principali obiettivi della collaborazione.²⁰⁹ In materia di investimenti, le parti

²⁰⁴ Art. 19.5, Free Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile, 2003.

²⁰⁵ Art. 17.7, Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 2006.

²⁰⁶ Cap.18, United States – Peru Trade Promotion Agreement, 2006.

²⁰⁷ Free Trade Agreement between the Government of New Zealand and the Government of the People's Republic of China, 2008.

²⁰⁸ Art. 9.5, Free Trade Agreement between Chile and Malaysia, 2010.

²⁰⁹ EU-Chile Association Agreement, 2002.

affermano il proprio impegno a revisionare, entro tre anni dall'entrata in vigore dell'accordo, il proprio sistema internazionale di investimento.

Infine, è opportuno fare un cenno alla pratica del Brasile, il quale, non avendo concluso alcun accordo bilaterale, non poteva prevedere clausole di cooperazione e pertanto ha sviluppato degli accordi specifici. Si tratta dei *Cooperation and Investment Facilitation Agreements* (CIFAs), ossia degli accordi di cooperazione e facilitazione degli investimenti.²¹⁰ Questi si differenziano dai classici BITs poiché il loro nucleo forte non consiste nella protezione dell'investitore, ma, come dice il nome, nella promozione della cooperazione fra gli Stati al fine di favorire gli investimenti. Tale connotazione si riflette anche nei suoi aspetti procedurali, privilegiando procedure di prevenzione delle liti e mediazione, piuttosto che il semplice ricorso all'arbitrato. Le parti ribadiscono il diritto sovrano di regolare gli investimenti nel perseguimento di obiettivi di politica nazionale e riconoscono l'importanza di un'ambiente trasparente, rapido e amichevole in relazione agli investimenti. Inoltre, si impegnano a scambiare informazioni pertinenti sulle opportunità commerciali, sulle procedure e sulle condizioni per gli investimenti.

Anche gli Stati dell'Africa meridionale hanno in un certo qual modo intrapreso tale strada, tramite l'adozione di un modello comune di BIT, il *Southern African Community (SADC) Model BIT*.²¹¹ Tale modello ha avuto un notevole impatto nel diritto internazionale degli investimenti poiché lo scopo che si propone nel preambolo è proprio quello di riconciliare gli interessi degli investitori stranieri con gli obiettivi di sviluppo degli Stati ospiti.²¹² A tal proposito, si scoraggia un'interpretazione ampia delle previsioni sostanziali sul trattamento degli investitori.

Per concludere, le previsioni di cooperazione sembrano essere uno degli strumenti più utilizzati per l'affermazione e l'incoraggiamento degli Stati all'adozione di misure in linea con lo sviluppo sostenibile. Nonostante lo strumento per eccellenza del settore degli investimenti, cioè i BITs, sembri trascurare un tale linguaggio e struttura, questa è maggiormente diffusa negli accordi di libero scambio, i quali, incorporando delle previsioni di più ampio respiro, possiedono una visione adeguatamente estesa per poter ricomprendere temi ulteriori quali la protezione dell'ambiente, dei lavoratori, della salute e della sicurezza.

²¹⁰ Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 2015; Brazil-Mexico Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 2015; Brazil-Mozambique Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 2015.

²¹¹ SADC, Model Bilateral Investment Treaty Template, 2012.

²¹² Infatti, si legge che lo scopo principale del modello è di incoraggiare la crescita degli investimenti che “support the sustainable development of each party, and in particular the host State, where the investment is to be located.”

3.5. Gli obblighi a carico dell'investitore

Il BIT concluso tra Marocco e Nigeria prevede che gli investitori stranieri “*shall uphold human rights*”.²¹³ In maniera simile il BIT tra Brasile e Malawi richiede agli investitori di svolgere i loro “*best efforts*” per rispettare i diritti umani.²¹⁴

In maniera simile, alcuni accordi conclusi dal Brasile richiedono agli investitori, in relazione ai doveri di responsabilità sociale d'impresa, di impegnarsi a rispettare i diritti umani di coloro che sono coinvolti nelle attività delle società, coerentemente con gli obblighi e gli impegni internazionali dello Stato ospite.²¹⁵

Il modello è stato seguito con attenzione dall'India, che nel 2016 ha adottato un nuovo modello di BIT, estremamente innovativo. L'India è riuscita a fornire delle soluzioni di equilibrio tra la tutela dell'investitore, da un lato, e quella dello sviluppo sostenibile, dall'altro, principalmente tramite la previsione di obblighi nei confronti dell'investitore. L'intento di revisione è stato mosso da una scomoda pronuncia arbitrale, quella del caso *White Industries*.²¹⁶ La decisione fece prendere atto al governo indiano di due realtà: la prima era che i BITs potevano essere usati per aggirare il sistema di giustizia interno e i suoi requisiti procedurali; la seconda, che i tribunali arbitrali possono utilizzare alcuni standard di trattamento, e spesso lo hanno fatto, per espandere il contenuto degli accordi in un modo tale da non rispecchiare l'originale intento²¹⁷.

Il *modus operandi* dell'India è stato definito “realistico”, in quanto, il modello riconosce la necessità di modificare l'asimmetria nell'attuale sistema di BIT, grazie al quale agli investitori vengono fornite tutele e vie procedurali indipendentemente dalla loro condotta. I trattati di investimento non sono solo strumenti di

²¹³ Art. 18, Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016.

²¹⁴ Art. 9, Investment Cooperation and Facilitation Agreement between the Federative republic of Brazil and the Republic of Malawi, 2015.

²¹⁵ Art. 9, Investment Cooperation and Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi, 2015; Art. 10, Investment Cooperation and Facilitation Agreement between the Government of Federative Republic of Brazil and the Government of the Republic of Mozambique, 2015.

²¹⁶ *White Industries Australia Limited v. India*, UNCITRAL, Final Award, 2011.

²¹⁷ Nel caso di specie ci si riferiva alla clausola della nazione più favorita, la quale faceva in modo che nonostante il testo del trattato prevedesse espressamente determinate condizioni nel trattamento dell'investitore, queste venissero superate per applicare quelle più favorevoli contenute in altri accordi.

protezione degli investitori, ma anche un valido strumento per promuovere obiettivi di sviluppo. Questo a riprova che i BITs possono servire come strumento per incentivare finalità ulteriori.

Il modello, inoltre, non contiene alcuni degli standard di trattamento tradizionali, come ad esempio lo standard della nazione più favorita. Non solo, anche il diffusissimo standard di trattamento giusto ed equo non viene menzionato, in quanto la sua ampia accezione avrebbe lasciato spazio ad interpretazioni analogiche e contrastanti. Infine, lo standard di piena protezione e sicurezza è stato inserito, ma con la chiara enunciazione che sia da applicarsi in riferimento alla sola sicurezza fisica degli investitori; lo standard di trattamento nazionale viene a sua volta indicato, ma anche in questo caso con una ristretta interpretazione da dare alla condizione delle “*like circumstances*”.

Anche i CIFA conclusi dal Brasile prevedono che gli investitori stranieri “*shall strive to carry out the highest level possible of contributions to the sustainable development of the host State and the local community*” e che ciò non possa realizzarsi se non attraverso l’adozione di un alto livello di pratiche socialmente responsabili.

Tali obblighi, concepiti spesso ancora come volontari, sembrano avanzare verso l’obbligatorietà: infatti alcuni accordi prevedono addirittura come far valere gli obblighi di cui è titolare l’investitore. Si stabilisce che lo Stato di origine può ritenere gli investitori civilmente responsabili per qualsiasi attività inerente all’investimento nello Stato ospite che causi danni significativi, lesioni o morte. Pertanto, è grazie all’obbligo assunto dallo Stato di origine che si giudica il fallimento dell’investitore per adempiere ai suoi obblighi. Esempi di questo tipo sono contenuti nel BIT tra Morocco e Nigeria BIT²¹⁸, nell’Atto Supplementare sulle Regole Comuni d’Investimento dell’ECOWAS²¹⁹, nel modello di BIT adottato dalla Comunità di Sviluppo dell’Africa meridionale²²⁰ e in quello adottato dall’India²²¹.

I casi presentati sottolineano la reale importanza data allo sviluppo. Nonostante rappresentino solo una piccola parte dei numerosi accordi in vigore, si è riscontrato un crescente ricorso nei nuovi accordi di investimento alla previsione di obblighi in capo all’investitore. Occorre precisare che le previsioni in discorso non introducono obbligazioni nuove: ad esempio in tema di tutela dei diritti umani, già il settore di diritto specifico fissa diritti e obblighi di ciascun individuo. Al contrario, il loro inserimento nei trattati

²¹⁸ Art. 20, Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016.

²¹⁹ Art. 17, Economic Community of Western African States (ECOWAS) Supplementary Act on Common Investment Rules for the Community, 1975.

²²⁰ Art. 17.1, SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, 2012.

²²¹ Art. 13, India Model BIT, 2016.

di investimento ne rafforza le prerogative ed esalta l'efficacia all'interno degli altri settori, emarginando il problema della frammentazione del diritto internazionale.

4. Le ulteriori modalità di tutela dello sviluppo sostenibile nei nuovi accordi di investimento

Accanto alle clausole di tutela dello sviluppo sostenibile si possono annoverare le previsioni che, pur non essendo finalizzate alla promozione dello stesso, comunque vi influiscono in maniera favorevole. Infatti, alcuni strumenti generali presentano un'efficacia spiccata nell'esaltare le particolari esigenze di sostenibilità, in modo tale che queste possano essere valutate in maniera corretta nel bilanciamento complessivo degli interessi.

4.1. Le relazioni tecniche nella risoluzione delle controversie

Nel corso del procedimento arbitrale, se l'accordo di investimento lo prevede, le parti possono inviare delle relazioni scritte al tribunale arbitrale, facendo presente fatti rilevanti ai fini dell'attuazione dello sviluppo sostenibile, in modo tale che questo incarichi un esperto di esaminare gli elementi allegati e svolga una valutazione del rischio.²²²

Le valutazioni del rischio, o valutazioni d'impatto, sono studi indipendenti in cui viene valutato l'impatto futuro degli accordi negoziati. In passato, l'obiettivo di suddetti meccanismi era limitato agli effetti ambientali degli accordi commerciali, queste valutazioni sono note come valutazioni di impatto ambientale (VIA). Al giorno d'oggi, tuttavia, l'ambito delle valutazioni d'impatto si è ampliato sempre di più. Ad

²²² CORDONIER SEGGER, M., NEWCOMBE, A., GEHRING, M.W., *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.

esempio, alcune valutazioni d'impatto sono progettate specificamente per esaminare l'impatto del commercio internazionale o degli investimenti esteri sui diritti umani.²²³

La Commissione europea nel suo *'Handbook for Sustainability Impact Assessment'* propone, nell'utilizzo delle valutazioni d'impatto, l'esame di questioni come l'uso di energia, la povertà, l'uguaglianza di genere, il debito estero, la salute pubblica, le condizioni di vita, l'accesso all'istruzione, gli standard di lavoro, la disoccupazione e altro ancora.²²⁴ Queste valutazioni più ampie sono note come valutazioni dell'impatto sulla sostenibilità.

Pertanto, le previsioni negli accordi aventi ad oggetto le valutazioni di impatto sulla sostenibilità possono promuovere gli obiettivi di sviluppo sostenibile rendendo i Paesi più coscienti delle ripercussioni concrete degli accordi. Inoltre, consentono ai negoziatori di identificare gli aspetti degli accordi che richiedono misure di mitigazione o miglioramento al fine di ottenere i massimi benefici dagli investimenti. Valutando gli impatti economici, ambientali e sociali delle potenziali misure, i Paesi hanno un'idea più completa dei vantaggi e degli svantaggi di ciascuna proposta.

Tali previsioni sono ancora rare negli accordi in vigore, fra i trattati che vi fanno ricorso possiamo citare il nuovo modello di BIT del Canada²²⁵, il BIT concluso tra Colombia e Perù²²⁶, quello tra Stati Uniti e Ruanda²²⁷ e quello tra Regno Unito e Messico²²⁸.

4.2. La responsabilità sociale d'impresa

²²³ HARRISON, J., GOLLER, A., *Trade and Human Rights: What does 'Impact Assessment' Have to Offer?*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008.

²²⁴ European Commission, External Trade, *'Handbook for Sustainability Impact Assessment'*, 2006.

²²⁵ Canada Model BIT, 2004.

²²⁶ Art. 12, Treaty between the Government of Colombia and the Government of Peru concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2007.

²²⁷ Art. 32, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2008.

²²⁸ Art. 20, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2006.

Un tema di particolare rilevanza e attualità nella promozione dello sviluppo sostenibile è quello della *corporate social responsibility* (CSR). La responsabilità sociale d'impresa è stata definita come:

“[CSR] generally embodies the notion that a corporation must act in a responsible manner with regard to the environment, community and the society in which it operates. In its most basic form, CSR emphasizes an approach to corporate governance and operations that integrates and balances the self-interests of the corporation, and those of its investors, with the concerns and interests of the public.”²²⁹

La responsabilità sociale d'impresa consiste nel riconoscimento della responsabilità delle imprese per l'attività realizzata. Qualora detta attività sia contraria agli standard di diritto internazionale e tale da arrecare danno agli altri consociati o all'ambiente, le imprese transnazionali saranno chiamate a risponderne.

L'attuale sistema giuridico internazionale non prevede il principio di responsabilità sociale d'impresa come vincolante, tuttavia le forti critiche mosse riguardo al tema in questione sembrano indirizzare la nuova disciplina proprio in tale direzione.²³⁰

Gli strumenti che se ne occupano hanno natura di *soft law*, in quanto volontari e di *self-governance*. Conseguentemente, non sono idonei a creare diritti e obblighi ad efficacia diretta in capo alle imprese, bensì agiscono da monito, incoraggiandole al rispetto spontaneo degli standard di sostenibilità. Fra questi il più importante sono le Linee Guida dell'OCSE per le imprese multinazionali, un insieme di raccomandazioni e principi finalizzati ad incoraggiarle a condurre la propria attività in maniera responsabile.²³¹ Il tema viene affrontato partendo dal postulato che le imprese transnazionali sono gli attori principali del sistema economico e, in quanto tali, hanno la reale opportunità di dare applicazione e incentivare gli obiettivi di sostenibilità, tramite un piano di condotta che coordini economia, ambiente e progresso sociale.²³² Inoltre, le stesse previsioni di responsabilità sociale d'impresa hanno ad oggetto i diritti umani, la tutela ambientale,

²²⁹ CORDONIER SEGGER, M., NEWCOMBE, A., GEHRING, M.W., *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.

²³⁰ Stichele, M. V., Van Bennekom, S., *Investment Agreement and Corporate Social Responsibility: Contradictions, Incentives and Policy Option*, Discussion Paper 1, 2015.

²³¹ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2000.

²³² Per approfondimenti sul contributo che la responsabilità sociale d'impresa può dare allo sviluppo sostenibile si veda: Commission of the European Communities, *Communication concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development*, Doc. COM (2002) 347.

la lotta alla corruzione e altri valori che oggi vengono ricondotti proprio nel “contenitore” del diritto allo sviluppo sostenibile.²³³

Questo è il motivo per cui, tradizionalmente, il concetto di responsabilità sociale d’impresa viene ricondotto a quello di implementazione dello sviluppo sostenibile. Ad esempio, nel BIT tra Canada e Senegal, insieme alla previsione sulla responsabilità sociale d’impresa, le parti introducono anche delle previsioni volte ad incoraggiare le imprese ad effettuare investimenti che contribuiscano alla risoluzione delle problematiche sociali e a preservare l’ambiente.²³⁴

Nell’ambito dello *UN Human Rights Council* (UNHRC) si sta sviluppando una proposta di creazione di un nuovo trattato internazionale a carattere giuridicamente vincolante finalizzato a rendere le società transnazionali responsabili per le violazioni dei diritti umani. La presidente del gruppo di lavoro, Maria Fernanda Espinosa, ha racchiuso l’essenza della responsabilità sociale di impresa in queste poche parole: *“While [Transnational Corporations] are granted rights through hard law instruments, such as bilateral investment treaties and investment rules in free trade agreements and have access to a system of Investor State Dispute Settlement, there are no hard law instruments that address the obligations of corporations to respect human rights.”*

La responsabilità sociale d’impresa può essere affrontata attraverso due approcci: l’approccio dello Stato ospite e quello dello Stato nazionale dell’investitore.

Nel primo caso, e più frequente, è rimesso all’ordinamento giuridico dello Stato Ospite, cui l’investitore è sottoposto, prevedere una disciplina *ad hoc*. Ciò comporta che l’attuazione delle previsioni dipenderà dall’efficacia dei meccanismi di attuazione normativa previsti dallo Stato Ospite. In altre parole, un Paese che non sia dotato di solidi poteri di regolazione e implementazione, come nel caso dei Paesi in via di sviluppo, presenterà minore garanzia di applicazione dei suindicati standard.²³⁵

Nel secondo caso, invece, l’investitore e le sue attività all’estero sono sottoposte alla disciplina adottata dallo Stato nazionale in tema di responsabilità sociale d’impresa. Tale approccio presenta il vantaggio di permettere un maggiore controllo sull’attività degli investitori, tuttavia è poco utilizzato in quanto sembra

²³³ CHI, M., *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, Milton, Routledge, 2017.

²³⁴ Art. 16, Agreement Between Canada and the Federal Republic of Senegal for the Promotion and Protection of Investments, 2014.

²³⁵ DE MESTRAL, A., LÉVESQUE, C., *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2013.

aver mostrato alcune limitazioni, come il fatto che si riferisca solamente a materie specifiche e che solo pochi Stati lo condividano.²³⁶

Affinché, lo Stato possa far valere gli obblighi dell'investitore in materia è necessario che la CSR sia contenuta nell'accordo di investimento. La previsione si trova raramente negli accordi di investimento bilaterali, poiché i Paesi preferiscono inserirla in contesti più ampi, quali gli accordi regionali o settoriali. Ad esempio, nell'accordo di libero scambio tra Cina e Svizzera, le parti si soffermano sull'importanza di una buona regolazione delle imprese e della responsabilità sociale d'impresa ai fini dello sviluppo sostenibile e incoraggiano le imprese ad osservare i criteri elaborati a livello internazionale.²³⁷ Un altro esempio è quello dell'accordo di libero scambio tra Corea del Sud e Unione Europea, nel quale le parti si sono impegnate ad incentivare l'utilizzo di beni e servizi favorevoli per l'ambiente, come ad esempio energia rinnovabile, prodotti ecologici, e tecnologie ambientali.²³⁸

Fra i primi modelli di BIT a prevedere la responsabilità sociale di impresa vi è quello del Canada, all'art.16, prevede che:

*“Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.”*²³⁹

Un'altra possibilità è quella di subordinare l'ammissione di alcuni tipi di investimento ad una revisione *ex ante* circa la politica dell'investitore sulla responsabilità sociale d'impresa. Oppure, al contrario, gli Stati possono prevedere un trattamento di favore verso quegli imprenditori che osservino i criteri di investimento responsabile.²⁴⁰

²³⁶ FUNG, H., LAW, S., YAU, J., *Socially Responsible Investment in a Global Environment*, Edward Elgar Publishing, 2006.

²³⁷ Free Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile, 2003.

²³⁸ Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea, 2010.

²³⁹ Art. 16, Canada Model BIT, 2012.

²⁴⁰ HEPBURN, J., KUUYA, V., “Corporate Social Responsibility in Investment Treaties” in CORDONIER SEGGER, M., NEWCOMBE, A., GEHRING, M.W., *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.

Per concludere, la via del riconoscimento della responsabilità sociale d'impresa sembra avere un notevole potenziale non solo per lo sviluppo sostenibile, poiché vigila sull'applicazione dei suoi principi, ma più in generale nel riconoscimento di obblighi verso l'investitore straniero.

4.3. L'*Amicus curiae*

Dal punto di vista procedurale, un modo per dare maggiore risonanza alle questioni di sviluppo sostenibile è quello di prevedere nell'accordo l'intervento in sede arbitrale di istituzioni o organizzazioni rappresentative di uno degli interessi non economici sorti nel corso della controversia nella veste di *amicus curiae*.

Con l'espressione *amicus curiae* si indica il soggetto che, per diretto incarico della corte o per propria iniziativa, accolta dalla stessa corte, le si affianca come «amico» per collaborare con essa, informandola ed assistendola nella risoluzione di qualsiasi problema che abbia rilevanza ai fini della corretta decisione della lite sottoposta al suo giudizio.²⁴¹ L'istituto è stato ripreso dalla società civile proprio perché nelle procedure arbitrali di investimento tendono ad emergere considerazioni di interesse pubblico.²⁴² La sua ammissione può ricollegarsi ad un principio di più ampio interesse, ossia quello della trasparenza nei procedimenti arbitrali in materia di investimenti.

Inizialmente l'ammissibilità dell'istituto veniva esclusa proprio perché le parti non erano propense a dare il loro consenso, in quanto consapevoli che un intervento esterno avrebbe introdotto ragionamenti ulteriori e sfavorevoli alla propria causa. Il primo caso che ha affrontato gli interventi *amicus curiae* è stato il caso *NAFTA Methanex c. Stati Uniti*.²⁴³ Diverse ONG, fra cui l'Istituto Internazionale per lo Sviluppo Sostenibile, avevano chiesto di presentare osservazioni in veste di *amicus curiae* “on the basis of the

²⁴¹ CRISCIUOLI, G., *Amicus curiae*, in Enciclopedia Giuridica, 1988.

²⁴² Gomez, K., *Rethinking the Role of Amicus curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, in Fordham International Law Journal, Vol. 35, 2012.

²⁴³ UNCITRAL, *Methanex v. United States* (Final Award, 2005).

immense public importance of the case and the critical impact that the Tribunal's decision will have on environmental and other public welfare law-making in the NAFTA region."²⁴⁴

Il tribunale ha accolto il ricorso affermando proprio sulla base dell'indubbio interesse pubblico all'intervento. Casi analoghi sono stati *Biwater c. Tanzania*²⁴⁵ e *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Vivendi c. Argentina*²⁴⁶.

Seppur in assenza di una formalizzazione dell'istituto nel settore degli investimenti, dall'analisi delle attuali tendenze arbitrali emerge un generalizzato riconoscimento della tutela dell'interesse generale tramite interventi di *amicus curiae*.

La sua influenza ai fini dello sviluppo sostenibile consiste nel sollevare efficacemente questioni di giustizia sociale e sviluppo, spingendo il diritto internazionale degli investimenti verso un modello più sostenibile.²⁴⁷

Alcuni BIT recenti hanno incluso taluni aspetti del principio di trasparenza, ad esempio il modello BIT degli Stati Uniti 2012 prevede proprio la possibilità di presentare interventi come *amicus curiae*, oltre all'opportunità che i documenti siano messi a disposizione del pubblico e le udienze rese pubbliche.

4.4. L'utilizzo di un linguaggio più chiaro

Un semplice strumento a disposizione degli Stati per promuovere gli obiettivi di sviluppo sostenibile è quello di chiarire il linguaggio utilizzato nelle proprie disposizioni, fornendo definizioni più puntuali e specifiche. Come si è avuto modo di osservare, il diritto internazionale degli investimenti si basa su standard di protezione aventi una portata piuttosto ampia, in particolare ci si riferisce al trattamento giusto ed equo, al minimo standard di protezione e alla *full protection and security*. La definizione di ciascuno di questi standard necessita dell'interpretazione da parte dei giudici. Ad esempio, lo standard del trattamento

²⁴⁴ Para. 5, UNCITRAL, *Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae"*, 2001.

²⁴⁵ *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (Award, 2008).

²⁴⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19 (Award, 2005).

²⁴⁷ DUPUY, P., PETERSMANN, E., FRANCONI, F., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

nazionale si basa sull'interpretazione di ciò che può costituire le “*like circumstances*”. Ugualmente, lo standard di trattamento giusto ed equo si basa, tra le altre cose, sull'interpretazione del tribunale di ciò che gli investitori possono “legittimamente aspettarsi” quando effettuano il loro investimento.²⁴⁸

Il modo in cui i tribunali scelgono di rispondere a tutte queste perplessità influenza notevolmente la portata del trattato e delle condotte adottate dagli Stati, ripercuotendosi anche sullo sviluppo sostenibile. Ad esempio, decidendo che l'impronta ecologica non rileva ai fini di quelle che possono costituire “circostanze simili”, gli Stati che decidono di distinguere tra produttori a basse e alte emissioni di carbonio, prevedendo un'apposita tassa, possono essere condannati per aver violato le regole di non discriminazione.

Chiarendo il linguaggio utilizzato nei trattati, gli Stati possono evitare tali conflitti. Non solo, gli stessi principi di prevedibilità e trasparenza lo richiedono: se da un lato è vero che la tutela dell'investitore non può mettere da parte la cura dell'interesse pubblico, è anche vero che egli non può essere lasciato alla mercé delle opinioni imprevedibili degli arbitri. La determinazione del significato di quanto contenuto negli accordi di investimento deve avvenire *ex ante*, attraverso l'utilizzo di formule chiare ed esaustive, e non *ex post* in occasione dei ricorsi arbitrali. Se così non è, lo stesso intento tradizionalmente perseguito con gli accordi di investimento, ossia l'attrarre nuovi investimenti, deve ritenersi frustrato: l'investitore preferirà andare ad operare dove si sente più garantito.

In particolare, emerge un sentito bisogno di riempire di significato lo standard di trattamento giusto ed equo. Il gran numero di ricorsi promossi contro gli Stati ospiti presenta come costante principale l'allegazione di una presunta violazione dello standard FET, ottenendo anche molto spesso il favore dei tribunali arbitrali. La ragione è da individuarsi proprio nei termini vaghi e ampi con i quali tale standard viene designato, indicando quasi una clausola residuale a cui ricondurre tutti gli atteggiamenti che arrechino all'investitore un danno.

Per concludere, gli Stati non dovrebbero dimenticare che gli investimenti privati sono cruciali per lo sviluppo sostenibile e che un ambiente legale e commerciale stabile è essenziale per la loro promozione. Il metodo di lasciare agli arbitri le interpretazioni legali degli standard di trattamento andrebbe rivisto, in modo da raggiungere un delicato equilibrio tra la necessità di fornire un ambiente imprenditoriale stabile, da un lato, e consentire una sufficiente flessibilità normativa, dall'altro.

²⁴⁸ Malik, M., *Recent Developments in International Investment Agreements: Negotiations and Disputes*, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, Background Papers, 2010.

5. Conclusione

Alla luce del fatto che il maggiore strumento utilizzato per disciplinare gli investimenti sono gli accordi di investimento, e del fatto che la pratica arbitrale ha mostrato una posizione di ampio sfavore al riconoscimento dei poteri regolatori degli Stati, è necessario che siano gli stessi accordi ad occuparsi degli obiettivi di sostenibilità. Il perseguimento del diritto allo sviluppo sostenibile non può avvenire efficacemente, se non tramite la sua considerazione a livello pattizio.

È importante ricordare che il diritto internazionale degli investimenti non può vivere isolato dagli altri settori del diritto: al contrario, esso è una parte del più ampio ordinamento giuridico internazionale e in quanto tale viene influenzata da interessi diversi.

I BITs tradizionali sembrano ormai giunti al loro punto di arrivo e il diritto internazionale degli investimenti si prepara ad entrare in una nuova fase. Gli elementi caratterizzanti di questa nuova disciplina possono così dedursi immediatamente dall'analisi dei BITs di ultima generazione, tuttavia la loro portata concreta potrà essere vagliata solo con il tempo, in base alle interpretazioni che ne verranno date e alla loro capacità di bilanciare gli interessi di ciascuna parte.

La nuova generazione di accordi bilaterali, e più in generale di accordi di investimento, presenta un contenuto più ampio, considerando una notevole varietà di questioni, anziché concentrarsi unicamente sulla tutela degli investimenti. Fra le nuove materie valutate dai trattati vi è anche lo sviluppo sostenibile, il quale trova modo di farsi spazio sotto forme diverse: nella maggior parte dei casi viene enunciato nel preambolo, fra le finalità dell'accordo, altrimenti è contenuto nella parte sostanziale dell'accordo. In quest'ultimo caso influisce nel diritto internazionale degli investimenti sotto forma di clausola di esclusione, ossia prevedendo che la garanzia dell'investitore non possa sovrastare quella riguardante la tutela dell'ambiente, della salute, della giustizia sociale.

Per incentivare la promozione dello sviluppo sostenibile, i nuovi accordi presentano delle clausole apposite in tal senso. La clausola del "*not lowering standards*" prevede che interessi specifici, come ad esempio la salute, non possano garantiti in una misura inferiore al fine di incentivare gli investimenti stranieri. Quella di mantenimento del potere di regolazione interno, invece, stabilisce direttamente che gli effetti dell'accordo di investimento non travolgono settori individuati, come quello dell'ordine e della sicurezza pubblica. La clausola di esclusione dell'espropriazione, invece, tutela le misure assunte dallo Stato a cura di interessi specifici dalla loro possibile identificazione come misure di espropriazione. Tuttavia, le clausole più diffuse sono quelle di cooperazione, cioè clausole che fissano l'impegno congiunto degli Stati per il

raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile. Infine, alcuni accordi si sono spinti coraggiosamente a prevedere degli obblighi sostanziali in capo all'investitore.

Inoltre, le finalità di sviluppo sostenibile possono essere perseguite tramite previsioni ulteriori, cioè previsioni che pur non essendo dirette alla sua tutela ne favoriscono l'applicazione. Fra queste le più rilevanti sono quelle in tema di responsabilità sociale d'impresa: infatti le imprese transnazionali non solo sono i principali attori del settore gli investimenti, insieme agli Stati, ma sono anche i soggetti che presentano il maggior numero di violazioni degli obiettivi di sostenibilità.

Per concludere, la tendenza generale sembra quella per cui gli accordi di investimento più recenti contengono un numero maggiore di previsioni dedicate allo sviluppo sostenibile rispetto ai loro predecessori e questa conclusione non sorprende dato che l'interessamento per i temi di sostenibilità risale agli ultimi decenni. Ancora non si è in grado di dire se i nuovi strumenti saranno in grado di dare risposta alle criticità del sistema, riformando il rapporto Stato-investitore con nuovi equilibri, maggiormente simmetrici. Ciononostante, la propensione dimostrata dagli Stati nell'adozione di modelli nuovi, dimostra una chiara volontà della comunità internazionale a rivedere la propria agenda e i propri obiettivi economici, prendendo coscienza che un sistema economico e giuridico diverso non devono spaventare, ma rappresentare un'opportunità di miglioramento continuo.

CONCLUSIONE

Il presente elaborato permette di trarre alcune considerazioni importanti in merito al legame tra diritto internazionale degli investimenti e sviluppo sostenibile, ma soprattutto in merito alle sue criticità. I flussi di investimento esteri sono in grado di apportare beneficio economico al Paese ospite, però possono anche determinare un significativo impatto negativo sul suo sviluppo.

Nello specifico, il capitolo primo è stato funzionale all'esame dei caratteri generali del diritto internazionale degli investimenti, chiarendone all'originaria funzione di tutela e garanzia degli investimenti stranieri, le fonti normative e i peculiari standard di trattamento che hanno assunto maggiore rilevanza nel tempo.

Il capitolo secondo dell'elaborato, poi, è stato dedicato ad un approfondimento delle criticità del sistema degli investimenti, della rilevanza dello stesso per la promozione del diritto sostenibile e dell'inidoneità dei semplici strumenti interpretativi nella sua realizzazione. Questi ultimi, infatti, per quanto possano influire sulla pratica degli Stati, non sono in grado di modificare le inefficienze strutturali del diritto internazionale degli investimenti, che pongono l'investitore straniero in una posizione di indebito vantaggio.

Al capitolo terzo, infine, sono stati trattati gli accordi di ultima generazione, quale fenomeno in via di formazione, con particolare riferimento alle clausole volte a favorire la promozione dello sviluppo sostenibile.

Le clausole in esame si rendono necessarie per dare una veste di obbligatorietà agli obiettivi di sviluppo sostenibile. Esse rappresentano la soluzione che alcuni Stati e la gran parte della dottrina sostiene al fine di evitare che gli impegni di garanzia dell'investitore mettano da parte interessi fondamentali come la garanzia di condizioni di lavoro decenti, l'identità culturale e la tutela della salute e dell'ambiente.

Infatti, se si lasciasse al giudizio arbitrale il compito di dare un'interpretazione caso per caso, si rischierebbe un'eccessiva frammentazione del diritto, scoraggiando gli Stati ad attuare politiche di sostenibilità. Non solo, la pratica ha mostrato una scarsa attitudine della giurisprudenza ad abbandonare l'approccio letterale per affidarsi ad uno sistematico. Ciascuna deroga o eccezione alla disciplina dell'accordo deve essere stata prevista espressamente dall'accordo stesso.

Inserendo previsioni specifiche all'interno dei trattati, il problema di incompatibilità con la protezione dell'investitore si risolve alla radice. Per tale motivo, alcuni Stati hanno già sperimentato tale strumento, come ad esempio gli Stati Uniti d'America e l'India, seppure in maniera cauta e circoscritta.

In sintesi, mentre nell'impianto tradizionale del diritto internazionale degli investimenti gli accordi erano destinati alla tutela dell'investitore, l'attuale disciplina ne riscopre la funzionalità, ritenendoli idonei a perseguire finalità ulteriori. Ed è proprio grazie ad una tale apertura che la materia può far fronte alle difficoltà applicative dello sviluppo sostenibile. L'inserimento di disposizioni *ad hoc* di natura pattizia conferisce una base solida su cui lo Stato può far valere il proprio potere di regolazione nell'adozione di politiche di sviluppo.

In tale contesto, le politiche nazionali si sono inserite ancora in maniera incerta. La tendenza più seguita è stata quella di elaborare un nuovo modello di BIT e rinegoziare gli accordi di investimento ancora in vigore. Orientamenti alternativi sono stati quello di sviluppare una legislazione nazionale tale da rafforzare il principio di sovranità e i poteri di regolazione dello Stato, da un lato, e quello di implementare maggiormente i propri impegni e la collaborazione internazionale, dall'altro.

I tempi sembrano maturi per una presa di posizione più forte da parte della comunità internazionale. Il regime internazionale di *governance* degli investimenti sta vivendo un processo di trasformazione verso una maggiore trasparenza, partecipazione di attori non statali e affidamento a norme di *soft law*.

In attesa di un *corpus* giurisprudenziale significativo e univoco, si può solo speculare su come le innovazioni contenute nei nuovi accordi daranno forma al diritto internazionale degli investimenti nel lungo periodo e se saranno in grado di affrontare in maniera efficace le cause della perdurante crisi di legittimità. Si può presumere, tuttavia, che i termini degli accordi di nuova generazione incoraggeranno i tribunali arbitrali a considerare il diritto degli Stati ospiti di regolamentare nell'interesse pubblico più frequentemente di quanto non abbiano fatto in passato, in modo tale da alleviare almeno alcune delle preoccupazioni sollevate.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ, J. E., *The Quest for Legitimacy: An Examination of 'the Power of Legitimacy among Nations' by Thomas M. Franck*, in *New York University Journal of International Law & Politics*, n. 1, 1991.
- APPLETON, B., MACKENZIE, D., LEGUM, B., SIQUEIROS, E., DODGE, W.S., *Investment Disputes and Nafta Chapter 11*, in *Proceedings of the Annual Meeting - American Society of International Law*, 2001.
- BAETENS, F., *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BARRAL, V., *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, Vol. 23, 2012.
- BAUGHEN, S., *Expropriation and Environmental Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter Eleven*, in *Journal of Environmental Law*, n.18, 2006.
- BAXTER, R., *International Law "In Her Infinite Variety"*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, 1980.
- BENTON, L. A., *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- BINDER, C., KRIEBAUM, U., REINISCH, A., WITTICH, S., *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BIRNIE, P., BOYLE, A., *International Law and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BOYLE, A., FREESTONE, D., *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- BROWNLIE, I., *Principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CALVO, C., *Le Droit International Théorique et Pratique*, Parigi, 1870.

- CANNIZZARO, E., *Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, 2018.
- CASSESE, A., *International law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- CASTILLO, Y., *The appeal to human rights in Arbitration and International Investment Agreements*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012.
- CHI, M., *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, Milton, Routledge, 2017.
- CONFORTI, B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- CORDONIER SEGGER, M., KHALFAN, A., *Sustainable Development Law: Principles, Practices and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- CORDONIER SEGGER, M., NEWCOMBE, A., GEHRING, M.W., *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.
- DE MESTRAL, A., LÉVESQUE, C., *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2013.
- DE VATTEL, E., *Les droit des gens*, Londra, 1758.
- DHOOGHE, L., *The Revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement*, in *American Business Law Journal*, n.38, 2001.
- DOLZER, R., *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in *Journal of International Law and Policy*, n.37, 2005.
- DUPUY, P., *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?*, in *Revue générale de droit international public*, n. 4, 1997.
- DUPUY, P., PETERSMANN, E., FRANCONI, F., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- ELLISON, K., *Rio+20: How the Tension between Developing and Developed Countries Influenced Sustainable Development Efforts*, in *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, n. 27, 2014.
- FIEVET, G., *Réflexions sur le concept de développement durable: prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux*, in *Revue belge de droit international*, 2001.
- FRANCIS J. N., SUCHARITKUL: *State Immunities and Trading Activities*, 1961, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/>

- FRANCK, S. D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005.
- FUNG, H., LAW, S., YAU, J., *Socially Responsible Investment in a Global Environment*, Edward Elgar Publishing, 2006.
- GEHRING, M.W., CORDONIER SEGGER, M., *Sustainable Development in World Trade Law*, Kluwer Law International, 2005.
- GOMEZ, K., *Rethinking the Role of Amicus curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, 2012.
- GORDON, K., POHL, J., BOUCHARD, M., *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2014.
- GROZIO, U., *De iure belli ac pacis*, 1625.
- GUNAWARDANA, A., *The Inception and Growth of Bilateral Investment Promotion and Protection Treaties*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 82, 1988.
- HALLWARD-DREIMEIER, M., *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite*, Research working paper series, World Bank Group, 2003.
- HARRISON, J., GOLLER, A., *Trade and Human Rights: What does 'Impact Assessment' Have to Offer?*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008.
- HERDEGEN, M., *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, 2013.
- HINDELANG, S., KRAJEWSKI, M., *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- HUNTER, D., ZAELKE, D., SALZMAN, J., *International Environmental Law and Policy*, New York, Foundation Press, 2001.
- KERR, M., JANDA, R., PITTS, C., *Corporate Social Responsibility: A Legal Analysis*, Butterworths Law, 2011.
- KINNEAR, M., ROBIN H., *The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape*, in *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Vol. 12, 2005.
- KOMORI, T., WELLENS, K., *Public Interest Rules of international Law: Toward Effective Implementation*, Routledge, 2009.

- KOSKENNIEMI, M., PÄIVI, L., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, in *Leiden Journal International Law*, 2002.
- MALIK, M., *Recent Developments in International Investment Agreements: Negotiations and Disputes*, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, Background Papers, 2010, <https://www.iisd.org/>
- MANN, H., VON MOLTKE, K., *A Southern Agenda on Investment? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, International Institute for Sustainable Development, 2005, <https://www.iisd.org/>
- MANN, H., VON MOLTKE, K., *Protecting Investor Rights and Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*, International Institute for Sustainable Development, 2003, <https://www.iisd.org/>
- MARCOUX, J. M., *International Investment Law and Globalization*, Taylor and Francis, 2018.
- MARLLES, J. K., *Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulation in International Investment Law*, in *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 16, 2006-2007.
- MAURO, M. R., *Diritto Internazionale Dell'Economia: Teoria e Prassi Delle Relazioni Economiche Internazionali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019.
- MBENGUE, M. M., SCHACHERER, S., *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer International Publishing, 2019.
- MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- NEWCOMBE, A., *Sustainable Development and Investment Treaty Law*, in *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, 2007.
- OECD, *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact-Finding Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2014, <https://www.oecd.org/about/publishing/>
- PALOMBINO, F. M., *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, T.M.C. Asser Press, 2018.
- PAPPAS, A. J., *References on Bilateral Investment Treaties*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 4, 1989.

- PAULSSON, J., *Arbitration Without Privity*, in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, n. 2, 1995.
- PENNASILICO, M., *Sviluppo Sostenibile, Legalità Costituzionale e Analisi "Ecologica" del Contratto*, in Persona e Mercato, 2015.
- PORENA, D., *Il 'rango' del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto*, in Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo. 2016.
- PUSTORINO, P., *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Cacucci Editore, 2019.
- REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2004.
- REINISCH, A., *Standards on Investment Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- RONZITTI, N., *Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, 2019.
- ROOT, E., *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, in The American Journal of International Law, Vol. 4, 1910.
- ROUSSEAU, C., *Droit International Public*, Parigi, 1970.
- RUBIN, S. J., *World Bank: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, in International Legal Materials, Vol. 31, n. 6, 1992.
- SACERDOTI, G., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2004.
- SACERDOTI, G., *The Admission and Treatment of Foreign Investment Under Recent Bilateral and Regional Treaties*, in The Journal of World Investment and Trade, Vol. 1, 2000.
- SANDS, P., *International Law in the Field of Sustainable Development*, in The British Yearbook of International Law, 1994.
- SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHNEIDERMAN, D., *Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self-Restraint*, in Journal of International Dispute Settlement, 2011.
- SCHREUER, C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in The Journal of World Investment and Trade, n. 3, 2005.
- SCHRIJVER, N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law*, Martinus Nijhoff, 2008.

- SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, in *American Journal of International Law*, Vol. II, 1968.
- SCISO, E., *Appunti Di Diritto Internazionale Dell'Economia*, Terza, Giappichelli, 2017.
- SOREL, J., *A Proposito Dell'Interpretazione Dell'Articolo 31 Della Convenzione Di Vienna Del 1969 e Sulla Sua Applicazione Giurisprudenziale*, in *Ragion Pratica*, n. 22, 2004.
- SORNARAJAH, M., *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of World Trade Law*, n. 1, 1986.
- STICHELE, M. V., VAN BENNEKOM, S., *Investment Agreement and Corporate Social Responsibility: Contradictions, Incentives and Policy Option*, Discussion Paper 1, 2015, <https://www.somo.nl>
- SUBEDI, S. P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Bloomsbury Publishing, 2020.
- SUTTON, S. D., *Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power*, in *Arbitration International*, Vol. 21, 2005.
- TENUTA, P., *Indici e modelli di sostenibilità*, Franco Angeli Editore, 2009.
- TLADI, D., *Sustainable Development in International Law: an Analysis of key Enviro-economic Instruments*, Pretoria University Law Press, 2007.
- TORRENTE, A., SCHLESINGER, P., ANELLI, F., GRANELLI, C., *Manuale Di Diritto Privato*. Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- VANDEVELDE, K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, Oxford University press, 2010.
- VIÑUALES, J. E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- WAIBEL, M., KAUSHAL, A., CHUNG, K., BALCHIN, C., *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010.

ACCORDI DI INVESTIMENTO

Agreement between Belgium – Luxembourg Economic Union, on the one hand and the Sultanate of Oman, on the other hand on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2008.

Agreement Between Canada and the Federal Republic of Senegal for the Promotion and Protection of Investments, 2014.

Agreement Between the Argentine Republic and The Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1991.

Agreement between the Belgium-Luxemburg Economic Union and the Sultanate of Oman on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 2008.

Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for the Economic Partnership, 2005.

Agreement between the Government of Japan and the Government of the Independent State of Papua New Guinea for the Promotion and Protection of Investment, 2011.

Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalisation, Promotion on Protection of Investment, 2002.

Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Reciprocal Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2014.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2006.

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 2006.

Agreement for Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference, 1981.

Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Republic of Tajikistan, 2010.

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan, 2010.

Agreement for the Protection of Investment between the European Union and Singapore, 2018.

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Republic of Costa Rica and the Kingdom of the Netherlands, 1999.

ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 1998.

Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 2015.

Brazil-Mexico Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 2015.

Brazil-Mozambique Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 2015.

Canada - European Union: The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 2017.

Canada Model BIT, 2004.

Central America Free Trade Agreement, 2004.

Energy Charter Treaty, 1994.

EU-Chile Association Agreement, 2002.

Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea, 2010.

Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of Chile, 1996.

Free Trade Agreement between the Government of New Zealand and the Government of the People's Republic of China, 2008.

Free Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile, 2003.

Free Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile, 2003.

Free Trade Agreement Between the Republic of Chile and Malaysia, 2010.

Friendship, Commerce and Navigation Treaty Between Italy and the United States of America, 1948.

India Model BIT, 2016.

Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, 2007.

Investment Cooperation and Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi, 2015.

Protocol to the Agreement between the Swiss Confederation and the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1995.

Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016.

SADC, Model Bilateral Investment Treaty Template, 2012.

Treaty between the Government of Colombia and the Government of Peru concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2007.

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2008.

Treaty of Alliance Between France and the United States of America, 1778.

United States of America – Peru Trade Promotion Agreement, 2009.

United States of America Model BIT, 2012.

GIURISPRUDENZA

I. CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), ICJ Rep 1970.

Gabčíkovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia), ICJ Rep 1997.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), ICJ Rep 2010.

Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), ICJ Rep 1952.

II. ICSID

ADC Affiliate Limited and ADC and ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16 (Award, 2006).

AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, 2005 (Award on tribunal's competence, 2005).

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (Award, 1990).

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award, 2006).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S., v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Award, 2005).

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case N. ARB/14/2 (Award, 2017).

Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22 (Award, 2008).

Border Timbers Ltd, Border Timbers International (Private) Ltd and Hangani Development Co (Private) Ltd v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/25 (Award, 2015).

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case n. ARB/08/5 (Decision's on Ecuador Counterclaims, 2017).

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/08 (Award, 2005).

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentina, ICSID Case No. ARB 97/3 (Award, 2007).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1 (Award, 2000).

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2 (Award, 2016).

Emilio Augustin Maffezzini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/77 (Award, 2000).

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award, 2002).

Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4 (Award on Jurisdiction, 2010).

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. UN 3467 (Award, 2014).

Perenco Ecuador Ltd. v. the Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6 (pendente).

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (Award, 2016).

Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1 (Award, 2010).

Plama Costruction v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 (Award, 2005).

Salini Costruttori SPA v. Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13 (Award, 2006).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19 (Award, 2005).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Award, 2003).

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26 (Award, 2016).

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12 (Notice of the Arbitration, 2012).

White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Final Award, 2011.

III. UNCITRAL

Glamis Gold, Ltd v. United States of America (Final Award, 2009).

Methanex v. United States of America, (Final Award, 2005).

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada (Second Award, 2001).

S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada (Partial Award, 2000).

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (Settlement Agreement, 2006).

IV. ALTRI TRIBUNALI

American Independent Oil Co v. The Government of the State of Kuwait (AMINOIL), Arbitral Award, (1982) ILM.

Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Ad Hoc Tribunal, 1989.

Eurotunnel UK v. France, PCA Case No. 2003-06 (Final Award, 2007).

Harry Roberts (USA) v. United Mexican States, USA - Mexican General Claims Commission, (1926).

Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body WT/DS8, 10, 11/AB/R (1996).

Kingdom of Belgium v. Kingdom of the Netherlands, PCA Case No. 2003-02 (Final Award, 2005).

L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, USA - Mexican General Claims Commission, 1926.

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12 (Award on Jurisdiction and Admissibility, 2015).

Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran, IUSCT Case No. 128-129 (Second Interlocutory Award, 1986).

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04 (Final Award, 2015).